V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MARQUES DE MORAES

JAIME RUBEN SAPOLINSKI LABONARSKI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O V Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Montevidéu, Capital do Uruguai, entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, na Universidad de la República Uruguay, contemplou, como tema central, "Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina".

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II", coordenado pela Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília – UnB, Brasil, e pelo Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski, da UDELAR, Uruguai.

Com o propósito de garantir a construção de espaços de inserção internacional, pela divulgação dos resultados de investigações científicas realizadas por pesquisadores brasileiros, associados ao CONPEDI, referido GT desenvolveu suas atividades na tarde do dia 09 de setembro de 2016, oportunidade em que os autores apresentaram ao público suas pesquisas e debateram assuntos de relevância aos estudos do direito, atrelados ao tema central do presente evento.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II perpassou pela discussão proposta pelos artigos dos pesquisadores Glauber Salomão Leite e Carolina Valença Ferraz, cujo título é "A lei brasileira de inclusão e o direito à igualdade assegurado à pessoa com deficiência", que buscou demonstrar, no direito à acessibilidade, o possível assecuramento da igualdade às pessoas com deficiência, garantindo-lhes o direito à capacidade civil plena, nos moldes assegurados a todos os demais indivíduos.

Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes em "A nova (des)ordem constitucional no Brasil", teceram considerações sobre as tensões oriundas entre a aplicabilidade de leis e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos na justiça, considerando-se a necessária consciência acerca do indispensável equilíbrio entre acusação e defesa nos termos das garantias constitucionais.

Em “A tutela constitucional da vida embrionária no Brasil e nos países do Mercosul”, Flávio Martins Alves Nunes Júnior ponderou a respeito do direito à vida e à utilização das células-tronco embrionárias.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Flávia Piva Almeida Leite, por sua vez, com a temática “As redes sociais e o discurso do ódio” perpassaram pela análise da ampla e aberta divulgação, pela internet e pelas redes sociais, de ideias e pensamentos, com os consequentes possíveis abusos no direito de liberdade de expressão e o alcance, em alguns casos, do discurso do ódio. O exame recaiu em que medida se pode prevenir e coibir tais posições nas redes sociais.

O artigo “Dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação: uma relação de complementaridade?”, desenvolvido por Daiane Garcia Masson e Sônia Maria Cardozo dos Santos, refletiu acerca da possível relação de complementaridade entre dignidade humana, mínimo existencial e direito à educação com o fim de identificar o que se pode exigir do Poder Judiciário diante de omissões ou falhas do Estado quanto ao seu dever constitucional de propiciar políticas públicas para efetivar os direitos dos cidadãos.

Por sua vez, Mariana Cristina Garatini e Erton Evandro de Sousa David, em “O direito fundamental à moradia e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de impenhorabilidade do bem de família”, buscaram analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no trato de processos que envolvam do direito à moradia, como direito essencial ao desenvolvimento pessoal e social do cidadão, atrelado à questão da impenhorabilidade do bem de família.

“Os direitos fundamentais à informação e à publicidade e a restrição de dados processuais pelo CNJ”, pesquisa desenvolvida por Felipe Braga de Oliveira e Adriana Carla Souza Cromwell, abordou o conflito aparente entre os princípios da informação e da publicidade dos atos processuais, bem como o papel do Conselho Nacional de Justiça na ponderação ou não ponderação de tais princípios ao restringir o acesso aos processos judiciais na internet.

Rogério Magnus Varela Gonçalves e Helanne Barreto Varela Gonçalves apresentaram a pesquisa sobre “O direito fundamental da liberdade religiosa: novos discursos em defesa das minorias” e procuraram demonstrar a tendência à sedimentação do direito constitucional do pluralismo, defendendo a necessária mobilização de novos discursos para propiciar a acomodação das divergências.

O artigo “Expressão e imprensa como liberdades fundamentais”, fruto da pesquisa de Ana Luisa de Oliveira Ribeiro, transitou entre a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e

o direito à comunicação previstos na Constituição da República Brasileira como elementos fundamentais para o aperfeiçoamento democrático a fim de conferir possibilidade de inserção dos indivíduos na esfera pública, por meio de pluralidade de manifestações.

Em a "Judicialização do acesso à educação na Universidade Federal do Tocantins – Brasil", Graciela Maria Costa Barros e Patrícia Medina apresentaram dados relacionados aos processos judiciais que tramitaram entre os anos de 2009 e 2015, com demonstração do conteúdo das decisões judiciais que garantiram ou não o acesso à graduação na referida universidade.

Cândice Lisbôa Alves expôs a pesquisa "Igualdade e diferença: em busca de um conceito constitucional e historicamente situado que promova a inclusão do outro" que demonstrou a preocupação com os direitos à igualdade, à diferença e à proibição de discriminação, cujo objetivo é buscar mecanismo de inclusão do outro, conferindo-lhe oportunidades em iguais condições diante das situações de vulnerabilidade.

Por fim, em "Laicidade estatal e a proposta de legitimação de associações religiosas para o controle concentrado de constitucionalidade: incompatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição do Brasil", Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz analisaram a (in)compatibilidade da PEC nº 99/2011 com a Constituição Federal. Para tanto, transitaram entre o princípio da laicidade e a previsão de associações religiosas na Constituição Brasileira.

Desse modo, os coordenadores dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos os interessados uma excelente leitura.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília/UnB

Prof. Dr. Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – UDELAR

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA NO BRASIL E NO URUGUAI

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO WATER IN BRAZIL AND URUGUAY

João Hélio Ferreira Pes [1]

Resumo

Este trabalho analisa o tratamento constitucional previsto ao direito fundamental de acesso à água no Brasil e no Uruguai. Inicialmente, apresenta o direito fundamental implícito de acesso à água no Brasil. Logo a seguir, verifica o direito de acesso à água na Constituição uruguaia. Por fim, analisa algumas assimetrias na constitucionalização do direito de acesso à água entre Brasil e Uruguai. As diferenças no reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental, entre os dois países, são identificadas e analisadas com a utilização do método dedutivo a partir dos textos constitucionais do Brasil e do Uruguai.

Palavras-chave: Direito de acesso à água, Constituição brasileira, Constituição uruguaia, Direito fundamental

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the constitutional treatment provided for the fundamental right of access to water in Brazil and Uruguay. Initially, it presents the implicit fundamental right of access to water in Brazil. Soon after, it checks the right of access to water in the Uruguayan Constitution. Finally, it analyzes some asymmetries in the constitutionalization of the right of access to water between Brazil and Uruguay. The differences in the recognition of the right of access to water as a fundamental right, between the two countries, are identified and analyzed using the deductive method from the constitutions of Brazil and Uruguay.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right of access to water, Brazilian constitution, Uruguayan constitution, Fundamental right

[1] Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre Mila /UFSM e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Santa Maria, RS, Brasil; joaohelio@unifra.br.

INTRODUÇÃO

Os Estados têm positivado o direito de acesso à água com distintas hierarquias normativas e distintos conteúdos, contemplando na forma expressa ou de maneira implícita a existência de um direito subjetivo de acesso à água para o consumo humano, por vezes, fazendo menção a um direito fundamental de acesso a um serviço público essencial, em outras situações fazendo constar de forma genérica o direito à água.

Em alguns Estados, como Uruguai, o direito de acesso à água potável é conteúdo enumerado expressamente entre os direitos fundamentais na própria Carta Magna. Em outros, a exemplo do Brasil, a caracterização desse direito como fundamental depende de interpretações a partir de normas constitucionais que garantem a abertura constitucional aos direitos fundamentais por meio da cláusula de abertura.

De maneira clara, constata-se que o direito fundamental de acesso à água recebe tratamento constitucional diferenciado entre Brasil e Uruguai. Dessa forma, Justifica-se a escolha e a delimitação desse tema em verificar o alcance e o significado que a caracterização desse direito como fundamental tem nos dois ordenamentos jurídicos.

Portanto, essa pesquisa tem como objetivo analisar o tratamento constitucional previsto ao direito fundamental de acesso à água no Brasil e no Uruguai, notadamente quanto às assimetrias existentes entre os dois ordenamentos jurídicos no tocante a esse tema.

Nesse sentido, para identificar e analisar as diferenças no reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental, entre os dois países, utiliza-se do método dedutivo a partir de aspectos da teoria dos direitos fundamentais e dos textos constitucionais do Brasil e do Uruguai.

Assim, para alcançar o objetivo definido, ou seja, para apresentar a resposta ao problema de pesquisa, divide-se o trabalho em três partes. Na primeira, verifica-se como o direito fundamental implícito de acesso à água pode ser reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda parte do artigo, aborda-se sobre a forma como foi concebido o direito fundamental de acesso à água expresso na Constituição uruguaia. Na última parte, analisa-se algumas assimetrias ou diferenças de tratamento, entre Brasil e Uruguai, na constitucionalização do direito de acesso à água.

1 O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma interpretação sistemática do conjunto de normas constitucionais e infra constitucionais, é possível reconhecer que a pretensão de qualquer pessoa de ter acesso à água potável é uma posição jurídica tutelada,

portanto um direito que pode ser exigível, tanto na forma de acesso pelo sistema alternativo de abastecimento como pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento.

O acesso pelo sistema alternativo de abastecimento é aquela modalidade que abarca as diversas formas de acesso realizadas diretamente em fonte ou nascente, poço comunitário ou familiar, distribuição por veículo transportador, instalações condominiais, torneiras públicas e água de chuva, dentre outras formas de acesso que se diferenciam do sistema clássico. Já o acesso pelo sistema clássico de serviços públicos de abastecimento é a principal modalidade de provimento de água às populações; consequentemente, o principal meio utilizado para viabilizar o exercício do direito de acesso à água. Essa modalidade, basicamente, consubstancia-se em obras civis, materiais e equipamentos destinados à produção e à distribuição canalizada de água para populações, sob responsabilidade do poder público, que o executa direta ou indiretamente por meio dos serviços públicos de fornecimento de água.

Os titulares do direito de acesso no surgimento do sistema clássico de serviços públicos de abastecimento, quando a administração pública exercia de forma direta a prestação desse tipo de serviço público, figuraram na condição de administrados, posteriormente com a delegação ou concessão desses serviços para empresas públicas ou privadas os titulares desse direito passaram a ser denominados de "usuários". Recentemente, com a criação do Estatuto do Consumidor, há uma tendência para denominar os titulares desse direito como consumidores.

O direito de acesso à água pode ser facilmente compreendido quando se fala em uso doméstico. É nesse caso que, preponderantemente, os indivíduos têm contato com a água que irão consumir para satisfazer suas primeiras necessidades de vida. Incluem-se em tal categoria de uso a dessedentação, a alimentação e a higiene pessoal (FACHIN; SILVA, 2011, p. 42).

Convém lembrar que o uso que atende às primeiras necessidades exige água de boa qualidade. Seu fornecimento, atualmente, depende da captação e tratamento efetuados pelas empresas de saneamento. Os domicílios rurais, geralmente, beneficiam-se das águas captadas por meio de perfuração de poços, enquanto que os domicílios urbanos dependem, basicamente, dos serviços públicos de abastecimento.

Tratando-se do direito de acesso à água, é preciso mencionar o instituto jurídico do uso comum, previsto em diversas normas, foi o que antecedeu o instituto do serviço público. Antes da implementação do abastecimento populacional por meio dos denominados serviços públicos, o acesso à água se efetivava com o ato de ir até o poço, lago ou rio para se abastecer.

Essa evolução, verificada no direito de acesso, do "uso comum" (existente naquele período do "ter que ir até o reservatório de água para se abastecer") até o "serviço público de abastecimento" (com o receber a água nas próprias residências ou locais de trabalho por meio dos serviços de distribuição e abastecimento) ocorreu, de forma mais intensa, a partir da revolução industrial e do crescimento das cidades. Para Maurício Pinto, Noelia Torchia e Liber Martin, as causas que determinaram essa evolução foram os problemas sanitários associados à propagação de epidemias. Consequentemente, no período posterior, surge a conformação dos primeiros sistemas modernos de água e saneamento (PINTO; TORCHIA; MARTÍN, 2008, p. 13).

Por fim, constata-se que o instituto jurídico do "uso comum' e do "serviço público" surgem a partir da compreensão de que "o acesso à água é uma necessidade humana que não pode ser desamparada pela ordem jurídica" (PINTO; TORCHIA; MARTÍN, 2008, p. 2). Portanto, o acesso à água sempre foi reconhecido por todos como uma necessidade humana que deve ser satisfeita para viabilizar a manutenção da vida. A partir da positivação das necessidades humanas como direitos, surge, inicialmente, o instituto jurídico do 'uso comum' e, posteriormente, a regulamentação jurídica do acesso à água por meio dos serviços públicos de saneamento básico.

No Brasil, quando o acesso é exercido por meio dos serviços públicos, o direito de acesso, na dimensão ou perspectiva objetiva, pode ser compreendido como a correlativa prestação definida como de responsabilidade dos poderes públicos, notadamente, como um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, especialmente, os de âmbito municipal (no interesse local).

No mesmo sentido, o direito de acesso enquanto direito objetivo faz emergir o dever de garantir o fornecimento de água potável, principalmente, por meio da continuidade dos serviços públicos essenciais de abastecimento. Esse dever implica para o Estado a adoção de políticas públicas relevantes para cumprir com as suas responsabilidades.

É preciso relembrar, outrossim, o consenso doutrinário de que "o direito subjetivo não pode ser concebido sem correspondência com o direito objetivo, com o qual forma uma díade inseparável" (REALE, 2004, p. 257). Portanto, as normas objetivas que regulam o abastecimento de água potável por meio dos serviços públicos é que instituem o direito subjetivo de acesso à água potável. Nesse sentido, a lei que dispõe sobre a política nacional de saneamento básico no Brasil, Lei nº 11.445/2007, estabelece regras e princípios que, numa dimensão objetiva, guardam correspondência com o direito subjetivo de acesso.

Não se pode esquecer que existe direito subjetivo quando a situação subjetiva implicar a possibilidade de uma pretensão juridicamente possível, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem, assim o artigo 2º, inciso III, da Lei nº 11.445/2007, ao estipular que os serviços públicos de saneamento básico (abastecimento de água e outros serviços) deverão ser prestados nas formas adequadas à saúde pública e à proteção do ambiente, institui um dever (abastecimento de água de forma adequada) que se consubstancia em múltiplas tarefas e várias obrigações, respaldando a pretensão de acesso à água, sendo essa pretensão exigível por estar estreitamente vinculada à saúde pública e à proteção do meio ambiente (BRASIL. Lei nº 11.445, 2007).

Outra norma que estabelece disposições que guardam correspondência com o direito subjetivo de acesso é a Lei das águas (Lei 9.433/1997) que no seu artigo 11 estipula que "O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água". Já o artigo 12, inciso I, dispõe que estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos: "derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou (...)" (BRASIL. Lei n. 9.433, 1997). Portanto, nítida está a definição do legislador em adotar o regime de outorga de direitos de uso das águas com a finalidade de possibilitar o efetivo exercício do direito subjetivo de acesso à água.

O direito subjetivo de acesso à água também é concebido a partir do conjunto de normas constitucionais, dispostas numa dimensão objetiva, que instituem direitos e deveres para o Estado e para a sociedade de proteção ao ambiente, visando a uma sadia qualidade de vida.

Ainda, na dimensão ou perspectiva subjetiva, o direito de acesso à água potável é posição jurídica ocupada por pessoas que figuram na condição de titulares de pretensão cujo conteúdo e significado têm uma relação estreita com a promoção e o respeito à dignidade humana. Portanto, esse direito comporta o ato de acessar a uma quantidade mínima de água que seja capaz de atender as necessidades humanas diretamente vinculadas à vida digna, notadamente, água para dessedentação, para preparação dos alimentos, para a higiene pessoal e para outros usos relacionados à dignidade do homem.

Nesse sentido, a Lei nº 11.445/2007, no seu artigo 9º, estipula o dever para o Estado de formular política pública de saneamento básico com a adoção de parâmetros que garantam o atendimento dos serviços de abastecimento de água, inclusive quanto ao volume mínimo de água por pessoa e quanto aos padrões de potabilidade, essenciais à saúde pública:

> Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: I – (...); III - adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água; (...). (BRASIL. Lei nº 11.445, 2007)

Portanto, normas como essas, acrescidas da interpretação sistemática do conjunto de normas constitucionais, é que dão a certeza de que se está diante de uma norma de direito subjetivo que prevê o direito de acesso à água. Caso se estivesse diante de uma norma que enunciasse apenas uma possibilidade de pretender algo, sem a garantia de sua concretização na vida das pessoas, estar-se-ia perante uma mera aparência de direito, o que não é o caso, porque o acesso à água (o algo pretendido por um sujeito) é concretamente devido (e exigível do outro sujeito).

O direito que emerge de todas as possíveis formas de acesso é capaz de gerar deveres para o ente estatal e pretensão judicializável para os seus titulares. Esses deveres poderão consistir em obrigações diversas para o Estado como as de respeito, de proteção e de realização. A obrigação de respeitar consiste no impedimento aos órgãos estatais de adotarem medidas que tenham como consequência a negação de acesso à água. A obrigação de proteger significa que ao Estado cabe adotar medidas destinadas a evitar que órgãos estatais ou particulares obstaculizem o acesso das pessoas à água. A obrigação de realizar deve ocorrer por meio de ações que o Estado adota para efetivar o acesso à água, tomando medidas concretas, principalmente destinadas àqueles que necessitam de políticas públicas para exercer o direito de acesso à água. Assim, como decorrência dessas obrigações para o Estado, verifica-se o correlativo direito de judicializar as pretensões jurídicas não observadas, relacionadas ao direito de acesso à água.

Por fim, inegavelmente o direito de acesso pela importância que tem, tanto para a sociedade quanto para o Estado, deve ser reconhecido como um direito que vá além de uma simples posição jurídica ocupada por quem na condição de titular exerce-o com a finalidade de satisfazer uma necessidade humana. Essa pretensão jurídica ao ser tutelada pelo direito deve ter um tratamento diferenciado por se tratar de uma posição jurídica estreitamente vinculada ao resguardo e à promoção da dignidade humana, portanto, um direito alçado à condição de direito fundamental.

No entanto, o direito de acesso à água por não se encontrar expressamente disposto no texto Constitucional da República Federativa do Brasil, faz-se necessário verificar, por meio de um processo metodológico dedutivo simples, se esse direito, com todas as suas

peculiaridades, corresponde ao que é definido como direito fundamental não expresso ou implícito, reconhecido como tal a partir da clausula de abertura constitucional.

A ‘cláusula aberta’ dos direitos fundamentais, também denominada de ‘cláusula de abertura constitucional’, nos termos da atual Constituição Brasileira, admite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição (chamados de direitos fundamentais não expressos, não escritos ou não enumerados). Assim, com a adoção da cláusula aberta passam a ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos (PES, 2010, p. 49).

Nesse viés, a Constituição Brasileira aceita outros direitos além daqueles nela expressamente previstos. “Esses direitos não são aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam e, sim, aqueles que são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material” (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 617).

O §2º do artigo 5º da Constituição Federal, assim expresso: “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” (BRASIL. Constituição Brasileira de 1988), deixa claro que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes.

Portanto, pela cláusula aberta, podem ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do conteúdo de outros direitos fundamentais expressos no texto constitucional, do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos. O direito de acesso à água pode ser reconhecido como um direito fundamental implícito, em sentido estrito, como resultado da redefinição do campo de incidência do direito fundamental ao meio ambiente, expresso no artigo 225 da Constituição Brasileira.

O reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental que decorre do conteúdo do direito ao ambiente está estreitamente relacionado ao direito à vida. Certo é que não existe vida sem água. Na dimensão de ‘direito fundamental a prestações’ a água deve ser fornecida em quantidade suficiente e qualidade adequada para garantir a todos os brasileiros o direito a uma vida digna. Além do direito à vida digna, outros direitos humanos constitucionalizados, portanto, direitos fundamentais, estão associados ao direito ao ambiente e ao direito implícito de acesso à água.

Portanto, no Estado brasileiro, o direito de acesso à água, por não ser norma expressa no texto constitucional (fundamentalidade formal), é tratada como norma que deve ser reconhecida pelo ordenamento jurídico como equivalente ou equiparada às constitucionais (fundamentalidade material). Assim, o direito de acesso à água no Brasil é um direito materialmente fundamental, reconhecido como tal por decorrencia da clausula de abertura constitucional.

2 O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA NA CONSTITUIÇÃO URUGUAIA

Na concepção formal de Direitos Fundamentais, concordando com a definição Alexyana (ALEXY, 2008, p. 520-523) de que os direitos fundamentais em sentido formal são todos os direitos positivados nas constituições como tais, verifica-se que o direito de acesso à água é direito fundamental no sentido formal apenas em constituições que assim o preveem, como na Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967.

A Constituição Uruguaia, por força de Emenda Constitucional de 2004, caracterizou o direito de acesso à água e de acesso ao saneamento básico à categoria de direito humano fundamental, definindo em seu artigo 47, caput, que a água é um recurso natural essencial para a vida:

> Artigo 47. La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. (URUGUAI. Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967).

Essa decisão de fundamentalização formal do direito de acesso à água foi respaldada por consulta plebiscitária realizada no ano de 2004, que habilitou a reforma da Constituição para declarar a água como bem público e proibir a privatização de serviços de distribuição e saneamento. Depois dessa decisão foram canceladas as concessões das empresas Águas da Costa, da espanhola Águas de Barcelona (filial da Suez) e Uragua (subsidiária, por sua vez, da Águas de Bilbao) que controlavam o serviço de abastecimento no departamento de Maldonado. “O Uruguai é o único país que submeteu a plebiscito a questão da água. E 65% da população votaram pela água como um direito de todos, inalienável e sagrado, contra aqueles que querem convertê-la em um negócio de poucos”. (GALEANO, 2005).

O artigo 47, 1, b, da Constituição Uruguaia prevê a política de gestão das águas, determinando que o planejamento, gestão e controle dos recursos hídricos terão como

unidades básicas as bacias hidrográficas e deverão ser efetuados com a participação da sociedade.

> Artigo 47, 1, b: La política nacional de aguas y saneamiento estará basada em: la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas. (URUGUAI. Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967).

O mesmo artigo prevê, também, que o abastecimento de água à população deve ser a prioridade da política de gestão e que as águas subterrâneas assim como as superficiais constituem um recurso unitário subordinado ao interesse geral sob o domínio público estatal.

> Artigo 47, 1, c: El establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.
>
> Artigo 47, 2: Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico (URUGUAI. Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967).

A constitucionalização da preocupação com os recursos hídricos, inclusive os subterrâneos, deve-se ao fato de o Uruguai estar geograficamente localizado em uma região abundante de água. Cerca de 58.000 Km² do território uruguaio são abrangidos por um dos maiores aquíferos do mundo, o Aquífero Guarani que tem grande importância como fonte hídrica de alta qualidade para suprimento de água em cidades, para a utilização na indústria, para exploração como estâncias hidrotermais e para irrigação agrícola (PES, 2005, p. 33).

O reconhecimento pelo próprio Estado Uruguaio de que tem um território privilegiado em recursos hídricos e de que considera o "acesso à água" como um verdadeiro direito humano está expresso no dispositivo constitucional que estabelece a possibilidade de lei definir a autorização de fornecimento solidário de água a outros países quando ocorrer necessidade por desabastecimento (art. 47, 4):

> Artigo 47, 4: La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad (URUGUAI. Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967).

Portanto, destaca-se desse dispositivo, além da constatação de ser um país detentor de água em abundância, a definição da solidariedade internacional em relação aos seres humanos de outras nações.

A partir da constitucionalização do direito de acesso à água no Uruguai, por meio de Emenda Constitucional de 2004, vários Estados na América Latina efetuaram mudanças nos textos constitucionais, por meio de emendas ou novas constituições, sob nítida influência uruguaia para, também, reconhecer de forma expressa o Direito Fundamental de Acesso à Água.

Nesse contexto é que a nova Constituição do Equador de 2008 avançou substancialmente nessa matéria, estabelecendo no artigo 3º, 1, como dever primordial do Estado a garantia do efetivo gozo do direito à água para os seus habitantes.

> Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes (...). (EQUADOR. Constituição do Equador de 2008).

No artigo 12, define o direito à água como um direito humano, fundamental e irrenunciável. E o bem ambiental "água" como um patrimônio nacional de uso público, inalienável, imprescritível, não embargável e essencial para a vida:

> Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. (EQUADOR. Constituição do Equador de 2008).

Nesse mesmo sentido, a nova Constituição da Bolívia, aprovada mediante consulta popular em 25 de janeiro de 2009, estabelece os direitos e obrigações em matéria ambiental, definindo os recursos ambientais como propriedade do povo boliviano. No preâmbulo da Nova Constituição Política do Estado está definido que a Bolívia é um Estado que se baseia no respeito e igualdade entre todos, com princípios definidos, onde deve predominar a busca do 'bem viver', com respeito à pluralidade económica, social, jurídica, política e cultural dos seus habitantes, na convivência coletiva com acesso à água, trabalho, educação, saúde e habitação para todos.

Os artigos 373 a 377 do capítulo V, denominado "recursos hidricos", do Título II "Medio Amiente, Recursos naturales, Tierra e Território", da IV Parte, entitulada "estructura y Organización Económica del Estado", da Nova Constituição Política do Estado, dispõem sobre princípios, gestão, titularidade e demais regras aplicáveis às águas. A constituição boliviana define postulados básicos relacionados aos recursos hídricos, entre eles o de que a água é um direito fundamental para a vida e de que o Estado promoverá o uso e o direito de

acesso à água, tendo como base os princípios da solidariedade, complementaridade, reciprocidade, equidade, diversidade e sustentabilidade, tudo conforme previsto no Art 373, I:

> Art. 373, I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad (BOLIVIA. Constituição da Bolívia de 2009).

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 5 de fevereiro de 1917, conforme redação atual, incluída a reforma publicada no dia 9 de janeiro de 2012, define que toda pessoa tem direito de acesso à água e saneamento, direito à água para o consumo pessoal e doméstico, suficiente, saudável, aceitável e acessível. Esse direito é garantido pelo Estado e a lei deve definir as bases, parâmetros e dispositivos para o acesso e utilização equitativa e sustentável dos recursos hídricos, estabelecendo a participação do Poder Público, assim como a participação da cidadania para atingir esses fins, tudo conforme parte do texto do novo artigo 4º:

> Art. 4º. (…) Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines. (…). (MÉXICO. Constituição do México de 1917).

Assim, o direito de acesso à água é um direito fundamental reconhecido de forma expressa no texto constitucional do Estado da República Oriental do Uruguai e em todos os demais estados que constitucionalizaram esse direito de forma explicita. Essa constitucionalização formal, fundamentalidade formal, do direito de acesso à água faz com que esse direito tenha um regime jurídico especial próprio dos direitos fundamentais.

A fundamentalidade formal, para Jose Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 379), está geralmente associada à constitucionalização e assinala quatro dimensões relevantes. A primeira, de que as normas consagradoras de direitos fundamentais são normas superiores; a segunda, de que se encontram submetidas aos procedimentos especiais de revisão e reforma; a terceira, de que constituem limites materiais da própria revisão (clausulas pétreas) e; por último, a de que, como normas dotadas de vinculação imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e judiciais.

Portanto, o direito fundamental de acesso à água é um direito reconhecido formalmente pela Constituição do Uruguai, o que acarreta um tratamento diferenciado deste frente aos demais direitos. Além da hierarquia superior em relação aos direitos não alçados à

condição de fundamentais, é possível destacar como relevante a característica que esse direito apresenta de vincular todos os poderes públicos aos comandos normativos de efetivar o direito de acesso e de criar as condições para o efetivo fornecimento de água para todos.

3 ASSIMETRIAS NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À AGUA ENTRE BRASIL E URUGUAI

As diferenças entre os ordenamentos jurídicos do Brasil e do Uruguai no reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental são facilmente verificadas. Enquanto no Uruguai esse direito está expressamente previsto no texto constitucional, portanto um direito material e formalmente fundamental, no Brasil o acesso à água potável é um direito fundamental reconhecido como tal a partir da clausula de abertura constitucional, portanto, um direito fundamental implícito, não expresso e fundamental em sentido material.

No Uruguai a alteração constitucional que introduziu o reconhecimento formal do direito fundamental de acesso à água foi obra da mobilização social. Em 2002, com a criação da Comissão Nacional em Defesa da Água e da Vida – CNDAV, mais de quarenta organizações se mobilizaram para enfrentar o processo de privatização dos serviços de abastecimento de água. Dessa mobilização resultou a Reforma Constitucional que alterou o artigo 47 (Da defesa do meio ambiente) com a inclusão da garantia de que os serviços de abastecimento de água devem ser estatais e da caracterização do acesso à água como um direito humano fundamental. O texto da reforma constitucional foi elaborado pela própria Comissão Nacional em Defesa da Água e da Vida – CNDAV e submetido a um plebiscito realizado no dia 31 de outubro de 2004, no mesmo dia das eleições nacionais (DOMINGUEZ; ACHKAR; FERNANDEZ, 2015, p. 198).

No Brasil, por não estar expresso no texto constitucional, esse direito é reconhecido como fundamental, numa concepção material de direitos fundamentais, a partir da clausula de abertura constitucional. Na concepção material de Direitos fundamentais, o direito de acesso à água é reconhecido como direito fundamental em Estados que adotam a cláusula de abertura constitucional aos direitos fundamentais, como o Brasil, com o dispositivo constitucional do §2º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Portanto, o processo de constitucionalização material autorizado por esse dispositivo constitucional considera o acesso à água como um direito materialmente fundamental.

Dentre as várias possibilidades de reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental, aquela que merece ser destacada é a que deriva do conteúdo do

direito fundamental ao meio ambiente, caracterizando-se, assim, como um direito fundamental implícito, em sentido estrito. Indubitavelmente, o direito fundamental a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado pressupõe a garantia de água em quantidade adequada e de boa qualidade.

Ademais, a Constituição brasileira, ao definir no artigo 225 que os bens ambientais são de uso comum do povo, quis estabelecer que todos os bens ambientais (inclusive a água) são bens de uso comum, portanto bens que devem estar ao acesso de todos e, tratando-se de um bem vital, o seu acesso está relacionado com o princípio constitucional basilar do sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF). Assim, não deve pairar nenhuma dúvida de que o direito de acesso á água é um direito fundamental (fundamentalidade material).

No Congresso Nacional brasileiro tramitam Projetos de Emenda à Constituição com o objetivo de incluir o direito de acesso à água como um direito fundamental no capítulo que elenca o rol dos direitos fundamentais sociais. Um dos projetos, de autoria do Deputado Raimundo Gomes de Matos, PEC 39 de 2007, propõe nova redação ao Artigo 6º da Constituição de 1988: "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a água, o lazer, a segurança, a previdência, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL. Câmara dos Deputados, PEC 39/07). Outro projeto que também tramita na Câmara, anexado ao primeiro, é o Projeto de Emenda à Constituição nº 213/12, de autoria da Deputada Janete Pietá que propõe a seguinte redação para o artigo 6º da Constituição: "Art. 6º. São direitos sociais o acesso à água, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL. Câmara dos Deputados, PEC 213/12).

Entre as assimetrias verificadas em relação ao direito fundamental de acesso à água no Brasil e no Uruguai é possível elencar as diferenças derivadas da caracterização de um como direito formal e materialmente fundamental (do Uruguai) e do outro como direito só materialmente fundamental (Brasil).

No Uruguai, o direito de acesso à água por ser um direito fundamental expresso, é facilmente identificado como direito fundamental que tem um tratamento diferenciado em relação a outros direitos, até mesmo constitucionais, no sentido de ser tratado como norma superior às demais, em caso de conflito com outras normas. Já no Brasil, por ser um direito fundamental não expresso, o direito de acesso à água somente será caracterizado como um

direito superior aos demais se o aplicador do direito reconhecer a fundamentalidade do direito de acesso à água.

Outra característica própria dos direitos fundamentais que deve ser analisada é a de que o direito de acesso à água deve ficar indisponível para o Estado na sua função legislativa, ou seja, de não ser introduzido no ordenamento jurídico qualquer norma que contrarie o livre direito de acesso à água ou proíba a atuação estatal no sentido de garantir o acesso como direito social (prestação fática). No Uruguai essa garantia é indiscutível, inclusive obrigação exclusivamente estatal, já no Brasil há dependência de uma interpretação coerente e lógica que considere o acesso à água como um direito fundamental implícito.

Ainda, no Uruguai o direito fundamental de acesso à água deve vincular os órgãos estatais à aplicabilidade imediata ou ao princípio da eficácia plena quanto à garantia do acesso, inclusive, considerando o princípio da continuidade dos serviços públicos de abastecimento e o dever de prestação estatal desses serviços, tudo conforme previsto no artigo 47 da sua constituição. Já no Brasil, o direito fundamental implícito de acesso à água deve, na maior medida possível, vincular todos os destinatários, órgãos públicos ou particulares, à aplicabilidade imediata ou ao princípio da eficácia plena (art. 5º, § 1º da Constituição brasileira) no tocante à garantia do acesso, considerando o princípio da continuidade dos serviços públicos de abastecimento, aplicável tanto a órgãos públicos como a particulares.

Outra diferença no processo de constitucionalização do direito de acesso à água entre Brasil e Uruguai está na definição da forma como esse direito fundamental deve ser efetivado. No Uruguai quando ocorreu a positivação do direito de acesso à água, com a inclusão de dispositivo constitucional definindo o acesso à água como direito fundamental, foi efetuada na mesma Emenda Constitucional a previsão de que os serviços públicos de abastecimento de água deveriam ser prestados exclusivamente pelo Estado, portanto não se admitindo a privatização desses serviços.

Desde 2002 os movimentos sociais, articulados em torno da Comissão Nacional em Defesa da Água e da Vida do Uruguai - CNDAV, defenderam que deveria constar no texto da reforma constitucional a caracterização da água como sendo um recurso natural essencial para a vida, estabelecendo que o acesso aos serviços de água e à coleta de esgoto é um direito humano fundamental (DOMINGUEZ; ACHKAR; FERNANDEZ, 2015, p. 198). Para assegurar a efetividade desse direito defenderam que o serviço de esgotamento sanitário e abastecimento de água potável deveria ser prestado exclusiva e diretamente por pessoas jurídicas estatais, como ficou consignado no artigo 47, 3 da Constituição Uruguaia:

> Artigo 47, 3: El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales. (URUGUAI. Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967).

Os movimentos sociais conseguiram, também, incluir no texto da Constituição, pela reforma de 2004, a definição de que a Política Nacional de Águas, ou seja, a regulamentação da Emenda Constitucional, deveria definir que na prestação do serviço de água potável e coleta de esgoto se deveriam antepor primeiramente razões de índole social sobre as de ordem econômica e que as concessões desses serviços à iniciativa privada deveriam ser revertidas, conforme artigo 47, 1, d:

> Artigo 47, 1, d: el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto. (URUGUAI. Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967).

Quanto à reversão das privatizações dos serviços de abastecimento de água, essa mudança efetivamente ocorreu somente nos anos posteriores à definição constitucional de 2004, com a retomada da empresa privada Águas da Costa, filial da empresa transnacional Suez Lyonnaise des Eaux, de origem francesa e da empresa Uragua, filial da transnacional Águas de Bilbao, que atuavam no Departamento de Maldonado. A Comissão Nacional em Defesa da Água e da Vida - CNDAV desempenhou um papel fundamental ao pressionar pela retomada imediata desses serviços por parte do Estado e pela aplicação de todos os termos da nova redação constitucional (DOMINGUEZ; ACHKAR; FERNANDEZ, 2015, p. 201-202).

A forma escolhida pelo Uruguai para dar efetividade a esse direito fundamental reforça a concepção do acesso à água como um bem público ou social, portanto abandona a concepção configurada em vários documentos das instituições financeiras internacionais de tratar o acesso à água como um bem econômico mercantil. Assim, afasta o receio de ver o acesso à água tratado como um produto do mercado, portanto acessível apenas àqueles que detêm condições financeiras. Dessa forma, o Uruguai contrariou as orientações do Banco Mundial que defendia a privatização dos serviços de abastecimento de água e esgoto como forma de expandir o acesso de toda a população à água. Nesse sentido, convém relembrar o alerta de Maude Barlow (2015, p.93) ao mencionar que o Banco Mundial tem como prática condicionar a concessão de empréstimos para o financiamento dos serviços de água à privatização, promovendo, assim, a água como um negócio com fins lucrativos.

No Brasil, os serviços públicos de abastecimento d'água historicamente estiveram a cargo do Poder Público, com a execução de tais serviços por meio de empresas estatais. No

entanto, a partir de 1990, com início do programa de desestatização das empresas públicas, implementado pela Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990 (BRASIL. Lei nº 8.031, 1990), esses serviços passaram a ser executados em vários municípios brasileiros por empresas privadas no regime de concessão de serviços públicos.

O avanço do processo de privatização dos serviços públicos de abastecimento de água no Brasil é assustador. No ano de 2010, os dados da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto – ABCON indicavam que as empresas privadas do ramo atendiam 13,9 milhões de pessoas, em 216 municípios. Em agosto de 2014, os dados divulgados pela ABCON demonstravam que as empresas privadas estão presentes em 297 municípios, atendendo 27 milhões de pessoas. Atualmente, os serviços de abastecimento d'água (saneamento básico) são prestados, ainda, na maior parte dos Municípios, por operadores públicos: há mais de 20 Companhias Estaduais de Saneamento Básico - CESBs que atendem aproximadamente 3.300 Municípios e 1.800 sistemas municipais autônomos (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO – ABCON).

Por fim, a diferença mais complexa, nem por isso menos acentuada que as demais, está no reconhecimento social do acesso à água como um direito fundamental. No Uruguai o reconhecimento desse direito como fundamental foi objeto de ampla mobilização popular, capitaneada pelos movimentos sociais que mobilizaram milhares de pessoas, durante alguns anos, visando instituir uma gestão pública participativa da água, sob o controle do Estado e da sociedade e de incluir no texto da Constituição a caracterização do acesso à água como um direito humano fundamental. O reconhecimento social da importância da caracterização, de forma expressa no texto da Constituição, desse direito como fundamental pode ser traduzido em alguns números, como o da aprovação de quase 65% do eleitorado consultado em plebiscito realizado no ano de 2004, enquanto que o candidato a presidente da República eleito, em eleição realizada na mesma data do plebiscito, obteve pouco mais de 50% dos votos. Tal reconhecimento fez com que, no ano de 2009, a lei que institui a Política Nacional de Águas e que regulamenta a Emenda Constitucional, objeto do plebiscito, fosse aprovada por unanimidade no Parlamento uruguaio.

No Brasil o reconhecimento social da fundamentalidade do direito de acesso à água está reduzido à atuação acadêmica de alguns juristas e na atuação de algumas entidades, organizações não Governamentais, que defendem o direito de acesso à água como direito fundamental não expresso no texto constitucional ou a defesa da aprovação dos projetos de Emenda à Constituição que incluem o direito de acesso como direito formalmente

fundamental. O reconhecimento acadêmico pode ser traduzido em alguns artigos científicos publicados em revistas jurídicas ou obras publicadas que fazem referência ao direito fundamental implícito de acesso à água. Já a atuação de entidades, associações e institutos se resumem em publicações nos seus sítios da internet e em publicações impressas nos seus boletins ou jornais, sem promover qualquer mobilização das pessoas visando pressionar a aprovação das Emendas Constitucionais ou do efetivo reconhecimento por parte do Estado brasileiro da fundamentalidade do direito de acesso à água.

CONCLUSÃO

Após enfrentar a problemática inicialmente estabelecida de identificar e analisar as diferenças quanto ao reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental nos ordenamentos jurídicos do Brasil e do Uruguai, é relevante apresentar, de forma concisa, algumas conclusões.

Ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro, contatou-se que o direito de acesso à água não se encontra expressamente disposto no texto Constitucional da República Federativa do Brasil, por isso, foi necessário reconhecer, por meio de um processo metodológico dedutivo simples, que esse direito, com todas as suas peculiaridades, corresponde ao que é definido como direito fundamental não expresso ou implícito, reconhecido como tal a partir da clausula de abertura constitucional.

Já no Uruguai, o direito de acesso à água é um direito fundamental expresso, portanto, com facilidade é possível identificar o tratamento diferenciado desse direito fundamental em relação aos outros direitos, principalmente quanto a alguns aspectos apontados pela Teoria dos Direitos Fundamentais. Assim, facilmente o direito de acesso à água pode ser reconhecido como norma superior às demais e deve ficar indisponível para o Estado na sua função legislativa, no sentido de não ser aprovada qualquer norma que contrarie o livre direito de acesso à água ou proíba a atuação estatal no sentido de garantir o direito de acesso.

Quanto às assimetrias ou diferenças, entre Brasil e Uruguai, na garantia do direito de acesso à água, destaca-se a diferença na forma como o serviço público de abastecimento é regulado. No Uruguai a população tem a garantia, fixada na Constituição, de que o direito fundamental de acesso à água deve ser exercido por meio de serviços públicos prestados por órgãos estatais. Já no Brasil esse direito para ser exercido pode depender, como já é realidade em vários municípios, de serviços públicos prestados por empresas privadas.

Outra diferença, não menos importante, está no reconhecimento social do acesso à água como um direito fundamental. Enquanto que no Uruguai o reconhecimento desse direito como fundamental, com a inclusão no texto da Constituição da caracterização do direito à água como um direito humano fundamental e da vedação à privatização dos serviços públicos de abastecimento de água, foi fruto de ações implementadas pelos movimentos sociais, no Brasil há apenas projetos de Emendas à Constituição, que tramitam há vários anos, objetivando incluir o direito de acesso como um direito social, formalmente fundamental, sem qualquer mobilização, tanto pela aprovação das emendas, como pelo efetivo reconhecimento por parte do Estado brasileiro da fundamentalidade do direito de acesso à água.

Conclui-se que, sem a menor dúvida, num contexto em que prepondera o positivismo jurídico exacerbado e a hermenêutica tradicional, o ideal seria que o direito de acesso à água potável estivesse formalmente positivado na Constituição brasileira, assim como está na Constituição do Uruguai e de alguns outros Estados Latino-americanos como a Bolívia, Equador e México. No entanto, o reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental implícito, por meio da clausula de abertura constitucional, pode perfeitamente ser suficiente para não provocar qualquer tratamento diferenciado em relação a outro qualquer direito fundamental expresso no texto da constituição, desde que no processo de aplicação do direito seja reconhecida a fundamentalidade desse direito.

REFERÊNCIAS

ABCON - **Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto**. Disponível em <http://www.abcon.com.br/perf_03.php>. Acesso em 02 dez. 2015

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

BARLOW, Maude. **Água: futuro azul**. São Paulo: Editora M. Books, 2015.

BOLIVIA. **Constituição da Bolívia de 2009**. Disponível em <http://www.patrianueva.bo/constitucion/>. Acesso em 03 fev.2016.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PEC 39/07, Projeto de Emenda Constitucional nº 39 de 2007. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>. Acesso em 05 jun. 2016.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PEC 213/12, Projeto de Emenda Constitucional nº 213 de 2012 Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558401>. Acesso em 05 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição Brasileira de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em 08 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>, acesso em 18 dez. 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.433**, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9433.htm>. Acesso em 30 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.031**, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso 05 dez. 2015.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Salvador: Ed. Podivm, 2013.

DOMINGUEZ, Ana; ACHKAR, Marcel; FERNANDEZ, Gabriela. As estratégias da sociedade frente aos processo de privatização da água: conquistas e desafios no Uruguai. CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MOARAIS, Maria da Piedade (editores). *In* **O direito à água como política pública na América Latina** : uma exploração teórica e empírica. Brasília: Ipea, 2015, p. 193-208.

EQUADOR. **Constituição do Equador de 2008**. Disponível em < http://www.presidencia.gob.ec>. Acesso em 07 fev. 2016.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à agua potável: direito fundamental de sexta dimensão**. Campinas: Millennium Editora, 2011.

GALEANO, Eduardo. Entrevista ao jornalista Marcelo Ninio, Caderno Mundo, do Jornal Folha de São Paulo do dia 01.03.2005.

MÉXICO. **Constituição do México de 1917**. Disponível em <http://www.diputados.gob.mx>. Acesso em 15 fev. 2016.

PES, João Hélio Ferreira. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

PES, João Hélio Ferreira. **O Mercosul e as águas**: **:** a harmonização, via Mercosul, das normas de proteção às águas transfronteiriças do Brasil e Argentina. Santa Maria: UFSM, 2005.

PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. **El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

URUGUAI. **Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967**. Disponível em <http://uruguay.justia.com/nacionales/constitucion-de-la-republica-de-uruguay/>. Acesso em 02 fev. 2016.