

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO, POLÍTICAS
PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO REGIONAL.

FELIPE DA SILVA DIAS

ÁGUA: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL MULTIDIMENSIONAL.

Belém - Pará

2014

FELIPE DA SILVA DIAS

ÁGUA: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL MULTIDIMENSIONAL.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Pará, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora:

Prof^a. Dr^a. Luciana Costa da Fonseca.

Belém – Pará

2014

FELIPE DA SILVA DIAS

ÁGUA: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL MULTIDIMENSIONAL.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Pará, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Luciana Costa da Fonseca
Orientadora

Prof. Dr. Jean Carlos Dias
Examinador (interno)

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho
Examinador (externo)

Belém – Pará

2014

RESUMO

O presente estudo tem como gênese a sustentação da dimensão de essencialidade do reconhecimento da água como um direito humano fundamental multidimensional. Para sustentar esse entendimento, apresentou-se, inicialmente, com arrimo na doutrina nacional e estrangeira, uma análise sobre existência e/ou imersão do planeta Terra em uma severa crise ambiental, a qual, dentre outras consequências, ocasionou também uma crise hídrica, impondo à humanidade o grande desafio de superar a falta de acessibilidade à água para o consumo humano, considerando a indispensabilidade deste bem para a vida de modo geral, asseverando a importância do direito como ferramenta de controle. Em seguida, demonstra-se, através do exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental reconhecido, a possibilidade e plausibilidade de sustentar com base na cláusula de abertura constitucional, da mesma forma, a existência de um direito fundamental à água, ressaltando, todavia, a fragilidade teórica desta defesa sob a ótica do positivismo jurídico. Ademais, agrega-se a teoria dos princípios jurídicos, tal como desenvolvida por Ronald Dworkin, no intuito de demonstrar que o direito humano fundamental à água deve ser compreendido e tratado como um princípio jurídico e não apenas uma regra jurídica, evidenciando as diferenças de complexidade e aplicabilidade entre estes distintos padrões normativos. Posteriormente, abeberou-se na teoria dos direitos fundamentais formulada por Robert Alexy, evidenciando a hipótese teórica de estabelecer, conforme o caso concreto, a relação de precedência entre os diversos direitos fundamentais quer sejam na forma de princípios ou regras. Por fim, apresenta-se, com base em dados globais e regionais, a estrita conexão entre o direito humano fundamental à água e outros também importantes direitos fundamentais pacificamente reconhecidos, para sustentar a relação de precedência da fundamentalidade da água para a concretização dos demais direitos fundamentais, contribuindo para demonstrar a relevância do reconhecimento e concretização do direito humano fundamental à água.

Palavras-chave: Água. Crise Ambiental. Crise Hídrica. Direitos Humanos Fundamentais. Meio Ambiente. Ronald Dworkin. Robert Alexy.

ABSTRACT

The genesis of this study is to support the dimension of essentiality of the recognition of water as a multidimensional fundamental human right. To support this understanding, it was initially presented supported by the national and foreign doctrine, an analysis of existence and/or immersion of planet Earth in a severe environmental crisis, which, among other consequences, also caused a water crisis, imposing to mankind the great challenge of overcoming the lack of accessibility to water for human consumption, considering the indispensability of this good to life in general, also asserting the importance of law as an instrument of control. Then, it is demonstrated by the example of the right to an ecologically balanced environment as a recognized fundamental human right, the possibility and plausibility of supporting based on the constitutional clause opening, likewise, the existence of a fundamental right to water, emphasizing, however, the theoretical weakness of this defense from the perspective of legal positivism. Moreover, adds the theory of legal principles as developed by Ronald Dworkin, in order to demonstrate that the fundamental human right to water must be understood and treated as a legal principle and not just a legal rule, highlighting the differences in complexity and applicability of these distinct legal standards. Later, based on the theory of fundamental rights as formulated by Robert Alexy, highlighting the theoretical possibility of establishment, to depend on the practical case, the precedence relationship between the various existent fundamental rights, whether in the form of principles or rules. Lastly, is presented, based on global and regional data, the strict connection between the fundamental human right to water and others concretely recognized important fundamental rights, to support the precedence relationship of the fundamentality of water for the realization of other fundamental rights, helping to demonstrate the relevance of the recognition and realization of the fundamental human right to water.

Key-words: Water. Environmental Crisis. Water Crisis. Fundamental Human Rights. Environment. Ronald Dworkin. Robert Alexy.

Ao meu amado irmão e também amigo Lucas, por ser minha fonte de inspiração e orgulho diário, minha motivação para vencer e chegar cada dia mais longe, meu admirador, mas principalmente, meu companheiro nas mais divertidas aventuras reais e virtuais, seja no videogame ou na rua, nos “rolés” de skate ou nos passeios de “bike”. Onde quer que eu esteja meu irmão, sempre estarei do seu lado.

À minha mãe Regina, por ser meu porto seguro emocional, físico e espiritual, meu exemplo particular de honestidade, altruísmo, bondade, carinho, mulher, mãe, amiga, companheira e inúmeras outras qualidades que as palavras me faltam para descrever. Pelo incondicional apoio nas horas fáceis e difíceis, a quem eu posso procurar em qualquer momento, além de ser dona de um abraço que desintegra qualquer sentimento ruim. Por me presentear diariamente com a sua companhia e alegria insubstituíveis e por ter me presenteado, certamente, com um dos melhores presentes que ganhei na vida, meu querido irmão.

Ao meu pai, pela parceria pai-filho diária, pela eterna preocupação e amizade. Pela experiência de vida, humana, profissional e acadêmica compartilhada. Pelas doses de cobrança e suporte, pela ajuda, companheirismo e lealdade incondicionais. Por oportunizar a concretização de sonhos que um dia pareceram impossíveis. Por me lembrar de que sonhos existem para serem concretizados, que o trabalho honesto é recompensador e também por compartilhar de momentos que ficarão para sempre em nossos corações e lembranças.

À minha parceira, namorada e amiga Marina, pelo suporte e incentivo incondicional, pela compreensão, amizade, tolerância e doses de bom humor e risadas nos momentos mais delicados. Por ser literal e figurativamente a mulher da minha vida. Pelo amor, carinho e companheirismo ao longo

desses quase nove anos e de muitos outros que ainda estão por vir.

Ao amigo Neco, que sem usar palavras, apenas com seu olhar, tornou melhor os meus dias e minha vida. Pela eterna e incondicional lealdade. Com quem compartilho um amor que só verdadeiros amigos podem compreender. Por ser quem é e insubstituível.

Ao amigo Theo, pelas risadas, amizade e recepção alegre independente do tempo e da distância. Pelo também companheirismo e lealdade de todo dia, quem em pouco tempo soube cativar seu lugar para sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a meus pais Ricardo e Regina, meu irmão Lucas, minha namorada Marina, a meus familiares e amigos, ressaltando os colegas de classe e parceiros dessa jornada que tem sido o mestrado, estes que hoje não são apenas colegas, mas amigos para a vida toda. Todos vocês de alguma forma me ajudaram e estiveram ao meu lado contribuindo para que fosse possível atingir mais um dos muitos objetivos traçados na minha humilde carreira profissional, mas principalmente nessa caminhada rumo ao título de mestre.

Ao Prof. Dr. Romulo Sampaio, amigo e figura importantíssima. Grande incentivador da minha carreira e dos meus sonhos, quem me proporciona uma amizade honesta e apesar da distância, sempre presente. A quem certamente atribuo meu interesse e entusiasmo pelo estudo do direito ambiental.

À Prof^a. Dr^a. Luciana Fonseca, minha orientadora em mais esse trabalho, ou melhor, desafio. Pelo carinho, paciência, competência, dedicação, amizade e principalmente pela confiança depositada. Pessoa de grande caráter, quem reconheço como exemplo profissional e humano a ser seguido.

LISTA DE ABREVIACÕES

- CERH – Conselho Estadual de Recursos Hídricos;
- CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil;
- COSANPA – Companhia e Saneamento do Pará;
- DIREH – Diretoria de Recursos Hídricos;
- GWP – Global Water Partnership (Parceria Global da Água);
- PEMA – Política Estadual do Meio Ambiente;
- PERH – Política Estadual dos Recursos Hídricos;
- PNMA – Política Nacional do Meio Ambiente;
- PNRH – Política Nacional dos Recursos Hídricos;
- SEMA – Secretaria Estadual do Meio Ambiente;
- SEGRH – Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
- WWC – World Water Council (Conselho Mundial da Água);

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

TABELA 1: Distribuição de recursos hídricos, da superfície e da população..... 23

GRÁFICO 1: Proporção do volume de água distribuída por dia, tratada e sem tratamento, por grandes regiões..... 24

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	12
1	A CRISE AMBIENTAL E O DIREITO COMO FERRAMENTA DE CONTROLE.....	28
2	O EXEMPLO DO MEIO AMBIENTE <i>LATO SENSU</i> E A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À ÁGUA SOB A PERSPECTIVA POSITIVISTA. A FRAGILIDADE TEÓRICA DA JUSTIFICAÇÃO.....	44
2.1	Água e seus usos múltiplos	61
3	O DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE RONALD DWORKIN.....	66
4	A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY E O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL MULTIDIMENSIONAL À ÁGUA.	66
5	O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL MULTIDIMENSIONAL À ÁGUA – A DIMENSÃO FUNDAMENTAL E SEUS REFLEXOS EM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS	87
	CONCLUSÃO.....	111
	REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

O direito ambiental tem por objeto primordial o estudo das interações do homem com o meio ambiente e os mecanismos legais para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida, versando *stricto sensu* sobre as relações jurídicas ambientais estabelecidas num determinado sistema jurídico.

De seu estudo e aplicabilidade, a comunidade jurídica nacional e internacional, bem como o próprio Estado, através da formulação de políticas públicas, instaura um debate sobre o que se denomina de sustentabilidade, cuja discussão tem dominado o cenário mundial nas últimas décadas, refletindo em pactos internacionais como o Protocolo de Kyoto, ECO 92, Rio+20 e etc., estabelecendo o campo jurídico-conceitual de meio ambiente nas suas perspectivas normativas desenvolvimentistas e preservacionistas.

Desse cenário, desponta a notória percepção da condição de essencialidade da água na dimensão existencial para o homem e para o planeta, impondo-se, no plano interno e de maneira urgente, uma regulamentação jurídica adequada à sua utilização nas perspectivas preservacionista e desenvolvimentista, já que ao longo da história da humanidade o modelo de desenvolvimento preponderante voltou-se unicamente para a exploração desenfreada dos recursos naturais sem, no entanto, considerar sua esgotabilidade, o que vem gerando severas consequências nos mais diversos âmbitos.

No Brasil, seguindo a tendência dos países em desenvolvimento, o constituinte optou por conferir caráter fundamental ao direito ao meio ambiente, impingindo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, a perspectiva preservacionista, assim dispondo:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito social coletivo de natureza fundamental, de eficácia plena, cabendo tanto ao Poder Público, quanto à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, garantindo-se, dessa forma, sadia qualidade de vida.¹

Nesse contexto, é patente que dentre os recursos naturais disponíveis ao homem, a água é sem dúvida se não o mais importante, um dos bens ambientais de maior importância não apenas para a sobrevivência da espécie humana, como

¹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 225.

para a manutenção da vida direta ou indiretamente de todos os seres vivos do planeta, exatamente como acrescenta A. Dan Tarlock ao afirmar que água possui uma importância central na vida humana e para o progresso social, conforme se infere no trecho abaixo:

Given the central importance of water for human life and social progress, the competition for water among different uses can be intense. Population is growing in many parts of the world, and this growth is occurring at the time when there is a greater resistance to the construction of new water infrastructure in both developed and developing countries. The growth is also occurring as we gain a greater appreciation of the social cost of intense water resource development on both aquatic ecosystem and on rural communities.² (TARLOCK, 2003, p. 1)

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, José Tundisi e Takako Tundisi defendem que a água é um recurso de importância fundamental para a humanidade, contribuindo diretamente para a manutenção da vida no planeta, contendo dimensões de importância desde ecológica, econômica, social, política e cultural. Essa importância já foi demonstrada pela história de diversas civilizações no passado, mostrando-se presente até os dias de hoje. (TUNDISI; TUNDISI, 2009, p.1)

Dessa maneira, ao tratar sobre os recursos hídricos, cabe mencionar que o Brasil é nação referência e de suma importância no cenário mundial, mais especificamente a região amazônica pela maior concentração de água doce do planeta (correspondente a 12% da água doce do mundo³), como pelo potencial hidráulico e capacidade geográfica de utilizar seus recursos hídricos como instrumento para o desenvolvimento nacional e regional, assim como para a geração de energia elétrica de forma eficiente, entre outros múltiplos usos que água possui, posicionando-se entre as nações que melhor aproveitam suas capacidades hídricas.

A legislação nacional, inclusive, divide desde a Constituição as diversas competências que incidem sobre os recursos hídricos, podendo se falar em

² “Dada a importância central da água para a vida humana e do progresso social, a competição pela água entre diferentes usos pode ser intensa. População é crescente em muitas partes do mundo, e este crescimento ocorre no momento em que existe uma maior resistência para a construção de uma nova infraestrutura da água tanto em países desenvolvidos e em desenvolvimento. O crescimento também está ocorrendo à medida que observamos uma maior valorização do custo social do desenvolvimento intenso dos recursos hídricos, tanto do ecossistema aquático como nas comunidades rurais.” (tradução nossa)

³ BUENO, Chris. Águas do Brasil. Disponível em: <<http://360graus.terra.com.br/ecologia/default.asp?did=27384&action=geral>> Acesso em 12 Abr. 2014.

competência privativa da União (art. 22 da CRFB/88), competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24 da CRFB/88), concorrência suplementar (art. 24, §2º da CRFB/88) e competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 30 da CRFB/88).

A exemplo disso, a Resolução do CONAMA nº. 20/86 estabelece que *“a classificação das águas doces, salobras e salinas essencial à defesa de seus níveis de qualidade, avaliados por parâmetros e indicadores específicos, de modo a assegurar seus usos preponderantes.”*⁴

Aludida classificação mostra-se necessária do ponto de vista científico para o referencial teórico de que parte o legislador, quando da necessária atuação no campo temático de sua normatização, assim como, serve de base para as discussões e produções técnicas e doutrinárias, o que pode ser comprovado com a aplicação das classificações por Celso Fiorilo ao tratar sobre o meio ambiente.⁵

Nessa ordem de ideias, lembra-se que o marco jurídico em nível constitucional da origem dos direitos difusos no Brasil e o reconhecimento do meio ambiente como macro bem de interesse difuso, de responsabilidade e titularidade de todos, se deu basicamente com a promulgação da Carta Constitucional em 1988, considerando que a Lei Federal 6.938/81 dispõe e regula sobre a preservação do meio ambiente, porém não confere a este o status de direito fundamental.

Sendo assim, conforme estabelecido constitucionalmente, o Estado, por sua vez, adquiriu o encargo de fiscalizador e mantenedor da qualidade dos bens ambientais como um todo, e por consequência, é o responsável pela criação de políticas públicas favoráveis ao desenvolvimento, sem que em contrapartida haja uma utilização irresponsável dos bens ambientais, de modo que venha afetar seus beneficiários e titulares, a sociedade.

Sobre esse particular, Jean Carlos Dias assevera a importância do reconhecimento pelo Estado da característica difusa dos direitos ambientais, de modo que o ente Estatal será responsável pela tutela e garantia da prestação destes direitos, podendo, inclusive, ser regulados em âmbito judiciário, quando descumpridos e não garantidos pelo Estado. Este entendimento fica explícito quando o autor afirma que:

⁴ BRASIL. Resolução CONAMA nº. 20, de 18 de junho de 1986, p. 1.

⁵ FIORILLO, Celso A. Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 11ª Ed., Saraiva, 2010, p. 279-280.

(...) assim, é preciso extrair dois fundamentos essenciais: o primeiro, de que os direitos ambientais, em razão de sua natureza difusa, devem ser tutelados pelo Estado, inclusive pela prestação jurisdicional; segundo, que a tutela do Estado de levar em consideração o interesse de toda a sociedade.

Esses aspectos são fundamentais porque apontam para a necessidade de se tratar dos direitos ambientais do ponto de vista de direitos que podem e devem ser regulados judicialmente para proporcionar a vida digna dos cidadãos.⁶

Cid Tomanik Pompeu, por sua vez, ao tratar a tutela específica da água afirma que o uso das águas públicas somente pode ocorrer licitamente mediante a outorga do titular de determinado domínio, o que deve ocorrer por meio de ato administrativo, a ferramenta utilizada pelo Estado para manifestar e expressar sua vontade, ressaltando-se que a legislação pertinente prevê exceções à regra. (POMPEU, 2010, p. 103).

Esse aspecto tem destacada importância na medida em que se revela como instrumento para o desenvolvimento nacional e regional, impondo-se o planejamento e execução de políticas públicas destinadas, sobretudo, ao desenvolvimento humano de maneira integrada, permitindo a redução das desigualdades regionais no Brasil, em especial na Região Norte.

Conforme já exposto, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988 e consequente ascensão do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida ao patamar de direito fundamental do homem, a sociedade de maneira geral passa a se preocupar com a utilização e exploração, mas também empreende esforços para regular a matéria na tentativa de prever as consequências desta utilização econômica, ambiental e social dos recursos naturais, notadamente da água *lato sensu*, para as presentes e futuras gerações.

Desse modo, através do despertar da sociedade para a urgência da preservação dos bens ambientais, entre os quais a água merece destaque, tendo em vista o apelo social por sua manutenção quantitativa e qualitativa, o que possibilitou maior regulamentação jurídico-legislativa concernente ao tema, tais como o Código das Águas (Decreto Federal nº. 24.643/34), a Política Nacional do Meio Ambiente instituída através da Lei Federal 6.938/81, ambas datadas

⁶ DIAS, Jean Carlos. Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro. São Paulo, METODO, 2009, p. 108.

anteriormente a Carta Maior, e a mais recente Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei Federal 9.433/97.

Os aludidos diplomas legais representam grande importância, acolhidos como marcos regulatórios históricos, legislativos e jurídicos para o país, tendo em vista o pioneirismo empreendido, assim como para o restante da comunidade internacional que as enxerga como referência.

Essas inovadoras produções normativas, possibilitaram o desenvolvimento também do pensamento doutrinário sobre os bens relacionados ao meio ambiente, dentre os quais se destacam os recursos hídricos e os mais variados enfoques dos valores atribuídos a esses bens, considerando os usos múltiplos.

Nesse diapasão, no que concerne à gestão dos recursos hídricos, Antonio Pereira Magalhães Junior estabelece quatro importantes classificações quanto aos valores atribuídos à água:

Valor de uso: é o valor derivado do uso do ambiente como recurso para promover o bem-estar da sociedade;

Valor de opção de uso: é o valor derivado do uso potencial do ambiente para promover o bem-estar da sociedade;

Valor de existência: é o valor estabelecido pela sociedade pela simples existência de um bem ambiental, ou seja, é baseado em uma situação de não-uso do recurso;

Valor intrínseco: é o valor intrinsecamente associado ao ambiente, estabelecido por motivações éticas e morais que atribuem direitos a todos os elementos ambientais⁷.

Nesse sentido, Magalhães Junior empreende uma crítica geral ao modelo de desenvolvimento e aproveitamento dos recursos naturais, com especial atenção à água, tal posicionamento fica evidente quando o autor explicita que:

A degradação da qualidade da água e sua escassez qualitativa e quantitativa estão atualmente entre os principais focos de atenção das políticas ambientais em nível global. Os modelos de desenvolvimento baseados na utilização irracional dos recursos naturais motivaram reações e a busca de soluções visando à compatibilização entre exploração econômica e utilização racional dos estoques ambientais. A partir dos anos 80, as iniciativas de modernização dos modelos e sistemas nacionais de gestão da água aproveitaram-se, então, do movimento global de busca pela sustentabilidade. Nessas circunstâncias, a gestão ambiental e a da água tiveram sua importância reforçada nas políticas públicas de desenvolvimento de numerosos países⁸.

⁷ JÚNIOR, Antônio Pereira Magalhães. Indicadores Ambientais e Recursos Hídricos. Realidade e Perspectivas para o Brasil a Partir da Experiência Francesa. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2007, p. 67-68.

⁸ JÚNIOR, ibidem, p. 65.

Nessa linha de raciocínio, cabe ressaltar que a CRFB/88 em seu art. 20⁹ define quais são os bens de titularidade da União Federal dentre os quais estão contidos expressamente a água e sua multiplicidade de usos. (LEMOS, 2011, p. 31).

A Carta Magna estabelece ainda (art. 22¹⁰) que é de competência exclusiva da União legislar sobre águas e energia, impondo o direito exclusivo de exploração dos recursos hídricos de forma direta ou indireta por meio de concessão desse direito a terceiros.

Seguindo o propósito de conferir um enfoque regional que justifique e demonstre a água na perspectiva de fundamentalidade, no que tange à regulamentação jurídica da água no âmbito do Estado do Pará, cumpre ressaltar que, no ano de 2001, em atendimento aos ditames da Constituição nacional em conjunto com a redação do artigo 245¹¹ da Constituição Estadual do Pará e da Política Estadual do Meio Ambiente – PEMA (Lei Estadual nº. 5.887/95), objetivando concretizar tais diretrizes jurídicas legalmente estabelecidas, foi instituída a Política Estadual dos Recursos Hídricos - PERH (Lei Estadual nº. 6.381/2001), cujo cerne refere-se à instituição de medidas protetivas através do melhor gerenciamento e difusão da legislação, além de instituir o Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos - SEGRH.

Cumpre destacar também a Lei Estadual nº 4336/70 que cria a Companhia e Saneamento do Pará – COSANPA, quem é responsável pela distribuição de água no Pará, bem como a normatização da Secretaria Estadual do

⁹ Art. 20. São bens da União: *Omissis*

(...)

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

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II;

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica; (...)

¹⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: *Omissis*

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; (grifamos)

¹¹ Art. 245. O Estado definirá, através de lei, a política minerária e hídrica, defendendo seus interesses, inclusive interrompendo atividades predatórias, resguardando a soberania nacional sobre a pesquisa, exploração, lavra e uso dos recursos naturais renováveis e não renováveis, disciplinando a conservação e o aproveitamento racional dos bens minerais e das águas observando os seguintes princípios (...). (grifo nosso)

Meio Ambiente – SEMA através da Diretoria de Recursos Hídricos - DIREH, do Conselho Estadual de Recursos Hídricos - CERH entre outros, cuja competência perpassa desde a formulação das políticas públicas estaduais para o setor e estendendo-se até a fiscalização do uso racional dos recursos hídricos pelos particulares.

Sobre essa ainda incipiente normatização, certamente deve se debruçar o Poder Público e a sociedade, contrapondo-se esta com a real e premente necessidade de preservação e regulação do uso da água e suas implicações para o desenvolvimento regional e nacional, residindo nesse debate a importância da construção de marcos teóricos, capazes de dar suporte à construção normativa de proteção e regulamentação desse bem essencial que é a água na perspectiva de direito fundamental.

De iniciativa do Governo Federal, o Estado do Pará hoje é palco de empreendimentos públicos e privados de elevada importância, quando, por exemplo, utiliza os recursos hídricos para geração de energia elétrica, como se observa no caso em particular da Hidrelétrica de Belo Monte¹², trazendo com eles diversos interesses da comunidade, muitas das vezes conflitantes, que necessitam de respostas das mais diversas áreas do conhecimento, que venham traduzir o anseio constitucional de redução das desigualdades regionais, mas que privilegiem e possibilitem, sobretudo, a democracia, nos aspectos de fruição desse desenvolvimento por todos, indistintamente.

Nesse sentido, a partir de relevância social e econômica, não é demais asseverar que a água é um dos bens mais preciosos à vida dos seres humanos, sem o qual não existiria vida no planeta terra, bem natural sobre o qual Estado e sociedade devem voltar olhar racional para a conservação e utilização.

Na direção de sua essencialidade, a água tem adquirido com o passar dos anos os mais variados usos e aplicações, de modo a tornar-se cada dia mais indispensável, tanto para as tarefas mais corriqueiras do dia-a-dia do ser humano, como também para o desenvolvimento econômico, político, social e cultural das nações.

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, o direito à vida, o direito

¹² A Usina Belo Monte será instalada na região de Altamira/PA e possui capacidade, em situação ideal, para gerar 11.233,1 MW, mas gerará em média 4.571 MW.

ao desenvolvimento etc., são pacificamente considerados como direitos fundamentais do homem e são garantidos, inclusive, pela Constituição da República Federativa do Brasil, ainda que se defenda que estão situados na categoria de norma programática. No entanto, considerando o ideário defendido no presente estudo, não é possível garantir o desenvolvimento de quaisquer desses direitos fundamentais sem que se verifique sua vinculação, por mais indireta que seja, com o direito humano fundamental à água.

Noutro ponto, mesmo que ainda seja uma afirmação controversa, é de clareza meridiana que o planeta encontra-se imerso em uma crise do ponto de vista ambiental e os sinais concretos da instalação desta crise são inegáveis, como será devidamente demonstrado no decorrer desta análise.

Os desastres naturais se intensificam a cada ano, a temperatura nos hemisférios tem se tornado extrema, os ciclos naturais dos rios, mares e oceanos tem se alterado, entre muitos outros fatores que a ciência bem pode comprovar. Então, é razoável sustentar que são cada vez mais escassos os argumentos para refutar a existência do que se denomina de crise ambiental, na qual o acesso aos recursos hídricos encontra-se severamente afetado, justificando, portanto, um olhar mais atento pelo homem.

Essa afirmação é corroborada por Patricia Birnie, Alan Boyle e Catherine Redgwell, conferindo destaque à crítica apresentada pelos autores sobre a completa ineficiência do *approach* que tem sido dedicado à compreensão e combate da crise ambiental e aquecimento global, já que muitos são os fatores determinantes desses fenômenos, devendo ser analisados concomitantemente e não isoladamente, como segue:

The range and complexity of issues involved in containing global warming and uncertainty regarding the nature, severity and timescale of possible climate effects make the task of phasing out production and consumption of ozone-depleting substances seem relatively simple by comparison. The economic implications of climate change are much greater. Whereas industrial processes that deplete the ozone layer are relatively discrete, greenhouse gas production goes to the heart of energy, transport, agricultural, and industrial policy in all developed and increasingly in developing ones too. Moreover, the role of the carbon sinks means that deforestation, protection of natural habitats and ecosystem, sea-level rise, and sovereignty over natural resources are also important elements of the problem. Thus the sectoral approach, which has traditionally dominated international regulation of the environment, is plainly inappropriate to the

interconnected and global character of climate change.¹³ (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 356)

James Lovelock, sobre essa perspectiva, afirma que o meio ambiente e o planeta estão indiscutivelmente atravessando uma severa crise ambiental. O autor sugere a observação de diversas medições, tais como temperatura, nível dos oceanos, absorção dos raios solares pela Terra, entre outros, comparando-os com as previsões de normalidade dentro dos parâmetros observados no decorrer das últimas décadas, o que mostra que os números apontam claramente para uma realidade ambiental preocupante, pois jamais fora presenciada pelo homem. O que fica evidente quando Lovelock afirma que:

The measured sea level has risen 1.6 times as fast as was predicted. Similar but lesser discrepancies exist with the predictions of temperature (...) The discrepancy is not as great as that for the sea level but still serious considering we are comparing the predictions with what has actually happened.

To me the most quantity is not the global mean temperature, but how much extra heat the Earth has absorbed from the sun. The global mean temperature is like the current account balance, which inevitably varies from day to day; the total heat absorbed is an indication of the reserves.

The sea rises level is the best available measures of the heat absorbed by the Earth because it comes from only two main causes: the melting of glaciers on land and the expansion of the ocean as it warms – in other words, the sea level is a thermometer which indicates the true global warming.¹⁴ (LOVELOCK, 2009, p. 26-27)

¹³ “A amplitude e complexidade das questões envolvidas na contenção do aquecimento global e incertezas quanto à natureza, gravidade e escala de tempo de possíveis efeitos do clima tornam a tarefa de eliminação progressiva da produção e do consumo de substâncias que empobrecem a camada de ozônio parecerem relativamente simples quando comparadas. As implicações econômicas das mudanças climáticas são muito maiores. Considerando que os processos industriais que destroem a camada de ozônio são relativamente discretos, a produção de gás de efeito estufa vai para o coração de energia, transportes, agricultura e política industrial em todos os países desenvolvidos e cada vez mais nos países em desenvolvimento. Além disso, o papel dos sumidouros de carbono significa que o desmatamento, a proteção dos habitats naturais e dos ecossistemas, aumento do nível do mar, e a soberania sobre os recursos naturais também são elementos importantes do problema. Assim, a abordagem setorial, que tradicionalmente tem dominado a regulamentação internacional do meio ambiente, é claramente inapropriada para o caráter interligado e global das alterações climáticas.” (tradução livre)

¹⁴ “O nível do mar tem subido 1,6 vezes mais rápido do que foi previsto. Discrepâncias semelhantes, mas menores existirão com relação às previsões de temperatura (...) A discrepância não é tão grande quanto a do nível do mar, mas ainda é grave, considerando que estamos comparando as previsões com o que realmente aconteceu.

Para mim, o mais preocupante não é a temperatura média global, mas sim a quantidade de calor que a Terra tem absorvido a partir do sol. A temperatura média global é como o saldo da conta corrente, o que, inevitavelmente, varia de dia para dia; o total de calor absorvido é uma indicação das reservas ou saldos.

A observação do nível do mar oferece uma das melhores medidas disponíveis para quantificar a quantidade de calor absorvido pela Terra, porque advêm de apenas duas causas principais: o derretimento das geleiras em terra e a expansão do oceano quando se aquece - em outras palavras, o nível do mar é um termômetro que indica o verdadeiro aquecimento global.” (tradução nossa)

Atualmente a doutrina jurídica, econômica e geopolítica tem interagido com usual frequência e vem desenvolvendo conceitos e princípios que acabam por nortear os rumos jurídicos, econômicos, políticos e sociais das mais diversas nações, principalmente em matéria ambiental *lato sensu*. Para exemplificar, cita-se o princípio do desenvolvimento sustentável, construção do pensamento da comunidade de nações, o qual foi eleito como uma meta desafiadora a ser atingida em caráter global, tendo em vista a crise ambiental que assola o planeta. Este objetivo se mostra inalcançável sem a garantia e o reconhecimento da água como direito fundamental do homem.

Desse modo, a humanidade tem evoluído até o presente momento, superando crises, quebrando paradigmas, desenvolvendo-se nas mais amplas perspectivas e áreas do conhecimento. No entanto, o mundo presencia um momento extremamente contraditório, já que se considera que o homem um ser racionalmente desenvolvido e facilmente adaptável às mais variadas situações, capaz de se modificar de acordo com o meio em que vive, além de se autointitular como a espécie mais desenvolvida que já habitou o planeta, esse mesmo homem, por motivações que podem ser concebidas numa perspectiva desenvolvimentista, degrada e destrói indiscriminadamente seu próprio habitat.

Dito isto, é notório que mesmo com o grau de evolução e adaptabilidade humana, a atitude do homem mostra-se amplamente contraditória, pois apesar de ter atingido um alto nível de conhecimento, evolução tecnológica, complexidade social entre outros atributos, se mostra incapaz de adequar seu modo de vida à finitude dos recursos naturais essenciais ao que atualmente se entende por mínimo necessário para garantir o desenvolvimento humano.

Partindo da premissa de que o homem há muito se conscientizou sobre a insustentabilidade do seu modo vida e produção, ciente de que a ditadura do modelo destrutivo de consumo pode inviabilizar o usufruto pelas gerações futuras do meio ambiente que lhes foi atribuída titularidade, no âmbito constitucional brasileiro e pactuada pela comunidade internacional em vários momentos, no entanto, as providências sociais, econômicas e ambientais se mostram insuficientes do ponto de vista da eficácia, despreocupadas e incompatíveis com as demandas urgentes por mudanças exigidas pela sociedade global.

Isso, sem dúvida, revela um comportamento amplamente contraditório e confiante na aposta em um futuro incerto e intrinsecamente dependente das

tomadas de decisão presentes e futuras, as quais já deveriam ter sido tomadas no passado, para que assim, não fosse necessário vivenciarmos o presente sombrio de um futuro incerto.

Nesse sentido, a humanidade necessita de mudanças, mas mudanças verdadeiras, que sejam de fato integralizadas como uma alteração comportamental e social pelo homem. Transformações estas que visem estabelecer paradigmas transcendentais e que não se limitem a soluções pontuais desses problemas humanos *lato sensu*, mas que alterem definitivamente percepção de mundo, rumo ao equilíbrio dos elementos humanos, políticos, econômicos, ambientais e sociais.

Considera-se demasiadamente restritiva a ideia de que o desenvolvimento sustentável constitui-se unicamente pela conciliação do desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente.

O ser humano não vive apenas da exploração dos recursos naturais e das trocas econômicas, o homem necessita indispensavelmente do desenvolvimento social para completar a fórmula do desenvolvimento integral.

Nessa direção, a ideia de desenvolvimento sustentável deve extrapolar a relação entre meio ambiente e economia e transcender até uma realidade concreta, onde sejam integradas as mais diversas noções de desenvolvimento em um único ideário a ser perseguido pela humanidade, dentro do qual, notadamente, a água como um direito fundamental mostra-se como um recurso com características de essencialidade e fundamentalidade.

Nesse norte, acrescenta-se alguns dados da realidade nacional e local da Região Norte e Amazônia, com o fim de demonstrar a relevância jurídica, econômica e social do direito fundamental à água, tanto no cenário internacional, como no âmbito regional, ao evidenciar que o Estado do Pará compreende em seu território, juntamente com outros estados federados, a maior bacia hidrográfica do mundo (Bacia Hidrográfica Amazônica, com total de 7.000.000 km², e no Brasil se estende por 3.870.000 km²)¹⁵, fato que comprova a relevância da água para o desenvolvimento regional e nacional, o que enseja a necessária regulamentação e proteção para o uso e consumo sadio deste recurso natural indispensável ao ser humano.

¹⁵ Disponível em <http://www2.ana.gov.br/Paginas/portais/bacias/amazonica.aspx>. Acesso em 20 mar. 2014.

Ainda nessa direção, com o auxílio dos dados abaixo apresentados (Tabela 1), é possível depreender a importância agregada à água e seus múltiplos usos, de onde se infere quanto à proporcionalidade distributiva deste recurso natural entre as regiões brasileiras, que a região Norte do país integra em seu território a maior concentração de água comparativamente às demais regiões, o que implica não apenas em benefícios, mas também uma necessária regulamentação e proteção jurídico-normativa. E nessa linha é que o reconhecimento do direito humano fundamental à água se mostra ainda mais necessário e pertinente.

Assim, mesmo com a imensa reserva de água doce em território nacional, o contraste distributivo tanto na sua característica natural, considerando a disponibilidade como recurso natural, mas, principalmente, pela característica social, entenda-se o acesso e uso da água pela população, o que fica explícito ao considerar que a região Norte, conta com 6,98% da população nacional e possui 68,50% da água doce do país, enquanto a região Nordeste, conta com 28,91% da população e possui 3,30% da água doce, e na região Sudeste é que essa disparidade se evidencia, pois com 42,65% da população conta apenas com 6% de toda a água doce disponível no país.

TABELA 1: Distribuição de recursos hídricos, da superfície e da população (% do total do país)

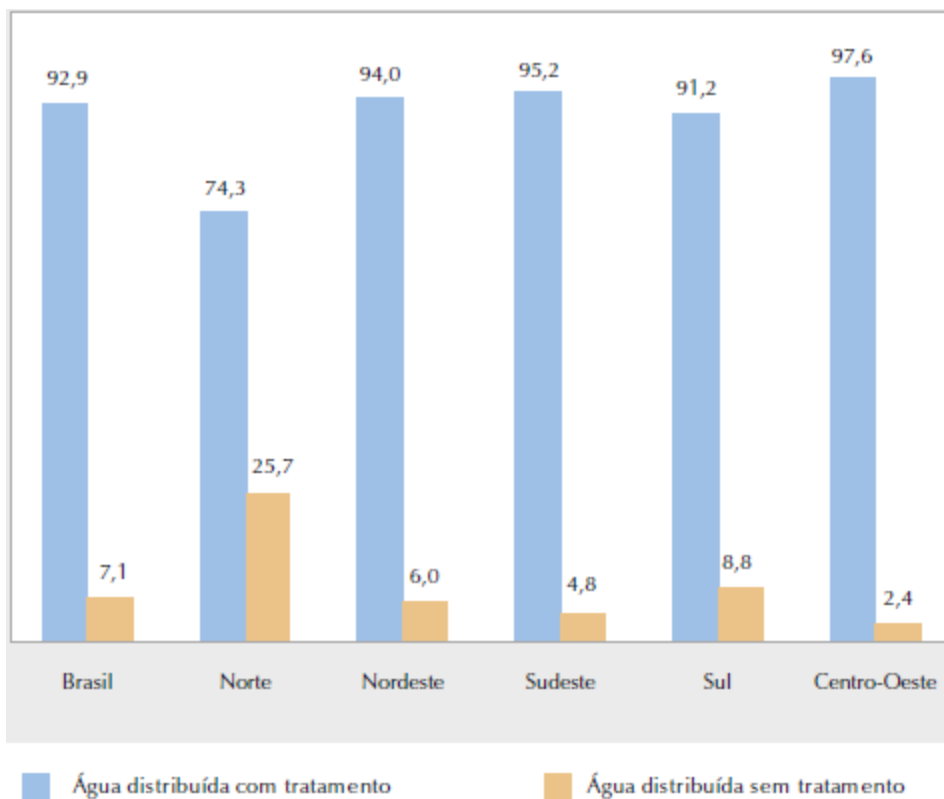
Distribuição dos recursos hídricos, da superfície e da população (% do total do país)			
Região	Recursos hídricos	Superfície	População
Norte	68,50	45,30	6,98
Centro-Oeste	15,70	18,80	6,41
Sul	6,50	6,80	15,05
Sudeste	6,00	10,80	42,65
Nordeste	3,30	18,30	28,91
Total	100,00	100,00	100,00

Fonte: GRANJA; WARNER (2006, p. 1) Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000600009&lng=en&nrm=iso Acesso em: 15 set. 2013.

A presente pesquisa mostra-se essencial a partir do momento em que se conscientiza da crise global da água, entenda-se pela abrangência sobre a

carência quanto à acessibilidade à água potável, saneamento básico, entre outros usos. Esta referida crise da água, no entanto, mostra um cenário paradoxal dentro da realidade observada no Brasil, pois, como visto acima e será reforçado a seguir, os estados com maior disponibilidade hídrica apresentam os piores percentuais de acesso e distribuição à população de água e saneamento básico. Essa realidade fica explícita com a observação dos seguintes dados:

GRÁFICO 1: Proporção do volume de água distribuída por dia, tratada e sem tratamento, por grandes regiões.



Fonte: IBGE Atlas do Saneamento (2011, p. 120). Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm> Acesso em 30 jul. 2014.

O gráfico (Graf. 01) acima ilustra, por exemplo, a disparidade distributiva entre as diversas regiões do país no que concerne ao percentual de água tratada e não tratada disponível às respectivas populações. Essas informações são novamente corroboradas com os seguintes dados:

Além da existência da rede, uma das formas de se avaliar a eficiência do serviço de abastecimento de água à população é examinar o volume diário *per capita* da água distribuída por rede geral. No ano de 2008, foram distribuídos diariamente, no conjunto do País, 0,32 m³ (ou 320 litros) por pessoa, média que variou bastante entre as regiões. Na Região Sudeste, o volume distribuído

alcançou 0,45 m³ *per capita*, enquanto na Região Nordeste ele não chegou à metade desta marca, apresentando uma média de 0,21 m³ *per capita*. Embora o volume total tenha aumentado em todas as regiões do País, comparando-se com os números apresentados pela PNSB 2000, as diferenças regionais permaneceram praticamente inalteradas.¹⁶

Desta feita, os dados ora colacionados corroboram para demonstrar a relevância e urgência da sustentação a respeito da fundamentalidade da água como direito humano, partindo-se da premissa de sua essencialidade à existência da vida, afirmativa esta que será desenvolvida e defendida no decorrer do presente estudo.

Com efeito, essa abundância dos bens ambientais encontrados no país, tais como, recursos minerais, recursos hídricos, biodiversidade, fauna e flora, contribuíram, indubitavelmente, para um aumento na produção jurídico-normativa na mesma proporção em que demandou a formulação de políticas públicas, a adoção de medidas econômicas, a concessão de incentivos fiscais, dentre outras ferramentas disponíveis à administração estatal, para servir de instrumentos eficazes na solução dos problemas que se desenvolviam conjuntamente com a exploração econômica desses bens ambientais.

No que se refere à produção legislativa em matéria de proteção ao meio ambiente, o Brasil desponta como uma das nações com a maior produção normativa, evidenciando-se, todavia, um abismo que lentamente vem sendo superado, mas que atualmente não permite que essa produção legislativa nacional seja satisfatoriamente efetivada, ainda que se argumente a existência de índole constitucional protetiva, exigível, portanto, em diversos níveis.

Nesse sentido, considerando a instalação da crise ambiental, mas conferindo maior enfoque à crise do acesso à água em condições de potabilidade pelo homem, objetivou-se demonstrar a possibilidade e urgente necessidade do reconhecimento da fundamentalidade do direito à água com base em dois grandes expoentes da filosofia jurídica contemporânea, Ronald Dworkin e Robert Alexy, tal como será devidamente sustentado no decorrer do presente trabalho, no intuito de que essa tese possa contribuir para o desenvolvimento do direito de uma maneira geral, mas principalmente fornecer embasamento teórico na tomada de decisões

¹⁶ Vide IBGE. Atlas do Saneamento 2011, p. 120. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm. Acesso em 30 jul. 2014.

nos âmbitos judicial, administrativo e legislativo, o que justifica o estudo empreendido.

Para tanto, a metodologia utilizada se deu através do levantamento bibliográfico da doutrina nacional e internacional de estudiosos do direito e de outras áreas do conhecimento, considerando a pertinência para o desenvolvimento do tema, bem como se buscou o auxílio das normas constitucionais e infraconstitucionais, estas tanto no âmbito dos estados como da União, para demonstrar que a problemática aqui apresentada não está distante da realidade brasileira, ao contrário, apresenta-se diariamente na forma de conflitos sociais, políticos, judiciais e legislativos. A pesquisa conta também com a apresentação de dados a partir de fontes governamentais e livres, demonstrando a urgência de se debruçar sobre o problema relacionado à água tanto em nível global como nacional e regional.

Com efeito, no caminho introdutório do presente estudo dissertativo, procurou-se de maneira ordenada, apresentar o objeto da pesquisa na perspectiva de sua contextualização com o sistema jurídico nacional, sem perder de vista o cenário internacional no qual ele se insere, através da apresentação de dados globais e de diversas regiões do planeta, as quais tal como o Brasil, enfrentam a severa crise hídrica.

Nessa direção, inúmeros são as perguntas e questionamentos que surgem sobre a existência de uma solução para a problemática envolvendo o acesso à água pelo homem, mas de acordo com o recorte metodológico da presente tese dissertativa, o questionamento que norteou a escolha do referencial teórico e o desenvolvimento do trabalho recaiu sobre a pergunta se é possível a caracterização jurídica da água como um direito humano fundamental multidimensional de acordo com a produção doutrinária e legislativa existente?

Nesse sentido, a partir da introdução, os capítulos seguintes, abordam de maneira mais detalhada, aspectos da atual crise ambiental, notadamente da crise da água, estabelecendo como premissa a água como direito humano fundamental, considerando a multiplicidade de usos que este recurso natural pode oferecer.

Em seguida, dedica-se moderada atenção para a possibilidade do reconhecimento do direito fundamental à água com base na cláusula de abertura constante na própria Constituição da República Federativa do Brasil, ressaltando, no entanto, a fragilidade teórica e prática dessa hipótese.

Mais adiante, na direção para demonstrar a fundamentalidade ora defendida, apresenta-se uma abordagem sobre dois grandes teóricos, Ronald Dworkin e sua teoria do direito aplicada aos direitos fundamentais na forma de princípios jurídicos como padrões normativos e Robert Alexy, em sua teoria exclusivamente voltada à evolução e maior concretização aos direitos fundamentais, de modo que será extraído de suas produções acadêmicas, elementos para demonstrar a não apenas a necessidade e relevância do reconhecimento da água como um direito humano fundamental multidimensional, mas principalmente que o reconhecimento deste direito como uma norma de direito fundamental é possível, viável e concreto dos pontos de vista acadêmico, teórico, prático e material.

Por fim, explana-se de maneira um pouco mais aprofundada sobre a existência prática dos múltiplos usos componentes do direito humano fundamental à água e o seu amplo e concreto suporte teórico, quer seja no âmbito nacional ou internacional, aplicando em seguida, as teorias de Dworking e Alexy, para reconhecer o acesso à água para uso humano como uma dimensão fundamental, conforme se considerou relevante para o desenvolvimento e defesa da presente tese dissertativa.

Estabelecidas as premissas introdutórias, inicia-se o percurso do estudo, considerando os referenciais escolhidos, procurando-se respeitar a cronologia que foi sumarizada para melhor apresentação e compreensão do texto apresentado.

1 A CRISE AMBIENTAL E O DIREITO COMO FERRAMENTA DE CONTROLE

A proteção do meio ambiente pode ser encontrada em prescrições normativas de muitos séculos atrás, porém de maneira indireta e na maioria das vezes, como proteção reflexa aos direitos individuais e danos patrimoniais. No entanto, somente no século XVIII com início da Revolução Industrial na Inglaterra e posterior expansão global em meados do século XIX, foi então possível observar uma regulação e preocupação mais específica com a matéria ambiental. (PONTIN, 2007, p. 173-176)

Nessa direção evolutiva, já no século XX, tendo em vista o acelerado desenvolvimento econômico e tecnológico iniciados ainda no período da Revolução Industrial, mas agora em níveis bem mais difundidos, os problemas ambientais tornaram-se cada vez mais comuns e as catástrofes ambientais seguiram lado-a-lado com o desenvolvimento econômico¹⁷.

Todavia, somente a partir da segunda metade do século XX através do que ficou conhecido como Clube de Roma e posteriormente com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente realizada em Estocolmo na Suíça foi que a comunidade internacional instituiu como meta a concretização e proteção do meio ambiente sadio como um direito humano fundamental, introduzindo os ideários de justiça ambiental e cooperação intergeracional, já que o meio ambiente assumiu o caráter de bem indivisível e transindividual.¹⁸(SAMPAIO, 2012, p. 11-12)

Partindo-se das características geopolíticas que colocam o Brasil no topo da discussão da importância preservacionista ambiental, momento em que, historicamente, se tem cogitado, inclusive, a internacionalização da Amazônia, não é desnecessário alçar o país também ao patamar de poluidor e, proporcionalmente, importante sujeito tanto ativo quanto passivo da degradação ambiental, a desafiar o direito internacional no conceito e princípio da soberania, ensejando o debate entre as correntes doutrinárias *res nullius* e *res communis*, estampando a denominada crise ambiental por que passa o planeta, cujos marcos iniciais normativos foram estabelecendo-se cronologicamente. Inicialmente com a Declaração de Estocolmo,

¹⁷ Vide Ohio Online Encyclopedia of Ohio History. Disponível em <http://www.ohiohistorycentral.org/entry.php?rec=1642> Acesso em 15 jun. 2014.

¹⁸ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Direito Ambiental. Doutrina e Casos Práticos. Rio de Janeiro, Elsevier; FGV, 2012, p. 11.

seguida pela conferência Rio+10, a consequente assinatura do Protocolo de Kyoto, posterior Declaração ou Cimeira da Terra de Johannesburgo e mais recentemente com a Conferência Rio+20, marcos jurídicos e políticos que serão explorados oportunamente.

Doutrinadores e cientistas ainda divergem acerca da existência ou não de uma crise ambiental. Há quem afirme que o aquecimento global, aumento do buraco na camada de ozônio, a frequência em que têm acontecido desastres naturais, entre outros fenômenos, não passam de acontecimentos naturais que sempre aconteceram e o homem não possui qualquer interferência nestes.

No entanto, são muitos os sinais de alerta lançados tanto pela própria natureza quanto pelos estudos científicos empreendidos nesta direção. O planeta Terra e os recursos naturais disponíveis não mais suportam o modelo de produção capitalista desenvolvido, eternizado e adotado pela grande maioria das nações como o meio adequado para atingir o desenvolvimento humano e nacional.

A crise ambiental não tem sido alimentada somente por fatores como aumento desenfreado da população do planeta, como defende Malthus em sua teoria, mas, como dito, é fruto do meio de vida e produção insustentável adotado por grande parte da população mundial. (FREITAS, 2012, p. 44-45)

Anteriormente, ainda no século XX, a humanidade presenciou a primeira grande crise do petróleo, considerado uma *comodity* de grande valor econômico e, conseqüentemente, político. O petróleo é apenas um exemplo de recurso natural não renovável e esgotável que gerou um desastroso desequilíbrio na economia mundial, todavia a crise no consumo e na produção serviu para evidenciar a fragilidade do modelo econômico de produção adotado quase que unanimemente pela comunidade internacional.

O uso indiscriminado dos recursos naturais já foi causa de grandes conflitos entre nações e a história tem mostrado que o gerenciamento dos bens ambientais é assunto de extrema sensibilidade e deve ser tratado com grande atenção, pois a distribuição natural, porém desproporcional dos recursos ambientais pode configurar-se como estopim para conflitos bélicos e/ou diplomáticos de difícil resolução.

Vasco Pereira da Silva, em estudo empreendido sobre o direito fundamental ao ambiente, elenca alguns dos pontos históricos relevantes concernentes à história do direito fundamental ao meio ambiente, a partir da

perspectiva da crise ambiental que vem se intensificando diuturnamente, nos seguintes termos:

A ecologia como problema da comunidade, ou como questão política, é uma realidade dos nossos dias. Já que tal concepção “dos modernos” (continuando a usar a terminologia de Constant) remonta à crise do modelo de Estado Social ou de Providência, surgida no final dos anos 60 e cujos sintomas mais agudos foram sentido nos anos 70, com denominada “crise do petróleo”, que obrigou a uma tomada generalizada de consciência dos limites do crescimento ‘económico’ e da esgotabilidade dos recursos naturais.

(...)

O estado Social desconhecera em absoluto o problema da ecologia, imbuído como estava da “ideologia optimística” do crescimento ‘económico’, qual “milagre” criador de progresso e de qualidade de vida. A ilusão de “imparidade” e de “inevitabilidade” do desenvolvimento económico, gerada pelo êxito da “receita keynesiana”(...).¹⁹

Dessa cronologia, pode-se inferir que os motivos ensejadores do processo de maior preocupação com a proteção ambiental se deu em razão da inegável constatação da imersão do planeta nesta crise ambiental, considerando os efeitos extremamente severos que atingem, invariavelmente, todos os continentes.

José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala empreendem uma interessante leitura sobre a problemática da crise ambiental, ressaltando a necessária integração entre Estado e sociedade para a devida preservação ambiental, mas principalmente para o reconhecimento e concretização do que os autores denominam de Estado de Direito Ambiental. Esse entendimento fica explícito quando os autores afirmam que:

Na prática, uma consecução do Estado de Direito Ambiental só será possível a partir da tomada de consciência global da crise ambiental, em face das exigências, sob pena de esgotamento irreversível dos recursos ambientais, de uma cidadania moderna e participativa (...). De fato, a concretização do Estado de Direito Ambiental converge obrigatoriamente para mudanças radicais nas estruturas existentes da sociedade organizada. E não há como negar que a conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa, que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental.²⁰

Esta crise pode ser caracterizada por vários fatores, no entanto, alguns são mais alarmantes que outros, como são os casos do desmatamento das

¹⁹ SILVA, Vasco Pereira da. Verde Direito: o direito fundamental ao ambiente. DAIBERT, Arlindo (Org.). Direito Ambiental Comparado. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 18.

²⁰ LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck de Araújo. Dano Ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3ª Ed., Revista dos Tribunais, 2010, p. 40-41.

florestas, poluição das fontes de água potável, queda exponencial da qualidade do ar, esgotamento de alguns recursos naturais essenciais, bem como o aumento populacional e consequente aumento da demanda e consumo de bens ambientais.

Edis Milaré traduz exatamente essa assertiva ao articular que:

A seu turno, os resultados emanados dos seguidos eventos da ONU – Estocolmo (1972), Rio de Janeiro (1992), Joanesburgo (2002) e Rio de Janeiro (2012) – convergiram por mostrar que a generosidade da Terra não é inesotável, e que vivemos uma verdadeira encruzilhada ecológica, pois estamos nos alimentando de porções que pertencem às gerações ainda não nascidas.

De fato, o consumo imprudente e impudente está exaurindo o capital natural do mundo e colocando em risco nossa prosperidade futura. Uma analogia com a descuidada utilização do cheque especial bem explica a inquietação: ele permite gastar mais dinheiro do que se tem no banco, mas depois pagam-se juros escorchantes. No caso do nosso planeta, esses juros incidem em forma de envenenamento dos oceanos e da atmosfera pelo CO₂, extinção de espécies, diminuição das reservas de água potável e, num futuro próximo, esgotamento das reservas de petróleo, carvão e gás natural, os principais combustíveis da civilização.²¹

Juarez Freitas, da mesma forma corrobora com a ideia de crise ambiental e assevera a fragilidade e graves consequências que o modelo de desenvolvimento não sustentado que se impôs como realidade global e por isso afirma que:

O papel eticamente esperado, nesse contexto, é o de *salvas a humanidade dela mesma, enquanto é tempo*. O que inclui tomar as necessárias medidas adaptativas. Malthus, a propósito, errou na extrapolação alimentar, todavia não pode ser considerado falho naquilo que enxergou como dificuldade na expansão populacional desenfreada. Em menos de 50 anos, no século XX, o mundo multiplicou por três a sua população. O consumo de energia aumentou varias vezes mais. Naturalmente isso não acontece sem enorme impacto negativo. Negligenciar tal fenômeno pode ser fatal.²²

Assim, com base na doutrina utilizada, adota-se a visão de que a crise ambiental não apenas existe como já está consolidada há muitos anos e é fruto do modelo de desenvolvimento adotado por grande parte da comunidade internacional, seja por nações desenvolvidas, em desenvolvimento, como é o caso do Brasil ou mesmo subdesenvolvidas.

²¹ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 8 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2013, p. 226-227.

²² FREITAS, Juarez. Sustentabilidade. Direito ao Futuro. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 44-45.

O modelo de desenvolvimento insustentável que resultou na crise ambiental referida teve início ainda na Revolução Industrial ocorrida no continente europeu no século XVIII. Desde então, as severas consequências ambientais e sociais têm se agravado.

Nesse sentido, são muitos os fatores que colaboram para que esse quadro de insustentabilidade humano-ambiental se perfaça, tais como o aumento exponencial no consumo dos bens naturais, o desenfreado crescimento populacional e, conseqüentemente, o aumento na demanda por bens e serviços provenientes da matéria prima natural, desmatamento das florestas, a poluição do ar e da água, além das emissões de gases causadores do efeito estufa.

Edson Carvalho, adepto da teoria de Gaia, a qual considera o Planeta Terra como um organismo vivo indivisível, reforça tal realidade ao afirmar que:

A soma sinérgica do aumento da população e do consumo individual aumenta a demanda, que, por sua vez, intensifica a exploração de recursos naturais. As modificações têm sido exponencialmente mais rápidas, não permitindo, em muitos casos, que haja tempo para recomposição dos sistemas naturais afetados. Essa tendência tem levado alguns cientistas a fazer previsões catastróficas a respeito da mudança do clima e redução da camada de ozônio de Gaia. Se os problemas ambientais não forem administrados com prudência e o pior cenário se concretizar, poderá haver extinção massiva de espécies.²³

Ainda sobre a perspectiva da crise ambiental, Edmilson Rodrigues a partir de uma análise focada especificamente na questão da água defende que:

Tornou-se lugar comum a afirmação de que a água sempre foi considerada um recurso natural renovável, farto e abundante; que sua carência só era considerada nas regiões semiáridas e que hoje, 'infelizmente', passou-se a considerá-la um recurso finito e vulnerável, cujo uso e acesso devem levar em conta seu significado político, social, técnico e principalmente o econômico.²⁴

Conjuntamente, tais elementos formam uma equação que indubitavelmente resulta na degradação ambiental, ensejando o esgotamento dos recursos naturais não renováveis e o aumento no distanciamento socioeconômico entre classes e nações.

Entre outras consequências, a crise dos bens ambientais tem provocado reflexos nos mais distintos campos do conhecimento, tais como

²³ CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio Ambiente e Direitos Humanos. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2011, p. 501-502.

²⁴ RODRIGUES, Edmilson Brito. Território e Soberania na Globalização. Amazônia, Jardim de Águas Sedento. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 135.

economia, política, direito, administração e muitos outros. A criação e desenvolvimento de um mercado de carbono, por exemplo, expressa a falta de seriedade com que a crise ambiental vem sendo enfrentada pelas nações, pois se o modelo capitalista exacerbado de produção tem liderado o planeta e a humanidade para exaustão dos recursos naturais, como se pode criar um mercado de compra e venda do direito de poluir ou degradar?

No entanto, não observou-se uma atitude concreta da comunidade internacional na direção para a devida regulamentação global do mercado de carbono, o que limita seus possíveis efeitos positivos e permite apenas a formulação de políticas públicas locais, com menor abrangência e, conseqüentemente, menor efetividade.

Relacionado de maneira direta com o tema da água, o objetivo traçado no Protocolo de Quioto teve o intuito de causar grandes impactos na degradação ambiental através da implementação do mercado de carbono até o ano de 2012, todavia, já estamos em 2014 e os efeitos positivos dessa política pública de interesse global demonstrou, tão somente, resultados tímidos e muito distantes da proposta inicial, quando da assinatura do referido protocolo, considerando-se, que nesse aspecto, a água ainda encontra-se em lento processo em nível internacional para a adoção de efetivas condutas materializadoras de sua proteção e da democratização de seu consumo.

Nessa direção, o planeta demonstra diuturnamente as conseqüências do uso indiscriminado dos recursos naturais e a poluição da natureza, destacadamente dos cursos d'água, com as atividades humanas, mas nem os desastres naturais devastadores, como tornados, queimadas, secas e *tsunamis*, foram capazes de depreender uma reflexão verdadeira na atitude do homem no século XXI.

Nesse sentido, foi introduzido no cenário mundial o ideário do desenvolvimento sustentável, o qual começou a dar os primeiros passos ainda na convenção da ONU denominada de Eco 92, momento no qual líderes mundiais apropriaram-se desse conceito e internalizaram em suas legislações nacionais esse princípio que impõe o equilíbrio entre a exploração racional dos bens ambientais, sem obstar a preservação do meio ambiente.

O princípio do desenvolvimento sustentável surge, então, como a materialização da vontade de grande parte da comunidade internacional, em

especial dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, tendo início com a definição consensual na seara internacional através do Relatório Nosso Futuro Comum de 1987, comumente denominado de Relatório de Brundtland em homenagem à Primeira-Ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland, para posterior concretização nas legislações nacionais.²⁵

Desse modo, a patente imersão do planeta na crise ambiental impõe à comunidade internacional a necessidade de eleger metas e meios para que os países, em comum acordo, implementem as medidas necessárias para controlar a crise que tem no meio ambiente apenas seu início, mas reflete diretamente na economia global, no agravamento dos problemas sociais e para o desvirtuamento ético humano.

Nessa linha, mostra-se a relevante e urgente o reconhecimento da água como um direito humano fundamental, sendo imprescindível adotar a premissa de que o mundo está passando pela maior crise ambiental com consequências e reflexos econômicos, políticos e principalmente sociais, os quais devem ser prioritariamente solucionados (erradicação da pobreza, acesso à água potável, acesso ao saneamento básico etc.).

Desta feita, tendo em vista os conflitos socioambientais, econômicos e políticos gerados, entre outros fatores, pela crise ambiental, a partir do panorama estabelecido na comunidade nacional e internacional, entende-se não haver dúvidas de que o direito compõe-se de uma relevante ferramenta para garantir o justo desenvolvimento econômico, social, ambientalmente sustentável e ético, função precípua do Estado moderno.

Sobre esse prisma, Helen Greatrex ressalta a relevância da água no cenário global, de modo que seu uso indiscriminado e insustentável gera impactos em diversas áreas, o que pode ser observado quando a autora afirma que:

The changing and emerging factors have turned water into a key issue of concern for the international community. The mismanagement of this resource has the ability to affect poverty and health levels, the environment and cause international conflicts.²⁶
(GREATREX, 2013, p. 12.)

²⁵ SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Direito Ambiental. Doutrina e Casos Práticos. Rio de Janeiro, Elsevier; FGV, 2012, p. 166.

²⁶ “Os fatores modificativos e emergentes tornaram a água uma problemática chave e preocupante para a comunidade internacional como um todo. O mau gerenciamento deste recurso tem a capacidade de impactar negativamente em fatores como a pobreza, níveis de saúde, meio ambiente, bem como pode resultar em conflitos internacionais.” (tradução nossa)

Nesse sentido, a resposta para o questionamento do direito como um meio de solução das questões mais relevantes da atualidade pode ser compreendida pela própria prevalência dos direitos fundamentais em detrimento de interesses que os confrontem, pois uma vez estabelecidos como fundamentais, o Estado passa a ter o compromisso com a garantia e manutenção destes direitos como meta, obrigação para com seus indivíduos e mesmo justificativa de sua própria existência.

Daniel Sarmiento é preciso em afirmar que os direitos fundamentais ultrapassam o caráter afirmativo e mandamental da norma e atingem um patamar de alicerce para atuação e existência do Estado, quando sustenta que:

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação.²⁷

Nesta esteira, Paulo Cunha comenta apropriadamente sobre a utilidade e relevância do direito como ferramenta resolutive dos diversos conflitos supramencionados ao afirmar que:

O direito, como principal instrumento, funcionalmente, vocacionado para a organização da vida em sociedade e para a tutela das condições fundamentais do seu livre desenvolvimento, não poderia manter um atitude de indiferença perante os problemas do ambiente e de sua proteção efetiva, e é no domínio dos mecanismos de cariz preventivo e antecipatório que se encontram as soluções mais ajustadas à tutela dos bens ambientais.²⁸

Ainda sobre esse aspecto, Edésio Fernandes transmite uma ideia multifacetária e bem mais abrangente sobre a obrigação dos juristas e a aplicação do direito de maneira transcendental para a devida resolução dos conflitos que se apresentam quando defende que:

O grande desafio da colocado aos juristas e demais cientistas sociais, bem como aos administradores públicos, urbanistas e ambientalistas, é o de problematizar o direito para colocá-lo no mundo da vida – de forma a compreender que o direito tem criado

²⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 134.

²⁸ CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do Direito e o ambiente. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 111.

tantos conflitos quanto os que tem se proposto a resolver. Nesse contexto é imperativa a necessidade de ir além da visão instrumental e legalista tradicional, para se ver e compreender o direito também como um processo sociopolítico fundamental, isto é, como um arena central onde os interesses distintos e conflitantes (sobretudo quanto à utilização da terra urbana e de seus recursos) podem buscar alguma forma de equilíbrio. Para tanto, é preciso demolir os velhos mitos e desmascarar ideologias inquestionadas, bem como identificar problemas jurídicos – para assim compreender as possibilidades de mudança que o direito propicia.²⁹

Assim, a partir da contextualização apresentada, restou devidamente demonstrado que a denominada crise ambiental está instalada em nível global e vem se agravando diariamente.

O direito, nessa direção, evidencia-se como uma das mais pertinentes ferramentas resolutive de conflitos e, particularmente, um instrumento capaz de garantir a instituição e posterior salvaguarda dos mais variados direitos humanos fundamentais, dentre os quais inegavelmente a água está inserida, impondo-se relevante considerar que após o reconhecimento de um direito como fundamental este passa a integrar não apenas o rol de obrigações do Estado para com seus indivíduos, mas se transforma em meta a ser perseguida coletivamente, de modo que se transforma na justificativa da própria existência estatal.

Nesse cenário, o meio ambiente demandava um estudo mais aprofundado, tendo em vista que se tornou uma matéria de expressiva relevância e alvo de questionamentos que partiam tanto da sociedade para o Estado, como do Estado para a sociedade. Assim, o ramo do direito ambiental começou então a se destacar timidamente entre as várias outras ramificações do conhecimento jurídico, atravessando um processo de lenta evolução e desenvolvimento.

Durante longos anos o direito ambiental foi visto tão somente como uma subespécie dos demais ramos do direito, tais quais, do direito constitucional, direito administrativo, por exemplo. No entanto, desde o início do despertar para a matéria concernente ao meio ambiente, por suas inúmeras particularidades, esta mostrou a latente necessidade do desenvolvimento e estudo aprofundado dos mecanismos legais aptos a abarcar as especificidades práticas e teóricas dessa

²⁹ FERNANDES, Edésio. Estatuto da Cidade: promovendo o encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 306.

disciplina contemporânea, a qual requer um olhar holístico e ponderado, rumo à solução das diversas problemáticas que surgem hodiernamente.

Nessa direção, como será devidamente explanado no tópico seguinte, as discussões sobre os problemas ambientais tiveram início primeiramente em âmbito internacional, momento no qual foram realizadas diversas reuniões e conferências em nível global, onde grande parte da comunidade internacional mostrou-se alarmada quanto as prováveis consequências da exploração irresponsável dos recursos naturais.

Em função crescente preocupação em proteger o meio ambiente de maneira geral, como consequência natural, teve início o processo de positivação e ou codificação da referida proteção dos bens ambientais, primeiramente em forma de tratados internacionais, para posterior ingresso nas legislações nacionais, onde o Brasil empreendeu a relevante inovação de prescrever expressamente em sua Carta Constitucional, no artigo 225, a obrigação comum do Estado e sociedade civil de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Nessa perspectiva, a crise do meio ambiente *lato sensu* mostrou-se evidente com base na doutrina nacional e internacional, no entanto, para evidenciar e melhor contextualizar o objeto e justificativa da tese ora defendida, ressalta-se especificamente a existência da crise da água ou crise hídrica que assola as mais distintas nações do planeta, quer sejam países desenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos.

Como se observa no exemplo abaixo trazido pelos autores Clifford Rechtschaffen, Eillen Gauna e Catherine O'Neill, onde ressaltam basicamente a existência de uma conexão direta entre a crise ambiental de modo geral com questões políticas, sanitárias, ambientais, entre outras, porém relacionando a amplitude dos riscos que o ser humano está correndo, quer seja individualmente ou em grupo, oferecendo como exemplo a afetação dos peixes e mares pela contaminação com o mercúrio como causa de problemas de saúde, estendendo-se e demonstrando reflexos na economia e tantos outros, evidenciando que a contaminação da água impõe reflexos nas mais variadas áreas do cotidiano humano, e que além de uma crise ambiental, presencia-se uma crise da água, como segue:

From the perspectives of affected communities, the harms of environmental contamination are many and interrelated. These harms include adverse impacts to ecological health and to humans' physical, psychological, social, cultural, and spiritual health. In many instances, these harms represent an affront not only to an individual, but also to a group.

These harms, as environmental justice advocates have pointed out, are the result of multiple contributing 'stressors'. For example, in order to understand fully the adverse human health impacts of an individual's exposure to a chemical stressor such as mercury (which is now present in fish that live in contaminated aquatic environments), one needs to account for her circumstances of susceptibility and exposure (e.g., was she exposed *in utero*? To how much mercury?); appreciate the potential for the chemical stressor's interaction with another chemical stressor, such as PCB's, that may also be present in the fish; and consider the impact of social and economic stressors, such as lack of access to adequate health care, a deficient diet, or a community fabric frayed by poverty and other pressures.³⁰ (RECHTSCHAFFEN; GAUNA; O'NEILL, 2009, p. 175.)

Desta feita, continua-se a implementação de argumentos em defesa da concretude de uma crise ainda mais específica, a crise da água. Nesse contexto, Salman e McInerney-Lankford esclarecem essa preocupante realidade global, afirmando a relação e afetação direta da água disponível ao ser humano com outros problemas mundiais crônicos, tais como problemas sanitários, pobreza extrema, desenvolvimento econômico e social, entre outros, como se observa abaixo:

Water is indispensable element for life. Social and economic development is closely tied to water. Poverty is prevalent mostly in areas that face water shortage. Water-related diseases, caused by unsafe drinking water and the absence of proper sanitation facilities, are among the leading causes of death in the developing world. The fact that the world faces a water crisis is obvious. It is reported that more than 2 billion people are affected by water shortages in over 40 countries, 1.1 billion people do not have sufficient drinking water, and 2.4 billion people have no provision for sanitation. Current predictions forecast that by 2050 at least one in four people is likely to live in a country affected by chronic or recurring shortages of fresh water. **One**

³⁰ "A partir das perspectivas das comunidades afetadas, os danos provenientes da contaminação do meio ambiente são muitos e se interrelacionam. Esses danos incluem os impactos adversos para a saúde ecológica e nas esferas, psicológica, de saúde social, cultural, espiritual e física dos seres humanos. Em muitos casos, estes danos representam uma ofensa não apenas a um indivíduo, mas também para um grupo. Estes males, como os defensores da justiça ambiental têm apontado, são o resultado de múltiplos contribuintes 'estressores'. Por exemplo, a fim de compreender os impactos adversos à saúde humana da exposição de um indivíduo a um 'estressor' químico como o mercúrio (que agora está presente em peixes que vivem em ambientes aquáticos contaminados), é preciso dar conta de suas circunstâncias de susceptibilidade e exposição (por exemplo, ela foi exposta dentro do útero? A qual quantidade de mercúrio?); apreciar o potencial para a interação entre o 'estressor' químico com outro 'estressor' químico, tal como PCB, que pode também estar presente nos peixes; e considerar o impacto de 'estressores' sociais e econômicos, tais como a falta de acesso a cuidados de saúde adequados, uma dieta deficiente, ou uma camada social da comunidade desgastada pela pobreza e outras pressões." (tradução nossa)

reason for this crisis is hydrological variability in most parts of the world. Another major contributing factor is the overwhelming increase in population and urbanization, and the resulting environmental degradation.³¹ (grifo nosso) (SALMAN; MCLNERNEY-LANCKFORD, 2004, p. 1)

Sobre essa perspectiva, Juarez Freitas explicita sua percepção sobre a crise ambiental e hídrica, mas ressalta que essas são apenas algumas dimensões que do que autor denomina de crise sistêmica, como segue:

Ao que tudo indica, nos próximos milhões de anos, o planeta não será extinto. *A humanidade é que corre real perigo.* A gravidade das questões ambientais encontra-se, no presente estágio, isenta de dúvidas, em pontos fulcrais. O peso dessa ou daquela causa, sim, pode ser debatido, mas a crise ambiental é indesmentível. Negar, nessa altura, os malefícios dos bilhões de toneladas de gases tóxicos (com os enormes custos associados) parece atitude despida de mínima cientificidade.

(...)

Somente assim reunirá forças objetivas para fazer frente à magnitude das múltiplas crises que interagem entre si. *Crise sistêmica*, que põe, não poucas vezes, uma trava de pessimismo em vários analistas. Trata-se, sem dúvida, de *crise superlativa e complexa*. Crise do aquecimento global, do ar irrespirável, da desigualdade brutal de renda, da favelização incontida, da tributação regressiva e indireta, da escassez visível de democracia participativa, da carência flagrante de qualidade da educação (inclusive ambiental), das doenças facilmente evitáveis, da falta de paternidade e maternidade consciente, do *stress* hídrico global, da regulação inerte, tardia ou impotente, do desaparecimento de espécies, da queimada criminosa, da produção de resíduos que cresce em ritmo superior ao da população e da impressionante imobilidade urbana.³² (grifamos)

Noutro ponto, ao tratar sobre a importância dos usos múltiplos da água, Nírvia Ravena expõe que somente a conscientização da multiplicidade de usos que água possui pode permitir a adequação da legislação pertinente para que, posteriormente seja possível a apropriação social deste recurso indispensável à vida pela população, o que se revela quando a autora acrescenta que *“Somente com a*

³¹ “A água é um elemento indispensável para a vida. Os desenvolvimentos econômico e social estão intimamente ligados à água. A pobreza é predominante principalmente em áreas que enfrentam escassez de água. Doenças relacionadas com a água, causadas pelo consumo de água sem tratamento e a ausência de instalações sanitárias adequadas, estão entre as principais causas de morte no mundo em desenvolvimento. O fato de que o mundo enfrenta uma crise de água é óbvia. Relata-se que mais de 2 bilhões de pessoas são afetadas pela escassez de água em mais de 40 países, 1,1 bilhão de pessoas não têm água potável suficiente, e 2,4 bilhões de pessoas não têm acesso ao saneamento básico. As previsões atuais preveem que até 2050 pelo menos uma em cada quatro pessoas viverá em um país afetado pela escassez crônica ou recorrente de água doce. Uma das razões para esta crise é a variabilidade hidrológica em muitas partes do mundo. Outro fator que contribui é o aumento esmagador da população e da urbanização, e a degradação ambiental desta resultante.” (tradução livre)

³² FREITAS, Juarez. Sustentabilidade. Direito ao Futuro. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 44-45.

retomada da concepção do uso múltiplo da água como princípio norteador da regulação é que houve a possibilidade de mudança substancial da perspectiva de qual regulação deveria ser efetivada.” (RAVENA, 2012, p. 120).

Em uma perspectiva não usual, William Goldfarb reconhece expressamente a existência da crise da água, mas apresenta um posicionamento muito otimista sobre as consequências da referida crise hídrica, defendendo que tal crise será responsável por impulsionar o desenvolvimento científico, tecnológico e industrial deste respectivo campo, o que fica evidente quando o autor afirma que:

Conversely, our need for water affects the development of science and technology. Water shortages stimulate research into novel methods of water production, storage, and distribution. Public demand for clean water prompts industry to invest in new processes that recycle water.³³ (GOLDFARB, 1998, p. 6.)

Em contrapartida ao que afirmou Goldfarb, Thomas V. Cech empreende uma interessante crítica sobre a questão da crise hídrica mundial e apresenta informações que demonstram que apesar dos avanços tecnológicos o acesso à água potável já é um fator preocupante desde agora e não parece demonstrar mudanças otimistas ao homem, como segue:

O crescimento populacional será a causa básica dos conflitos no uso da água no futuro. A demanda pela água em todo o mundo aumento 900% no século XXI, mas prevê-se que essa demanda seja substancialmente moderada até 2025 em consequência dos aumentos na eficiência do uso da água, na melhoria da adoção mais disseminada da água reciclada e nas mudanças tecnológicas energéticas. A qualidade da água para fins potáveis, porém, já é inadequada em muitas partes da África, Oriente Médio, México e Índia (normalmente em decorrência da abominável pobreza).³⁴

Ademais, Steven Solomon ao estabelecer uma comparação entre a água e o petróleo, conclui que seria impossível nivelar os graus de importância entre estes tão distintos recursos naturais, já que por maior que seja a relevância do petróleo no cotidiano do homem, ele não se mostra com um recurso vital, exatamente ao contrário da água que atinge o patamar de essencialidade e fundamentalidade para a humanidade, recurso sem o qual não pode haver

³³ “Por outro lado, a nossa necessidade de água afeta o desenvolvimento da ciência e da tecnologia. A escassez de água estimula a pesquisa sobre novos métodos de produção, armazenamento e distribuição de água. A demanda pública por água potável obriga o setor industrial a investir em novos processos de reciclagem ou reutilização da água.” (tradução livre).

³⁴ CECH, Thomas V. Recursos Hídricos. História, Desenvolvimento, Política e Gestão. 3. ed. Tradução Eliane Ferreira Paim, Luiz Cláudio de Queiroz Faria, Rafael Anselmé. Rio de Janeiro, LTC, 2013, p. 363.

desenvolvimento humano. No entanto, afirma o autor que mesmo com o reconhecimento do papel crucial da água para o homem, o século vinte e um mostrou-se como uma nova era de disparidade, acessibilidade, e ainda de deterioração da qualidade da água. Esse entendimento fica explícito quando o autor afirma que:

The challenge of fresh water scarcity and ecosystem depletion is rapidly emerging as one of the defining fulcrums of world politics and human civilization. A century of unprecedented freshwater abundance is being eclipsed by a new age characterized by acute disparities in water wealth, chronic insufficiencies, and deteriorating environmental sustainability across many of the most heavily populated parts of the planet. (...) the struggle to command increasingly scarce, usable water resources is set to shape the destinies of societies and the world order of the twenty-first century. Water is overtaking oil as the world's scarcest critical natural resource. But water is more than the new oil. Oil, in the end, is substitutable, albeit painfully, by other fuel sources, or in extremis can be done without; but water's use are pervasive, irreplaceable by any other substance, and utterly indispensable.³⁵ (SOLOMON, 2010, p, 367)

Nessa mesma perspectiva, Thomas Cech explica exatamente sobre essa complexidade natural integrante da água e ilustra essa problemática através do exemplo crítico observado no Oriente Médio, corroborando com a tese da preocupante realidade da crise hídrica que não está limitada ao território brasileiro, mas atingindo diversas nações, como segue:

O uso da água e a gestão dos recursos hídricos são questões extremamente contenciosas no Oriente Médio por uma série de razões. Primeira, as fronteiras políticas atuais desconsideram as fronteiras hidrológicas, criando assim conflitos futuros. Segundo, a água doce é distribuída de maneira muito desigual no Oriente Médio. Garantir o abastecimento de água adequado para as necessidades humanas requer cooperação entre países com pouco desejo de trabalhar juntos. Terceiro, o uso total da água na região aumentou quase 1000% ao longo dos últimos 100 anos. Quanto ao tratamento

³⁵ “O desafio da escassez de água potável e o esgotamento do ecossistema estão emergindo rapidamente como um dos fulcros de definição da política mundial e da civilização humana. Um século de abundância de água doce sem precedentes está sendo ‘eclipsado’ por uma nova era caracterizada por disparidades agudas em riqueza hídrica, insuficiências crônicas, e deterioração da sustentabilidade ambiental através de muitas das partes mais densamente povoadas do planeta. (...) A luta para comandar os cada vez mais escassos recursos hídricos disponíveis está moldando os destinos da sociedade e da ordem mundial do século XXI. A água está superando o petróleo como o recurso natural mais escasso e crítico do mundo. Mas a água é mais do que o novo petróleo. Petróleo, no final das contas, é substituível, embora não facilmente, por outras fontes de combustível, ou em casos extremos, o homem pode viver sem este; mas o uso da água está intrinsecamente ligado a tudo, mostrando-se insubstituível por qualquer outra substância, e revestindo-se de um bem absolutamente indispensável.” (tradução nossa)

e o descarte inadequados da água levou à deterioração ininterrupta da qualidade da água das fontes superficiais e subterrâneas.³⁶

Eduardo Coral Viegas sobre a relação entre a problemática referente à crise no acesso à água potável e as consequências para a saúde humana, apresenta alguns dados que corroboram com a afirmação de que a crise da água está assolando o homem e se mostra imprescindível a tomada de decisões para que essa situação crítica possa ser solucionada. Conforme se observa no seguinte trecho:

Mais concretos para o cidadão comum são os problemas que atingem a saúde humana – e naturalmente a própria vida – em decorrência da crise da água.

Dados da Organização Mundial da Saúde apontam que 80% das doenças do mundo se relacionam à ausência de água tratada, sendo a poluição hídrica um dos principais canais de propagação de enfermidades como o tifo e a cólera. Além dessas, outras doenças como a disenteria, hepatite tipo A, malária e amebíase colocam em risco pessoas que não têm à sua disposição água própria para o consumo e rede de esgoto.³⁷

Camila Cotta, por sua vez, fornece números alarmantes sobre a inacessibilidade de grande parte da população mundial à água potável e suas graves consequências, ao afirma que:

Estatísticas da ONU revelam que aproximadamente 1 bilhão de pessoas não têm acesso a água tratada e cerca de 1,7 bilhão a esgoto. A falta de água limpa causa a morte de 4 milhões de crianças por ano, de doenças como cólera e malária. Mais da metade dos rios do mundo estão poluídos, provocando assoreamento e diminuição de seu volume. A exploração provoca secas cada vez mais dramáticas.³⁸

Os dados e percentuais demonstram que a crise hídrica não está distante de nenhuma realidade, impondo sua presença tanto em países desenvolvidos, porém mostrando-se de maneira mais evidente em países menos desenvolvidos, mas latente em ambas as realidades.

Assim sendo, foram apresentadas e contextualizadas no cenário mundial, nacional e regional as denominadas crise ambiental e crise da água, de modo que o direito *lato sensu* apresenta-se como ferramenta essencial para o

³⁶ CECH, Thomas V. Recursos Hídricos. História, Desenvolvimento, Política e Gestão. 3. ed. Tradução Eliane Ferreira Paim, Luiz Claudio de Queiroz Faria, Rafael Anselmé. Rio de Janeiro, LTC, 2013, p. 377.

³⁷ VIEGAS, Eduardo Coral. Visão Jurídica da Água. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 37.

³⁸ COTTA, Camila. Água: bem da humanidade. Disponível em <http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2004-03-19/agua-bem-da-humanidade>. Acesso em 25 Jun. 2014.

controle e regulação das ações da sociedade e do Estado em direção à melhorias sociais, concretização de metas de desenvolvimento, mas principalmente para a garantir a efetividade dos direitos humanos fundamentais, dentre os quais o direito fundamental à água está relevantemente inserido.

Em seguida, passe-se a expor sobre o exemplo do meio ambiente como um direito fundamental e a problemática quanto à falta de efetividade deste, contrariando seu expreso reconhecimento como uma norma de direito fundamental.

Ademais, percorre-se o caminho da hipótese de reconhecer o direito fundamental à água, conforme a abertura constitucional a seguir delineada, empreendendo também uma contextualização da problemática da aplicação e efetividade jurídica de tais previsões nas esferas nacional e internacional, através dos exemplos e dados de pesquisa pertinentes, demonstrando, por fim, a fragilidade teórica desse reconhecimento e aplicação apenas sob perspectiva do positivismo jurídico.

2 O EXEMPLO DO MEIO AMBIENTE *LATO SENSU* E A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À ÁGUA SOB A PERSPECTIVA POSITIVISTA. A FRAGILIDADE TEÓRICA DA JUSTIFICAÇÃO.

De modo geral, a proteção dos direitos humanos fundamentais não se restringe a níveis locais, pelo contrário, alcança uma abrangência global, de modo que originam uma preocupação quanto ao desenvolvimento e implementação de políticas públicas protetivas em caráter internacional, haja vista que, desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, as nações, em sua maioria, aderiram a um acordo comum sobre o que se considerou direitos básicos e fundamentais do homem.

Desse modo, percebe-se que a tutela dos direitos humanos fundamentais é emanada, em sua maioria, primeiramente em nível internacional para que, posteriormente, seja incorporada em nível local – nacional - às constituições e legislações dos países que acordarem com tal inclusão.

Em Estocolmo, no ano 1972, por meio do documento que se denominou de Declaração de Estocolmo, grande parte da comunidade internacional concordou que o meio ambiente de fato estava em risco, e o que inicialmente foi considerado como meras especulações e/ou sensacionalismo, tornou-se um fato indiscutível, o que resultou na elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de princípio norteador e direito fundamental do homem, como objetivo a ser perseguido por todos os indivíduos e nações.

Observa-se, nesse momento, uma quebra ou no mínimo uma sugerida redução da autonomia e soberania dos Estados, pois com a ascensão da preocupação com o meio ambiente a um patamar global, os danos ambientais passaram a atingir o planeta como um todo, tendo em vista a unicidade do meio ambiente, agora enxergado como um bem uno e indivisível.

Nessa linha de raciocínio, Dimitri Dimoulis corrobora com a afirmação dita acima, ao expor que:

Essa evolução contrapõe-se à validade do princípio do relacionamento binário entre o Estado e o indivíduo que governa a concepção tradicional dos direitos fundamentais. A introdução dos sujeitos do direito internacional e principalmente das organizações internacionais nessa relação torna ainda mais complexas as

questões do exercício e da garantia dos direitos fundamentais, vinculando-os a uma nova discussão e negociação do princípio da soberania nacional.³⁹

Esse processo pode ser denominado de internacionalização da proteção ambiental como um direito humano fundamental, concebido na estruturação do conceito de *res communis*, ou seja, bem comum da humanidade, quem tem por obrigação guardá-lo e preservá-lo.

Para tanto, a citada Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, é reconhecida pela doutrina como o marco histórico da proteção ao meio ambiente *lato sensu* e a elevação deste ao patamar dos direitos humanos fundamentais.

Afirma-se, pois, foi a partir desta Declaração que teve início o processo da concreta internacionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que irrompeu o paradigma antes tido como bem divisível e individualmente considerado, para atingir o patamar de bem da humanidade e, portanto, transindividual, a ser garantido através do reconhecimento como um direito humano fundamental, dentro do qual a água está pertinentemente contida.

Nessa linha, Antonio Augusto Cançado Trindade, ainda na década de 90, foi precursor em relacionar o meio ambiente com os direitos humanos fundamentais, pois até então, os estudos empreendidos em tais áreas aconteciam separadamente, o que em sua opinião era equivocado devido à nova realidade de convergência e elevação de tais direitos em níveis de fundamentalidade. Tal entendimento fica evidente quando Trindade afirma que:

Requerem do direito internacional público, em processo de contínua expansão, soluções aos problemas globais que apresentam, além de enriquecimento conceitual para fazer face às realidades dos novos tempos. Impõe-se seja dado em particular à questão da relação entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental um tratamento sistematizado, dada a sua transcendental importância em nossos dias.⁴⁰

Daniel Sarmiento corrobora com tais afirmações ao dispor que:

No entanto, o advento do Estado Social, aliado à progressiva sofisticação nos estudos do Direito Constitucional na Europa, sobretudo no período de reconstrução que se seguiu ao fim da 2ª Guerra Mundial, importaram numa mudança significativa na concepção dos direitos fundamentais. Não apenas novos direitos

³⁹ DIMOULIS, Dimitri. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 27.

⁴⁰ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos Humanos e Meio Ambiente. Paralelo dos sistemas de proteção internacional. FABRIS, 1993, p. 23.

foram positivados, ligados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, como também a visão referente aos antigos direitos liberais sofreu uma relevante mudança.⁴¹

O Brasil, nesse cenário, tem adquirido nas últimas décadas grande relevância nas pautas de discussão em que o meio ambiente esteja em debate, pois apesar das desigualdades sociais e pouca efetividade das políticas públicas voltadas ao meio ambiente, o país tem um dos mais avançados e abrangentes corpos normativos que regulamentam o meio ambiente, servindo de modelo, inclusive, para países desenvolvidos.

Válido destacar, que o Brasil vindo sendo palco de algumas das mais relevantes conferências das Nações Unidas primeiramente com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO-92 ou Rio-92), onde se discutiu formas de proteger os ecossistemas da terra sem obstar o desenvolvimento socioeconômico.

Mais recentemente, a cidade do Rio de Janeiro novamente sediou a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente denominada de Rio+20, o que tem resultado e demonstrado, no plano interno, crescente preocupação com a preservação do meio ambiente de acordo com os desígnios constitucionais, seja no campo normativo, seja na adoção de políticas públicas.

Discussões envolvendo o reconhecimento de alguns princípios jurídicos ambientais têm tomado conta das pautas acadêmicas e políticas de todo o mundo. Um exemplo relevante é o princípio da vedação ao retrocesso, instrumento jurídico amplamente debatido nos ambientes acadêmicos e processuais, tendo iniciado na Europa e difundindo-se no Brasil e em muitos outros países.

Terence Trennepohl atesta a importância de tais acontecimentos históricos ao elencar alguns dos resultados práticos que a citada Conferência produziu, quando afirma que:

Somente em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, a *Earth Summit* (ECO-92 ou Rio-92), contando com a presença de 178 países e mais de 1.500 representantes de organizações não governamentais, apresentou melhor sintonia, e os interesses ambientais foram mais convergentes. O resultado do encontro gerou documentos importantes em prol de um desenvolvimento equilibrado. Como exemplo, pode-se citar a Agenda 21, a Convenção de Mudanças

⁴¹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 133.

Climáticas, a Convenção sobre Biodiversidade Biológica e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.⁴²

Nessa direção, Lise Tupiassu-Merlin ressalta a evolução da proteção e normatização do direito fundamental ao meio ambiente sadio. Esse posicionamento fica explícito quando a autora expõe que:

Atualmente, instrumentos internacionais e construções de muitos países trazem em seu bojo a afirmação do meio ambiente enquanto direito fundamental. Essa consagração implica a incorporação ao universo jurídico de um direito fundamental relativamente – novo – cujas consequências estão sendo pouco a pouco exploradas.

(...)

A normatividade do direito fundamental ao meio ambiente, diante de sua concepção enquanto direito positivo, implicaria, portanto, em obrigações de prestação material por parte do Estado, o que dificultaria em muito sua produção de efeitos no mundo prático.⁴³

Com efeito, para que se possa compreender de que maneira a tutela do meio ambiente e dos recursos naturais, notadamente a água, atingiram o patamar de fundamentalidade ora defendido, é necessário uma breve análise histórica da problemática que envolve o meio ambiente e a água, para que se consiga demonstrar de maneira cronológica os mecanismos jurídicos protecionistas que colaboraram para a referida ascensão como direito fundamental.

Desta feita, já que é pacífico o reconhecimento do meio ambiente sadio como um direito humano fundamental, para o desenvolvimento da presente pesquisa, confere-se atenção especial à água, como um elemento natural e recurso ambiental que merece particular atenção, principalmente considerando o contexto atual em que o planeta terra encontra-se submerso, onde até mesmo países desenvolvidos deparam-se com uma crise sem precedentes, principalmente no que concerne ao acesso e disponibilidade da água para os mais variados usos.

Nesse sentido, cumpre acrescentar que a água sempre foi um recurso natural indispensável para a sobrevivência dos seres humanos, entretanto, a utilização desregrada deste bem natural tem chamado à atenção não apenas do Brasil, mas de grande parte da comunidade internacional para os incalculáveis riscos e danos provenientes da escassez de água para o homem.

⁴² TRENNEPOHL, Terence Dorneles. Incentivos Fiscais no Direito Ambiental. Para uma Matriz Energética Limpa e o Caso do Etanol Brasileiro. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 58.

⁴³ TUPIASSU-MERLIN, Lise. A complexidade normativa do direito fundamental ao meio ambiente. In: BASTOS, Elísio Augusto Veloso, TUPIASSU-MERLIN, Lise e CICHOVSKI, Patrícia Blagitz (Coord). Constitucionalismo e direitos fundamentais. Método, São Paulo, Cesupa, Belém, 2014, p. 1-2.

Sobre esse aspecto, Erivaldo Moreira Barbosa afirma que a água dispõe de tamanha relevância que influencia diretamente, considerando suas múltiplas dimensões, a geração de conflitos de natureza política, ética, ambiental, jurídica, social e econômica, de modo que a escassez deste recurso fundamental provém da gestão desintegrada, do aumento populacional, da poluição dos cursos d'água e da forma com que o homem impõe a realização do desenvolvimento econômico.⁴⁴

Nesse contexto, a água revela-se como um bem indispensável e imprescindível à sobrevivência do homem, mas para a garantia da manutenção e desenvolvimento da vida como um todo, já que relaciona-se com as mais diversas atividades naturais, econômicas, políticas e sociais.⁴⁵

Seguindo esse a mesma linha de raciocínio, José Tundisi e Takako Tundisi na introdução de seu livro defendem a fundamentalidade do direito à água, assim como demonstram sua essencialidade, nos seguintes termos:

A água é um recurso estratégico para a humanidade, pois mantém a vida no planeta Terra, sustenta a biodiversidade e a produção de alimentos e suporta todos os ciclos naturais. A água tem, portanto, importância ecológica, econômica e social. As grandes civilizações do passado e do presente, assim como as do futuro, dependem e dependerão da água para sua sobrevivência econômica e biológica, e para o desenvolvimento econômico e cultural. Há uma cultura relacionada com a água e um ciclo hidrossocial na inter-relação da população humana com as águas continentais e costeiras.⁴⁶

Nesse sentido, sobre as características da fundamentalidade histórica do meio ambiente, corroborando com a construção histórica que vem sendo empreendida neste tópico, Talden Queiroz Farias destaca que:

A Organização das Nações Unidas organizou em Estocolmo, na Suécia, a 1ª Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente, aprovando ao final a Declaração Universal do Meio Ambiente que declarava que os recursos naturais, como a água, o ar, o solo, a flora e a fauna, devem ser conservados em benefício das gerações futuras, cabendo a cada país regulamentar esse princípio

⁴⁴ BARBOSA, Erivaldo Moreira. Direito Ambiental e dos recursos naturais: biodiversidade, petróleo e água. Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 241.

⁴⁵ TARLOCK, A. Dan. The Dual Nature of Water: Commodity and Community Resource. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). Direito, Água e Vida - Law, Water and The Web of Life. São Paulo. Imprensa oficial. Vol. 1. 2003, p. 1.

⁴⁶ TUNDISI, José Galizia e TUNDISI, Takako Matsumura. A Água. 2. ed. Publifolha, São Paulo, 2009, p. 1.

em sua legislação de modo que esses bens sejam devidamente tutelados.⁴⁷

No âmbito nacional, observa-se a integralização desse regramento normativo internacional no art. 225⁴⁸ da Carta Magna, consagrando as diretrizes da manifestação constitucional sobre a fundamentalidade do meio ambiente *lato sensu*. Todavia, a legislação nacional já tutelava o meio ambiente mesmo antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, através do Decreto nº. 24.643/1934, conhecido como o Código de Águas, posteriormente e de forma indireta com o advento da Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, já em obediência ao que fora determinado em Estocolmo, sendo a tutela específica da água inaugurada somente em 1997 através da Lei 9.433/97, com a instituição da Política Nacional dos Recursos Hídricos - PNRH.

Desta feita, demonstradas as nuances históricas sobre a origem dos direitos fundamentais, em especial a ascensão do meio ambiente e da água ao patamar de indispensabilidade ao ser humano, desenvolve-se em seguida sobre algumas das principais divergências conceituais sobre os direitos fundamentais e a influência conceitual para o reconhecimento da água como tal.

Nesse sentido, a doutrina nacional e internacional conceitua e classifica de diversas maneiras os direitos fundamentais. No entanto, para não extrapolar o recorte delimitado para o presente tópico, serão considerados apenas alguns estudiosos do tema.

Dimitri Dimoulis, sobre esse aspecto, define os Direitos Fundamentais como *“direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”*. (DIMOULIS, 2012, p. 40)

Noutro ponto, Jorge Miranda ao tratar sobre a mesma temática dos direitos fundamentais, explicita um interessante posicionamento crítico sobre as principais características dos direitos fundamentais, bem como o seu conteúdo e os

⁴⁷ FARIAS, Talden Queiroz. Propedêutica do Direito Ambiental. Disponível em :< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1545>. Acesso em: 07 ago. 2011, p. 4.

⁴⁸ 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.

requisitos mínimos de existência desta nobre categoria de direitos quando leciona que:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*.

Essa dupla noção – pois os dois sentidos podem ou não devem coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear as atinências das concepções de direitos fundamentais com as ideias de direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objeto ou ao conteúdo e quanto à estrutura que abrange verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos. Mas ela implica necessariamente dois pressupostos ou duas balizas firmes. Não há direitos fundamentais sem reconhecimento numa esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral. Em contrapartida, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação direta com o poder, beneficiando um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada. A observação histórica comprova-o.⁴⁹

Dessa maneira, a partir de tais premissas, é possível compreender que, independente da conceituação considerada, os direitos fundamentais têm sua origem e essência no próprio homem, justificada na constante evolução e conseqüente renovação das necessidades humanas, sob as quais residem os direitos fundamentais.

Essa premissa fica cristalina nas colocações de Ingo Sarlet quando dispõe que:

(...) há como concluir, desde já, que, em se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante⁵⁰.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge. A recepção da Declaração Universal dos direitos do homem pela Constituição Portuguesa. Um fenómeno de conjugação de direito internacional e constitucional. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/24.pdf>>. Acesso em Jun. 2014, p. 499-500.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 72.

Assim, quer seja através da proteção formal ou da garantia material, os direitos fundamentais necessitam para sua implementação e reconhecimento, serem albergados de alguma maneira pela Constituição brasileira, de modo que acompanhem a evolução social, econômica, política e jurídica local.

Todavia, como ressaltam os autores John Scanlon, Angela Cassar e Noémi Nemes, existem defensores de que a fundamentalidade da água, assim como do ar, são tão essenciais para a preservação da vida humana, que não ensejariam uma necessária positivação ou mesmo reconhecimento expresso como um direito fundamental, como segue:

It has been suggested that water like air is so fundamental to preserving a right to life that explicit recognition was unnecessary, and thus little attention has been given to the question of whether there is a right to water.⁵¹ (SCANLON; CASSAR; NEMES, 2003, p. 136)

No entanto, sustenta-se entendimento inverso da afirmação acima, pois a ausência de preocupação ou mesmo desídia com que a água vem sendo tratada foi justamente o que provocou um aumento exponencial dos riscos de contaminação, poluição e mesmo impossibilidade do consumo pelo homem, em função da crescente carga poluidora gerada a partir da utilização indevida da água no desenvolvimento das mais diversas atividades, o que torna incoerente a afirmação de que a fundamentalidade inerente, por si só, já a protegeria.

Nesse norte, considerando o fato de que o reconhecimento de diversos direitos nos âmbitos nacional e internacional passaram a ser respeitados, então por que não destinar o mesmo tratamento jurídico à água, levando em conta sua indubitável essencialidade?

Nessa esteira, os Estados Unidos, por exemplo, desde as décadas de 60 e 70, já tinham consciência de que o modelo de produção e desenvolvimento adotado pelo país era muito bem sucedido sob o prisma econômico, entretanto, no que concerne à ótica ambiental, o país estava afundando-se em uma crise em função do modelo de desenvolvimento insustentável. No entanto, como afirma Robin Craig, são diversas as políticas em âmbito nacional existentes no Estados Unidos das Américas, tais como a Política Ambiental Nacional – the National Environmental Policy Act (NEPA) –, a Política Nacional do Ar – the Clean Air Act (CAA) –, a Política

⁵¹ “Tem sido sugerido que a água, assim como o ar, é tão fundamental para a preservação do direito à vida que o reconhecimento explícito era desnecessário, e, assim, tem sido dada pouca atenção para o questionamento sobre a existência de um direito à água.” (tradução nossa)

Nacional da Água - the Clean Water Act (WA or the Act) –, a Política Nacional da Conservação e Recuperação Ambiental – the Resource Conservation and Recovery Act (RCRA) –, bem como a Política Nacional de Resíduos Sólidos –, the Solid Waste Disposal Act, the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA).⁵² (tradução nossa)

Sobre essa visão, David Cassuto ressalta que *“Water rights are notoriously complex, highly litigious, and in constant flux. The laws and rules that have evolved around their management encompass everything from individual domestic use to massive federal reclamation projects.”*⁵³(CASSUTO, 2010, p. 2)

Desse modo, de tudo que fora dito sobre a conceituação dos direitos fundamentais, do ponto de vista jurídico mostra-se bastante razoável defender que a água é um direito humano fundamental e que a legislação nacional por mais que ainda não tenha expressamente internalizado esse posicionamento, confere abertura para a tal entendimento.

Nessa direção, independente das discussões em nível internacional, para que haja uma real efetivação em âmbito nacional, afere-se indispensável o reconhecimento interno da água como um direito humano fundamental, o que deve, conseqüentemente, ser internalizado pela Carta Constitucional brasileira.

Essa possibilidade de materialização do direito fundamental à água na Carta Constitucional se mostra tanto possível, considerando a abertura constitucional, quanto necessária pela essencialidade do bem em questão, de modo que recebe, inclusive, apoio doutrinário.

Seguindo a mesma linha de raciocínio e corroborando expressamente com a tese aqui levantada, os autores Sérgio e Sidney Guerra propõem que:

Registre-se desde logo, a necessidade de proteger os direitos fundamentais posto que individualizam a pessoa em si, como projeção na própria sociedade em que vive. Tais direitos destinam-se a preservar as pessoas em suas interações no mundo social e quando expressamente consignados na Constituição, como no caso

⁵² CRAIG, Robin Kundis. The Clean Water Act and the Constitution. Legal Structure and the Public's Right to a Clean and Healthy Environment. 2. ed. Washington, ELI Press, 2009, p. 1.

⁵³ “os direitos relacionados à água possuem notória complexidade, ampla litigiosidade em um fluxo constante de desenvolvimento, já que a normatividade relacionada à matéria evolui nas mais variadas direções e abrangências, desde a regulação do uso doméstico, para regular o uso massivo pelo governo federal.” (tradução livre)

brasileiro, esses direitos realizam a missão de defesa das pessoas diante do poder do Estado.⁵⁴

Neste ponto, sustentar o entendimento de que direitos fundamentais são apenas direitos em sentido formal, significaria entender o direito como uma ciência imutável e estanque, pois tal postura impediria que as evoluções humanas de caráter social, jurídico e moral consagassem novos direitos que viessem a adquirir relevância social, jurídica, ética e econômica em um dado momento e, por isso, alcançar o patamar da fundamentalidade.

Ademais, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 não estabelece um rol taxativo sobre os direitos e garantias fundamentais, muito pelo contrário, abrange muitos dos direitos que ao tempo de sua promulgação possuíam caráter fundamental, deixando uma explícita abertura e flexibilização normativa para a incorporação de novos direitos fundamentais ainda não expressos no texto constitucional.

Guerra e Guerra explicitam entendimento exatamente compatível com tal afirmação, quando esclarecem que:

Isso porque também existe o significado material dos direitos fundamentais segundo o qual são fundamentais aqueles direitos que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais⁵⁵.

E por meio de uma leitura histórica dos direitos humanos, Celso Lafer destaca a mutabilidade e transformação desses direitos que são concebidos através da evolução pacífica ou não da humanidade, o que se verifica quando o autor afirmar que:

(...) os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate⁵⁶.

Entendimento este que é devidamente corroborado por Norberto Bobbio, ao transparecer a ideia de contínua construção dos direitos fundamentais humanos, como segue:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por argumentos novos – que os direitos do homem, por

⁵⁴ GUERRA, Sérgio e GUERRA, Sidney. Intervenção Estatal Ambiental. Licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar nº. 140/2011. São Paulo, Atlas, 2012, p. 15.

⁵⁵ ibidem p. 18.

⁵⁶ LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e Justiça internacional. São Paulo, Saraiva, 2006, p. XXII.

mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, características por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁵⁷

Dando sequência a defesa da inclusão do direito humano fundamenta à água na Constituição brasileira, José Joaquim Gomes Canotilho sustenta, no que concerne aos requisitos para alcançar o patamar de fundamentalidade, que os direitos que hipoteticamente queiram ser elevados à tal nível, devem preencher alguns critérios e requisitos sugeridos pelo autor, tais como:

(a) consiste em norma que toma assento na constituição escrita e ocupa o todo de toda ordem jurídica; (b) é norma constitucional sujeita as limitações formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (emenda e revisão); (c) é norma de aplicação imediata e vincula-se as entidades públicas (constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais) e privadas⁵⁸.

A Carta Magna brasileira em seu art. 5º, § 2º⁵⁹ reconhece a abertura normativa já mencionada, pois permite que mesmo os direitos não expressamente incluídos no rol de direitos e garantias fundamentais venham a ser considerados como tais. Como exemplo prático, cita-se a temática do meio ambiente instituída através da redação do art. 225⁶⁰ da Lei Maior, que mesmo fora do catálogo do art. 5º e seguintes, é considerado concretamente pela doutrina e jurisprudência pátria como um direito humano fundamental, estendendo-se, inclusive, às futuras gerações.

Ingo Sarlet ressalta a seguir exatamente o posicionamento que se defende no presente momento sobre a matéria em discussão ao expor que:

Já no que diz com os direitos da terceira e da quarta dimensões, há que ter maior cautela. Certo é que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) pode ser enquadrado nesta categoria (direito da terceira dimensão), em que pese sua localização no texto, fora do título dos direitos fundamentais.
(...)

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. Era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Nova ed, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 25.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 349.

⁵⁹ Art. 5º *Omissis*

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

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

Importante é a constatação de que, relativamente à positivação em nível do direito constitucional interno, os direitos das duas últimas dimensões ainda reclamam uma atenção maior, o que não significa que inexistam possibilidades de seu reconhecimento e efetivação, que poderia dar-se também (mas não só) por intermédio da cláusula de abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da CF, o qual ainda será objeto de maior atenção⁶¹.

Neste diapasão, Konrad Hesse sustenta que a Constituição deve estar em frequente evolução e o fará ao permitir a incorporação a seus ditames fundamentais outras necessidades, direitos ou pleitos sociais que outrora não estavam. Então afirma que:

A Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa de seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária.⁶²

Desse modo, observa-se que a Constituição Federal brasileira é aberta e fornece elementos jurídico-normativos que permitem a elevação da água ao seu patamar de fundamentalidade, porém o processo de concretização e a integração deste direito fundamental à água no ordenamento jurídico brasileiro ainda não ultrapassou a barreira teórica e conceitual, sendo, portanto, um objetivo a ser perseguido e alcançado.

Noutra perspectiva, ressalta-se que tanto na seara internacional como no âmbito nacional são muitos os direitos e princípios fundamentais reconhecidos legalmente (estabelecidos por tratados e convenções internacionais e posteriormente ratificados no âmbito constitucional e legitimados na legislação infraconstitucional) e doutrinariamente, os quais estão atrelados em sua gênese ao direito fundamental à água, como se demonstra a seguir.

A água está intrinsecamente conectada a diversos direitos humanos fundamentais, tais como; direito à vida, direito à alimentação, direito à autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à moradia digna, direito à educação, direito à saúde, direito a condições dignas de trabalho, direito ao saneamento básico, dentre muitos outros.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 67.

⁶² HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 21.

Helen Greatrex acrescenta que a ascensão dos direitos econômicos e sociais permitiu que o direito fundamental à água preenchesse o seu devido lugar e existência entre os direitos fundamentais ao homem, tendo em vista ser um requisito para a concretização, realização e manutenção dos demais direitos fundamentais.⁶³

Mary Moore, nesse contexto, exprime sua ótica pessimista de que a problemática envolvendo a água está apenas no início, haja vista que os problemas ambientais e humanos tendem a se agravar gradual ou exponencialmente, dependendo unicamente do grau de conscientização que a comunidade internacional enquadre o meio ambiente e especificamente a água, já que as reservas hídricas nunca foram tão escassos, devido aos mais diversos fatores ambientais e humanos.⁶⁴ (tradução livre)

Ato contínuo, a autora supracitada relaciona o direito à água e sua conexão intrínseca com os direitos à saúde física e mental, direito à vida e dignidade humana, de modo que possibilita a interpretação extensiva e de certo modo inversa, na qual percebe-se o direito fundamental à água como sustentáculo para a concretização dos demais direitos fundamentais, de modo que tal prescrição legal é encontrada em diversos instrumentos e tratados internacionais de direitos humanos, ao sustentar que:

The human right to water entitles everyone access to water that is necessary for personal and domestic uses. This right is derived from “the right to an adequate standard of living and inextricably related to the right to the highest attainable standard of physical and mental health, as well as the right to life and human dignity” found in a number of international human rights treaties and instruments.⁶⁵

⁶³ “The gradual increase in the status of economic and social rights has allowed the human right to water to assume its correct position as a foundational right: “a prerequisite to the realisation of all other human rights” GREATREX, Helen. The Human Right to water. Disponível em <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-2/Greatrex.pdf>. Acesso em 12 ago 2013, p. 12.

⁶⁴ “Water has long been a source of both national and international conflict. The threat of conflict over water resources is only expected to grow given the world’s freshwater resources are strained like never before due to population growth, increased individual water consumption, economic growth, and climate change.” MOORE, Mary. Making the international human right to water primary: recommendation for an optional protocol to the united nations convention on the law of non-navigational uses of international watercourses. The George Washington International Law Review. Vol. 44 online. Disponível em < http://www.gwlr.org/?page_id=1042> Acesso em 27 jun. 2013, p. 1.

⁶⁵ O direito humano à água dá direito a todos o acesso à água, tendo em vista que é necessário para uso pessoal e doméstico. Este direito é derivado ‘do direito a um padrão de vida adequado e intrinsecamente relacionado com o direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental, bem como o direito à vida e à dignidade humana’, expressamente previstos em uma série de tratados e instrumentos sobre direitos humanos internacionais. (trdução nossa) *Idem* MOORE, Mary. Making the international human right to water primary: recommendation for an optional protocol to the united nations convention on the law of non-navigational uses of international watercourses. The George

Scanlon, Cassar e Nemes enfrentam a problemática do reconhecimento da água como um direito fundamental de maneira muito precisa e afirmam categoricamente que a doutrina deveria transcender a questão de fundamentalidade do direito à água e reconhecer, na verdade, o que os autores denominam de *water-dependent dimension*, ou seja, ao invés de unicamente reconhecer a água como um direito fundamental, seria reconhecida a dependência direta dos demais direitos fundamentais em relação à água e, por consequência reversa, esta como direito fundamental.⁶⁶

Nesse sentido, Helen Greatrex constrói nove obrigações fundamentais que os Estados devem garantir, nos quais o direito à água está indispensavelmente atrelado, o que permite reforçar a sua essencialidade e necessária garantia como pressuposto aos demais direitos humanos fundamentais, e o faz a partir do General Comment nº. 15, editado em 2002, agregando expressamente o direito fundamental à água aos artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁶⁷ proposto na Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1966 em Nova Iorque, como se verifica abaixo:

In contrast to these short references, the recent UN statement sets out nine core obligations about the right to water which governments must progressively ensure:

- (a) access to a minimum essential amount of water
- (b) the right to water on a nondiscriminatory basis
- (c) water supplies are sufficient, safe, regular and do not include prohibitive waiting times or unreasonable travelling distances from households
- (d) personal security is not threatened when having to physically access water
- (e) equitable distribution of all available water facilities and services
- (f) a participatory and transparent national water strategy and plan is adopted and implemented
- (g) the extent of the realisation, or the non-realisation, of the right to water is monitored
- (h) relatively low-cost targeted water programs to protect vulnerable and marginal groups

Washington International Law Review. Vol. 44 online. Disponível em < http://www.gwlr.org/?page_id=1042> Acesso em 27 jun. 2013, p. 4.

⁶⁶ SCANLON, John, CASSAR, Angela e NEMES, Noémi. Water as human right. Direito, Água e Vida - Law, Water and The Web of Life. Organizado por Antônio Herman Benjamin. São Paulo. Imprensa oficial, Vol. 1, 2003, p. 137.

⁶⁷ Disponível em <http://www.uniceub.br/media/123120/PIDESC.pdf>. Acesso em 10 Set. 2013. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em 10 Set. 2013.

(i) measures are taken to prevent, treat and control water-related diseases and to ensure adequate sanitation.⁶⁸ (GREATREX, 2013, p. 3-4.)

Nessa direção, o objetivo do Comment nº. 15 das Nações Unidas é interpretativamente bem esclarecido por Salman A. Salman e Siobhán Mclnerney-Lankford ao afirmarem que *“The Comment underscores the fact that water is a limited natural resource and a public good fundamental for life and health. It also emphasizes that water is a prerequisite for the realization of other human rights.”*⁶⁹(SALMAN e MCLNERNEY-LANCKFORD 2004, p. 53-54)

Noutro aspecto, porém, em conclusão não menos relevante, Thomas Cech conclui que a água não deve ser apenas considerada como um direito fundamental, já que transcende tal dimensão ao considerá-la como o elemento indispensável para a vida no planeta Terra, além de um componente basilar para a manutenção e desenvolvimento da civilização como um todo. Tal assertiva fica evidente quando o autor afirma que *“As a recent survey of water resources management puts it, [w]ater is the basis of life in this planet and the foundation of civilization”*.⁷⁰ (CECH, 2003)

Nesse norte, é possível depreender que se originam diversas implicações jurídico-obrigacionais negativas e positivas para os Estados e indivíduos, pois o reconhecimento da água como um direito fundamental humano deixa de ser hipotético e passa a ser exigível.

⁶⁸ “Em contraste com essas referências curtas, a recente declaração da ONU estabelece nove obrigações fundamentais sobre o direito à água, que os governos devem assegurar progressivamente:

- (a) o acesso a uma quantidade mínima essencial de água
 - (b) o direito à água de forma não discriminatória
 - (c) o abastecimento de água são suficientes, seguros, regulares e não incluem tempos de espera proibitivos ou distâncias de viagem razoáveis de famílias
 - (d) segurança pessoal não é ameaçada quando ter que acessar fisicamente água
 - (e) distribuição equitativa de todas as instalações e serviços de água disponíveis
 - (f) uma estratégia nacional de água transparente e participativo e plano seja adotado e implementado
 - (g) a extensão da realização, ou a não-realização do direito à água é monitorada
 - (h) relativamente de baixo custo direcionados programas de água para proteger grupos vulneráveis e marginalizados
- são tomadas
- (i) medidas para prevenir, tratar e controlar doenças relacionadas à água e garantir saneamento adequado.” (tradução livre)

⁶⁹ “O Comentário ressalta o fato de que a água é um recurso natural limitado e um bem público fundamental para a vida e para a saúde. Ele também enfatiza que a água é um pré-requisito para a realização dos demais direitos humanos.” (tradução livre)

⁷⁰ “Como uma pesquisa recente sobre a gestão de recursos hídricos coloca, ‘a água é a base da vida neste planeta e o pilar da civilização.’ (tradução livre)

Para tanto, Salman e McInerney-Lankford elencam três consequências práticas de tal reconhecimento e as classificam em três categorias de obrigações, quais sejam; *respect*, *protect* e *ful-fill*. O respeito – *respect* – traduz-se na não interferência pelo Estado no gozo do Direito à água, enquanto que a proteção – *protect* – refere-se à ação do Estado em não permitir a interferência de terceiros no gozo do direito à água e, por fim, a concretização – *ful-fill* – que para melhor compreensão, pode subdividir-se nas subobrigações de facilitar, promover e fornecer, como se infere do seguinte trecho:

The first of these is the obligation to *respect*, which is essentially an obligation requiring that States Parties refrain from interference directly or indirectly with enjoyment of the right to water.

(...)

The second type of obligation enunciated in the Comment involves the obligation to *protect*, which requires the States Parties to prevent third parties from interfering in any way with the enjoyment of the right to water.

(...)

The third type of obligation pronounced by the Comment is the obligation to *ful-fill*, which the Comment explains can be disaggregated into obligations to facilitate, promote and provide.⁷¹ (SALMAN; MCLNERNEY-LANCKFORD, 2004, p. 67-68.)

No entanto, conforme se infere da ideia apresentada pela jurista Lise Tupiassu-Merlin, ainda que com o enfoque no meio ambiente, entende-se que tal posicionamento pode ser perfeitamente aplicável no caso do reconhecimento da água como um direito humano fundamental do homem sob a perspectiva positivista, demonstrando assim a possibilidade de seu reconhecimento, mas por outro lado, expondo sua fragilidade teórica, como segue:

Entretanto, em uma visão diferente dos direitos fundamentais, considera-se que a dualidade existente entre direitos negativos e direitos positivos não tem condições de abranger a multiplicidade normativa de tais direitos. Consequentemente, seguindo essa outra concepção, descrever o direito fundamental ao meio ambiente simplesmente como um direito a prestações positivas representa

⁷¹ “A primeira delas é a obrigação de respeitar, que é essencialmente uma obrigação que exige que os Estados signatários abstenham-se de interferir direta ou indiretamente com o gozo do direito à água.

(...)

O segundo tipo de obrigação enunciada no Comentário envolve a obrigação de proteger, o que exige que os Estados signatários previnam que terceiros interfiram de alguma forma com o gozo do direito à água.

(...)

O terceiro tipo de obrigação proferida pelo comentário é a obrigação de concretização, que o comentário explica poder ser desmembrado em obrigações de facilitar, promover e fornecer água.” (tradução nossa)

uma visão extremamente reducionista do conteúdo normativo que ele pode adquirir.⁷²

Assim, mostra-se evidente a necessidade de ascensão da água ao patamar de direito humano fundamental, sua imperativa autonomia e, principalmente, a essencialidade da água como pressuposto para salvaguarda da fundamentalidade dos demais direitos fundamentais, tendo em vista que no âmbito da comunidade internacional há consenso sobre a valia da água assim como a plena conscientização de que a abundância deste recurso nos mais diversos países é cada dia mais distante. A realidade brasileira no que concerne a sua reserva hídrica para os mais variados usos e destinações torna-se uma exceção e característica que deve ser valorizada e salvaguardada jurídica, política, econômica e socialmente.

O Brasil, nesse sentido, como possuidor da maior bacia hidrográfica do mundo torna-se responsável pela manutenção e uso adequado da água em seu território. Tal realidade fica ainda mais evidente quando se trata especificamente do Estado do Pará, pois como demonstrado, possui em seu território aproximadamente 70% da água doce de todo o país, o que o torna palco de severas discussões sobre a utilização e manutenção da água não apenas para si, mas para os demais estados da federação, bem como cenário do impositivo debate sobre a normatização do uso e democratização do acesso à água potável.

Desta feita, como bem demonstrado, a Constituição Federal brasileira permite através de sua cláusula de abertura (art. 5º, §2º CRFB/88), além da abrangência conceitual trazida pela ideia de norma constitucional material e constitucional formal, o desenvolvimento e instituição de novos direitos fundamentais, tal como se defende o direito fundamental à água, de maneira que não apenas existe possibilidade para o reconhecimento constitucional da fundamentalidade do direito à água, como esta situação se mostra evidentemente necessária.

O caminho normativo infraconstitucional, por sua vez, tem trilhado a preocupação do Estado, ainda que timidamente, em conferir à água uma proteção jurídico-normativa adequada, de onde é possível extrair elementos de sustentação da fundamentalidade, ora defendida.

⁷² TUPIASSU-MERLIN, Lise. A complexidade normativa do direito fundamental ao meio ambiente. *In*: BASTOS, Elísio Augusto Veloso, TUPIASSU-MERLIN, Lise e CICHOVSKI, Patrícia Blagitz (Coord). *Constitucionalismo e direitos fundamentais. Método*, São Paulo, Cesupa, Belém, 2014, p. 2.

Dentre os aspectos da fundamentalidade, há que perseguir o direito fundamental à água potável, apropriada para o consumo, inclusive, para a garantia dos demais direitos fundamentais, tais como à saúde e alimentação, como ideário de política pública a ser estabelecida no estado constitucional.

Ademais, pode-se afirmar com segurança que a água perpassou com sucesso pelo processo de ascensão ao patamar da essencialidade para as mais diversas nuances do desenvolvimento humano, de forma que o Estado brasileiro, valendo-se dos instrumentos jurídicos e constitucionais, deve primeiramente instituir expressamente a água como um direito humano fundamental, lugar merecidamente conquistado entre os demais direitos fundamentais, para depois promover sua efetivação normativa e prática através das políticas públicas.

A seguir, analisa-se a multiplicidade de usos e atribuições conferidas à água, de modo que seja possível justificar concretamente a essencialidade e fundamentalidade, ora defendida a partir de fontes de outras áreas do conhecimento.

2.1 Água e seus usos múltiplos

A água dentre os elementos naturais fundamentais à sobrevivência e desenvolvimento humano, estabeleceu sua essencialidade por sua multiplicidade de usos, assim como por representar um recurso fundamental para a manutenção da vida humana, notadamente no que se relaciona à sua condição de pressuposto para garantia dos direitos à saúde, alimentação, entre outros.

Clarissa D'Isep sobre os múltiplos usos e aspectos que a água nos proporciona, acrescenta ser patente a necessidade de preservação deste recurso único e indispensável. Ademais, chama atenção para má utilização empregada à água quando afirma que:

A utilização da água é múltipla, sendo a agricultura o maior usuário, com 75%, a indústria com 20% e o uso doméstico com 5%. São exemplos dessa aplicação: abastecimento humano e industrial; geração de energia; irrigação; navegação; diluição de despejos; aquicultura e etc. Uma infinidade de processos vitais é atribuída à água: solvente universal, responsabilidade pela liberação de oxigênio, estabilidade da temperatura, fertilidade do solo, equilíbrio e preservação da fauna e da flora etc.⁷³

⁷³ D'ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. *Água Juridicamente Sustentável*. São Paulo, RT, 2010, p. 29-30.

Em seguida, a autora novamente reforça que:

Tamanha riqueza de funções e usos revela a importância da preservação desse recurso, que hoje é escasso e ameaçado. Os fatores de maior relevância que nos levam à constatação da necessidade emergente da tutela das águas são a verificação de sua finitude, o aumento do consumo, a degradação, o desperdício, o mau uso do solo, o desmatamento, a urbanização etc. O conhecimento de que os recursos naturais, de uma forma geral, são finitos é relativamente recente, daí a necessidade premente de lidar com essa determinante.⁷⁴

No entanto a autora não esgota todas as possibilidades de uso da água, tão somente elenca alguns de seus principais usos pelo ser humano, pois, como veremos a seguir, a água é detentora de uma vasta gama de utilizações e sua imprescindibilidade é patente.

Nesse norte, Dan Tarlock ressalta a importância da água como bem essencial à vida humana, ressalta seus múltiplos usos, mas assevera que o crescimento populacional e falta de estrutura para este recurso pode acarretar grandes conflitos, tanto entre nações desenvolvidas como subdesenvolvidas.⁷⁵

Dessa maneira, pode-se compreender a água sob diversos aspectos, tais como, água como bem econômico, bem ambiental, via de transporte, fonte de energia, entre muitas outras.

Nesse sentido é que Edmilson Rodrigues aborda as dimensões jurídica, política, econômica, geográfica e social da água, nos seguintes termos:

O uso dos recursos hídricos configura-se, nessa perspectiva conceitual, como já se disse, uso do território naquilo que o identifica com a noção de espaço banal, o que significa agregar que não se explica só por todos os tipos de usos, mas necessariamente também pelo uso de todos. Ora, em se tratando do modo de produção capitalista, há de se apreender tanto as formas de uso da água como bem social – um bem vital e, por isso, um direito de todos os humanos -, de um lado, quanto as formas de uso submetidas à razão capitalista – razão do lucro e da apropriação privada da mais-valia universal, de outro.⁷⁶

Willian Goldfarb sobre essa temática indica a múltipla utilização da água e estabelece oito das nove principais destinações, quais sejam; navegação,

⁷⁴ D'ISEP, *ibidem*, p. 30.

⁷⁵ TARLOCK, A. Dan. The Dual Nature of Water: Commodity and Community Resource. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Direito, Água e Vida - Law, Water and The Web of Life*. São Paulo. Imprensa oficial. Vol. 1. 2003, p. 1.

⁷⁶ RODRIGUES, Edmilson Brito. *Território e Soberania na Globalização. Amazônia, Jardim de Águas Sedento*. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 134.

irrigação, água potável, eliminação de resíduos, processos industriais, fins de resfriamento, energia hidroelétrica e recreação, nos seguintes termos:

Development in science and technology profoundly influence our uses of water. This statement is self-evident as regards the first seven of the nine traditional water uses: navigation, irrigation, potable water, waste disposal, industrial process and cooling purposes, hydroelectric power, and recreation on the water. However, it is also true for fish and wildlife maintenance and scenic/aesthetic enjoyment.⁷⁷ (GOLDFARB, 1998, p. 6.)

Helen Greatrex sobre o aspecto da essencialidade e fundamentalidade do direito a água como consequência da multiplicidade de usos e destinações deste recurso natural, elabora uma lista em que elenca algumas das dimensões emergentes, correlatas e indissociáveis do direito fundamental a água.

A autora cita os usos tais como para a vida, sobrevivência, consumo humano, como parte do direito à alimentação e nutrição, para preparação e produção de alimentos, para um padrão de vida adequado, como saneamento básico e saúde, como integrante dos direitos à educação, moradia, desenvolvimento, acesso aos recursos naturais, autodeterminação, meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio e à propriedade, como segue:

With this broader context in mind, water has come to be seen as a right in itself.

A number of dimensions have emerged, including the right to water:

- for life and survival
- for clean drinking water
- as part of the right to adequate food and nutrition
- for food preparation and food production
- for an adequate standard of living
- for sanitation for health
- as part of the right to education
- as part of the right to housing
- as part of the right to development
- as part of the right to natural resources
- as part of the right to self-determination
- as an element of the right to a sustainable environment
- as an element of the right to property.⁷⁸ (GREATREX, 2013, p. 9.)

⁷⁷ “O desenvolvimento da ciência e tecnologia influenciam profundamente nos usos da água. Esta declaração é auto-evidente no que se refere a primeira entre sete do total dos nove usos tradicionais da água tradicional: navegação, irrigação, água potável, coleta de lixo, o processo industrial e resfriamento, energia hidrelétrica, e recreação na água. No entanto, também é necessário acrescentar a utilidade para manutenção dos peixes e da vida selvagem, bem como para o desfrute da medicina estética.” (tradução livre)

⁷⁸ Com este contexto mais amplo em mente, a água passou a ser visto como um direito em si mesmo. Muitas dimensões surgiram, incluindo o direito à água:

- Para a vida e sobrevivência
- Para água potável

De maneira mais enérgica, mas ainda com a necessária pertinência temática, referindo-se à importância dos recursos naturais de modo geral, Edmilson Rodrigues oferece interessante análise sobre o potencial e influência de tais recursos para que se determine até mesmo a capacidade política do Estado, como segue:

(...) o estudo do papel político do território, fronteiras e populações remete, necessariamente, à percepção de que os recursos existentes são determinantes da capacidade política de um estado, podendo mesmo sua partilha determinar os meios políticos desse estado. Daí o conhecimento dos recursos naturais e humanos de um território ser pressuposto de uma política nacional sólida e realista.⁷⁹

Nessa linha, como sustentado, a água foi originalmente compreendida unicamente por sua característica como recurso natural, mas essa faceta é apenas uma das incontáveis multiplicidades de usos que água demonstra possuir na atualidade.

Com a demonstração da vasta gama de sua multifacetária utilização, a água por si mesma institui sua fundamentalidade e necessidade de elevação como um direito humano fundamental, tanto na esfera da Constituição nacional como no âmbito da comunidade internacional, que já caminha nessa direção com o protocolo facultativo do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, acrescido especificamente sobre a temática da água como direito humano fundamental por meio do *Comment* nº. 15, o que corrobora indubitavelmente com a tese aqui defendida.

Desse modo, a demonstração da água e suas múltiplas utilizações servem para evidenciar não apenas o quão eclético este elemento natural é, mas ainda para contribuir de maneira substancial no entendimento de que a água e, conseqüentemente, o direito fundamental à água, formam a base para o desenvolvimento humano e global nos mais variados sentidos, quer seja social,

-
- Como parte do direito à alimentação e nutrição adequadas
 - Para a preparação e produção de alimentos
 - Para um padrão de vida adequado
 - Para o saneamento para a saúde
 - Como parte do direito à educação
 - Como parte do direito à moradia
 - Como parte do direito ao desenvolvimento
 - Como parte do direito aos recursos naturais
 - Como parte do direito à autodeterminação
 - Como um elemento do direito a um meio ambiente sustentável
 - Como um elemento do direito de propriedade. (tradução livre)

⁷⁹ RODRIGUES, Edmilson Brito. Território e Soberania na Globalização. Amazônia, Jardim de Águas Sedento. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 130.

econômico, político, militar e qualquer outro que se possa imaginar, necessitando, pois, de regulamentação jurídica apropriada no plano interno, diante do cenário constitucional de competências estabelecidas.

Desta feita, passa-se a explorar as particularidades da teoria desenvolvida pelo jusfilósofo americano Ronald Dworkin, de modo que nos apropriaremos da sua composição teórica para defender a existência não apenas no plano teórico, mas a concretização do direito humano multidimensional à água no plano prático de existência, como será devidamente abordado no capítulo a seguir.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE RONALD DWORKIN.

No tópico anterior demonstrou-se a existência de varias facetas e possibilidades de utilização da água não apenas para sobrevivência do homem, mas também como instrumento que potencializa e permite o pleno desenvolvimento humano, uma vez que a água não se reveste apenas do caráter de recurso natural.

Nos dias de hoje, a água possui relevância nos âmbitos políticos, sociais e econômicos, de modo que o homem não demonstrou até o presente momento alguma maneira de sobreviver e/ou desenvolver-se plenamente sem a presença da água e seus múltiplos usos.

No entanto, foi possível demonstrar a possibilidade de reconhecimento do direito fundamental à água com base na hipótese trazida no próprio texto da Constituição brasileira e sua cláusula de abertura, ainda que sob a perspectiva positivista e sua insuficiência prática para resolver questões complexas, razão pela qual se passa a explanar sobre a teoria dos princípios elaborada pelo jusfilósofo americano Ronald Dworkin como uma maneira de reconhecer a água como um direito fundamental multidimensional, porém através de um processo mais complexo e consistente do ponto de vista da perspectiva filosófica, de modo que este direito fundamental possa ser efetivamente contemplado e reconhecido pelo direito brasileiro e internacional em sua totalidade e concretude teórico-filosófica e prática.

Nesse diapasão, Wayne Morrison ao traçar uma análise geral sobre a prática e teoria da ciência do direito, ilustrando com pequenos adereços pinçados diretamente da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, ressalta a complexidade analítica e interpretativa do direito como ciência e prática humana que intermedia situações e problemas sociais de pouca, razoável e grande complexidade. Tal análise fica evidente na seguinte disposição:

O direito parece ser uma prática humana complexa, em grande parte constituída pelas ações interpretativas dos agentes que se orientam – pelos menos ‘idealmente’ – por meio de uma ideia de transparência, a ideia do estado de direito, ou do *Império do Direito*. Além disso, pelos menos em sua apresentação acadêmica, o direito não é uma massa de regras e decisões desconexas, mas sim uma estrutura organizada de acordo com categorias em torno de conceitos (...), portanto parece um terreno de ideias que incorpora intuições relativas ao alcance dos direitos válidos e da legítima

coerção – intuições que uma estratégia válida de coerência interpretativa precisa esclarecer e desenvolver na forma de um todo substantivo.

(...)

A prática do direito implica reflexões, reflexividade, elucidação teórica e crítica, a solução de litígios e argumentações, a obtenção de respostas, a ‘descoberta do direito’ e a ‘discussão dos precedentes judiciais’; em suma, itens de prática interpretativa são apresentados como atividade já submetida à reflexão, unificada e autocrítica. Assim, o projeto interpretativo do direito passa a refletir a certeza de que poderá produzir um verdadeiro entendimento do direito se apresentar uma descrição integrada das ideias do direito. Ainda que a integração possa alterar o material originalmente apresentado ao pensamento como uma disposição de regras e princípios, essa alteração não se apresenta como refração ou distorção, pois é exatamente a realização do próprio trabalho do direito.⁸⁰

Dessa maneira, fica claro que tanto para Morrison quanto na visão de Dworkin o direito está longe de ser considerado como uma ciência exata e simples. O filósofo americano desenvolveu sua teoria primordialmente através da crítica à tese positivista defendida pelo também jusfilósofo, porém de nacionalidade britânica, Herbert L. A. Hart.

Jean Carlos Dias ao tratar sobre o tema apresenta de maneira bem clara exatamente a referida crítica de Dworkin ao positivismo jurídico quando afirma que:

Dworkin concebeu uma influente teoria a respeito da categorização das normas jurídicas. Sua teoria foi estruturada como um ataque ao positivismo e especificamente quanto a concepção normativa formal construída com base nas ideias, autoridade e hierarquia.

Na formulação desse ataque, Dworkin reconhece que existem normas – padrões de comportamento – que não são necessariamente revestidas da forma de uma regra de direito, notadamente no caso das políticas e princípios.

As políticas são padrões que estão comprometidos com determinados resultados do interesse da comunidade de onde se originam. Nesse sentido, apresentam-se como objetivos a ser alcançados pela personificação da comunidade – Estado.

(...)

O outro padrão que não pode ser considerado como uma regra, são os princípios que, na visão do autor, devem ser observados não porque estão comprometidos com um determinado objetivo, mas porque são uma ‘exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade’.⁸¹

⁸⁰ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito. Dos gregos ao pós-modernismo*. 2. ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012, p., 502-503.

⁸¹ DIAS, Jean Carlos. Argumentos de política no controle judicial: uma análise a partir das teorias de Ronald Dworkin e Neil Maccormick. In: DIAS, Jean Carlos e GOMES, Marcus Alan de Melo, *Direito e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014, p. 192.

De maneira concisa, pode-se dizer que Dworkin considerava a teoria positivista por demais simplória e limitada para justificar e solucionar os conflitos decorrentes das complexas interações sociais, os quais o direito deveria ser capaz não apenas de compreender e explicar, mas também oferecer soluções práticas e eficazes aos casos concretos.

No entanto, a tese positivista *hartiana*, na visão do filósofo americano, buscava tão somente responder ao questionamento sobre o que é o direito. Wayne Morrison, sobre esse aspecto, esclarece de maneira precisa a referida discordância teórica entre Dworkin e Hart nos seguintes termos:

Dworkin define a tese positivista como uma concepção de direito como 'simples questão de fato' e argumenta que tanto o positivismo jurídico quanto as teorias do direito natural estão, na verdade, em busca de uma resposta à pergunta 'o que é o direito?' ao se defrontarem com um certo conjunto de fatos simples que dão uma resposta já pronta e de fácil entendimento. De maneira instigante, Dworkin pergunta se essa é uma imagem adequada ou realista do direito.⁸²

Nessa direção, fica claro que a crítica do filósofo americano ao positivismo está, desde o início, voltada para o objetivo proposto pelos positivistas, objetivo este que para Dworkin iniciou-se equivocadamente e objetivando responder a uma pergunta que pode ser respondida, mas ressalta não ser a pergunta que realmente merece resposta.

Cumprido elucidar que Dworkin utiliza algumas expressões que quando vinculadas a um caso específico podem esclarecer sua complexidade, bem como a técnica jurídico-interpretativa e a espécie de padrão normativo que pode ser utilizada pelos juristas para solucioná-los.

O filósofo americano divide os casos jurídicos como fáceis ou difíceis, o que na expressão *ipsis litteris* utilizada pelo autor seriam os "easy cases" e os "hard cases". Os "easy cases" ou casos fáceis são compreendidos como os casos em que as regras jurídicas, por si só, podem oferecer uma solução prática, já que o caso estaria expressamente previsto no regramento jurídico, de modo que não exigiria maior esforço reflexivo do julgador para atingir uma solução, bastando aplicar diretamente a regra através da simples subsunção para alcançar uma resposta.

⁸² MORRISON, WAYNE. Filosofia do direito. Dos gregos ao pós-modernismo. 2. ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2012, p. 503-504.

Os “*hard cases*” ou casos difíceis, por sua vez, enquadrar-se-iam como casos de maior complexidade, onde a aplicação direta das regras, tão somente, não poderia oferecer uma solução prática ao caso. Afirma-se, pois, como já mencionado, as regras por sua simplicidade elucidativa, permitem apenas sua aplicação direta e caso não sejam suficientes para solucionar a problemática, não podem ser aplicadas, circunstância que é denominada por Dworkin como situações de “tudo ou nada”. Quando se observa a colisão entre regras, não há sopesamento entre as regras conflitantes, mas tão somente a prevalência de uma sobre a outra ou nulidade de uma e reconhecimento de validade da outra, já que ou a regra se aplica ao caso, ou não se aplica.

Todavia, os princípios ao contrário das regras, conferem ao julgador ou intérprete dos casos não apenas maior flexibilidade, mas requerem também maior reflexão e aprofundamento interpretativo, já que a natureza jurídica e lógica maleável desse padrão normativo possibilita a busca por uma solução que não seja matematicamente exata, ou seja, ainda que a resposta certa para o caso concreto não possa ser obtida direta e simplesmente pela aplicação de uma regra, os princípios revelam-se primordialmente aplicáveis e permitem que ocorra um aprofundamento discursivo sobre a resposta certa ao caso concreto, tendo em vista que quando aplicáveis, os princípios podem colidir entre si e, ao contrário das regras, não oferecem uma única resposta exata que caiba ou encaixe-se perfeitamente ao caso em questão.

Essa diferenciação entre os padrões normativos, regras jurídicas e princípios jurídicos, resta amplamente esclarecida quando Dworkin afirma que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que um regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁸³

Essa primeira distinção apresentada pelo autor serve de maneira introdutória para nortear as diferenciações lógicas que envolvem as regras e princípios, todavia, Dworkin, logo em seguida oferece uma distinção com maior nível

⁸³ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 3. ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 39.

de detalhamento e apresenta o componente dimensional que integra os atributos dos princípios jurídicos para o filósofo americano. Essa propriedade dimensional é de grande importância para a interpretação, afirmação e possivelmente sobreposição de um princípio pelo outro, quando da colisão entre estes padrões normativos da mesma espécie.

Essa composição dos princípios jurídicos por dimensões de peso ou importância conferem maior dinamicidade quando da aplicação prática destes, o que se afirma desde já, será de enorme importância para dar suporte à tese ora defendida. Tais particularidades podem ser melhor compreendidas quando Dworkin expõe que:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido que peso ele tem ou quão importante ele é.⁸⁴

Essa problemática causal na busca por uma resposta a um caso prático difícil ou “*hard case*” irá exigir tratamento diferenciado pelos julgadores, de modo que será necessária a reflexão destes sobre o que será considerado, em determinado caso específico, como o princípio a ser corretamente aplicado e porque o peso deste princípio deve se sobrepôr ao outro para responder a questão.

Jean Carlos Dias, ao dissertar sobre a problemática que envolve a aplicação de princípios e políticas para obtenção de uma resposta adequada e ou correta para determinado caso de maior complexidade, utilizando a teoria de Dworkin, afirma que os princípios são mais adequados para solucionar casos difíceis e devem ter preferência do julgador ao invés das políticas ou *policies*, a seguir aclaradas. Tal entendimento pode ser extraído quando o autor sustenta que:

Quando as situações judiciais complexas, como as que envolvem controle de políticas públicas e os direitos fundamentais, se adéquam ao enquadramento como *casos difíceis (hard cases)*, o autor sugere que deveriam ser usados como fundamento decisório os padrões

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 3. ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 42-43.

normativos que ele denomina de princípios, e não as que ele chama de políticas (*policies*).⁸⁵

Cabe ressaltar, no entanto, que a colisão entre os princípios e a prevalência de um em relação ao outro não deve ser tomada como uma decisão e/ou sobreposição definitiva ou permanentemente estática, pois a análise deve ser realizada sobre cada caso individualmente. Assim, um princípio que teve seu peso sobreposto em relação ao outro, em um caso distinto pode ser considerado como menos relevante para solucionar uma nova situação prática e, conseqüentemente, não prevalecer como outrora, lembrando que os princípios não impõem ao julgador uma obrigação decisória em que um princípio deve ser desprezado e outro favorecido.

Morrison, nesse sentido, clarificando os pormenores *dworkinianos*, oferece sua interpretação sobre a diferenciação entre as regras e os princípios na teoria de Dworkin, como se observa na seguinte disposição:

Dworkin parece distinguir as regras e os princípios de duas maneiras bem claras:

(i) as regras operam como um tudo-nada. A regra aplica-se ou não; ao decidir, o juiz examina primeiro o contexto factual, depois o alcance da regra. Os princípios, porém, não operam desse modo 'sim ou não'. Os princípios têm uma dimensão de peso. Podem aplicar-se em maior ou menor grau.

(ii) as regras nunca podem entrar em conflito; se isso acontecer, uma regra será errada ou inválida. Os princípios podem entrar em conflito e de fato o fazem; eles apontam para considerações diferentes, e a relação entre princípios conflitantes vai depender das circunstâncias do caso específico. Dworkin, por exemplo, reconheceria as máximas equitativas como princípios de direito que podem entrar em conflito. A avaliação dos princípios é tarefa que compete à habilidade jurídica, na utilização que der ao efeito sobre o sistema subjacente e o caso em questão.⁸⁶

Pablo Bonorino, sobre o assunto, considerando a crítica ao positivismo jurídico e a aplicação dos princípios jurídicos como uma maneira mais correta de compreender e lidar com as interações sociais complexas, acrescenta que:

Esto es así pues su creencia central en una prueba fundamental para identificar el derecho (doctrina de la regla de reconocimiento), lleva a perder de vista el importante papel que desempeñan los principios em el razonamiento jurídico. Para dar cuenta de la función que los principios cumplen em el derecho, y com ello poder comprender el

⁸⁵ DIAS, Jean Carlos. Argumentos de política no controle judicial: uma análise a partir das teorias de Ronald Dworkin e Neil Maccormick. In: DIAS, Jean Carlos e GOMES, Marcus Alan de Melo, Direito e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Metodo, 2014, p. 191.

⁸⁶ MORRISON, Wayne. Filosofia do direito. Dos gregos ao pós-modernismo. 2. ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012, p., 508.

uso de los conceptos de obligación y derecho jurídico mediante una teoría que describa la situación social de manera más adecuada, el positivismo jurídico debería ser abandonado.⁸⁷ (BONORINO, 2010, p. 35)

Nessa direção, Stephen Guest exemplifica e clarifica a distinção prática entre princípios e regras, de modo que é possível compreender a maior complexidade e concretude do conteúdo dos princípios em relação às regras, senão vejamos:

Nos casos *diffceis*, que são aqueles em que as práticas jurídicas existentes não fornecem um resposta definitiva, o juiz não pode se valer de *regras*, porque, por hipótese, não há regras. Em vez disso, ele deve se valer de padrões de argumento jurídico que Dworkin denomina de *princípios*, no topo dos quais está, naturalmente, o princípio fundamental de que as pessoas devem ser tratadas como iguais. Os princípios, ao contrário das regras, não se aplicam de maneira ‘ou tudo ou nada’, mas exigem argumentação e justificação de um tipo mais extenso e controvertido.⁸⁸

De todo modo, Dworkin ressalta que “às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”. (DWORKIN, 2011, p. 44). O que em outras palavras, apenas afirma que a operacionalização de um sistema jurídico é muito complexa e que a tomada de decisão pelos juristas deve perpassar por um processo reflexivo cauteloso.

Nesta senda, devidamente esclarecidas as principais distinções entre os “easy cases” e “hard cases”, além da metodologia utilizada por Dworkin para distinguir os casos e a maneira correta aplicável conforme a complexidade de cada caso, quer seja pela aplicação direta das regras ou através do mergulho em busca de uma resposta certa para os casos difíceis por meio dos princípios jurídicos, passa-se a analisar, para melhor compreensão da tese dworkiniana, a distinção teórica de outro padrão normativo sugerido pelo jusfilósofo americano, qual seja, a distinção entre os princípios jurídicos e as políticas, ou seguindo a expressão utilizada pelo autor, “policies”, denominação a qual deve-se ressaltar, não possui

⁸⁷ “Isto é porque sua crença central em uma prova fundamental para identificar o direito (doutrina da regra de reconhecimento), leva a perder de vista o importante papel que desempenham os princípios no teste de racionalidade jurídica. Para levar em conta a função que os princípios cumprem no direito, e com isso compreender a utilização dos conceitos de obrigação e regras jurídicas mediante uma teoria que descreva a situação social de forma mais adequada, o positivismo jurídico deveria ser abandonado.” (tradução livre)

⁸⁸ GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 18.

tradução exata para a língua portuguesa, já que a expressão na língua inglesa possui significação distinta e mais abrangente do que a expressão em português.

Considerando a exposição das principais nuances dos princípios assim denominados na teoria de Dworkin, esclarece-se que as “*policies*” ou políticas são categorizadas de maneira bem distinta dos princípios, na visão do autor, como ficará evidente em seguida.

Dworkin afirma que ao contrário dos princípios que visam o seu reconhecimento por questões relacionadas à justiça, equidade ou mesmo aspectos da moral, as políticas ou “*policies*” se justificam e tem seu reconhecimento em função do anseio de atingir um objetivo específico, quer seja social, econômico ou político. As distinções centrais entre os respectivos padrões normativos componentes da teoria de Dworkin ficam evidentes e cristalinas quando o jusfilósofo afirma que:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.⁸⁹

Nessa direção, é claramente perceptível que o filósofo americano é contra a tomada de decisões com base nas referidas “*policies*” e defende tal posicionamento com base em argumentos amplamente contrários ao utilitarismo decisório, característica vinculada às decisões políticas, já que, como asseverado anteriormente, as políticas tem como característica básica existencial a vinculação a um fim que pode ser social, político ou mesmo econômico.

Stephen Guest, renomado comentarista e estudioso da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, elucida a ideia projetada pelo jusfilósofo americano ao expressar a aversão do mesmo com relação à utilização dos argumentos de política para negar cumprimento ou vigência de direitos fundamentais, já que ao aceitar a validade justificativa das *policies* para tomar decisões, seria de outra forma reconhecer e sustentar a desigualdade de uma determinada sociedade, bem como conferir ao órgão decisório um poder e liberdade inquestionáveis, o que na visão de Dworkin seria inaceitável.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 3. ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 36.

Guest explicita essa rejeição de Dworkin pelas “*policies*” da seguinte maneira:

Como questão de justiça, as pessoas têm *direitos* a tratamento como iguais. Isto significa, para Dworkin, que o princípio fundamental não pode ser comprometido. Você não pode dizer: se no fim das contas tivermos a maioria das pessoas em melhor situação, isso justificaria não tratarmos algumas pessoas como iguais. Portanto, Dworkin desautoriza a busca de objetivos da comunidade que suplantassem esses direitos de tratamento como iguais. Em outras palavras, para levarmos os direitos a sério, devemos vê-los como *prevalecendo* frente aos objetivos da comunidade.⁹⁰

Nesse sentido, Morrison corrobora e esclarece este entendimento quando afirma que:

Dworkin faz a afirmação geral de que, dentro da prática jurídica, a proteção dos *direitos* com base em princípios é mais fundamental do que as considerações políticas ou uma adesão literal a regras aparentemente óbvias. As regras e os princípios jurídicos exprimem e protegem direitos na ordem jurídica, permitindo desse modo que os indivíduos desfrutem de um espaço social seguro e que as minorias não sejam joguetes de cálculos utilitaristas.

(...)

O raciocínio jurídico é uma forma específica de tomada de decisões em que os princípios são mais importantes do que as regras (uma vez que envolvem a estrutura as regras) ou as políticas (ou os objetivos coletivos da sociedade) que devem ser fomentadas pelo Poder Legislativo democraticamente eleito; os princípios são internos ao direito desenvolvido pelo Judiciário. O direito deve ser tratado como uma rede inconsútil – os princípios dão à rede uma estrutura que tem a proteção aos direitos como sua racionalidade moral fundamental.⁹¹

Seguindo essa toada, Jean Carlos Dias finaliza a análise das distinções entre regras, princípios e políticas ao destacar que:

Pois bem, em síntese, Dworkin argumenta que as normas são compostas de princípios e regras e que essas categorias não se confundem. Além disso, aponta que os princípios e políticas são padrões diferentes das regras e entre si diferem pelo seu conteúdo, finalidade e modo de operação em relação ao direito.⁹²

Inicialmente foram esclarecidos e apresentados os componentes da teoria *dworkiniana* no intuito de aplicá-la para o reconhecimento multidimensional do

⁹⁰ GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 18-19.

⁹¹ MORRISON, Wayne. Filosofia do direito. Dos gregos ao pós-modernismo. 2. ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012, p., 510.

⁹² DIAS, Jean Carlos. Argumentos de política no controle judicial: uma análise a partir das teorias de Ronald Dworkin e Neil Maccormick. In: DIAS, Jean Carlos e GOMES, Marcus Alan de Melo, Direito e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014, p. 194.

direito fundamental à água, aprofundamento este que se inicia deste momento em diante.

A Constituição Federal brasileira de 1988, após a sua promulgação, trouxe em seu texto constitucional muitas inovações e garantias fundamentais para o justo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e da sociedade, no entanto, para os fins colimados no presente estudo, cumpre ressaltar particularmente não restarem dúvidas quanto à relevância evolutiva da Constituição no que concerne a proteção, manutenção e compreensão do real valor e importância social e humana dos direitos humanos fundamentais.

Como elucidado no tópico anterior, a Constituição por meio da cláusula de abertura que se materializa através do artigo 5º, § 2º da Carta Magna brasileira, permite o reconhecimento de direitos humanos fundamentais a qualquer momento, ou seja, a referida cláusula conferiu constante dinamismo e evolução para que a Carta Maior acompanhe o desenvolvimento do Estado e da sociedade brasileira, já que as necessidades humanas surgem de maneira célere, o que requer uma maior flexibilidade e contínua adaptação do regramento jurídico *lato sensu* aos acontecimentos sociais.

Desse modo, bem como já foi explanado alhures, o meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto e garantido na letra da Constituição Federal brasileira através do art. 225, pode e deve ser tomado como o grande exemplo de efetividade da cláusula de abertura constitucional, já que mesmo fora do rol dos direitos fundamentais previstos no art. 5º e seguintes da CRFB/88, ganhou lugar de respeito, destaque e relevância no quadro normativo nacional assumindo, portanto, o status de direito humano fundamental.

No entanto, a problemática apresentada pelo direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no que concerne a sua justificação e plena efetividade perante outros interesses do Estado e da sociedade também deve servir de exemplo para o direito humano fundamental à água, ora defendido, já que apesar da explícita previsão constitucional, as falhas na garantia de sua efetiva proteção mostram-se evidentes diuturnamente, sendo muitas vezes relegado ao papel de empecilho do desenvolvimento econômico e social da nação, perecendo muitas vezes em frente a outros interesses, quando da colisão deste direito com os demais. O que, segundo a tese *dworkiniana*, não seria provável de acontecer, pois a aplicação ou colisão de um direito fundamental não pode ocorrer como mera

subsunção de regras, mas sim através do sopesamento característico dos princípios jurídicos.⁹³

Desse modo, salvo algumas exceções, observa-se o império do positivismo jurídico quando da aplicação do direito no Brasil. Tal como o exemplo do direito fundamental ao meio ambiente verifica-se que os direitos fundamentais são muitas vezes tratados como simples regras jurídicas, e no decorrer dos acontecimentos cotidianos quando tais direitos colidem entre si, essa realidade torna-se ainda mais notória.

Se os direitos fundamentais, quaisquer que sejam, são tratados como simples regras jurídicas, isso implica dizer que sua aplicação prática quando uma colisão de interesses materializada através de direitos aplicar-se-á a regra que Dworkin denomina do tudo ou nada, ou seja, as questões práticas envolvendo direitos fundamentais acabam sendo respondidas de maneira matemática, sintética e superficial, já que um direito prevalecerá e o outro será anulado, aplicação prática muito distante da maneira como os princípios jurídicos devem ser tratados e cautelosamente interpretados.

⁹³ AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. MEIO AMBIENTE. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DAS AÇÕES DE PROTEÇÃO AMBIENTAL COM O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. EMPRESAS BENEFICIADORAS DE PRODUTOS AGRÍCOLAS. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES QUE IMPORTARIA EM INESTIMÁVEIS E IRREVERSÍVEIS PREJUÍZOS. ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA SUPERAÇÃO DOS PROBLEMAS. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. O art. 5º. LXXIII da CF alargou as finalidades de AÇÃO POPULAR que se antes destinava-se à anulação de atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, agora também protege outros e relevantes valores ainda que não patrimoniais, como a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural. Com o propósito de proteger o meio ambiente, o Agravante propôs Ação Popular e pleiteou antecipação da tutela em ordem de suspender as atividades empresariais das Agravadas. Na verdade, qualquer inserção humana, por menor que seja, mesmo no deserto de Saara, importa agressão ao meio ambiente em maior ou menor extensão. A virtude está em encontrar o ponto de equilíbrio em ordem de compatibilizar as ações de proteção, necessárias por suposto, com o progresso e o desenvolvimento econômico e social. Afinal, o meio ambiente está para servir o homem e atender suas necessidades. Foi prudente, por isso, a d. Magistrada, com ponderar que a medida pleiteada, se deferida, importaria inúmeros efeitos reflexos, facilmente previsíveis. Certamente a suspensão das atividades industriais das duas empresas beneficiadoras de produtos agrícolas ocasionaria inestimáveis e irreversíveis prejuízos à economia primária, dificultando ou até mesmo impedido a secagem e o armazenamento do arroz, importante segmento produtivo do Município e da região. Mas não apenas por isso; também porque informações prestadas pela própria FEPAM, recheadas de dados técnicos, dão conta de já terem as empresas adotado medidas para superação do problema, estando em fase final o processo de renovação da Licença Operacional e que a Cooperativa Armazenadora de Cereais possui Licença Prévia para operar. Assim, não se fazem presentes os pressupostos para a concessão da medida antecipatória. A prova não propicia convicção sobre a verdade dos fatos, tampouco sugere dano ou receio de dano irreparável ou de difícil reparação a por em cheque o direito afirmado. Agravo não provido. Unânime. (Agravo de Instrumento Nº 70034067702, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 04/08/2010) (grifamos)

Nesta direção, é perceptível que a definição da natureza jurídica ou mesmo do padrão normativo que compõe determinado direito, tais como os direitos fundamentais, influenciará diretamente a maneira como a sociedade sente-se e age com relação a este direito, mas principalmente, promoverá uma percepção equivocada do real status e significado do direito que se pretende defender, o que influenciará diretamente na forma como as decisões sobre estes direitos serão tomadas e materializadas.

Como dito, os direitos fundamentais não podem em qualquer hipótese serem caracterizados e aplicados como se fossem apenas regras jurídicas, sua complexidade natural não permite a aplicação da referida regra do tudo ou nada.

Nesse norte, a teoria de Dworkin vem demonstrar exatamente que a justificação positivista dos direitos fundamentais torna-se insatisfatória na prática, já que não basta a previsão legal para que os direitos humanos fundamentais sejam devidamente respeitados, pois o processo de reconhecimento destes e sua inclusão de fato na prática social devem transcorrer por outro processo de reconhecimento, e só então serão devidamente reconhecidos e, principalmente, reverenciados.

Sobre essa perspectiva Pablo Bonorino ao analisar a teoria de Ronald Dworkin e sua aplicação para com os direitos fundamentais, afirma que esta modalidade ou categoria especial de direitos somente poderiam sofrer interferência ou não serem integralmente garantidos pelo Estado, em situações que direitos individuais estejam sendo limitados ou desrespeitados por situações de emergência, já que em nenhuma outra circunstância ou motivação seria justificável o subjulgamento dos direitos fundamentais, nem mesmo sob a justificativa de atender argumentos baseados em interesses coletivos ou da sociedade, o que na teoria de Dworkin seria considerada uma decisão baseada em "*policies*".

Tal interpretação fica evidente quando Bonorino acrescenta que:

Esto es, como derechos que el Estado no puede limitar apelando a objetivos o metas sociales consideradas valiosas. El Estado solo puede interferir en los derechos fundamentales de los individuos apelando a la defensa de otros derechos individuales (concebidos como derechos de individuos y no de colectivos), o bien a razones de emergencia actual y de gran magnitud. Ninguna fundamentación basada en objetivos colectivos o derechos de la sociedad, o de las mayorías, puede ser utilizada para justificar una limitación a estos derechos fundamentales. El punto de partida de su argumentación es el análisis del lenguaje relativo a los derechos, y su núcleo consiste en mostrar que la idea misma de derechos individual frente al gobierno (derecho fundamental em su terminología) implica la

imposibilidad del Estado limitar su ejercicio apelando al bienestar colectivo.⁹⁴ (BONORINO, 2010, p. 35-36.)

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Guest exemplifica de maneira clara as únicas situações em que os direitos e os princípios como parte integrantes do direito têm sua efetividade e alcance suspensos por um período determinado ou indeterminado de tempo, no entanto, somente sob a justificativa plausível de que a suspensão da vigência ocorre única e exclusivamente para que a ordem e os direitos sejam reestabelecidos, como se depreende a seguir:

Não há problema lógico em dizer que há uma categoria especial de emergência em que todos os tipos de atos podem ser justificados. O estado de sítio é um bom exemplo, mas há outros semelhantes, como, por exemplo, leis sobre quarentena. O argumento correto é que em nome dos direitos você pode suspendê-los para que eles possam ser restabelecidos quando cessar a emergência. De fato, é quando 'leis emergenciais' tornam-se indefinidas que começamos a suspeitar que se chegou a um estágio da vida política no qual direitos não são mais importantes.⁹⁵

Observa-se, nessa direção, que os direitos fundamentais operam como sustentáculo social do modelo de Estado Democrático contemporâneo, assim como permitem a manutenção da ordem, do bem estar social e do desenvolvimento de uma sociedade menos desigual, em que o Estado não pode omitir-se quanto a estas garantias que devem ser obrigatoriamente proporcionadas pelo ente estatal, independentemente de qualquer coisa.

Desta feita, Dworkin estabelece que os princípios possuem conteúdos de grande relevância e que somente poderiam tais padrões normativos somente pereceriam, por assim dizer, quando da colisão com outro princípio, de modo que um dos dois teria que momentaneamente ceder a prevalência em determinado caso ao outro princípio que, neste caso particular, mostrou-se mais adequado para a resolução do caso prático em questão. Bem diferente do processo de colisão entre regras jurídicas. (DWORKIN, 2011, p. 114.)

⁹⁴ "Ou seja, como os direitos que o Estado não pode ser limitado, apelando para metas ou objetivos sociais considerados valiosos. O Estado só pode interferir com os direitos fundamentais dos indivíduos que apelam para a defesa de outros direitos individuais (direitos concebidos individualmente e não grupo), ou por razões de emergência imediata em larga escala. Nenhuma fundamentação baseada em objetivos coletivos ou direitos da sociedade, ou da maioria, pode ser utilizada para justificar restrições a esses direitos fundamentais. O ponto de partida da sua argumentação é a análise da linguagem dos direitos, e seu núcleo consiste em mostrar que a própria ideia de direitos individuais quando confrontados com o governo (direito fundamental em sua terminologia) implica na impossibilidade do Estado em limitar o exercício apelando para argumentos tais como o bem-estar coletivo." (tradução nossa)

⁹⁵ GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 67.

O filósofo americano ainda acrescenta que a força dos princípios, diferente das regras, permite uma interação entre estes espécimes do mesmo padrão normativo, de modo que cada princípio irá apresentar uma possibilidade de resolução daquele conflito jurídico, sem que, no entanto, imponha-se de maneira definitiva, tal qual como ocorre com as regras e seu processo de tudo ou nada, restando aos juristas a tomada de decisão sobre o caso em análise, já que cada princípio os oferece uma possibilidade distinta de resolução do conflito, mas não determina exatamente qual é a resposta certa para tanto. (DWORKIN, 2011, p. 114.)

Esse aspecto fica evidente quando Dworkin afirma que:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão e vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como 'válido'.⁹⁶

Guest especifica esse elemento da teoria de Dworkin e nos permite compreender melhor da seguinte maneira:

As diferentes formas de direitos que ele descreve cruzam teorias políticas, e o uso e ênfase aplicados em cada um refletem cada tipo de teoria política. Ele faz distinção, por exemplo, entre direitos 'absolutos', que não suportam nenhuma competição (como em teorias que postulam, por exemplo, um direito 'absoluto' à vida), e direitos que são menos que absolutos. O importante, lembre-se, é que a ideia de um direito é definida pela sua capacidade de suportar competição contra objetivos não urgentes (por exemplo, 'qualquer um dos objetivos rotineiros comuns da administração pública')⁹⁷

Desse modo, a partir das considerações feitas por Stephen Guest, Pablo Bonorino e Jean Carlos Dias ao analisar a teoria de princípios de Ronald Dworkin, é possível depreender que os princípios jurídicos apesar de absolutos se comparados com os demais padrões normativos, apresentam-se em graus distintos, ora em maior grau de importância, ora em menor grau de importância, devendo-se considerar tais pesos de acordo com o caso concreto em questão. Lembrando, contudo, que os princípios não serão sobrepostos, por assim dizer, por qualquer

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 3. ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 114.

⁹⁷ GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 70.

regra jurídica ou política, já que tais padrões normativos compõem-se de elementos mais frágeis e menos relevantes que os princípios jurídicos. Assim, entende-se esclarecidas as nuances de peso e importância exatamente como Dworkin às formulou.

Jean Carlos Dias, nesse contexto, consegue esclarecer exatamente a tese que se defende no presente trabalho, e o faz ao estabelecer a profundidade pela qual os princípios jurídicos constituem-se para a melhor compreensão, interpretação e aplicação do direito dentro dos mais variados sistemas jurídicos, haja vista que a defesa dos direitos fundamentais como uma hipótese dos princípios jurídicos dentro da teoria apresentada por Dworkin, significa elevá-los a um patamar normativo superior em comparação aos demais padrões normativos.

Essa ideia de distinção de peso ou importância dos direitos fundamentais fica explícita quando Jean Carlos Dias expõe que:

Sendo certo que a busca pela sustentação ética é uma das linhas de investigação a respeito, uma teoria dos direitos fundamentais exige uma concepção desses direitos frente ao sistema jurídico. Dizer que são fundamentais certos direitos implica em reconhecer de pronto que se inserem no sistema jurídico e, ao lado disso, que possuem um diferencial em relação aos demais elementos.⁹⁸

Desta feita, afirma-se novamente que em hipótese alguma os direitos fundamentais constituem-se simplesmente por regras jurídicas, de modo que se assevera que esta modalidade de direitos ou como denomina Dworkin, este padrão normativo, reveste-se, sem dúvida alguma, pela qualidade de princípios jurídicos.

As sociedades democráticas contemporâneas de um modo geral, mas especialmente a democracia experimentada no Brasil tem como pilar de sustentação os princípios jurídicos. Tal afirmação pode ser tranquilamente sustentada, pois o próprio poder constituinte ao promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, incutiu profunda e expressamente no texto constitucional diversos direitos humanos fundamentais, os quais possuem, indiscutivelmente, a forma de princípios jurídicos, tal qual defendidos por Dworkin em sua teoria.

No trecho extraído da obra de Dworkin, é possível identificar exatamente o formato de democracia que se vê estabelecido no Brasil, assim como, percebe-se uma descrição objetiva do modo como se dá a relação entre o Estado

⁹⁸ DIAS, Jean Carlos. Problemas contemporâneos de teoria dos direitos fundamentais: esboço para uma investigação abrangente. In: DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo (Coord). Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2009.p. 19.

Democrático de Direito, a Constituição Federal brasileira e os direitos humanos fundamentais na qualidade de princípios jurídicos, senão vejamos:

No terceiro modelo, que é a democracia do fundamentalismo de direitos fundamentais estão no centro da prática democrática. Desse modo, o papel essencial da constituição é preservar os direitos fundamentais dos cidadãos contra as possíveis violações majoritárias.⁹⁹

Ademais, ao responder algumas críticas formuladas por Joseph Raz, Dworkin esclarece que sua teoria não limita a existência de outros padrões normativos, mas que sua intenção foi tão somente de ressaltar a importância da utilização dos princípios jurídicos na resolução de conflitos sociais e jurídicos, mas que de maneira alguma o direito seria composto somente por regras, princípios e políticas. Tal entendimento fica evidente quando o autor afirma que:

O meu ponto não é que 'o direito' contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que 'o direito' é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira. Nada disso, creio, compromete-me com uma ontologia jurídica que pressuponha qualquer teoria específica da individuação.¹⁰⁰

Nesta senda, entende-se ter sido elucidada a essência de princípio jurídico do direito humano fundamental à água, de modo que se dedica a detalhar com maior profundidade a composição multidimensional desse direito fundamental.

A água, como já evidenciado, é reconhecida como um recurso natural de vital importância, discussão esta que se entende pacífica e superada, no entanto, a água não pode ser compreendida pura e simplesmente como um bem ambiental, já que a utilização deste recurso extrapola sua mensuração como um micro-bem integrante do macro-bem que é o meio ambiente, nomenclatura esta muito difundida por autores como José Rubens Morato Leite, Patrick de Araújo Ayala e Edis Milaré,

⁹⁹ DIAS, Jean Carlos. Problemas contemporâneos de teoria dos direitos fundamentais: esboço para uma investigação abrangente. In: DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo (Coord). Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2009.p. 23.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 3. ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 119-120.

todos juristas dedicados ao desenvolvimento do ramo do direito ambiental e seus desdobramentos.

Ao contrário disso, a água dispõe de grande complexidade, tendo em vista os múltiplos usos que esta pode ter. Tomando como base as diversas possibilidades de utilização da água, considerar esta como um direito fundamental revestido das características de um princípio jurídico dentro dos limites teóricos apresentados por Dworkin, não se torna fácil.

No entanto, a ideia ora defendida objetiva exatamente demonstrar que as diversas dimensões de uso que compõem o direito fundamental à água não possuem a mesma importância e peso, razão pela qual, deve-se esclarecer que dentre as múltiplas dimensões, existe uma que deve ser prioritariamente atendida e tomada como meta a ser fundamentalmente garantida pelo Estado aos indivíduos integrantes da sociedade, já que o ente estatal não pode olvidar-se de atender aos mandamentos constitucionais que sustentam e intermediam a relação entre Estado e sociedade, como já foi amplamente sustentado.

Salman e Mclnerney-Lankfor ao tratar sobre a discussão etimológica sobre qual deveria ser a nomenclatura a ser utilizada nos tratados e conferências sobre a água, se esta deveria ser simplesmente oferecida por questões de necessidade ou se deveria ser garantida como um dever imposto. Os autores corroboram de maneira precisa com este entendimento quando depreendem que a utilização do termo necessidade implica na compreensão de passividade dos beneficiários, enquanto que o termo direito impõe o necessário cumprimento como forma de dever, quando afirmam que *“The term ‘need’ implies some sense of charity, and represents the recipients as passive beneficiaries, whereas ‘right’ conveys a sense of legal entitlement, which should, in turn, result in a corresponding duty.”*¹⁰¹ (SALMAN; MCLNERNEY-LANCKFORD, 2004, p. 16.)

Nessa direção, para que fique clara e demonstrada a materialidade das múltiplas dimensões componentes da água como um direito humano fundamental, dentro do âmbito da legislação nacional brasileira, pode-se citar o reconhecimento pela própria Política Nacional dos Recursos Hídricos – PNRH instituída por meio da Lei nº. 9.433/97, a qual dentre seus principais objetivos busca garantir a

¹⁰¹ “O termo ‘necessidade’ implica numa sensação de caridade, e representa os destinatários como beneficiários passivos, enquanto o termo ‘direito’ transmite um senso de obrigação jurídica, que deve, por sua vez, resultam em um correspondente dever legalmente instituído.” (tradução livre)

disponibilidade da água para os múltiplos usos, bem como a utilização racional e integrada deste recurso ambiental, como se observa no trecho transcrito em seguida:

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

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. (grifo nosso)

A PNRH veio introduzir maior dinamicidade e segurança para o Estado e sociedade no que concerne à gestão da água e seus múltiplos usos, além da delimitação no que se refere à forma e meio pelo qual é possível explorar a água. Percebe-se assim, estar explícito o reconhecimento do valor ou dimensão econômica da água, de modo que tanto o Estado como os particulares podem fazer o uso deste recurso, desde que haja a devida contraprestação pelo uso deste bem público para com o ente estatal, o que ocorrerá somente mediante prévia autorização do Estado.

Todavia, a água está longe de compreender somente as dimensões econômica e natural. A água possui grande importância política e até mesmo religiosa, sendo muitas vezes matéria de tratados internacionais¹⁰², questões transfronteiriças, divergências político-diplomáticas e até mesmo conflitos bélicos, como observado na disputa entre Israel e Síria envolvendo os reservatórios de água das Colinas de Golan, no Oriente Médio.

Ademais, a água está presente no dia-a-dia do homem invariavelmente, algumas vezes atendendo os padrões mínimos de qualidade e potabilidade, em outras se apresentando sem qualquer condição para o consumo humano e funcionando como agente transmissor de doenças, mas ainda assim servindo para atender as necessidades mais primitivas e fisiológicas como, por exemplo, para dessedentação humana e animal, para a limpeza e preparo de

¹⁰² Estocolmo/1972; Mar Del Plata/1977; Dublin/1992; Rio de Janeiro/1992; Marrakech/1997; The Hague/2000; Johanesburgo/2002; Kyoto/2003;

alimentos e até mesmo para atender fins de higiene básica e saneamento, e também para possibilitar demais atividades de menor importância social.

Todavia, enquanto os usos múltiplos da água tem aceitação pacífica, arrisca-se até mesmo dizer que de maneira unânime pelas mais diversas áreas do conhecimento, a sugestão e/ou eleição de uma destas dimensões como de maior peso ou importância perante as demais, não é um debate comumente observado na doutrina e jurisprudência nacional, bem como se trata de uma tarefa árdua.

Todavia, a comunidade internacional, representada em grande parte pela Organização das Nações Unidas – ONU, já fomentou o debate sobre essa perspectiva de importância e sugeriu o que na língua inglesa se denomina de “*water justice*” que na língua portuguesa seria *justiça da água*. Algo bem semelhante já pode ser observado quanto ao meio ambiente, o que teve início em discussões em âmbito internacional e foi denominado de “*environmental justice*” ou justiça ambiental/do meio ambiente.

Não se pode deixar de citar a criação do Conselho Mundial da Água – World Water Council – WWC no ano de 1996, bem como da Parceria Global da Água – Global Water Partnership – GWP também no ano de 1996, ambas organizações que procuram disseminar e estimular a proteção, conservação, acesso e qualidade da água nos mais diversos níveis, como segue:

World Water Council – WWC “is supposed to act as a think tank on water resources matters” e Global Water Partnership – GWP “is established as a working partnership among all entities involved in water support countries in integrated water resources management.”¹⁰³ (SALMAN; MCLNERNEY-LANCKFORD, 2004, p. 10.)

Seguindo essa linha de raciocínio e considerando que o Estado brasileiro compartilha com muitas outras nações de uma realidade ou condição de extensa desigualdade social, demonstrando a grave inaptidão para distribuir as riquezas e diminuir as desigualdades sociais e regionais, ainda que se considere este sintoma como resultado de um problema crônico que vem desenvolvendo-se por muitos anos, acaba por se tornar inviável a garantia integral do direito fundamental à água de maneira absoluta, mesmo considerando que o Brasil é o país com a maior disponibilidade de água doce do mundo, mostrando-se patente a

¹⁰³ “Conselho Mundial da Água - WWC ‘deve atuar como um *think tank* sobre questões de recursos hídricos’ e o Parceria Global da Água - GWP ‘é estabelecida como uma parceria de trabalho entre todas as entidades envolvidas em apoiar os países para uma gestão integrada dos recursos hídricos. (tradução nossa)

necessidade de garantia mínima, do que agora considera-se a dimensão maior do direito fundamental à água, ou seja, a promoção do acesso à água potável.

Desse modo, como referido anteriormente, entende-se que dentre os múltiplos usos que a água pode ser empregada e as diversas dimensões componentes do direito fundamental à água como um princípio jurídico, o acesso à água potável mostra-se como a dimensão básica e de maior fundamentalidade e importância para uma vida digna e para o pleno desenvolvimento do homem, ainda que existam outros fatores que influenciam diretamente para o desenvolvimento completo e equitativo do homem.

Dessa forma, vislumbraram-se evidentes as múltiplas dimensões da água, cabendo, no entanto, sopesar qual dentre todas seria possível eleger ou considerar como a mais importante e a qual deve ser prioritariamente garantida pelo Estado como um direito fundamental do homem.

Para tanto, cabe acrescentar que Dworkin inicia o desenvolvimento de sua teoria carregando consigo a certeza de que a igualdade e equidade revestem-se como princípios fundamentais absolutos, os quais devem ser primordialmente garantidos para que qualquer sociedade democrática contemporânea possa prosperar. Assim, considerando essa assertiva, entende-se possível afirmar que a garantia do acesso à água potável é a dimensão absoluta e primordial para o homem, dentre os demais usos, a qual deve ser compreendida como a dimensão de importância ou peso que o Estado deve oferecer indistintamente a todos os cidadãos, sob o risco de negar validade e vigência à Constituição Federal, descumprir a efetividade dos direitos humanos fundamentais e até mesmo desprezar por completo o Estado democrático, da maneira atualmente compreendida.

Desta feita, mostrou-se evidente a colaboração da teoria de Ronald Dworkin, especificamente no que concerne à abrangência conceitual e teórica, bem como da aplicação prática dos princípios jurídicos nos moldes apresentados pelo filósofo americano para sustentar a possibilidade da existência de importâncias ou pesos plurais entre os diversos direitos fundamentais, os quais devem ser compreendidos e devidamente tratados com o respeito e concretude de um princípio jurídico, restando aparente, conforme o caso concreto, a dimensão de maior fundamentalidade ou importância de determinado direito fundamental em detrimento

de outro, assim como se defende a maior importância do direito fundamental à água, quando em conflito com diversos direitos fundamentais.

A seguir, passa-se a explorar a teoria dos direitos fundamentais desenvolvida pelo filósofo alemão Robert Alexy, de modo que sua teoria possa contribuir juntamente com a teoria dos princípios jurídicos de Ronald Dworkin, considerando, logicamente, as devidas distinções e conflitos entre a estrutura teórica estabelecida por cada um dos jusfilósofos, mas contribuindo, ao fim, para a defesa e reconhecimento do direito humano fundamental multidimensional à água, como se confere a seguir.

4 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY E O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL MULTIDIMENSIONAL À ÁGUA.

Apresentadas às distinções teóricas e conceituais da teoria do direito tal qual formulada por Ronald Dworkin, explicitando dentro dos limites estipulados pelo filósofo americano o funcionamento e a composição dos padrões normativos como ferramenta de sustentação da existência de um direito humano fundamental multidimensional à água, o qual deve ser compreendido como um princípio jurídico, nos moldes teóricos oferecidos por Dworkin. Passa-se assim, a explanar brevemente sobre as principais características da teoria da argumentação jurídica para, posteriormente, aprofundarmos-nos na teoria dos direitos fundamentais, ambas desenvolvidas pelo filósofo alemão Robert Alexy.

Deve-se esclarecer que Alexy não se preocupou em construir ou desenvolver uma teoria do direito, dedicando-se primordialmente ao estudo da argumentação jurídica como uma ferramenta de resolução de conflitos. O autor que tem por característica principal ser um procedimentalista desenvolveu uma teoria da argumentação jurídica complexa, porém, muito abrangente, o que permite sua aplicação dentro das mais variadas teorias do direito e sistemas jurídicos existentes, reconhecendo, desde já, a possibilidade de aplicação desta teoria à realidade brasileira.

Nessa direção, acrescenta-se que assim como os demais teóricos do direito, Robert Alexy também desenvolveu sua teoria sob a influência de outro filósofo do direito, tendo escolhido como referencial teórico a Teoria do Discurso de Jurgen Habermas.

A partir da teoria habermasiana, Alexy desenvolveu sua teoria do discurso prático racional geral para depois criar a Teoria da Argumentação Jurídica, a qual o autor considera como um caso especial do discurso prático geral. Essa teoria foi responsável por torná-lo um dos principais expoentes da filosofia do direito contemporâneo.¹⁰⁴

Desta feita, Alexy optou por desenvolver uma teoria da argumentação jurídica ao identificar os limites do discurso prático geral, considerando a vasta gama

¹⁰⁴ Vide ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

argumentativa que se permite utilizar nesta respectiva seara argumentativa. Todavia, o jusfilósofo alemão compreende a grande quantidade de argumentos disponíveis no discurso prático geral como uma característica que enfraquece a força argumentativa, tornando ainda mais dificultosa a busca por respostas racionais para as questões práticas, tendo em vista a versatilidade da argumentação permitida, situação esta que é limitada dentro do âmbito jurídico, já que, ao menos em tese, a matéria jurídica torna-se previamente delimitada.¹⁰⁵

No entanto, deve-se ressaltar de antemão que Alexy em sua teoria da argumentação jurídica não vislumbra entrar no mérito de uma discussão sobre os aspectos valorativos, e sim sobre o aspecto procedimental da tomada de decisões e obtenção de respostas com argumentos válidos e racionais para os problemas práticos ocorridos dentro da realidade normativa em questão, diferentemente da sua teoria dos direitos fundamentais a qual passamos a aprofundar em seguida.¹⁰⁶

Nesse sentido, passa-se a explorar a teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy. Cumpre esclarecer, desde logo, que o filósofo alemão se propôs a desenvolver uma teoria discursiva e argumentativa do direito, diferentemente de Dworkin. Pode-se dizer que Alexy apresenta maior flexibilidade teórica e abrangência em seu estudo, já que este buscou desenvolver uma teoria do direito com base na razão, bem como será demonstrado no presente capítulo.

No entanto, Robert Alexy e Ronald Dworkin, apesar das distinções teóricas e as consideráveis divergências quanto a alguns aspectos da filosofia do direito, ambos concordam explicitamente com uma crítica, qual seja, a fragilidade prática e teórica no que se refere ao positivismo jurídico.

Alexy, ao contrário de Dworkin, desenvolveu uma complexa teoria voltada exclusivamente para explicar e defender a composição e o funcionamento dos direitos fundamentais perante o Estado Constitucional Democrático contemporâneo. Todavia, mister mencionar que apesar das distinções teóricas, Robert Alexy toma como ponto de partida para desenvolver a base de sua teoria dos direitos fundamentais um dos principais aspectos da teoria de Ronald Dworkin, qual seja, a distinção prática e teórica do conteúdo e natureza dos princípios e das regras como espécies distintas de norma.

¹⁰⁵ Vide ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

¹⁰⁶ *Idem*

Entretanto, como será devidamente abordado a seguir, Alexy buscou tomar maior profundidade na conceituação e, principalmente, nas distinções de conteúdo e natureza dos princípios e regras, como será cuidadosamente abordado neste tópico.

Noutro ponto, Alexy explana de maneira bastante objetiva o que no seu entender devem compor as diversas filosofias do direito e, conseqüentemente, o integrar conceitos de direito, quando dispõe que:

Cada filosofia do direito é, explícita ou implicitamente, expressão de um conceito de direito. Todos os conceitos de direito compõem-se da determinação e ponderação de três elementos de definição: (1) a decretação de acordo com a ordem, (2) a eficácia social e (3) a correção quanto ao conteúdo.¹⁰⁷

Estas considerações mostram-se importantes, pois demonstram que no entender do filósofo alemão uma filosofia do direito e conseqüentemente um conceito de direito, estariam direta e idealmente relacionados com um Estado onde houvesse uma democracia de fato e de direito, para que fosse possível vislumbrar a existência de Estado constitucional onde os direitos fundamentais pudessem florescer.

Desse modo, é necessário esclarecer que a obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” visou estabelecer uma teoria geral para os direitos fundamentais dentro da Constituição alemã, o que não obsta seu estudo e aplicação nas demais realidades jurídico-constitucionais experimentadas em outros Estados, exatamente como se defende no presente caso, a aplicação teórica dentro da realidade do Estado democrático brasileiro, que inclusive, é expressamente citada no decorrer da obra, como veremos posteriormente.

Nessa direção, Alexy afirma existirem requisitos mínimos a serem garantidos invariavelmente aos cidadãos, independente de nacionalidade, para que seja possível argumentar a existência de um estado democrático. Tais requisitos são representados na forma de direitos fundamentais do homem, dentre os quais, segundo o autor, os direitos fundamentais à liberdade e igualdade ocupam papel central e basilar, como se observa a seguir:

A igualdade dos direitos do homem faz parte desses casos elementares. Direito do homem ou fundamentais desiguais não se deixam justificar em um discurso ideal, porque nele, devido à

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 3. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p.19.

liberdade, igualdade e racionalidade da argumentação lá dominantes, argumentos para uma distribuição desigual dos direitos do homem não têm existência.

Com o direito à liberdade e o à igualdade está fundamentado o núcleo dos direitos fundamentais. Todos os outros direitos fundamentais são ou casos especiais de ambos esses direitos ou meios necessários para a produção e asseguramento de uma medida suficiente de liberdade e igualdade fática.¹⁰⁸

Assim, o jusfilósofo alemão estabelece uma interessante relação de dependência entre o discurso e o direito como elementos básicos que se mostram interrelacionados, interdependentes e, principalmente, necessários para a estruturação e desenvolvimento de um estado democrático, senão vejamos:

O discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade.

(...)

A teoria do discurso leva ao estado constitucional democrático, porque ela coloca duas exigências fundamentais ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico: direitos fundamentais e democracia¹⁰⁹

Ademais, entre outras semelhanças, Dworkin e Alexy criticam e concordam pacificamente que a maneira com que o positivismo jurídico enfrenta e tenta solucionar as problemáticas sociais e questões jurídicas de distintas complexidades utilizando a mesma “fórmula” simples e idêntica, somente corrobora para demonstrar as falhas e insuficiências teóricas do positivismo, o que dá razão às críticas elaboradas por Alexy e Dworkin.

A crítica de Alexy sobre a fragilidade do modelo positivista jurídico recebe especial atenção em diversos artigos e capítulos de livros escritos¹¹⁰ pelo jurista alemão, mas é muito bem sintetizada na seguinte explanação:

Nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado. Para isso existem vários fundamentos. De importância fundamental são a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma. Existe, sob esse aspecto, uma abertura necessária do direito.¹¹¹

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 3. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p.34.

¹⁰⁹ Ibidem, p.33.

¹¹⁰ Vide ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

¹¹¹ ALEXY, op. cit., 2011, p.36.

Nessa mesma direção, em uma abordagem crítica à realidade teórica e prática dos direitos fundamentais, analisando o embate teórico entre o positivismo jurídico e as demais correntes filosóficas contrárias a este, dentre os quais Dworkin e Alexy ocupam lugar de destaque, Jean Carlos Dias acrescenta que:

De outro lado, para uma outra vertente, a qualificação dos direitos fundamentais supõe necessariamente a superação do modelo normativo positivista, sendo, na verdade, uma das estratégias de ataque àquela corrente jurídica. Nesse sentido, essa tendência admite que, eventualmente, os direitos fundamentais possam assumir a forma de regras, mas os concebe, prioritariamente, como princípios, com as implicações que isso representa do ponto de vista teórico.¹¹²

Alexy defende não apenas em teoria, mas na prática, que os direitos fundamentais sejam, invariavelmente, considerados de maneira ampla e universal, de modo que a positivação ou reconhecimento dentro da legislação nacional desta ou daquela nação passa a ser apenas uma consequência lógica e natural, já que a validade universal dos direitos fundamentais extrapola o requisito de positivação para adquirir validade, devendo ser, portanto, considerados universais e válidos desde sua origem, quer seja integrando o ordenamento jurídico como direitos formais ou materiais, ou seja, independente de positivação.

Este entendimento fica evidente quando Alexy afirma que:

Os direitos fundamentais são, por um lado, elementos essenciais do ordenamento jurídico nacional respectivo. Por outro, porém, eles remetem além do sistema nacional. Nesse exceder do nacional deixam distinguir-se dos aspectos: um substancial, o quadro nacional, porque eles, se querem poder satisfazer as exigências a serem postas a eles, devem abarcar os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positivação, validade universal.¹¹³

Nessa direção, antes de adentrar na seara da definição e diferenciação conceitual e de conteúdo das normas de direitos fundamentais entre regras e princípios como adotado pelo jurista alemão, deve-se apresentar brevemente a existência de três teorias que abarcam essa discussão, sendo que apenas uma delas é aceita por Alexy.

¹¹² DIAS, Jean Carlos. Problemas contemporâneos de teoria dos direitos fundamentais: esboço para uma investigação abrangente. In: DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo (Coord). Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2009, p. 20.

¹¹³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 3. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p.55.

A primeira tese não vislumbra possível dividir a composição de uma norma em duas classes distintas de conteúdo, como princípios e regras, pois compreende como incalculáveis as possibilidades, bem como “*as diversas convergências e divergências, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas (...)*”. (ALEXY, 2011a, p. 89).

A segunda tese é a mais difundida entre as possíveis distinções entre o conteúdo das normas. Para os defensores dessa hipótese o fator que diferencia regras de princípios é apenas o grau de generalidade, ou seja, os princípios seriam identificados por sua maior generalidade, enquanto que as regras seriam espécies de conteúdo menos genérico e mais específico. (ALEXY, 2011a, p. 89-90).

No entanto, nenhuma das referidas hipóteses teóricas é aceita por Robert Alexy. O jusfilósofo alemão vai mais além e defende a terceira tese como escoreita, tanto que embasa seu entendimento e desenvolve sua teoria dos direitos fundamentais com base nesta hipótese teórica, senão vejamos. (ALEXY, 2011a, p. 89-90)

A terceira tese sugere que a diferenciação entre regras e princípios existe e que as normas são compostas por ambas espécies, todavia, a distinção destas espécies normativas se dará em função de um padrão qualitativo, critério bem mais complexo e uma maneira não usual de diferenciar essas espécies normativas. (ALEXY, 2011a, p. 89-90)

Desta feita, é notória a percepção de Alexy para o fato de que a distinção entre princípios e regras pode ser mais bem estabelecida através da aplicação destes conceitos em situações práticas reais, de modo que o autor utiliza como exemplos práticos diversos casos decididos pela Suprema Corte Alemã, clarificando assim o comportamento das espécies normativas em situações reais, evidenciando dessa maneira como ocorrem as divergências e conflitos dentro da realidade jurídica prática e de que maneira é possível resolver tais problemas práticos.

Um exemplo clássico apresentado por Alexy revela-se no seguinte trecho:

No caso sobre a incapacidade para participar de audiência processual tratava-se da admissibilidade de realização de uma audiência com a presença do acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sobre um derrame cerebral ou um infarto. O tribunal observou que nesse tipo de caso há ‘uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação

adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado'. Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, *'por si só'*, de prioridade. O 'conflito' deve, ao contrário, ser resolvido 'por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes'.¹¹⁴

Nesse sentido, deve-se esclarecer inicialmente que os princípios quando entram em choque devem ter seus conteúdos sopesados e através da ponderação entre os valores distintos que cada princípio carrega em si, pode ocorrer que um princípio prevaleça e o outro não, sem que, no entanto, haja o descarte permanente ou a declaração definitiva de nulidade de um princípio em detrimento de outro.

Com relação às regras o mecanismo de resolução de conflitos é distinto, aplicando a metodologia bem semelhante a que Ronald Dworkin utiliza em sua teoria do direito. Para as regras, por se tratarem de mandamentos definitivos de cumprimento imediato, não há como aplicar a ferramenta da ponderação, já que ou a regra é válida ou não, sendo considerada, portanto, a subsunção como a maneira pela qual os juristas devem resolver um conflito entre regras, de modo que uma regra tenha sua validade reconhecida e a outra tenha sua inválida declarada.

Desta feita, observa-se que Alexy, diferentemente da maioria dos teóricos do direito, utiliza de uma metodologia não usual para diferenciar princípios e regras dentro da sua teoria dos direitos fundamentais. O jurista alemão aponta para uma distinção qualitativa do conteúdo destes padrões normativos, diversamente da distinção habitualmente empreendida, a qual sugere apenas uma distinção quanto a generalidade do conteúdo emanado por um ou por outro.

Desse modo, considerando que definição e importância dos padrões normativos entendidos como regras e princípios, tal qual na teoria de Dworkin, na teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy a distinção entre esses componentes de uma norma recebem grande destaque, de modo que a compreensão da referida distinção é basilar para o entendimento e desenvolvimento da teoria elaborada pelo jusfilósofo alemão, bem como para a sustentação da hipótese aqui defendida.

Esse entendimento fica evidente quando Alexy esclarece que:

¹¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 94-95.

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

(...)

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.¹¹⁵

Ademais, Alexy esclarece que ambos, regras e princípios, são componentes de uma norma, porém, espécies de normas distintas e com características de existência, operacionalidade e aplicabilidade diferentes, mas ao fim, não deixam de ser parte integrante de uma norma.

Nessa direção, a noção e definição do que seriam as naturezas jurídica e existencial dos princípios e regras fica explícita quando Alexy sustenta que:

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regra quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.¹¹⁶

Assim, compreende-se que os princípios dentro da teoria de Alexy devem ser tomados como mandamentos a serem amplamente perseguidos e concretizados, respeitando, logicamente, os limites fático-jurídicos de cada situação prática.

Por outro lado, as regras funcionam de maneira menos maleável, não havendo espaço para tanta flexibilidade como se observa nos princípios, já que seu conteúdo é previamente determinado e sua abrangência ou alcance é limitado por sua própria natureza e conteúdo definitivo. Entretanto, a referida natureza ou caráter definitivo natural das regras mostra-se flexibilizado nas situações em que se

¹¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 85.

¹¹⁶ Ibidem, p. 87.

verifique a inserção de uma cláusula de exceção à prescrição original da regra em questão, como será explicado de maneira mais aprofundada a diante.

Por tal razão, a metodologia utilizada para solucionar conflitos entre os referidos padrões normativos requerem formulas distintas, tendo que ser levado em consideração suas distinções de natureza, forma, conteúdo e aplicação.

Para solucionar um conflito entre regras é utilizada habitualmente apenas a lei do tudo-ou-nada, como prescreve Dworkin, enquanto que com os princípios a técnica interpretativa do sopesamento mostra-se a maneira adequada de solucionar um possível impasse entre os mesmos, a qual merece um pouco mais de atenção, especialmente considerando que esse processo exerce um papel bastante relevante na teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, já que se mostra como a fórmula básica para decidir uma colisão entre dois princípios.

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer, resumidamente, que a regra ou *“lei do sopesamento”* funciona da seguinte maneira, *“quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”*. (ALEXY, 2011a, p.167)

Ademais, é imprescindível ressaltar que a referida lei trabalha na forma de uma equação inversamente proporcional, pois a insatisfação de um princípio “a” depende diretamente do nível de satisfação do princípio “b”, considerando que “a” e “b” estão colidindo. De tal modo, deve ficar *“claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos”*. (ALEXY, 2011a, p. 168)

Nesse norte, Alexy estabelece a importância e a maneira como funciona a lei do sopesamento diante da colisão entre princípios, identificando, ao fim, uma conexão direta entre a teoria da argumentação jurídica, breve e anteriormente mencionada, e a resolução de um embate de princípios compostos por conteúdos antagônicos, ao esclarecer que:

O modelo fundamentado aqui (...) faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro ‘de forma precipitada’. De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei da colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização.
(...) Ainda que o *sopesamento em si* não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma

definitiva, o *modelo de sopesamento como um todo* oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional.¹¹⁷

Ademais, devidamente estabelecidas as características básicas das regras e princípios, passamos a explicar de maneira mais aprofundada as sofisticções introduzidas por Alexy ao conteúdo e comportamento dessas espécies normativas dentro da teoria dos direitos fundamentais.

Nesta senda, diferentemente do que atesta Dworkin, para Robert Alexy a regra do tudo-ou-nada não é o único meio possível para se resolver um conflito entre regras. O jurista alemão, para tanto, enumera duas alternativas capazes de solucionar um eventual conflito entre regras, como segue.

A primeira delas acaba sendo a aplicação do que Dworkin denomina de regra do tudo-ou-nada e ocorre com o reconhecimento da validade de uma das regras em conflito e, conseqüentemente, a invalidade da outra.

A segunda alternativa sugere a criação de uma cláusula de exceção a uma das regras conflituosas, de modo que, a partir deste momento, a incompatibilidade de existência entre as regras é superada por meio da introdução de uma prescrição normativa que transforma a anterior incompatibilidade existencial entre as prescrições de conteúdo das regras, de modo que a prescrição legal da regra “a”, por exemplo, passa a excetuar a prescrição que invalidava uma das duas regras e agora permite o convívio de ambas, regras “a” e “b”, no mesmo ordenamento jurídico.

Ressalta-se, no entanto, que Dworkin também prevê a possibilidade da inserção de uma ou mais cláusulas de exceção às regras, mas diferentemente de Alexy, o jurista americano considera as exceções como parte integrante da própria regra e, portanto, não sendo considerada um meio adequado para resolver um conflito entre regras. Essa particularidade fica evidente no seguinte trecho:

O fato de uma regra poder ter exceções (*exceptions*) não afetaria seu caráter tudo ou nada. Uma formulação completa da regra deveria conter todas as exceções. As exceções seriam, por conseguinte parte integrante da regra. (...). Mesmo podendo as exceções ser bem

¹¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 173-174.

numerosas, seria possível, pelo menos teoricamente, mencioná-las integralmente.¹¹⁸

Desta feita, dando início ao aprofundamento da teoria dos direitos fundamentais na formulação desenvolvida por Robert Alexy, deve-se, desde logo, estampar o conceito e os contornos iniciais dos princípios como estabelecido pelo jusfilósofo alemão, aqui compreendidos como “*mandamentos de otimização*”, como segue:

Segundo a definição padrão da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus diferentes. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também jurídicas.¹¹⁹

Em sentido contrário e com certa semelhança com a pouca mobilidade também apresentada na tese do tudo-ou-nada amplamente difundida por Dworkin, Alexy denomina essa característica das regras como o caráter de “*mandamento definitivo*”, devendo ser compreendidas da seguinte maneira:

Completamente de outra forma são as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, *mandamentos definitivos*.¹²⁰

Além disso, o jurista alemão inicia o rol de distinções conceituais e práticas entre regras e princípios esclarecendo que independente das suas diferenciações, as normas são composta por ambos, tanto por regras como princípios, evidenciando, no entanto “*que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio*”. (ALEXY, 2011a, p. 91).

Consequentemente, se uma norma é composta tanto por regras como por princípios, aplicando esta tese para a realidade dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que um direito fundamental pode ser tanto uma regra como um princípio.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2014, p. 168-169.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 3. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p.64.

¹²⁰ Idem.

Alexy esclarece o comportamento e o que ele denominou de distinção qualitativa das regras e princípios da seguinte maneira:

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹²¹

Tal qual na teoria de Ronald Dworkin, Robert Alexy demonstra que a distinção conceitual e de aplicabilidade prática dos princípios e regras detêm importância fundamental para o entendimento e devido funcionamento da teoria dos direitos fundamentais. Para tanto, o autor sustenta uma distinção observável no ambiente prático do direito, estabelecendo que entre as regras ocorra um *conflito*, enquanto que entre os princípios ocorra uma *colisão*, como será mais bem explanado em seguida.

Desse modo, dando seguimento ao que já fora brevemente explanado alhures, Alexy esclarece de pronto a existência de apenas duas maneiras de solucionar um conflito entre regras diante de uma problemática real, de modo que mostra possível aplicar a característica de exceção a uma das regras em conflito, excetuando seu conteúdo ao que prescreve à outra, o que permitirá que ambas as regras permaneçam coexistindo dentro do mesmo ordenamento jurídico, sem prejuízo à validade de ambas e, principalmente, sem que o equilíbrio do ordenamento jurídico seja afetado negativamente por uma possível inconsistência em função do conteúdo conflitante de duas regras.

Neste diapasão, a segunda solução deve ser aplicada somente em última instância, e apenas caso não seja possível a introdução de uma cláusula de exceção para solucionar o respectivo conflito. Assim sendo, devidamente constatada a impossibilidade de inserção de uma cláusula de exceção, não resta outra alternativa senão a declaração de invalidade de uma das regras para que a outra possa ser considerada válida, mantendo assim a harmonia do ordenamento jurídico em questão e solucionando o conflito entre as regras.

O comportamento das regras diante de um conflito e as duas hipóteses de resolução deste é esclarecido por Robert Alexy da seguinte maneira:

¹²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 91.

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou pelo menos uma das regras for declarada inválida.

(...)

Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida.¹²²

Ademais, como já antecipado, diferentemente das regras que conflitam entre si os princípios colidem uns com os outros. O que ocorre, no entanto, é que os princípios por sua natureza distinta e “ótima” podem colidir sem que um dos princípios tenha que ser extirpado do ordenamento jurídico. Ao contrário das regras quando conflitam, os princípios ao colidirem podem perfeitamente permanecer existindo dentro do mesmo ordenamento, entretanto, um princípio cede prevalência para ao outro princípio momentaneamente e dentro daquela situação concreta de colisão, não que esta cessão de prevalência seja permanente, ao contrário, se aplicará somente naquele momento e o caso em questão.

Desse modo, a maneira como se comportam e funcionam os princípios ao colidirem dentro da mesma realidade jurídica, pode ser devidamente compreendida quando Alexy leciona que:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro princípio, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, que nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso.¹²³

Assim, observa-se que o filósofo alemão estabelece para os princípios uma dimensão de peso que deve ser observada de acordo com a situação prática

¹²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 92.

¹²³ Ibidem, p. 93-94.

em que os princípios estejam colidindo, ou seja, semelhante à dimensão de peso ou importância empreendida por Dworkin ao tratar do comportamento dos princípios jurídicos, mas como veremos, Alexy apresenta uma teoria mais sofisticada, acrescentando algumas características não observadas na versão sugerida por Dworkin.

Nessa direção, Alexy ainda desenvolve o que denominou de '*lei de colisão*' na qual explica de maneira mais detalhada como ocorre a colisão entre princípios e de que maneira pode-se estabelecer a prevalência de um princípio em detrimento do outro em determinada situação prática.

Desta feita, a situação em que um princípio retrocede para a prevalência do outro diante de uma colisão entre estes por seu conteúdo de maior grau, é denominado pelo jurista alemão como "*relação de precedência*", a qual pode ocorrer, em teoria, tanto de maneira condicionada como incondicionada. Entretanto, como veremos na exposição a seguir, a prática demonstra que as relações de precedências incondicionadas não existem, ao menos em uma análise superficial, enquanto que a precedência condicionada seria a regra quando colidirem os princípios, de modo que cada caso específico poderá ter uma resposta específica e não predeterminada por uma precedência incondicional.

Nessa direção, Alexy explica mais aprofundadamente o funcionamento do processo de precedência e colisão de princípios da seguinte maneira:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária.¹²⁴

Assim, diante da explanação de Alexy, é possível depreender que a relação de precedência condicionada é caracterizada por uma condição de precedência momentânea e aplicável a determinado caso concreto, devendo variar por assim dizer, diante de cada colisão entre princípios e situações específicas, devendo-se ressaltar que "*esse conceito de relação de precedência condicionada*

¹²⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 96.

tem importância fundamental na compreensão das colisões entre princípios e com isso, para a teoria dos princípios”, como observa-se a diante. (ALEXY, 2011a, p. 96)

Noutro aspecto, o filósofo alemão determina de maneira bem definida o modo como deve ser compreendida a lei de colisão como parte integrante da sua teoria dos princípios e conseqüentemente da teoria dos direitos fundamentais, da seguinte maneira:

Essa lei, que será chamada de *‘lei de colisão’*, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, sem segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.¹²⁵

Assim, de modo semelhante ao que realizou em sua teoria da argumentação jurídica, Alexy estabelece uma fórmula ou equação para como se calcular a relação condicionada de precedência, que deve ser aplicada da seguinte forma; *“Em um caso concreto, o princípio ‘P1’ tem um peso maior que o princípio colidente ‘P2’ se houver razões suficientes para que ‘P1’ prevaleça sobre ‘P2’ sob as condições ‘C’, presentes no caso concreto”*. (ALEXY, 2011a, p. 97).

Nesse diapasão, mostraram-se cada vez mais evidentes as discordâncias ou incompatibilidades teóricas entre Dworkin e Alexy, ainda que não sejam de caráter integral, pois como já mencionado a teoria dos princípios de Alexy teve como modelo inicial a teoria desenvolvida por Dworkin, mas em determinado momento, a tese do filósofo alemão extrapola os limites impostos pelo jurista americano, seguindo seu próprio caminho e agregando características de maior complexidade a teoria anteriormente formulada.

Alexy, sobre as distinções teóricas em comparação com a teoria elaborada por Dworkin, se manifesta de maneira bem sintética e afirma que:

Uma comparação entre a minha teoria jurídica e a de Dworkin não é fácil. Há, na verdade, vários pontos em comum, mas as duas teorias empregam estruturas conceituais consideravelmente distintas. Talvez se poderia até mesmo dizer que as duas teorias são materialmente relativamente parecidas, mas formalmente consideravelmente distintas. Contudo, há também diferenças materiais. Assim como o

¹²⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 99.

conceito de princípio jurídico possui um papel em ambas teorias, mas é empregado de modos distintos em cada uma.¹²⁶

Desse modo, como foi demonstrado no tópico anterior, o filósofo americano ao explicar o funcionamento e composição das regras e princípios como padrões normativos distintos e com particularidades bem definidas, sugere que os direitos fundamentais, por sua complexidade natural, devem ser revestidos somente na forma de princípios, e nunca como regras, tendo em vista a incompatibilidade entre estes, considerando que a simplicidade de conteúdo e aplicação das regras não comporta a complexidade dos direitos fundamentais.

No entanto, diferentemente de Dworkin, o filósofo alemão determina ser plenamente possível, dentro do ambiente teórico por este formulado, a composição de direitos fundamentais por ambas estruturas, ou seja, podendo haver direitos fundamentais na forma de regras ou de princípios. Esse entendimento é explicitado quando Alexy afirma que:

Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Se é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais para a norma que se acaba de apresentar – algo que aqui se pressupõe –, então, ela é uma norma de direito fundamental. Ao mesmo tempo ela é uma regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva.(...) Diante disso, pode-se afirmar: como resultado de todo o sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípio – o que, como ainda será demonstrado, não ocorre –, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras.¹²⁷

Sendo assim, considerando a insatisfação de Alexy com os limites teóricos apresentados por Dworkin, o filósofo alemão busca agregar novos argumentos e características à sua teoria dos princípios e regras como integrantes da teoria dos direitos fundamentais, o que ocorre quando o autor insere mais uma distinção entre os princípios e regras, qual seja, o caráter '*prima facie*' que também se comporta de maneira distinta entre as diferentes espécies normativas.

¹²⁶ ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2014, p. 329.

¹²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 102.

Sobre esse aspecto deve-se esclarecer que os princípios, em regra, tem o caráter *prima facie* naturalmente e desde sua origem, já que não são normas que prescrevem uma ordem ou mandamento que deve ser cumprido integralmente, ao contrário, estes apenas “*exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.*” (ALEXY, 2011a, p. 103-104).

Nessa direção, visando fortalecer os elementos que compõem os princípios, Alexy afirma ser possível, além do caráter *prima facie* natural aos princípios, introduzir uma carga argumentativa que atue em favor deste ou daquele princípio, independente do interesse que esteja sendo representado no princípio em questão, sendo possível, portanto, fortalecer argumentos em defesa de direitos individuais ou coletivos e, conseqüentemente, a mesma regra seria aplicável aos direitos fundamentais.

Alexy, sobre esse aspecto, afirma que “*a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter prima facie ao das regras*”, tendo em vista que este caráter *prima facie* das regras “*continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte.*” (ALEXY, 2011a, p. 106)

As regras, por sua vez, prescrevem mandamentos definitivos, os quais estão descritos nas próprias regras e devem ser cumpridos dentro dos limites e conforme a abrangência prescrita no próprio corpo da regra, no entanto, o caráter *prima facie* das regras funciona de maneira distinta, já que o caráter *prima facie* trata-se de uma ocorrência excepcional nas regras, sendo identificado somente nos casos em que haja a necessidade de introdução de uma cláusula de exceção à regra, do contrário, está mantêm seu caráter de mandamento definitivo.

Letícia Balsamão Amourim explica esse processo de transição do caráter definitivo das regras para o caráter *prima facie* quando da introdução de uma cláusula de exceção, ao afirmar que “*Nos casos em que é possível introduzir cláusulas de exceção, a regra vai perder seu caráter definitivo. Mas o caráter prima facie que adquirem, pela perda do caráter definitivo, é totalmente distinto do caráter prima facie dos princípios.*” (AMORIM, 2014, p. 128-129)

Nessa direção, Robert Alexy delimita a amplitude da afetação de uma cláusula de exceção no caráter definitivo de uma regra, bem como esclarece que as distinções de caráter *prima facie* dos princípios e regras, não por isso se tornarão

iguais, ao contrário, mantêm-se firmes estruturalmente, flexibilizando sua forma original apenas em determinadas situações práticas. Esse entendimento fica evidente quando Alexy expõe que:

O fato do enfraquecimento de seu caráter definitivo não fazer com que as regras passem a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios constitui apenas um lado da questão. O outro lado é que, mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, os princípios não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras.¹²⁸

Exatamente sobre esse aspecto, ao aprofundar-se sobre as particularidades do caráter *prima facie*, Alexy declara abertamente sua crítica no que se refere à simplicidade teórica do comportamento das regras e princípios dentro da teoria de Dworkin, sem negar, no entanto, sua importância como ponto de partida, senão vejamos:

Diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária um determinada decisão. **Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário.** Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido.¹²⁹ (grifo nosso)

Desta feita, considerando o recorte teórico objetivado e o alcance da aplicação da teoria de Robert Alexy para corroborar com a tese do direito humano fundamental multidimensional da água, ora defendido, e diante de todas essas definições teóricas e suposições de realidades fáticas, passa-se a abordar a teoria dos direitos fundamentais dentro da realidade jurídica vivenciada no Estado Constitucional Democrático de Direito brasileiro, aplicando-se a teoria *alexiniana*, supra explanada.

Nessa direção, deve-se ressaltar que não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil, como todo o ordenamento jurídico nacional compõem-se de um aparato jurídico muito extenso, na tentativa de abarcar direitos de diversas naturezas e amplitudes, oferecendo-nos uma realidade muito diferente da maioria das realidades jurídicas experimentadas mundo a fora, que optaram pela promulgação de constituições menos específicas e detalhadas, bem como a ativa

¹²⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 105.

¹²⁹ Ibidem, p. 104.

participação do Poder Judiciário através das decisões baseadas em precedentes, o que aqui não se vislumbra conferir qualquer aprofundamento.

No entanto, as diversas teorias do direito, dos direitos fundamentais, dos princípios jurídicos, das regras, normas e etc., devem ser aplicadas à nossa realidade jurídica e fática, de modo a otimizar e melhor justificar a tomada de decisões, para que num futuro próximo, cada vez mais direitos humanos fundamentais sejam efetivamente garantidos e menos violações sejam permitidas e observadas.

Ao comentar especificamente sobre a realidade brasileira, Robert Alexy deixa clara a importância e defende a aplicabilidade da sua teoria dos direitos fundamentais e teoria dos princípios, como meio de otimização do funcionamento do ordenamento jurídico nacional, além de oferecer uma possibilidade de resolução de colisões entre princípios. Essa ideia fica evidente quando o Alexy afirma que:

A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios devem ser ponderados e, assim, estão sob uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade'. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação.¹³⁰

Desta feita, no intuito de esclarecer a possibilidade teórica e concretude material da tese sobre um direito humano fundamental multidimensional à água aqui defendida, cabe lembrar que para Alexy os princípios *“podem ser preenchidos em graus diferentes. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também jurídica”* (ALEXY, 2011b, p. 64).

Tal assertiva demonstra claramente a existência de graus de relevância distintos os quais contribuirão para a precedência de um princípio em detrimento de outro de acordo com a situação prática posta.

¹³⁰ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 3. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p.69.

Nessa direção, se Alexy reconhece que os princípios podem ser concretizados em graus distintos, seria perfeitamente plausível afirmar, conseqüentemente, que dentre as múltiplas destinações da água, o acesso à água pelo homem como dimensão prioritária do direito humano fundamental à água, terá sua precedência condicionada reconhecida, desde que apresentadas as condições para tal precedência, o que afirma-se, ocorrerá com frequência frente a diversos direitos fundamentais.

Ademais, do mesmo modo como foi possível aplicar a teoria dos princípios de Ronald Dworkin, mesmo considerando todas as distinções teóricas até aqui apresentadas, compreende-se que a tese de Robert Alexy também se mostra plenamente colaborativa à sustentação do direito humano fundamental multidimensional à água e sua precedência prática.

Assim, como devidamente exposto no decorrer da presente tese dissertativa, a água é um elemento que engloba diversos fatores que não estão aparentes à primeira vista, pois a multiplicidade de usos faz com que um elemento natural que superficialmente compreende apenas a função de recurso natural, por sua complexidade, acaba por se conectar e penetrar nas mais diversas atividades humanas, de modo que adquire o caráter vital para a concretização da vida digna do ser humano.

Desta feita, a água como um bem de extrema complexidade e vasta diversidade de usos, alcançou e requereu gradativamente maior importância dentro da realidade social e como consequência natural, passou a demandar maior proteção jurídica. Tal proteção irá adquirir efetividade a partir do momento em que se reconhecer de fato à água como um direito fundamental multidimensional do homem, passando a integrar assim, o rol de direitos fundamentais.

Nessa direção, para que uma efetiva proteção jurídica possa de fato existir, a água, assim como qualquer outro bem, deve fazer parte do ordenamento jurídico nacional, podendo, no entanto, integrar o ordenamento jurídico material ou apenas formalmente, já que, conforme o próprio Alexy afirma, o reconhecimento jurídico de um direito fundamental não carece de positivação para que possa ser efetivo, pois mesmo sendo parte essencial do ordenamento jurídico, a validade universal inerente a ele garante sua efetiva existência, independentemente de sua expressa prescrição na letra da lei.

Dentro da realidade jurídica constitucional experimentada no Brasil, conforme defendido, a água como um direito humano fundamental composto por múltiplas dimensões é reconhecido tanto na seara do direito infraconstitucional, constitucional, como também na forma de um princípio jurídico não materializado, sendo obrigação do Estado brasileiro e da sociedade a garantia da preservação e uso adequado deste direito humano fundamental, mesmo quando em conflito com os demais direitos fundamentais e outros interesses sociais, muitas vezes erroneamente utilizados como argumento de autoridade, devendo desde sempre, perpassar pelo processo de sopesamento, antes de tomada de qualquer decisão definitiva.

Considerando a teoria de Robert Alexy e o direito fundamental multidimensional à água na forma de um princípio jurídico, deve ser plenamente estabelecido, dentre os múltiplos usos, como a dimensão de grau prioritária do acesso à água pelo homem, tendo em vista que, na prática, o Estado não terá condições reais de oferecer a garantia integral a todas as múltiplas hipóteses e empregos de uso da água, devendo-se considerar também que a concretização e realização deste ou qualquer outro princípio deve observar condições e limites fáticos e jurídicos ainda que de maneira “ótima”, antes de estabelecer uma relação de precedência entre os mesmos.

A referida regra de precedência deve então estabelecer o procedimento pelo qual o direito humano fundamental à água e sua dimensão primária do acesso à água, terá sua importância e impositiva efetividade garantidas perante os possíveis direitos fundamentais em colisão. Alexy prevê essa possibilidade em sua teoria dos direitos fundamentais ao afirmar que, em regra, não existe precedência absoluta ou incondicional, existindo, todavia, expressa previsão de exceção a essa regra.

O jusfilósofo alemão cita como exemplo de exceção à regra da precedência absoluta ou incondicionada o princípio da dignidade da pessoa humana, pois compreendido como elemento basilar do ordenamento jurídico de grande parte das nações e por sua abrangência conectiva estabelecida por seu reconhecimento quase que unânime em nível internacional, funcionando como um pilar de sustentação dos demais direitos fundamentais, quer sejam na forma de regras ou de princípios.

Sobre esse particular, Alexy explicita que diferentemente do que se pode esperar, o embate entre direitos fundamentais ocorre através da utilização da argumentação prática geral, não estando limitado à argumentação jurídica. Essa afirmação fica evidente quando o filósofo alemão dispõe que:

O discurso de direitos fundamentais é um procedimento argumentativo que se ocupa com o atingimento de resultados constitucionalmente corretos a partir da base aqui apresentada. Como a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é determinada apenas de forma incompleta por sua base, a argumentação prática geral torna-se um elemento necessário do discurso nesse âmbito. Isso significa que o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como o discurso jurídico em geral, compartilha da insegurança quanto aos resultados, característica do discurso prático geral. Por isso, a abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável. Mas ela é uma abertura qualificada. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo. A base aqui apresentada fornece à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade e, por meio das regras e formas da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturada.¹³¹

Ademais, para que o ambiente da discussão possa ficar devidamente esclarecido, passamos a elencar e sugerir quais seriam as possíveis relações entre os usos múltiplos da água e, conseqüentemente integrantes do direito fundamental à água, para que fosse possível, em seguida, determinar o uso prioritário, que terá precedência nas mais variadas situações cotidianas.

Por uma questão lógica, no intuito de tornar possível a comprovação da aplicabilidade da teoria *alexiniana* em defesa do direito humano fundamental multidimensional à água, iremos delimitar as hipóteses de colisão entre o acesso à água que aqui foi considerado como o uso mais relevante ao homem, em confronto com alguns dos mais importantes direitos fundamentais atualmente considerados.

A água, nessa direção, mostra-se integrada às mais distintas atividades e necessidades humanas, integrando e interagindo desde os níveis mais básicos do cotidiano do homem, até os patamares mais complexos e indispensáveis da realidade humana.

Nesse sentido, se para Dworkin mostraram-se presentes dimensões e pesos distintos entre direitos fundamentais, assim considerados na forma de

¹³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 574.

princípios jurídicos, respeitando os limites teóricos apresentados pelo jurista americano, a tese que se defende, também se mostra plenamente plausível e defensável através de uma composição de uma norma de direito fundamental com um grau prioritário e uma precedência quer seja em teoria ou na prática, dentro dos parâmetros estabelecido pelo jusfilósofo alemão.

No entanto, considerando os mais diversos e possíveis usos a serem empregados pelo homem, o acesso a água potável mostra-se, invariavelmente como um grau que merece ser elevado ao patamar de indispensabilidade, tendo em vista sua dimensão de precedência necessária e conexão quase que obrigatória para a garantia de não apenas um, mas diversos direitos fundamentais.

O Estado brasileiro tem por obrigação, e, além disso, para que seja possível justificar sua existência e até mesmo reconhecer a validade dos pilares constitucionais inerentes ao presente modelo de estado constitucional de direito, deve, invariavelmente, não apenas reconhecer ou positivizar tais direitos fundamentais, mas também e, principalmente, conferir plena efetividade e concretude a estes.

Para tanto, conforme se entende basilar, a garantia do acesso à água potável reveste-se certamente de um grau essencial componente do direito fundamental multidimensional à água, que merece a devida distinção e garantia conforme o caso concreto, quer se entenda por sua composição de regras ou por princípios.

Desse modo, entende-se que o direito fundamental multidimensional à água, é encabeçado pelo grau do acesso à água potável, já que está diretamente conectado com diversos graus deste mesmo direito fundamental, bem como, se mostra pré-requisito para a garantia e concretização de muitos outros direitos fundamentais de larga importância, tais como, à saúde, ao saneamento básico, à dignidade humana, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à igualdade, à liberdade, ao desenvolvimento sustentável, entre muitos outros que aqui não serão citados, mas certamente estão conectados de alguma maneira ao acesso à água potável como um direito humano fundamental.

Ademais, será considerada aqui a total correlação entre o acesso à água como um direito fundamental com o direito fundamental à saúde, ao saneamento básico, e a relação direta com a manutenção, preservação e desenvolvimento do meio ambiente.

Todavia, como se pode observar, este é apenas um rol exemplificativo e certamente reduzido das muitas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de larga importância para a preservação da vida do homem, para a manutenção do desenvolvimento humano, e também para que se possa falar em vida digna dentro de um mínimo necessário.

Ademais, assim como Dworkin, Alexy concede lugar de destaque para o que se entende por direitos fundamentais do homem à liberdade e igualdade, os quais não poderiam ser plenamente garantidos se o direito humano fundamental à água não for minimamente observado, pois sem ele, o direito fundamental à vida e a dignidade humana mostrar-se-iam impossíveis de concretizar e, conseqüentemente, direito algum haveria.

Assim sendo, mostrou-se evidente a colaboração da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, especificamente no que concerne à plausibilidade e materialidade multidimensional do direito humano fundamental à água, considerando a aplicação prática das regras de precedência e colisão dos princípios jurídicos e conflito entre regras, no intuito de viabilizar a tese que aqui defendemos, devendo este direito fundamental ser concretizado e garantido pelo Estado brasileiro à sociedade atual e futura, tal como prevê a própria Constituição Federal brasileira e como explicita Alexy ao afirmar que *“o titular do direito fundamental tem um direito a uma ação estatal, que é imprescindível para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida”*. (ALEXY, 2011a, p. 250).

Em seguida, dedica-se a explicar sobre a correlação entre os múltiplos usos integrantes do direito humano fundamental à água, caráter multidimensional que terá que ser relativizado em detrimento do reconhecimento ou elevação de uma dimensão prioritária a ser perseguida e garantida ao homem, para em seguida, demonstrar a completa plausibilidade e possibilidade de conexão entre direito fundamental aqui defendido, seu fortalecimento a partir das hipóteses teóricas de Ronald Dworkin e Robert Alexy, bem como a demonstrar a relação de precedência deste direito fundamental à água para com outros direitos fundamentais também de grande relevância ao homem, como ficará evidente no capítulo seguinte.

5 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL MULTIDIMENSIONAL À ÁGUA – A DIMENSÃO FUNDAMENTAL E SEUS REFLEXOS EM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É válido frisar que nos capítulos iniciais, primeiramente foi explanando sobre a possibilidade do reconhecimento de direitos fundamentais não inclusos expressamente na Constituição Federal brasileira através da cláusula de abertura que esta dispõe em seu próprio conteúdo, demonstrando, no entanto, a fragilidade teórica do positivismo jurídico na garantia da efetividade dos direitos fundamentais de um modo geral.

Passamos, em seguida, por uma breve exposição sobre os diversos usos que água pode oferecer ao homem, a conexão da água com os mais diversos setores da sociedade e da vida humana, explicitando assim, a essencialidade e fundamentalidade desse direito e do reconhecimento da tese ora defendida.

Posteriormente, em capítulo integralmente dedicado à aplicação da tese desenvolvida por Ronald Dworkin, foi possível demonstrar o completo suporte desta teoria em que os direitos fundamentais se revestem de princípios jurídicos, os quais possuem distintas dimensões de peso e/ou importância, conferindo margem para o reconhecimento da água como um direito humano fundamental multidimensional como um princípio jurídico dentro de tais parâmetros teóricos.

Por conseguinte, com todos os argumentos fáticos e teóricos apresentados, vislumbrou-se explanado no capítulo anterior mais um reforço argumentativo teórico para que se possa defender e conferir à água a natureza de direito humano fundamental multidimensional, que dentro dos parâmetros formulados por Robert Alexy, permite o reconhecimento da multiplicidade de usos da água, mas principalmente a possibilidade do estabelecimento de precedência com relação à outros direitos fundamentais, independentemente da espécie normativa considerada, já que Alexy reconhece a possibilidade de que o conteúdo de um direito fundamental pode ser suportado tanto na forma de princípio, como na forma de regras, corroborando, conseqüentemente, mais uma vez com a tese que defendemos no decorrer da presente dissertação.

Contudo, este capítulo final mostra-se fundamental para o fechamento da linha de raciocínio desenvolvida nesta tese, de modo que a encampá-la por completo, propiciando uma junção das distintas teorias aqui apresentadas, mesmo considerando suas particularidades e relativas incompatibilidades entre si, permitindo, porém, a utilização da carga argumentativa específica de cada uma das teorias já discutidas, e aplicá-las como sustentáculo para a defesa da ideia proposta neste trabalho.

Desta feita, passamos a tratar com maior profundidade sobre a utilização múltipla da água e sua conexão indissociável aos diversos direitos fundamentais de grande importância, demonstrando assim, o necessário reconhecimento e efetividade deste direito humano fundamental, além de justificar a eleição aqui sugerida de uma dimensão prioritária ou fundamental entre as possibilidades de uso integrantes do mesmo direito humano fundamental à água.

Como já mencionado alhures, consta devidamente explícito na própria Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei Federal nº. 9.433/97) o estabelecimento de seus princípios basilares que nortearam a gestão da água de modo geral pelo Estado brasileiro e sociedade civil.

Nesse sentido, fica evidente que o direito à água merece lugar de destaque não apenas na legislação e no plano normativo, mas evidenciando a necessidade de se requerer efetividade para além da mera formalidade, devendo ser garantido invariavelmente ao homem, pois se trata de um direito fundamental.

Nessa direção, no caso brasileiro, observa-se explícito nas diretrizes estabelecidas pela PNRH que a água, dentre os seus múltiplos usos, existe um, em meio a diversos usos, que deve ser considerado prioritário, ou como, conforme a nomenclatura utilizada nesta tese, uma dimensão fundamental ou primária, qual seja a dimensão de acesso à água para consumo humano, em outras palavras, acesso à água potável.¹³²

Nesse norte, tratando ainda sob a prescrição legal contida na PNRH, observa-se que o art. 2º dispõe especificamente sobre os objetivos gerais desta política nacional e novamente se observa explícita a proteção à dimensão fundamental ou prioritária do acesso à água potável, pois como se observa da

¹³² Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: *Omissis* III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; (grifo nosso)

transcrição do texto legal a seguir empreendida, deve-se assegurar o acesso à água em padrões adequados de qualidade, entenda-se, garantir o acesso à água potável.

Logo em seguida, verifica-se também o reconhecimento legal da característica multidimensional deste direito fundamental, quando da menção da utilização da água para o transporte e para garantia do desenvolvimento sustentável, reforçando assim o reconhecimento da existência dos múltiplos usos expressamente na legislação nacional, como segue: 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;**
- II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;**
- III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais. (grifamos)

Desse modo, no que concerne à relação entre o acesso à água e as consequências de sua não garantia para com a saúde e o saneamento básico, mostram-se igualmente relevantes quando se apresenta dados concretos, materializando assim a abrangência da afetação da negativa prestacional da dimensão fundamental do acesso à água.

Desta feita, os dados disponibilizados por Cândido Furtado Maia Neto demonstram com clareza a gravidade das consequências da ausência da água na vida do ser humano, bem como ressalta os significativos efeitos positivos em caso da garantia ainda que mínima para a população a este recurso essencial, clarificando assim uma equação diretamente proporcional, que poderia pender para a redução drástica de gastos com a saúde pública em caso da devida prestação dos serviços de saneamento básico e com o acesso à água, mas pendendo, na prática, para a manutenção dos gastos públicos em função do não atendimento deste direito fundamental, fazendo com que:

Um em cada cinco habitantes do planeta não tem acesso a água potável e 40% da população mundial não dispõem de serviços de saneamento básico. Em 30 anos os habitantes de 25 países viverão a escassez da água. Hoje 250 milhões de pessoas, em 26 países sofrem com a sede. O Brasil gasta 310 milhões em internamento de pessoas com problemas de saúde por causa da água. De modo que "A escassez cada vez maior e o aumento da competição em torno da água, que ameaçam a paz e a erradicação da pobreza, nos obrigam a procurar uma destinação mais eficaz e equitativa desse recurso

essencial; a escassez de água não é somente resultado de uma carência física de recursos hídricos, mas um fenômeno que se agrava por causa de problemas relativos à gestão desses recursos e ao governo”.¹³³ (grifo nosso)

Ademais, Arlindo Philippi Jr. e Tadeu Fabrício Malheiros correlacionam as deficiências na promoção do acesso à água, a ineficiência e má prestação dos serviços de saneamento básico com os efeitos negativos à saúde e à degradação da qualidade ambiental. Essa realidade fica evidente quando os autores expõem que:

O Relatório de Gestão dos Problemas da Poluição no Brasil aponta uma lista de aspectos da poluição que causam danos reais, em termos de saúde humana, qualidade de vida e perdas ecológicas. Entre eles, e em ordem de importância, **são descritos os principais problemas da poluição no Brasil: o agravamento à saúde, causado pela falta de abastecimento de água potável e pela falta da coleta segura de esgotos**; a poluição atmosférica, principalmente por material particulado nas megacidades de São Paulo e Rio de Janeiro, que afeta milhões de residentes; a poluição das águas superficiais em áreas urbanas (...) e finalmente, a poluição localizada acentuada, que inclui zonas industriais com baixos níveis de controle da poluição, com impactos na população do entorno e nos sistemas naturais.¹³⁴ (grifo nosso)

Paulo Costa Leite, noutro ponto, promove interessante relação em cadeia entre o acesso à água, o meio ambiente, a saúde, o saneamento básico e a vida, deixando explícita a dependência direta entre todos esses elementos como direitos fundamentais que são, bem como sua estreita dependência correlata, quando acrescenta que:

O tema é por demais relevante, uma vez que está diretamente relacionado com a preservação da vida em nosso planeta. Sem dúvida, **a biodiversidade depende da água, e a saúde está diretamente ligada à sua qualidade**; a economia tem muito a ver com a água, **e, sem ela, por fim, não subsiste a humanidade**. (...) A nova abordagem da água como recurso natural estratégico, que não pode mais ser visto como um bem infinito e abundante, adquiriu contornos importantes. Sabe-se, por exemplo, que existe **correlação direta entre acesso aos serviços de saneamento e a mortalidade infantil**, causada por doenças transmitidas pela água. Estudos recentes indicam que, sempre que se aumenta em um por cento o **acesso da população com renda inferior a cinco salários mínimos aos serviços de saneamento, pode-se reduzir em seis por cento o número total de mortes de crianças**. Entre esses serviços, a

¹³³ NETO, Cândido Furtado Maia. Água: direito humano fundamental máximo. Proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania. Verba Juris, ano 7, n. 7, jan./dez. 2008 – ISSN 1678-183X, p. 350.

¹³⁴ JR. Arlindo Philippi e MALHEIROS, Tadeu Fabrício. Saneamento e Saúde Pública: Integrando o homem e ambiente. In: JR. Arlindo Philippi. Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável. Barueri, Manole, 2005, p. 20.

oferta de água tratada é o que tem maior influência na queda da mortalidade infantil.¹³⁵ (grifo nosso)

Nesse contexto, a mais recente pesquisa disponível realizada pelo IBGE sobre a relação entre o volume de água distribuída e a qualidade deste é ainda mais alarmante. A pesquisa divide os números de acordo com as regiões do país e mais uma vez a contradição referente à disponibilidade de recursos hídricos e acesso destes pela população se mostra evidente.

No Brasil, considerando que o total de 100%, o volume de água tratada distribuída é de 92,9%, enquanto que a água sem tratamento representa 7,1%. Na Região Norte, onde a disponibilidade hídrica é maior do que em qualquer outra região no país, demonstra-se com maior evidência as desigualdades regionais e por isso a importância da garantia do acesso à água potável e a defesa do direito humano fundamental à água, sendo o percentual de 74,3% da água distribuída com tratamento, enquanto que 25,7% da água não recebe qualquer tratamento.¹³⁶

Talvez em percentual essa disparidade não pareça tão preocupante, mas se considerarmos o volume populacional, nota-se que muitas pessoas não tem acesso à água tratada e, conseqüentemente, estão expostas a inúmeras doenças e muitas vezes, relegadas à morte. Para se ter ideia, considerando que a população atual do Pará é de 7.969.655 milhões de habitantes, então falar que 25,7% dessa população não tem acesso à água tratada significa afirmar que aproximadamente 2 milhões de pessoas não tem acesso a água tratada e tem seus direitos à vida, saúde, segurança, bem estar violados pela omissão e incapacidade do Estado de prover um padrão mínimo de vida digna ao seus cidadãos.¹³⁷

Na região Sudeste, onde encontram-se os estados mais bem desenvolvidos da federação e grande parte da concentração populacional do Brasil, observa-se que um percentual que a primeira vista é otimista, esconde uma realidade muito preocupante. Nessa região, a população é de 77 milhões de habitantes aproximadamente, e a relação entre água tratada distribuída é de 95,2%,

¹³⁵ LEITE, Paulo Costa. Água – Bem Mais Precioso Do Milênio. Revista dos Tribunais, Revista de Direito Ambiental, vol. 19, p. 367, Jul / 2000DTR\2011\3641, p.1.

¹³⁶ IBGE. Atlas do Saneamento 2011, p. 120. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm. Acesso em 30 jul. 2014.

¹³⁷ Vide www.ibge.gov.br

para 4,8% de água não tratada. Esta relação significa que aproximadamente 400.000 habitantes não tem acesso à água com o tratamento adequado.¹³⁸

Somando-se esses números às demais regiões do país, pode-se verificar que independente das melhorias numéricas que vem sendo observadas, ainda existem muitas pessoas sendo privadas do acesso à água potável, ou seja, sem ter acesso ao mínimo necessário para que se possa viver dignamente, desrespeitando severamente diversos preceitos constitucionais, a dignidade da pessoa humana, assim como, o direito humano fundamental à água, ora defendido.

Deve-se ressaltar que consideramos apenas duas regiões do Brasil e o percentual da população afetada em função da ausência de acesso à água potável para o consumo humano mostra-se preocupante.

Assim, passamos a demonstrar a relação de conexão e vinculação entre o reconhecimento e garantia integral do direito humano fundamental multidimensional à água com os também direitos fundamentais à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e com o princípio norteador da dignidade da pessoa humana, como será observado a diante.

Logo, não restam dúvidas que tratar de direitos fundamentais é sempre uma tarefa delicada, pois são direitos que funcionam como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, de modo que negar a efetividade de qualquer componente desta categoria especial de direitos, é, certamente, no exemplo do Brasil, negar validade à própria Constituição Federal, a qual reveste-se de fundamento essencial à existência democrática do Estado *lato sensu* nos parâmetros atualmente estabelecidos.

Nesta senda, passamos a demonstrar uma estreita conexão entre os direitos fundamentais à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao princípio inerente a todo e qualquer ser humano, consensualmente reconhecido em âmbito planetário, o princípio da dignidade da pessoa humana, para com o direito humano fundamental à água.

É de clareza meridiana que a vida está ligada a toda e qualquer dimensão, espécie e categoria de direitos, mas conforme a construção lógica ora empreendida, entende-se que o direito fundamental à vida está, dentro de uma

¹³⁸ Vide Atlas do Saneamento 2011. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm. Acesso em 30 jul. 2014.

relação piramidal, localizado na base e precedendo os demais direitos fundamentais. No entanto, a vida sem a dignidade humana, não é considerada vida em plenitude de direitos e por isso, a conexão direta entre ambos, já que em âmbito universal, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi preconizado que todo ser humano tem direito a uma vida digna.

A dignidade da pessoa humana como princípio universal, por sua vez, conecta diretamente a fundamentalidade da vida com os demais direitos fundamentais, tendo em vista que essa relação, apesar dos argumentos de precedência de um em relação aos demais, estabelece ao mesmo tempo uma relação de dependência e precedência mútua, pois tais direitos revestem-se, dentro da relação ora empreendida, por pilares de sustentação, como elementos básicos à existência do ser humano de maneira geral.

Nessa direção, fica evidente o estabelecimento de uma relação mútua, em que a água e o meio ambiente interagem, justificando um a existência do outro, pois mesmo que o primeiro esteja contido no segundo como elemento integrante deste, ao mesmo tempo o segundo não poderia se desenvolver plenamente sem a existência do primeiro, destacando-se a necessidade da água encontrar-se com as qualidades e elementos constitutivos devidamente preservados para contribuir ao meio ambiente equilibrado, sob pena de deteriorá-lo, como acontece com as águas poluídas por diversos fatores, por iniciativa do homem.

A relação entre o direito fundamental à saúde e o direito fundamental à água também mostra-se relevante de observação, tendo em vista que a água, ou mais especificamente o acesso à água potável, de boa qualidade, reveste-se como elo primordial para a garantia da saúde humana, de modo que sem este elemento essencial, o homem não pode manter sua saúde e, conseqüentemente, não poderia sobreviver, mostrando assim a relação de conexão existente entre o acesso à água, a saúde e a vida.

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas afirma através da adição ao conteúdo dos artigos 11 e 12 do *Comment* nº. 15, que o direito humano fundamental à água é indispensável para que o homem alcance uma vida saudável e digna, razão pela qual eleva tal direito ao patamar de pré-requisito para a realização dos demais direitos humanos fundamentais, nos seguintes termos:

Water is a fundamental for life and health. The human right to water is indispensable for leading a healthy life in human dignity. It is a prerequisite to the realisation of all other human rights.¹³⁹

Mantendo-se na mesma direção, Marcelene Ramos consegue conectar com base nos fundamentos estabelecidos pela própria Constituição Federal brasileira, exatamente parte da ideia ora defendida, demonstrando que a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional e os direitos fundamentais à vida e à saúde, formam conjuntamente os pilares para a concretização da Carta Magna nacional. Esse entendimento é explicitado quando a autora afirma que:

Contudo, assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna é objetivo comum dos direitos fundamentais sociais, daí a íntima vinculação entre os direitos à saúde e o direito à vida, e ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que este constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CF) e, bem assim, fim da ordem econômica (art. 170, caput).¹⁴⁰ (grifo nosso)

De outro lado, Carlos Teodoro José Hungueney Irigaray conseguiu expressar de maneira integrada e concisa toda a ideia de interrelação e dependência mútua entre os direitos fundamentais aqui considerados, quando estabelece que:

O reconhecimento do direito à água não figura expressamente entre os fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos, contudo deve ser assim considerado, na medida em que decorre do direito à vida constitucionalmente reconhecido como um direito fundamental, bem como do respeito à dignidade da pessoa humana, que se constitui, por sua vez, em um dos fundamentos da República. Não existe vida sem água. O acesso à água, em qualidade e quantidade suficientes ao atendimento das necessidades humanas insere-se, portanto, entre os requisitos indispensáveis à existência de uma vida digna. Da mesma forma o direito à água, decorre também do direito à saúde, visto que a falta de saneamento básico é fator determinante no aumento da mortalidade infantil, atingindo sobretudo as crianças das camadas mais empobrecidas da população.

Além desses fatores de ordem antropocêntrica, que ensejam o reconhecimento da direito à água como direito fundamental da pessoa humana, não pode ser olvidado que a água é também

¹³⁹ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.15.1, "The Right to Water", UN Doc. E/C.12/2002/11, 26 November 2002. The General Comment declares water as an independent right by necessary implication from Articles 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966).

¹⁴⁰ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. Disponível em <[www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/.../04 O direito fundamental.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/.../04%20O%20direito%20fundamental.pdf)> Acesso em 15 Jul. 2014, p. 12.

elemento vital e indispensável à sanidade do meio ambiente, expressamente reconhecido pela Constituição Federal como direito de todos (CF: Art. 225).¹⁴¹ (grifo nosso)

Candido Furtado Maia Neto, por sua vez, percorre um caminho um pouco distinto, mas não deixa de ser bem sucedido ao descrever a interação entre os diversos direitos fundamentais do homem, dissertando especificamente, porém, sobre a relação entre o direito à vida, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao direito à saúde e à dignidade da pessoa humana. Todavia, deixa explícito que para a concretude destes direitos se faz necessária à um padrão de vida em condições mínimas, momento no qual se entende implícita a necessária garantia do acesso à água, pois sem essa garantia, nenhum dos demais poderia ser devidamente concretizado e garantido.

A tese do autor sobre a referida conexão e defesa do direito humano fundamental à água como um direito máximo expõe que:

O meio ambiente no contexto das garantias fundamentais da cidadania (art. 5.º incisos CF/88), destaca o direito maior, isto é, a vida (art. 5º "caput" CF/88), na expressão mais ampla "direito de viver", no meio ambiente sadio com qualidade de vida para o ser humano, proteção à saúde e à segurança pessoal, abrange padrão de vida com condição mínima, adequada e digna.

A vida compreendida como direito inviolável não se refere tão somente à proteção e à repressão no que tange ao crime de homicídio (art. 5º "caput" da CF/88 c.c. art. 121 do Código Penal), vai muito mais além do dever do Estado na Segurança Pública (art. 144 CF/88), porque compreende a prevenção do direito a viver, como dever primordial do Estado na Segurança Ambiental das pessoas, na prevenção de todos os danos e atentados ao direito à vida.

A vida em um meio ambiente sadio e de qualidade torna-se direito básico e fundamental, inalienável, ou seja, "direito supremo do ser humano".¹⁴² (grifo nosso)

Nesse norte, retoma-se as teorias apresentadas como pilar de sustentação da tese proposta. De acordo com o que propôs Ronald Dworkin, respeitando os limites impostos pela composição teórica desenvolvida pelo jurista americano, deve-se ressaltar que ao considerar a complexidade das situações práticas que envolvam direitos fundamentais, estas serão consideradas,

¹⁴¹ IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hungueney. Água: um Direito fundamental ou uma mercadoria? In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). Direito, Água e Vida - Law, Water and The Web of Life. São Paulo. Imprensa oficial. Vol. 1. 2003, p. 396.

¹⁴² NETO, Cândido Furtado Maia. Água: direito humano fundamental máximo. Proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania. Verba Juris, ano 7, n. 7, jan./dez. 2008 – ISSN 1678-183X, p. 327.

invariavelmente, como situações que configuram um caso difícil ou “*hard case*”, já que demandarão do jurista ou julgador um maior entendimento e reflexão diante do caso, pois não haveria como solucioná-lo apenas pela aplicação direta de uma regra.

Desta feita, a resolução dos casos difíceis somente pode ocorrer com a aplicação de princípios jurídicos, pois esse padrão normativo é que comporta a complexidade de um “*hard case*”, tendo em vista que a natureza jurídica elementar destes permite ao julgador sopesar o conteúdo de cada princípio, admitindo as diversas hipóteses sugeridas por cada princípio, sem que, no entanto, esteja amarrado a uma resposta predeterminada, exatamente como acontece com a aplicação das regras e sua hipótese do tudo-ou-nada, pois diferentemente dos princípios que permitem a aplicação da técnica do sopesamento, as regras por sua natureza e conteúdo estático já prescrevem desde sua origem os efeitos que sua aplicação trará.

Assim, compreende-se que quanto maior a complexidade do caso, “*hard case*”, maior será o papel do jurista e conseqüentemente, mais trabalhoso será o processo decisório. Mas a particularidade teórica de maior valor para sustentação de maneira geral da tese aqui defendida, trata-se das dimensões de peso ou importância dos princípios jurídicos, ou seja, quando tais padrões normativos colidirem entre si, devem ser avaliados os pesos específicos de cada um, de modo que seja possível justificar a prevalência de um sobre outro.

Nessa direção, em sendo o acesso à água potável um direito humano fundamental de altíssimo peso e importância, devendo ser considerado a dimensão prioritária a ser garantida ao homem, dentre as diversos componentes do direito fundamental à água, este peso em particular, certamente deverá ser considerado como a dimensão de peso mais relevante em comparação com os demais possíveis dimensões suprarrelacionadas, demonstrando assim, plenamente possível a hipótese aqui defendida.

Ademais, passamos a considerar a aplicação prática da teoria desenvolvida por Robert Alexy. A tese do jusfilósofo alemão corrobora com a hipótese ora defendida exatamente no momento em que prescreve que a natureza dos princípios como espécies normativas serão compreendidos como mandamentos de otimização, enquanto que as regras revestem-se como mandamentos definitivos.

Todavia, Alexy reconhece que as normas de direitos fundamentais, diferentemente de Dworkin, podem ser compostas tanto por regras, quanto por princípios, já que a distinção entre essas espécies normativas se dão de acordo com padrões qualitativos, existindo a possibilidade de estabelecimento de precedência entre um direito fundamental perante outro, dentro de um caso concreto.

O processo de eleição de precedência pode ocorrer de duas maneiras, já que Alexy confere duas possibilidades do estabelecimento de precedência de um direito fundamental em colisão com outro. Primeiramente deve-se considerar a existência da hipótese mais concreta e racional, qual seja, a ideia de precedência condicionada de acordo com o caso concreto, tendo em vista que seria muito ousado afirmar que invariavelmente o direito fundamental à água prevalecerá perante toda e qualquer hipótese de colisão.

No entanto, não seria absurdo falar em precedência incondicionada ou absoluta, já que o próprio Robert Alexy, a partir da exceção à regra da não existência de precedência absoluta ou incondicional, excetua a precedência absoluta ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista sua importância diferenciada para a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro e internacional, sendo pacificamente compreendido como sustentáculo para os Estados Democráticos assim denominados, conferindo assim, abertura para defender em tese a possibilidade de existência de outras hipóteses de precedência incondicionada.

Desta feita, não restam dúvidas sobre a possibilidade de aplicação prática de qualquer das hipóteses teóricas aqui apresentadas em defesa do direito humano fundamental à água, de modo que se entende evidente a relação de precedência deste último em muitas hipóteses reais e fictícias, considerando suas características de fundamentalidade e essencialidade indiscutíveis e indissociáveis ao homem.

CONCLUSÃO

Percorridos os caminhos teóricos, definidores e aferidores da fundamentalidade do direito à água e da dimensão prioritária do acesso à água potável, como sustentado no presente estudo e lastreado nas premissas conceituais estabelecidas por Dworkin e Alexy, tendo sido extraídos do pensamento desses expoentes filósofos os elementos essenciais para a formatação da tese exposta, é hora de chegar aos passos conclusivos.

Qualquer formulação de conhecimento, certamente objetiva a demonstração de sua procedência, consubstanciada nos elementos teóricos, ainda que experimentais, bem como procura arrimar-se na produção já conhecida, chamando para si o que entende ser fundamental para a demonstração de sua pretensão.

O trabalho dissertativo que se conclui segue essa mesma trilha, tendo de maneira objetiva se abeberado na construção doutrinária de Ronald Dworkin e Robert Alexy, para construir não um essencialmente novel viés de fundamentalidade, mas, sobretudo, o fortalecimento necessário que se procurou a todo momento conferir à água enquanto direito fundamental multidimensional.

Nesse particular, a contribuição efetiva de Ronald Dworkin para os propósitos aqui defendidos, reporta-se à possibilidade da existência de importâncias ou pesos plurais entre os diversos direitos fundamentais que, segundo o jusfilósofo, devem ser compreendidos e tratados com o respeito e concretude de um princípio jurídico, restando aparente, de acordo com o caso concreto, a dimensão de maior fundamentalidade de determinado direito fundamental em detrimento de outro, diante do que, concluiu-se pela defesa de um maior peso do direito fundamental à água quando em conflito com diversos direitos fundamentais, o que lhe confere, segundo essa linha, fundamentalidade.

Quanto à Robert Alexy, o que de maior relevância se lançou mão em sua obra, reportou-se ao que o jurista estabeleceu como espécie normativa, os princípios e regras, considerando-se, nessa direção, quando defende que a concretização e realização de qualquer norma de direito fundamental deve observar condições e limites fáticos e jurídicos ainda que de maneira “ótima”, antes de

estabelecer uma relação de precedência entre os mesmos, pelo que sustentou-se o direito fundamental multidimensional à água na forma de um princípio jurídico, a partir do referencial de seus múltiplos usos, com a dimensão de grau prioritária do acesso à água potável pelo homem.

Com efeito, debateu-se de maneira efetiva, os passos jurídicos que o direito à água deve palmilhar, seja com enfoque na normatização nacional e/ou internacional, seja pelos aspectos de políticas de Estado, bem como ainda com a inafastável necessidade de sua garantia ao homem.

No percurso dissertativo, demonstrou-se com dados de fontes científicas a existência de uma verdadeira e presente crise ambiental, com dimensões de evidente relevância sobre os recursos hídricos, contextualizando-se, dessa forma, a necessidade da busca de soluções para essa crise que cada vez mais se agiganta, com as contribuições jurídicas, que concluiu-se perpassar, também, pelo reconhecimento da água como um direito humano fundamental.

Nessa direção, Carlos Irigaray faz uma abrangente análise sobre o tratamento que vem sendo direcionado à água, ressaltando que ao invés da consideração dos usos múltiplos inerentes a esse recurso, explícitos até mesmo na legislação nacional, a agenda política tem dado maior enfoque apenas para a dimensão econômica, principalmente diante das disputas entre os setores público e privado para decidir quem deverá administrar este bem tão importante.

Essa discussão pode ser observada quando o autor leciona que:

(...) a água segue sendo tratada negligentemente e todo o esforço para inserir sua gestão na agenda política, parece estar associado mais aos interesses econômicos, que à necessidade de prover seu acesso aos mais necessitados.

Corroborando essa afirmação o fato de que as discussões, **na atualidade, estão centradas no reconhecimento do valor econômico da água e não em sua dimensão social**. Nos últimos eventos internacionais, organizados para abordar a crise mundial da água, ficou ainda mais evidente a polarização nesses debates; **de um lado, se alinham os interesses do capital financeiro internacional e das grandes empresas multinacionais que exploram a água, insistindo no reconhecimento da água como um bem econômico e reivindicando que, sua administração, seja confiada ao mercado**; de outro lado, **organizações sociais se posicionam contrárias à privatização dos serviços de água,**

postulando o reconhecimento do direito à água e a democratização de suas gestão.¹⁴³

Desse modo, é notório que as divergentes correntes de concepção sobre os múltiplos usos da água se confrontam no plano nacional e internacional, seja quanto à apropriação social desse essencial bem que representa a água, seja como objeto da maior importância no planejamento estratégico de qualquer nação para a sobrevivência humana, ora pendendo para o caráter publicista, ora para o privado, o que atrai essa abordagem para o debate aqui empreendido sobre a fundamentalidade desse direito.

Na prática, contando com as experiências de privatização da distribuição de água pelo Poder Público, verifica-se que tal administração não significou necessariamente a melhoria do serviço, e mais, não significou ampliação à democratização de acesso¹⁴⁴, o que por si só já recomendaria uma reavaliação desse instituto quanto ao estabelecimento da privatização enquanto meta para os fins propostos nesse estudo dissertativo, qual seja, além do reconhecimento, a garantia do direito fundamental à água no processo democrático de apropriação social.

Nesse sentido, entende-se também que a permanência da distribuição da água potável à população pela Administração Pública, por exemplo, não tem sido sinônimo de maior abrangência de cobertura à população, notadamente aos mais pobres, moradores da periferia das grandes cidades, sendo sinônimo de ineficiência, de verdadeira incompetência para a garantia desse direito humano fundamental. É um exemplo prático que o estudo confere para aprimorar o debate sobre a fundamentalidade ao direito à água aqui sustentada, a partir dos aspectos conceituais e principiológicos extraídos de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Riccardo Petrella, em sua obra “O manifesto da água – argumentos para um contrato mundial”, contribuindo de maneira apropriada para as conclusões do presente estudo, articula os princípios que devem reger o debate atual sobre a distribuição, consumo, produção, enfim, a apropriação da água pelo homem, destacando:

¹⁴³ IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hungueney. Água: um Direito fundamental ou uma mercadoria? *In*: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). Direito, Água e Vida - Law, Water and The Web of Life. São Paulo. Imprensa oficial. Vol. 1. 2003, p. 385-386.

¹⁴⁴ Desde 17 de maio de 2012 Manaus/AM foi a primeira capital a ter os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário privatizado. Os dados do PNADE/2012-IBGE demonstram que a privatização não solucionou a problemática da democratização do acesso à água potável.

A água "fonte de vida" pertence aos habitantes da Terra como comunidade.

Enquanto "fonte de vida" fundamental e não substituível do ecossistema Terra, a água é um bem vital que pertence aos habitantes da Terra, como comunidade. Nenhum deles, individualmente ou em grupo, deveria ter o direito de a tomar sua propriedade privada. A água é um bem patrimonial comum da humanidade. A saúde individual e coletiva dela dependem. A agricultura, a indústria, a vida doméstica estão-lhe ligadas. Não há acesso à produção da riqueza sem acesso à água. A água, sabemos-lo e toda a gente o diz, não é um recurso como os outros; não é uma mercadoria transacionável, pecuniária.

O seu caráter insubstituível faz com que toda a comunidade humana - e cada um dos seus membros - tenha direito ao acesso à água, em particular à água potável, em quantidade e qualidade necessárias e indispensáveis à vida e à atividade econômica.¹⁴⁵

Percebe-se nessa vertente, com os argumentos apresentados, que a água representa também um problema à cidadania e à democracia, estabelecendo desafios prementes para os Estados, para a sociedade presente e futura, perpassando, portanto, pela gestão integrada, pelo acesso ao consumo, afastando-se do viés eminentemente econômico-financeiro.

Ademais, a água também é dotada de valor cultural, de modo que se mostra relevante a valorização desta pelas diversas comunidades, através da valorização das práticas tradicionais e locais, estimulando os ideários de solidariedade, mas principalmente intensificando o olhar da comunidade em direção à proteção deste bem indispensável, contribuindo diretamente para a preservação qualitativa e quantitativa, propiciando, conseqüentemente, maiores possibilidades de acesso à água potável para as atividades mais elementares e essenciais ao homem.¹⁴⁶

Assim, sustenta-se necessária a presença, tanto do Estado, como da sociedade, promovendo uma gestão integrada, de modo que ambos possam colaborar para a preservação da água, garantindo a todos o acesso a este bem de distinta complexidade e essencialidade, materializando dessa maneira, o direito humano fundamental à água e sua dimensão prioritária do acesso humano. É exatamente nesses valores que reside a fundamentalidade debatida, já que não se observa tal garantia a um número expressivo de pessoas, como demonstrado numericamente com as pesquisas aqui mencionadas.

¹⁴⁵ PETRELLA, Ricardo. O Manifesto da Água. Argumentos para um contrato mundial. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. 2. ed. Vozes, Petrópolis, 2004.

¹⁴⁶ *Idem.*

Carlos Irigaray, corroborando com as conclusões atingidas ao fim do presente estudo, defende a profunda necessidade do reconhecimento e fiscalização pelos próprios titulares desse direito humano fundamental, para que assim seja possível falarmos na imperatividade da concretização do direito fundamental multidimensional à água. Esse entendimento fica explícito quando o autor afirma que:

Concretizar o direito fundamental à água, implica, fomentar a consciência e o compromisso dos cidadãos e do sistema político com a gestão equitativa e solidária dos recursos hídricos, assegurando a participação da sociedade civil nessa tarefa e garantindo os usos múltiplos da água, e o acesso de todos, a uma provisão suficiente à existência de uma vida digna.¹⁴⁷ (grifo nosso)

Ainda na esteira conclusiva da fundamentalidade, Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva desenvolveram a tese, na qual defendem a existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais, considerando como ponto de partida a ideia disseminada a partir da teoria das dimensões dos direitos fundamentais elaborada por Karel Vazak, porém sugerindo o acréscimo desta nova dimensão, senão vejamos:

Afirma-se, agora, a existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais. A água potável, componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado, merece ser destacada e alçada a um plano que justifique o nascimento de uma nova dimensão de direitos.

O acesso à água potável é um direito fundamental. Nessa condição, ele necessita receber expressa proteção jurídica. Tal proteção deve estar primeiramente na Constituição Federal, porquanto esta é o lócus específico para abranger tais direitos.¹⁴⁸ (grifo nosso)

Nesse diapasão, mesmo considerando as divergências teóricas, os autores supramencionados também corroboram para o reconhecimento do acesso à água como um direito humano fundamental, de modo que fica evidente que, independentemente do caminho trilhado para o reconhecimento da tese aqui defendida, se mostra imperativa a promoção e proteção efetiva desse direito e as

¹⁴⁷ IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hungueney. Água: um Direito fundamental ou uma mercadoria? In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). Direito, Água e Vida - Law, Water and The Web of Life. São Paulo. Imprensa oficial. Vol. 1. 2003, p. 398.

¹⁴⁸ FACHIN, Zulmar e DA SILVA, Deise Marcelino. Acesso à água potável. Direito fundamental de sexta dimensão. 2. ed., Campinas, Millenium, 2012, p. 74-75.

divergências teóricas e conceituais, quaisquer que sejam, não podem configurar de forma alguma, empecilho para a materialização e concretização do direito fundamental à água.

Por fim, restou amplamente configurada a imersão do planeta no que consideramos uma crise ambiental e em uma crise hídrica, assim como ficou evidente que o modelo adotado por grande parte das sociedades contemporâneas não está adequado à realidade e disponibilidade dos recursos ambientais do planeta Terra, de modo que o homem precisa adaptar-se, adotando uma nova postura no consumo e utilização desses bens essenciais, tal como a água, para sua sobrevivência e desenvolvimento, sem, no entanto, extrapolar esses parâmetros reais, de modo a garantir um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

Tudo isso está a demonstrar que, conferir à água fundamentalidade, reconhecendo também seu aspecto multidimensional, representa no plano teórico e prático, de acordo com o que foi debatido, possibilitar avanços no reconhecimento e consequente garantia desse direito humano fundamental ao máximo de pessoas.

Não basta, portanto, percorrer apenas o caminho da previsão normativa para a efetivação desse direito. Antes, porém, importa debater à exaustão a garantia do direito fundamental à água, com fundamento nas premissas teóricas aqui reiteradas, a partir do estabelecimento do recorte do papel do Estado na formulação de políticas de promoção e proteção, além da efetiva participação da sociedade, de acordo com o ideário constitucional estabelecido na Carta Política do Brasil.

Também, de acordo com o sustentado no presente estudo, a materialidade e fundamentalidade do direito à água, residem no plano democrático constitucional e dele deve emergir seu controle. Nenhuma democracia, nenhuma nação no mundo pode conviver com a humilhante realidade de privar seu povo do acesso à água potável, independentemente de seu tamanho e classificação no *ranking* de desenvolvimento.

O Brasil e o Estado do Pará, incrustado na região amazônica, considerando o potencial e disponibilidade hídrica que dispõe, podem muito bem dar o exemplo de democratização do acesso à água, desenvolvendo políticas com objetivos menos privatistas e mais voltados à efetivação da garantia desse direito humano fundamental, afastando-se do viés meramente econômico. A cidadania

brasileira e internacional agradecem, o reconhecimento dessa fundamentalidade, pois não há vida sem água em nenhum lugar do planeta.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011.a

_____. **Teoria discursiva do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2014.

_____. **Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão**. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.b

AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**. Esboço e críticas. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf> Acesso em 05 jul. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Direito, Água e Vida - Law, Water and the Web of Life**. Vol. 1. São Paulo, Imprensa Oficial, 2003.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alana; REDGWELL, Catherine. **International Law & the Environment**. Third. ed. Oxford University Press, Oxford, 2009.

BONORINO, Pablo Raúl. Dworkin. **Filosofía y teoría del derecho**. Peru, Ara Editores, 2010.

BOUGUERRA, Mohamed Larbi. **As batalhas da água**. Por um bem comum da humanidade. Petrópolis, Vozes, 2004.

BRAGA, Benedito P. F.; FLECHA, Rodrigo; PENA, Dilma S. and KELMAN, Jerson. **Pacto federativo e gestão de águas**. *Estud. av.*[online]. 2008, vol.22, n.63, pp. 17-42. ISSN 0103-4014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142008000200003>. Acesso em 10 fev. 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Política Nacional do Meio Ambiente: **Lei Federal nº. 6.938/81**, 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

BRASIL. Política Nacional dos Recursos Hídricos: **Lei Federal nº. 9.433**, 08 de Janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

BRASIL, ESTADO DO PARÁ. **Constituição Estadual do Pará de 1989**.

BRASIL, ESTADO DO PARÁ. Política Estadual do Meio Ambiente: **Lei Estadual nº. 5.887**, 09 de Maio de 1995. Dispõe sobre a Política Estadual do Meio Ambiente e dá outras providências.

BRASIL, ESTADO DO PARÁ. Política Estadual dos Recursos Hídricos **Lei Estadual nº. 6.381**, 25 de julho de 2001. Dispõe sobre a Política Estadual de Recursos Hídricos, institui o Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos e dá outras providências.

BRASIL, ESTADO DO PARÁ. Companhia e Saneamento do Pará: **Lei Estadual nº 4336**, 21 de dezembro de 1970. Institui a Companhia de Saneamento do Pará – COSANPA, que é responsável pela expansão do sistema de abastecimento de água em todo o território paraense.

BRASIL. **Resolução CONAMA nº. 20**, de 18 de junho de 1986.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica**. In. Revista trimestral de direito civil. RTDC, v. 3, n. 12, p. 153-168, out./dez. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra, Almedina, 1998.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente e Direitos Humanos**. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2011.

CASSUTO, David N. e REED, Steven Matthew. **Water Law and the Endangered Species Act**. 2010.

CECH, Thomas V. **Recursos Hídricos**. História, Desenvolvimento, Política e Gestão. 3. ed. Tradução Eliane Ferreira Paim; Luiz Claudio de Queiroz Faria; Rafael Anselmé. Rio de Janeiro, LTC, 2013.

COTTA, Camila. **Água: bem da humanidade**. Disponível em <http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2004-03-19/agua-bem-da-humanidade>. Acesso em 25 Jun. 2014.

CRAIG, Robin Kundis. **The Clean Water Act and the Constitution**. Legal Structure and the Public's Right to a Clean and Healthy Environment. 2. ed. Washington, ELI Press, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro**. São Paulo, METODO, 2009.

_____. **Argumentos de política no controle judicial: uma análise a partir das teorias de Ronald Dworkin e Neil Maccormick**. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo; CUNHA, Ana Darwich (Coord). Direito e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014.

_____. **Problemas contemporâneos de teoria dos direitos fundamentais**: esboço para uma investigação abrangente. In: DIAS, Jean Carlos, KLAUTAU FILHO, Paulo (Coord). Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011.

DUTRA, Joísa Campanher. **Regulação do setor elétrico no Brasil**. In: GUERRA, Sérgio (Org). Regulação no Brasil. Uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro, FGV, 2014.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo, RT, 2010.

FACHIN, Zulmar; DA SILVA, Deise Marcelino. **Acesso à água potável. Direito fundamental de sexta dimensão**. 2. ed., Campinas, Millenium, 2012.

FARIAS, Talden Queiroz. **Propedêutica do Direito Ambiental**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1545. Acesso em 10 jan. 2014.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE; José Rubens Morato (Orgs). **Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo, Saraiva, 1990.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, MORITA, Dione Mari e FERREIRA, Paulo. **Licenciamento Ambiental**. São Paulo, Saraiva, 2011.

FIORILLO, Celso A. Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11ª Ed., Saraiva, 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao Futuro. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

_____. **Sustentabilidade**. Direito ao Futuro. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

FREITAS, Marcos Airton de Sousa. **A regulação dos recursos hídricos: Estado e Esfera Pública na Gestão de Recursos Hídricos: Análise do Modelo Atual Brasileiro, Críticas e Proposições**. Rio de Janeiro, CBJE, 2009.

GRANJA, Sandra Inês Baraglio; WARNER, Jeroen. **A hidropolítica e o federalismo: possibilidades de construção da subsidiariedade na gestão das**

águas no Brasil?. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 6, Dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000600009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 jun 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122006000600009>.

GREATREX, Helen. **The Human Right to water**. Disponível em <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-2/Greatrex.pdf>. Acesso em 12 jun 2014.

GRECO, Leonardo. **Competências constitucionais em matéria ambiental**. In: MILARÉ, Edis e MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). Vol. 1. Revista dos Tribunais, RT 687/23, 1993.

GOLDFARB, William. **Water Law**. 2. ed. New Jersey, Lewis Publishers Inc., 1998.

GUERRA, Sérgio; GUERRA, Sidney. **Intervenção Estatal Ambiental**. Licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar nº. 140/2011. São Paulo, Atlas, 2012.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1991.

IBGE. Atlas do Saneamento 2011, p. 120. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm. Acesso em 30 jul. 2014.

IORIS, Antônio A. R. **Águas que não correm mais pro mar**. Campo Grande, 2008.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hungueney. **Água: um Direito fundamental ou uma mercadoria?** In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). Direito, Água e Vida - Law, Water and The Web of Life. São Paulo. Imprensa oficial. Vol. 1. 2003.

JR. Arlindo Philippi; MALHEIROS, Tadeu Fabrício. **Saneamento e Saúde Pública: Integrando o homem e ambiente**. In: JR. Arlindo Philippi. Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável. Barueri, Manole, 2005.

JÚNIOR, Antônio Pereira Magalhães. **Indicadores Ambientais e Recursos Hídricos**. Realidade e Perspectivas para o Brasil a Partir da Experiência Francesa. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2007.

JUNIOR, Wilson Cabral de Souza; REID, John. **Energia na Amazônia: o complexo hidrelétrico do Xingu**. 2010 p. 23-24. Disponível em http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Wilson-Cabral-J%C3%BAnior_Energia-na-Amaz%C3%B4nia_-o-complexo-hidrel%C3%A9trico-do-Xingu.pdf. Acesso em 14 jan. 2014.

LAFER, Celso. **Prefacio**. In: PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e Justiça internacional. São Paulo, Saraiva, 2006, p. XXII.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental**. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3ª Ed., Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2ª Ed., Forense Universitária, 2004.

LEITE, Paulo Costa. **Água – Bem Mais Precioso Do Milênio**. Revista dos Tribunais, Revista de Direito Ambiental, vol. 19, p. 367, Jul / 2000DTR\2011\3641.

LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias. **Direito Ambiental Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente**. 3. ed. RT, 2011.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Competências constitucionais e domínio hídrico**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Leuzinger.pdf. Acesso em 19 fev. 2014.

LOVELOCK, James. **The Vanishing Face of Gaia**. A Final Warning. Allen Lane, New York, Penguin Group, London, 2009.

LOPES, José Domingos Rodrigues. **O Direito como integridade em Dworkin e a concretização dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3786, 12 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25818>>. Acesso em: 26 maio 2014.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 8 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. **A recepção da Declaração Universal dos direitos do homem pela Constituição Portuguesa**. Um fenómeno de conjugação de direito internacional e constitucional. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/24.pdf>>. Acesso em Jun. 2014.

MONTEIRO, Maurílio de Abreu. **Amazônia: mineração, tributação e desenvolvimento regional**. Novos Cadernos NAEA, v. 7, n. 2, p. 159-186, dez. 2004.

MOORE, Mary. **Making the international human right to water primary: recommendation for an optional protocol to the united nations convention on the law of non-navigational uses of international watercourses**. The George Washington International Law Review. Disponível em <http://www.gwlr.org/?page_id=1042> Acesso em 27 jun. 2014.

MORRISON, WAYNE. **Filosofia do direito**. Dos gregos ao pós-modernismo. 2. ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2012.

NETO, Cândido Furtado Maia. **Água: direito humano fundamental máximo.** Proteção jurídica ambiental, responsabilidade pública e dever da cidadania. Verba Juris, ano 7, n. 7, jan./dez. 2008 – ISSN 1678-183X.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 3. ed., São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2010.

PETRELLA, Ricardo. **O Manifesto da Água.** Argumentos para um contrato mundial. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. 2. ed. Vozes, Petrópolis, 2004.

PIOVEZAN, Flavia. **Direitos humanos e Justiça internacional.** São Paulo, Saraiva, 2006.

_____. **Direito ao desenvolvimento.** Flavia Piovezan e Inês Virgínia Prado Soares (Coord). Belo Horizonte, Fórum, 2010.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil.** 2. ed. RT, 2010.

PONTIN, Ben. Integrated Pollution Control in Victorian Britain: Rethinking Progress within the History of Environmental Law. **19 Journal of Environmental Law**, 2007.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal:** uma análise comparada. Disponível em <www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/.../04_O_direito_fundamental.pdf> Acesso em 15 Jul. 2014.

RAVENA, Nírvia. **Os caminhos da regulação da água no Brasil:** Demiurgia institucional ou criação burocrática. Curitiba, Appris, 2012.

RECHTSCHAFFEN, Clifford; GAUNA, Eileen; O'NEILL, Catherine. **Environmental Justice.** Law, Policy & Regulation. 2nd . ed, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2009.

RODRIGUES, Edmilson Brito. **Território e Soberania na Globalização.** Amazônia, Jardim de Águas Sedento. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

SALMAN, Salman M. A.; MCLNERNEY-LANCKFORD, Siobhán. **The Human Right to Water.** Legal and Policy Dimensions. Washington, The World Bank, 2004.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito Ambiental.** Doutrina e Casos Práticos. Rio de Janeiro, Elsevier; FGV, 2012.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. **O modelo de regras e princípios em Robert Alexy.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10552>. Acesso em 05 jul 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Direito: o direito fundamental ao ambiente**. DAIBERT, Arlindo (Org.). Direito Ambiental Comparado. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

SISTER, Gabriel. **Mercado de carbono e Protocolo de Quioto**. 2. ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

SOLOMON, Steven. **Water**. The epic struggle for wealth, power, and civilization. 1st. ed. Harper Collins, New York, 2010.

TARLOCK, A. Dan. **The Dual Nature of Water: Commodity and Community Resource**. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). Direito, Água e Vida - Law, Water and The Web of Life. São Paulo. Imprensa oficial. Vol. 1. 2003.

TITO, M. R.; ORTIZ, R. A. Projeto Apoio aos Diálogos Setoriais EU-Brasil. **Pagamentos por serviços ambientais: desafios para estimular a demanda**. Brasília: MMA, 2013.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Incentivos fiscais no direito ambiental**. Para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro. 2 ed, São Paulo, Saraiva, 2011.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Paralelo dos sistemas de proteção internacional. FABRIS, 1993.

TUNDISI, José Galizia; TUNDISI, Takako Matsumura. **A Água**. 2. ed. Publifolha, São Paulo, 2009.

TUPIASSU-MERLIN, Lise. **A complexidade normativa do direito fundamental ao meio ambiente**. In: BASTOS, Elísio Augusto Veloso, TUPIASSU-MERLIN; Lise e CICHOVSKI; Patrícia Blagitz (Coord). Constitucionalismo e direitos fundamentais. Método, São Paulo, Cesupa, Belém, 2014.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão Jurídica da Água**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.