

## **O USO DOMÉSTICO DE ÁGUA ENCANADA POTÁVEL E A SUA QUALIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA?**

*Christian Guy Caubet<sup>1</sup>*

### **Resumo**

Este pequeno ensaio objetiva apresentar a questão do estatuto jurídico do consumo doméstico de água potável, no Brasil, em seu contexto de indefinições quanto à evolução atual do problema global de abastecimento das populações humanas.

### **Palavras-chave**

Direitos Humanos; Água potável; Recursos Hídricos; Política Nacional.

### **Abstract**

This short essay aims to present the question of the legal status of domestic consumption of drinking water, in Brazil, in context of current uncertainties about the evolution of the global problem of supply of human populations.

### **Keywords**

Human Rights; Drinking Water; Water Resources; National Policy.

### **INTRODUÇÃO**

Este pequeno ensaio objetiva apresentar a questão do estatuto jurídico do consumo doméstico de água potável, no Brasil, em seu contexto de indefinições quanto à evolução atual do problema global de abastecimento das populações humanas. Em 28/7/2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou sua Resolução 10967, apresentada pela Bolívia, pela qual reconheceu, após 15 anos de deliberações, “o acesso a uma água de qualidade e a instalações sanitárias como um direito humano”, sem, no entanto, afirmar que os Estados têm uma responsabilidade prioritária na implementação da Resolução<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Pesquisador Associado Sênior e Ouvidor da Universidade de Brasília –UNB. Pesquisador I A do CNPq. E-mail: caubetc@unb.br.

<sup>2</sup> ONU. Assemblée Générale Soixante-quatrième session 108<sup>e</sup> séance plénière – AG 10967. Droit fondamental à l’eau et à l’assainissement (A/64/L.63/Rev.1. 28/7/2010)  
UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 29<sup>th</sup> Session. Geneva, 11-29 November 2002. E/C.12/2002/11, p. 2

No momento em que a ONU, ou parte dela, começou a se preocupar em definir e adotar um “direito humano à água”, o Brasil já formulou uma referência legal diferente, a lei federal nº 9433, que “Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos [etc]”, segundo a qual a água é um bem de domínio público, com valor econômico e cujo uso tem finalidades múltiplas; para referir apenas os elementos objetos de indagações neste ensaio.

*“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;”*<sup>3</sup>

Desta maneira, está apresentada a contradição básica entre uma afirmação segundo a qual a água potável é um direito essencial da pessoa humana, referendada pelo Representante brasileiro na ONU, que votou a Resolução, e, por outro lado, a afirmação segundo a qual a água, “recurso natural limitado” está dotada de “valor econômico”; em tese. O Art. 1º da Lei Política Nacional de Recursos Hídricos acrescenta o seguinte fundamento aos dois já citados: “III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais”. A Lei 9433 não afirma que as pessoas que vivem no Brasil possuem um direito a(de) receber água potável gratuitamente, já que, ao viverem majoritariamente em cidades, vivem necessariamente em condições de escassez de água. Só encontram água potável em lugares de acesso privativo dos respectivos donos, inclusive o próprio domicílio. É raro encontrar água potável em lugares públicos urbanos e é comum encontrar a informação “Água não potável” adjetivando a ocorrência de água pública como fonte, chafariz ou espelho d’água em jardim público.

Chamar a atenção para o contexto que está se esboçando para o regime jurídico da água potável é uma tarefa que requer descrições jurídicas, especulações econômicas, olhares antropológicos e nenhuma convicção ecológica: ninguém parece saber onde vem a água (consumida em área) urbana e o que representa o conjunto das operações de captação, estocagem, tratamento, distribuição ou transporte e consumo seguros.

Mas valeria, neste início de século XXI, perguntar se a água estaria se tornando um direito social ou um direito humano? Faria sentido tentar chamar a atenção para o fato de que

---

<sup>3</sup> A Lei federal nº 9433 “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”. Fonte: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>

## O USO DOMÉSTICO DE ÁGUA ENCANADA POTÁVEL E A SUA QUALIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA?

as decisões essenciais relativas à mercantilização da água já terem sido tomadas, fora de qualquer debate, especificamente no seu impacto para a qualidade de vida?

No Brasil, entre as circunstâncias agravantes para a declaração de uma eventual condição de “assistido por motivo de água”, há o fato de o debate sequer ter surgido entre os “iniciados” (defensores habituais de Direitos Humanos e de seus titulares/vítimas) e os que permanecem no âmbito “normal” (nos conformes das “normas”) dos conceitos de Direito Administrativo e Fiscal.

Para contribuir a esse debate, pretende-se relatar decisões de jurisprudência relativas ao problema de acesso doméstico à água, no intuito de simplesmente esboçar traços primários do pano de fundo e de mostrar a extensão dos desafios já presentes em matéria de garantia (ou não se trata disso: garantir um mínimo de água para usos domésticos?) de abastecimento de água potável gratuita. Ou será que não se deve usar a palavra “gratuita”, uma vez que a lei evoca como um fundamento da Política Nacional de Recursos Hídricos, o “valor econômico” da água?

### 1. JURISPRUDÊNCIAS SOBRE O DIREITO HUMANO DO ACESSO À ÁGUA

Formular a indagação sobre o papel da jurisprudência na definição do Direito Humano à água é uma pergunta *forjada*. Usa-se a noção de *pergunta forjada* em uma perspectiva acadêmica: trata-se de problematizar situações de fato e qualificações, e de tentar evidenciar que estamos no limiar de um *no man’s land* jurídico. Procurar uma definição jurídica operacional relativa ao comportamento social de ingerir água para finalidades de dessedentação humana e animal, e de dispor de água para finalidade de cocção de alimentos, de higiene pessoal e doméstica, esbarra na precariedade de nossa organização urbana.

Mas reconhecer a prática de pergunta forjada chama para outro problema, jurídico e político agora. Trata-se de apontar para o desafio da qualificação: fato de atribuir um sentido à palavra e, no caso do Direito, fazer com que esse sentido não possa ser discutido após sua emissão no meio social.

A qualificação de uma situação, de um fato, de um comportamento, não é uma operação simples. Aliás, raramente é uma operação simples. Só é uma operação simples em caso do agente definidor da situação possuir o monopólio da qualificação, ou: encontrar-se à raiz de um enunciado dogmático, no sentido dado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior na sua

*Teoria da Norma Jurídica*. Encontra-se nessa posição o magistrado que pode “negar que seja contestado o ponto de partida de suas séries argumentativas”.

## 2. EXEMPLOS DE DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

### 2.1. Falta de pagamento de conta de água por consumidor causou suspensão do fornecimento pela CASAN em Piçarras (SC)

O Casal L.C.F e R.M.F teve cortado o fornecimento de água na sua residência pela CASAN, em virtude da falta de pagamento. Para reprimir o ato atentatório à dignidade humana, ou seja, o corte no fornecimento de água, o casal ajuizou um mandado de segurança contra a CASAN. O caso foi julgado em 25/11/1999.

O juiz de direito da Comarca de Piçarras/SC deferiu o mandado de segurança, entendendo que o fornecimento de água constitui um dos mais importantes bens de consumo, incorporando-se às necessidades vitais humanas. Argumenta, ainda, que o único meio legal de que a CASAN dispõe, para cobrar as faturas atrasadas, é uma ação de cobrança.

Inconformada, a CASAN recorreu alegando que a tarifa de água é um preço público e o corte enquadra-se no poder de polícia<sup>4</sup> amparado pela lei. Assim sendo, requer a reforma da sentença proferida pelo juiz de 1º grau. A procuradoria de Justiça manifestou-se<sup>5</sup> pela manutenção da sentença de 1º grau. Também neste sentido foi a decisão do TJSC<sup>6</sup> entendendo que o fornecimento de água é um serviço essencial e sobrepõe-se ao interesse da prestadora na retribuição pecuniária pelo serviço, dispondo esta da ação de cobrança para a obtenção de seu crédito.

---

<sup>4</sup>“Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. Ou ainda, “é o mecanismo de frenagem de que a Administração dispõe para conter os abusos do direito individual”. (MEIRELES, H.L. *Direito Administrativo Brasileiro*. ed. Malheiros. SP.1997.p.115)

<sup>5</sup>“O abastecimento de água, esgoto, etc..., encontra-se classificado na nomenclatura de serviços *uti singuli compulsório*, portanto não sujeito a autorização de supressão pelo não pagamento, uma vez que a remuneração é realizada mediante taxa, sendo autorizada somente a cobrança executiva, quando do não pagamento”.

<sup>6</sup>“ÁGUA. Cuidando-se de bem absolutamente essencial, o corte de seu fornecimento, por falta de pagamento, lesa direito líquido e certo do usuário. A cobrança das respectivas tarifas deve ser feita judicialmente”.(Apelação Cível nº 99.011958-0, da Comarca de Piçarras/SC, Relator Desembargador João José Schaefer)

## O USO DOMÉSTICO DE ÁGUA ENCANADA POTÁVEL E A SUA QUALIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA?

### **2.2. Falta de pagamento de conta de água por consumidor causou suspensão do fornecimento em Balneário Camboriú (SC)**

O Condomínio E.N. ajuizou medida cautelar no juízo da 2ª Vara Cível, da comarca de Balneário Camboriú/SC, objetivando impedir a suspensão da prestação de serviços de água e esgoto pela CASAN. O juiz deferiu o pedido liminar do Condomínio E.N. O caso foi julgado em 30/11/1993.

Inconformada, a CASAN recorreu, alegando que há meses não é efetuado o pagamento pela prestação de serviços de água e saneamento. O Tribunal na análise do recurso menciona que o referido serviço é de utilidade pública. E mesmo sendo realizadas por uma entidade paraestatal, as referidas atividades são consideradas estatais típicas. Desta forma, deverão atender aos princípios constitucionais<sup>7</sup> impostos às empresas públicas, como se públicas fossem.

A decisão<sup>8</sup> indeferiu o recurso por restar demonstrado que a suspensão do fornecimento de água e saneamento por falta de pagamento é ilegal. A CASAN dispõe de meios legais próprios para obter o crédito. Menciona ainda<sup>9</sup> que

não pode ser cortado, em hipótese alguma, o abastecimento domiciliar de água. Não importa se a remuneração desse serviço é designada taxa ou tarifa, nem se o fornecedor é autarquia, empresa pública, sociedade mista ou empresa privada. O que importa é que se trata de serviço público fundamental, instituído para socorrer a uma necessidade vital da sociedade.

### **2.3. Legalidade no corte do fornecimento de água aos estabelecimentos de ensino público no Estado de São Paulo na falta de pagamento**

A Fazenda Estadual recorreu da sentença de 1º grau que julgou legal o corte no fornecimento de água pelo DAE/SP a estabelecimentos escolares, por falta de pagamento. Este caso foi julgado em 21/05/1992.

---

<sup>7</sup> Artigo 37, da Constituição Federal de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, e do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ...”.

<sup>8</sup>“AGRAVO de INSTRUMENTO - Corte no fornecimento de água. Decisão que o impede, proferida em ação cautelar inominada. Recurso Desprovido. É ilegal e abusivo o corte do fornecimento de água com a finalidade de compelir o usuário ao pagamento de tarifa. O depósito prévio do valor considerado indevido pelo usuário é indispensável na hipótese da medida cautelar perseguir a discussão do *quantum debeatur* a título de consumo, máxime se prestada caução real”.

<sup>9</sup> *Revista de Direito Tributário*, nº 6, págs. 175/176

A Fazenda se defende argüindo que os débitos não eram exatos e que, a teor da Constituição Federal<sup>10</sup> o serviço prestado pelo DAE/SP é público; razão pela qual não pode ser interrompido. O Ministério Público de 1º grau alega que o recurso é improcedente, ou seja, o corte é legal. Já a Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso, ou seja, entende que o corte é ilegal. O Tribunal de Justiça manteve a decisão de 1º grau, não deferindo o recurso<sup>11</sup>. Seguem algumas palavras proferidas pelos Magistrados, quando da análise do recurso:

a respeitável sentença deu correta solução ao caso ora em exame e deve ser mantida, pelos seus próprios fundamentos. O fornecimento de água, em Bauru, não é imposto de forma obrigatória aos munícipes, mas sim, recebe-a quem se dispõe a tanto, mediante pagamento de tarifa. Se compulsório o fornecimento de água, seria legítima a cobrança de taxa, e não de tarifa e somente nessa hipótese, segunda a lição de Hely Lopes Meirelles, lembrada pela respeitável sentença, é que seria ilegítimo o corte de fornecimento, pelo não pagamento do respectivo consumo”. Ainda: “nem se diga, como argumenta a apelante, que se cuida, na hipótese, de serviço público, o qual não pode ser interrompido. O eventual corte ao fornecimento de água pode causar sério gravame ao funcionamento das escolas, mas necessariamente não interrompe seu funcionamento..., guardadas as devidas proporções, a hipótese aqui examinada guardaria boa semelhança com o não pagamento de aluguel ao proprietário de prédio ocupado por repartição pública sob o manto de relação locatícia, não sendo possível impedir esse proprietário de obter o despejo da repartição em decorrência de tal impedimento, ainda que a desocupação forçada desse [sic] causa à interrupção do serviço público prestado por tal repartição.

#### **2.4. Ilegalidade no corte do fornecimento de água por inadimplência do consumidor**

No intuito de evitar o corte no fornecimento de água, C.F.M. impetrou mandado de segurança preventivo contra a CESAN. Como o mandado de segurança preventivo foi aceito, a CESAN apelou, alegando como preliminar a ausência de direito líquido e certo de C.F.M. Foi negado provimento ao recurso com base nas seguintes razões: a ausência de direito

---

<sup>10</sup> Artigo 37, da Constituição Federal de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, e do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência,...”.

<sup>11</sup>“ÁGUA – Fornecimento– Corte – Estabelecimento de ensino – Falta de pagamento das contas mensais - Serviço de imposição não obrigatória remunerada por tarifa - Penalidade que possui amparo legal - Ordem denegada – Sentença confirmada”. (Apelação Cível nº 163.347-1, Comarca de Bauru, SP. Extraído da LEX nº 138, p. 40/420).

## O USO DOMÉSTICO DE ÁGUA ENCANADA POTÁVEL E A SUA QUALIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA?

líquido e certo do impetrante é matéria de mérito, e não preliminar; o art. 9º, da Constituição Estadual do Espírito Santo considera o fornecimento de água como serviço público essencial e, como tal, não pode ser interrompido ainda que inadimplente o usuário.

A CESAN apresentou, então, Recurso Especial<sup>12</sup> ao STJ sustentando a legalidade da disposição existente em seu regulamento que autoriza a interrupção do fornecimento de água ao usuário inadimplente, sem atacar a fundamentação no art. 9º da Constituição Estadual do Espírito Santo, razão pela qual a Primeira Turma do STJ, tendo como Ministro Relator Milton Luiz Pereira, não conheceu do Recurso Especial.

O Ministro Relator fundamentou sua decisão em outros julgados da Primeira Turma que concluíram “pela impossibilidade de corte no fornecimento de água ou energia elétrica, mesmo que inadimplente o usuário”<sup>13</sup>, considerando o corte como “ato reprovável, desumano e ilegal”<sup>14</sup>, uma vez que a energia é “um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.”<sup>15</sup>

### 3. COMENTÁRIOS: FATOS, CONCEITOS E QUALIFICAÇÕES DE UNS E OUTROS

#### 3.1. Da afirmação de um regime jurídico nasce a exclusão de outro(s)

As decisões jurisprudenciais mostram que os tribunais dão amplo amparo a muitos pedidos que objetivam garantir o abastecimento de água de inadimplentes. Concretamente, isso significa que pessoas que deixaram de pagar sua conta d’água e foram sancionadas pelo Agente fornecedor contratualmente estabelecido, através de uma cessação de fornecimento unilateralmente decidida, podem voltar a receber o fornecimento através de petição judicial e sentença judicial.

Quanto à decisão de não amparar a dignidade das crianças de uma escola, negando-lhes o direito (elementar, essencial, humano, fundamental?) de receber água, independentemente do pagamento desta pela autoridade pública mantenedora da escola, esta

---

<sup>12</sup> Resp. 00122812/ES. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 05.12.2000.

<sup>13</sup> Voto do Min. Milton Luiz Pereira, *In* Resp. 00122812/ES. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 05.12.2000.

<sup>14</sup> Resp. 201.112/SC, Min. Garcia Vieira, DJU, 10.05.99, p. 124.

<sup>15</sup> ROMS 8.915/MA, Min. José Delgado, DJU, 17.08.98, p. 23.

decisão causa perplexidade. Pode-se, entretanto, considerar seu aspecto isolado, entre outras sentenças que definem com maior nitidez os limites da cobrança de água e do corte no abastecimento, proibido, este, por se tratar de iniciativa indigna nos seus efeitos de humilhar os consumidores e de lesar direitos essenciais da pessoa humana. Mas pode-se também estranhar o argumentário utilizado pelos egrégios magistrados para justificar sua decisão. Com efeito, não são de índole jurídica as afirmações finais dos juízes observando que o eventual corte de água a uma escola não interrompe necessariamente o funcionamento da mesma e pode ser comparado, “guardadas as devidas proporções” [??] ao despejo de inquilino que não pagou o aluguel :

O fornecimento de água, em Bauru, não é imposto de forma obrigatória aos municípios, mas sim, recebe-a quem se dispõe a tanto, mediante pagamento de tarifa. Se compulsório o fornecimento de água, seria legítima a cobrança de taxa, e não de tarifa e somente nessa hipótese, segunda a lição de Hely Lopes Meirelles, lembrada pela respeitável sentença, é que seria ilegítimo o corte de fornecimento, pelo não pagamento do respectivo consumo”.

Ainda: “nem se diga, como argumenta a apelante, que se cuida, na hipótese, de serviço público, o qual não pode ser interrompido. O eventual corte ao fornecimento de água pode causar sério gravame ao funcionamento das escolas, mas necessariamente não interrompe seu funcionamento..., guardadas as devidas proporções, a hipótese aqui examinada guardaria boa semelhança com o não pagamento de aluguel ao proprietário de prédio ocupado por repartição pública sob o manto de relação locatícia, não sendo possível impedir esse proprietário de obter o despejo da repartição em decorrência de tal impedimento, ainda que a desocupação forçada desse [sic] causa à interrupção do serviço público prestado por tal repartição”.

O preocupante interesse dessa formulação reside no fato de que, nesse raciocínio, existe a afirmação segundo a qual o fornecimento de água foi assimilado ao regime jurídico de direitos reais, de direito privado, e às disposições relativas ao *usus* e ao *fructus*. Segundo os Magistrados: “*nem se diga, como argumenta a apelante, que se cuida, na hipótese, de serviço público, o qual não pode ser interrompido.*” Portanto, é o Tribunal que decide, *in casu*, tratar-se, ou não, de serviço público. É uma operação de qualificação da qual resulta, *ipso facto*, um conjunto de conseqüências de Direito: um regime jurídico.

Não há serviço público de ensino que surja à mente dos magistrados e cuja evocação implique necessário e imediato reconhecimento da dignidade dos seres humanos usuários do serviço; cujo funcionamento nem seria necessariamente interrompido pelo corte de abastecimento de água.

*O eventual corte ao fornecimento de água pode causar sério gravame ao funcionamento das escolas, mas necessariamente não interrompe seu funcionamento...*



### 3.2. Estabelecimento de hierarquia nas operações de qualificação dos fatos?

Em primeiro lugar, seria possível indagar e conferir se as jurisdições optam por:

- definir primeiro a natureza da “retribuição pecuniária” (STF *dixit*) pela entrega de água, para deduzir dessa “natureza” a qualificação da relação jurídica “entrega de água” a um consumidor.
- definir primeiro a natureza da operação de entrega de água ao consumidor e deduzir dessa natureza a qualificação do vínculo econômico entre o fornecedor e o consumidor
- deixar de justificar o que vem primeiro: a distribuição de água como serviço público a ter incidência sobre a definição da remuneração; ou a “retribuição pecuniária” pela distribuição como fator econômico a determinar um tipo de relação de consumo; ou a substância água como elemento fora do comércio em função da natureza imaterial dos elementos protegidos (cf. “dignidade humana”; corte de água como “ato reprovável, desumano e ilegal”; serviço público”; “um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável”; “serviço essencial e sobrepõe-se ao interesse da prestadora na retribuição pecuniária pelo serviço”; “bem absolutamente essencial, o corte de seu fornecimento, por falta de pagamento, lesa direito líquido e certo do usuário);

Nesta busca de elementos factuais sujeitos a qualificação, apareceria a tarefa de decidir se indenizar a entrega de água consiste em pagar taxa, preço público, ... pois qualificar a natureza da prestação do beneficiário de abastecimento é outro desafio. Os magistrados recorrem a diversos termos, sendo o valor pago, sucessivamente:

- a tarifa de água é um preço público;
- Não importa se a remuneração desse serviço é designada taxa ou tarifa;
- taxa;
- preço público;
- semelhança com o não pagamento de aluguel;
- recebe-a quem se dispõe a tanto, mediante pagamento de tarifa;
- retribuição pecuniária pelo serviço (pouco importando – ou não? - no caso, que a - expressão “retribuição pecuniária” se deva à *prudencia* do STF; que qualifica dita retribuição de tarifa);

- o abastecimento de água, esgoto, etc..., encontra-se classificado na nomenclatura de serviços *uti singuli compulsório*, portanto não sujeito a autorização de supressão pelo não pagamento, uma vez que a remuneração é realizada mediante taxa, sendo autorizada somente a cobrança executiva, quando do não pagamento”.

Pode-se fundamentadamente indagar se o entendimento majoritário reforça a avaliação segundo a qual uma política pública de água haverá, no futuro, de definir e atribuir uma quota mínima de água de consumo para todo residente no País.

Outra observação é relativa à questão de saber se cabe ao Judiciário dar injunções de fazer ao Poder Executivo, em função do alegado Princípio da separação dos Poderes. Registrou-se uma decisão<sup>16</sup> que se nega a determinar que um prefeito monitore a qualidade da água, enquanto outra<sup>17</sup> determina que outro prefeito municipal instale um esgoto cloacal eficiente, em prazo determinado.

A ação impetrada, no primeiro caso, objetivava realizar a correta aplicação de cloro na água. Ao deixar de exigí-la, com base na simples responsabilidade do prefeito, o poder judiciário permite que a autoridade deixe de cumprir sua obrigação. Existem muitas maneiras de convidar uma autoridade pública a cumprir suas obrigações, sem necessidade de evocar a não ingerência de um poder nas competências do outro como Princípio, e com resultados positivos para a qualidade de vida.

Mas ainda não foi resolvida a qualificação do consumo de água como Direito, do acesso à água como Direito Humano ou Direito Fundamental. Uma incursão na área do Direito Penal poderia abrir as perspectivas?

---

<sup>16</sup> AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Objetivo – Impor à Municipalidade tratamento de água destinada ao abastecimento público – Execução depende de prévio planejamento e de condições econômico-financeiras – Impossibilidade do Judiciário nos termos pretendidos na inicial – Extinção do processo sem julgamento do mérito - Recursos providos. Apelação Cível nº 252.460-1 da Comarca de Andradina/SP julgada pela 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo”.(LEX nº 184, p. 21/24)

<sup>17</sup> “O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 preceitua que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, ou seja, foram atribuídas a cada Poder funções específicas”. “Ao Poder Executivo incumbe executar as leis e administrar o País, e ao Poder Judiciário aplicar a lei ao caso concreto. Cabendo ao Poder Executivo a função de executar as leis, fica claro que ao poder Judiciário não compete dizer quando e como executar as suas funções”

## O USO DOMÉSTICO DE ÁGUA ENCANADA POTÁVEL E A SUA QUALIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA?

### 4. O DIREITO HUMANO À ÁGUA COMO FATOR DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL? OU: FURTAR A ÁGUA PODE SER UM FATO ESCUSADO EM NOME DO EXERCÍCIO DE UM DIREITO HUMANO?

Em 20 de maio de 2009, o Ministro do Supremo Tribunal Federal –STF- Ricardo Lewandowski suspendeu a ação penal impetrada contra um réu acusado de furtar água no Rio Grande do Sul. O Sr. GSJ... realizara uma ligação clandestina de água para satisfazer suas próprias necessidades. O Ministério Público do Rio Grande do Sul (RS) entendeu tratar-se de furto em prejuízo da Companhia Riograndense de Água e Saneamento – CORSAN-. O ministro concedeu medida liminar, em Habeas Corpus<sup>18</sup> (HC 99054), para suspender temporariamente os efeitos da ação penal impetrada. De acordo com a denúncia do Ministério Público, o furto causou prejuízo de R\$ 96,33 à Corsan.

*Em princípio* (com esta redação, quer-se enfatizar que está em jogo uma referência básica a nortear decisões a serem tomadas pelos juízes; por se tratar de *princípio*<sup>19</sup>), a questão foi julgada na esfera penal sem que ninguém levantasse, inclusive no exame da liminar, a preliminar de o assunto envolver um direito humano, um direito social, um direito fundamental da pessoa humana ou outro motivo (como um “direito à água”) que dispensasse examinar uma eventual culpabilidade penal (“furto de água?”) do réu, ou constituísse um fato justificativo, uma desculpa ou um motivo de absolvição do ato por ele cometido. Ao contrário, a ação do réu foi claramente caracterizada como uma ação de furto prejudicial ao patrimônio alheio (no caso: da CORSAN), pois foi alegado o princípio da insignificância/bagatela tanto na primeira instância quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) e, em seguida, pelo Ministro do STF. Isso significa que não houve dúvida sobre o fato de que se tratava de um furto e tratou-se de desqualificar o ato como furto, aplicando-se o *princípio da insignificância*, por considerar-se o caso como de pouca ou nenhuma relevância para o Direito Penal. Está caracterizada uma situação em que não há lesão significativa ao bem jurídico tutelado. Isto é: os juizes que usam a qualificação de insignificância do furto, afirmam *ipso facto* a inexistência de prejuízo material significativo ao patrimônio da vítima. Essa qualificação provisória, efetuada pelo STF, divergiu da que fora

---

<sup>18</sup> Supremo Tribunal Federal HC/99054 - HABEAS CORPUS. Origem: Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pcte.(s) Gilson Sandro Jansen. Mpte.(s): Defensoria Pública da União. Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça

<sup>19</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos; 2) SALDANHA, NELSON. Legitimação e fundamentação; 3) DINIZ, José Janguê Bezerra. Princípios constitucionais do processo. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (Coord.). *Direito constitucional*. Brasília: Consulex, 1998. 618 p.

aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça –STJ-, que acolhera recurso do insistente MP / RS contra o réu e abrisse ação penal contra ele.

Segundo o Ministro do STF : “É dizer, o furto de água no valor reconhecido de R\$ 96,33 (noventa e seis reais e trinta e três centavos), nas condições narradas na denúncia do Ministério Público gaúcho, não se mostra, em tese, capaz de atingir de modo relevante a esfera de proteção do Direito Penal.”

Até o momento, não houve manifestação de nenhum dos operadores jurídicos envolvidos no caso, até no STF, para observar que o réu aplicou a seu favor as disposições da Lei 9433 que estabelecem que, em caso de escassez, a prioridade da distribuição da água é para satisfazer as necessidades dos seres humanos<sup>20</sup>. Dentre os operadores envolvidos no caso, nenhum ouviu falar do “direito humano à água”, ou, se ouviu falar, não avaliou que fosse uma base jurídica adequada para pedir a liberdade de uma pessoa que se apropriou da água de uma companhia de distribuição...

## **5. O QUE SERIA O DIREITO À ÁGUA SEGUNDO A QUALIFICAÇÃO DADA PELOS MOVIMENTOS SOCIAIS?**

O direito à água é um direito inalienável individual e coletivo. A água é um elemento da economia dos bens comuns e da partilha da riqueza, e não da economia da acumulação privada e individual que promove a depredação da riqueza alheia. “O direito à água faz parte da ética de base de uma ”boa“ sociedade humana e de uma ”boa“ economia”.

A água deve contribuir para a solidariedade da vida entre comunidades, países, sociedades, sexos e gerações. A desigualdade na distribuição da água e dos rendimentos na produção de bens

não significa que os povos ricos em água e as pessoas ricas em rendimento possam fazer dela a utilização que entendam, ou seja: vender (ou comprar) ao estrangeiro para disso tirarem o máximo lucro (ou prazer). É tempo da água deixar de ser, em numerosas regiões do mundo, fonte de grandes desigualdades entre homens e mulheres, estas últimas suportando o fardo das atividades econômicas ligadas à água.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> “Art. 1º. A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: III – em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais”. Fonte: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>

<sup>21</sup> Comitê Promotor Mundial para o contrato de água. *O manifesto da água*. Lisboa, Valência, Bruxelas. 1998. p.1.

## O USO DOMÉSTICO DE ÁGUA ENCANADA POTÁVEL E A SUA QUALIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA?

A água é um problema de cidadania e de democracia: a gestão integrada sustentável e solidária da água é domínio da democracia participativa, representativa e direta. Ultrapassa as competências e os conhecimentos dos técnicos, dos engenheiros ou dos banqueiros. O utilizador (consumidor pagador e não-pagador) tem um papel importante a desempenhar pelas suas opções, dentro de práticas norteadas pelos princípios de uma economia e de uma sociedade sustentáveis. Os requisitos de gestão descentralizada e transparente devem ser aplicados em todos os âmbitos de tomada de decisão: aldeias, cidades, aquíferos, bacias, regiões. As práticas locais e tradicionais devem ser revalorizadas.

A noção de parceria é fundamental para realizar a gestão de maneira eficaz e amistosa. Uma parceria que seria apenas formal e submetida, na realidade, aos interesses dos atores privados motivados pela competição por motivo da conquista de mercado, o que seria inevitável se a água fosse reconhecida como um bem econômico e comercial, só poderia prejudicar os objetivos do acesso à água para todos e de sua gestão integrada.

Garantir o acesso à água para a satisfação das necessidades elementares da vida de toda pessoa e das comunidades humanas, é uma obrigação para a sociedade no seu conjunto. É a sociedade organizada que deve assumir coletivamente o conjunto dos custos relativos à coleta, ao tratamento, à distribuição, à conservação, à estocagem, à utilização e ao reaproveitamento da água, bem como determinar quais são as quantias e a qualidade indispensáveis para os integrantes da comunidade.

O conjunto dos custos inclui as externalidades negativas, que não são consideradas pelos preços-de-mercado. Esses custos são sociais e coletivos e devem ser divididos entre todos os integrantes da coletividade. Os mecanismos de tarifação individual e a progressividade eventual dos preços só podem ser determinados para quantidades de água que ultrapassem o mínimo vital indispensável à sadia manutenção das condições de vida. Para efeito da preservação das condições de sobrevivência humana, deve-se considerar a quantidade mínima de 50 litros d'água potável gratuita por dia e por pessoa, como indicam estudos fidedignos da Organização das Nações Unidas:

Suficiência. O abastecimento de água para cada pessoa deve ser suficiente e regular para as necessidades individuais diárias. Uma quantidade suficiente

de água deveria normalmente chegar a 50 litros, ou ao nível mínimo essencial (cerca de 20 litros).<sup>22</sup>

Também devem ser lembrados os solenes engajamentos da Agenda 21, através da qual houve, em 1992, no Rio de Janeiro, um apelo universal para providenciar água para as populações humanas do mundo inteiro:

18.58. Todos os Estados, segundo sua capacidade e recursos disponíveis, e por meio da cooperação bilateral ou multilateral, inclusive com as Nações Unidas e outras organizações pertinentes, quando apropriado, podem estabelecer as seguintes metas:

(a) Até o ano 2000, garantir que todos os residentes em zonas urbanas tenham acesso a pelo menos 40 litros per capita por dia de água potável e que 75 por cento da população urbana disponha de serviços de saneamento próprios ou comunitários;

(b) Até o ano 2000, estabelecer e aplicar normas quantitativas e qualitativas para o despejo de efluentes municipais e industriais;

(c) Até o ano 2000, garantir que 75 por cento dos resíduos sólidos gerados nas zonas urbanas sejam recolhidos e reciclados ou eliminados de forma ambientalmente segura.

Além do mínimo vital, as tabelas de preço devem ser progressivas e considerar a quantidade utilizada. Os excessos e abusos de consumo ou de outra utilização devem ser devidamente penalizados.

É dentro desses parâmetros que se pode evocar um direito à água. Entretanto, para que esse direito não seja mais um “*direito a*”, sem conteúdo formal, ainda haveria necessidade de evocar as condições de sua garantia de implementação.

## **6. INDAGAÇÕES NECESSÁRIAS SOBRE OS PARÂMETROS DE POLÍTICAS PÚBLICAS (INCLUSIVE AS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS?) RELATIVOS AO ACESSO À ÁGUA EM MEIO URBANO**

Este último item de apresentação apenas pretende convidar à reflexão sobre alguns dos tópicos que deverão ser levados em consideração com a existência da Lei 11 445, de 5/1/2007, que

“Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n<sup>os</sup> 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei n<sup>o</sup> 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras

---

<sup>22</sup> UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 29<sup>th</sup> Session. Geneva, 11-29 November 2002. E/C.12/2002/11, p. 2:

Sufficiency. The water supply for each person must be sufficient and regular for daily individual requirements. A sufficient quantity of water would ordinarily amount to approximately 50 litres, or the minimum essential level (approximately 20 litres).

## O USO DOMÉSTICO DE ÁGUA ENCANADA POTÁVEL E A SUA QUALIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA?

providências. Alguns tópicos do texto da lei, sem nenhum comentário, parecem exigir considerações complexas:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:

II - necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas;

III - negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito;

Dos aspectos técnicos:

Art. 43. A prestação dos serviços atenderá a requisitos mínimos de qualidade, incluindo a regularidade, a continuidade e aqueles relativos aos produtos oferecidos, ao atendimento dos usuários e às condições operacionais e de manutenção dos sistemas, de acordo com as normas regulamentares e contratuais.

Parágrafo único. A União definirá parâmetros mínimos para a potabilidade da água.

Os embates futuros em relação à aplicação das disposições legais poderão diminuir?

ANA LÚCIA BRITTO aponta para vários desafios, nem todos relatados na seguinte citação:

A instituição de tarifas sociais, baseadas no volume consumido pelo usuário, é hoje o mecanismo mais difundido como adequado para promover o uso racional da água e garantir o acesso aos serviços da população mais pobre. Porém, as políticas de tarifas sociais existentes no Brasil ainda se mostram insuficientes, tanto para garantir a universalização do acesso aos serviços de saneamento ambiental, quanto para viabilizar a equidade e a justiça social na prestação dos mesmos. A discussão de um sistema tarifário inclusivo passa pela a definição de mecanismos para controlar a lógica do mercado e promover a equidade tais como: obrigação do prestador de atender o usuário que demanda a ser conectado; a proibição da desconexão de imóveis ocupados; a obrigação dos prestadores de serviços em assistir de maneira particular os usuários que vulneráveis, de baixa renda.” [...] Pode-se “extrapolar o debate sobre o sistema de tarifas sociais, e buscar a lógica que o orienta. Essa lógica é a da água como mercadoria, vendida e comprada de acordo com o poder aquisitivo do comprador.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> BRITTO, Ana Lúcia. Tarifas sociais, justiça social e justiça ambiental no acesso. Aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. In Conferência Internacional da Rede Waterlat. “Tensão entre justiça ambiental e justiça social na América Latina: o caso da gestão da água”. São Paulo (SP), Memorial da América Latina. 25 a 27/10/2010. P.13

Haveria alguma lógica em imaginar uma jurisprudência que destoaria das premissas que ela levava em consideração antes da existência da lei 11 445?

## **CONCLUSÕES**

Pretendeu-se chamar a atenção para o fato de que a noção de água como direito humano ou como direito social é contemporânea e consubstancial das políticas ultra liberais relativas à inclusão forçada, no mercado, de uma substância vital insubstituível. Em outras palavras: se tanto se evoca a água como direito social ou como direito humano, nos últimos dez anos, é porque já se avançou de maneira considerada irreversível na sua privatização e na exclusão social de partes cada vez maiores da população. Entenda-se bem: a apropriação e a privatização da água não são irreversíveis “em si”. Mas nos lugares onde se realizou a mercantilização da água, a proclamação do “Direito à” água aparece como um corolário evidente da transformação da água em mercadoria. Neste último contexto, não há mais quem argumente que o fornecimento da água deva permanecer gratuito, além de já se admitir a cobrança de preço para a amortização das instalações necessárias a colocar a água à disposição do consumidor, no lugar do consumo. Segundo os promotores do Direito à água, realizar as infra-estruturas de captação, estocagem, tratamento e distribuição da água potável é um conjunto de operações que poderiam ser objeto de uma precificação e de uma cobrança. Mas o estabelecimento de um preço é uma operação que nunca poderia se aplicar à água em si, à substância essencial para manter vivos os seres humanos.

## **Referências Bibliográficas**

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas. O que falar quer dizer*. Prefácio de Sérgio Miceli. São Paulo: Editora da USP, 1998. 188p.

BOURDIEU, Pierre. *A produção da crença. Contribuição para uma economia dos bens simbólicos*. 2.ed. São Paulo: Zouk, 2004. 219 p.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005

BRASIL. Lei federal nº 9433 “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



**O USO DOMÉSTICO DE ÁGUA ENCANADA POTÁVEL E A SUA QUALIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL:  
CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA?**

modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989”. Fonte: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>

BRITO, Ana Lúcia. Tarifas sociais, justiça social e justiça ambiental no acesso aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. In Conferência Internacional da Rede Waterlat. “Tensão entre justiça ambiental e justiça social na América Latina: o caso da gestão da água”. São Paulo (SP), Memorial da América Latina. 25 a 27/10/2010.

O Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo hospeda o CD de trabalhos da Waterlat. O site do CD é [www.iea.usp.br/textos/waterlat](http://www.iea.usp.br/textos/waterlat). O conteúdo inteiro: [www.iea.usp.br/textos/waterlat/waterlat.rar](http://www.iea.usp.br/textos/waterlat/waterlat.rar).

CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política...e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2004. 305 p.

CAUBET, Christian Guy. *A água doce nas relações internacionais*. Bauru (SP): Manole, 2006. 223p.

CAUBET, Christian Guy. *O Aquífero Guarani e seus sistemas jurídicos. Normas e princípios ou laissez faire para as águas subterrâneas?* Congresso de Direito Internacional Público. Foz de Iguaçu. 18 a 20/7/2010. 15 p.

Comitê Promotor Mundial para o contrato da água. *O manifesto da água*. Lisboa, Valência, Bruxelas, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos; 2) SALDANHA, NELSON. Legitimação e fundamentação; 3) DINIZ, José Janguê Bezerra. Princípios constitucionais do processo. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (Coord.). *Direito constitucional*. Brasília: Consulex, 1998. 618 p.

INDA, Andrés García. *La Violencia de las Formas Jurídicas. La sociologia del Poder y el Derecho de Pierre Bourdieu*. Barcelona: Cedecs Editorial. 1997. 243 p.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.

ONU. Assemblée Générale Soixante-quatrième session 108<sup>e</sup> séance plénière – AG 10967. Droit fondamental à l’eau et à l’assainissement ([A/64/L.63/Rev.1](#). 28/7/2010)

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 29<sup>th</sup> Session. Geneva, 11-29 November 2002. E/C.12/2002/11, p. 2

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Água: bem privado, bem público ou bem difuso? In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Recursos hídricos: aspectos éticos, jurídicos, econômicos e sócio-ambientais*, v. 1. Campinas/SP: Editora Alínea, 2007, p. 37-56.