

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO

SILVIA HELENA BAVARESCO ALVES DOS SANTOS

**DO DIREITO COLETIVO À ÁGUA E SEU FORNECIMENTO GRA-
TUITO AOS USUÁRIOS HIPOSSUFICIENTES**

RIBEIRÃO PRETO
2015

SILVIA HELENA BAVARESCO ALVES DOS SANTOS

**DO DIREITO COLETIVO À ÁGUA E SEU FORNECIMENTO
GRATUITO AOS USUÁRIOS HIPOSSUFICIENTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania, sob a orientação do Prof. Dr. Bruno Freire e Silva.

RIBEIRÃO PRETO

2015

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

S237m Santos, Silvia Helena Bavaresco Alves dos, 1970-
Do Direito coletivo à água e seu fornecimento gratuito aos
usuários hipossuficientes / Silvia Helena Bavaresco Alves dos
Santos. - - Ribeirão Preto, 2015.

101 f.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Freire e Silva.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2015.

1. Direito coletivo. 2. Política pública. 3. Dignidade humana.
I. Título.

CDD 340

SILVIA HELENA BAVARESCO ALVES DOS SANTOS

DO DIREITO COLETIVO À ÁGUA E SEU FORNECIMENTO GRATUITO AOS USUÁ-
RIOS HIPOSSUFICIENTES

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Di-
reito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como
requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Di-
reitos Coletivos e Cidadania.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

Data da defesa: 23/09/2014

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Bruno Freire e Silva
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Fabiano de Carvalho
FAAP – Fundação Armando Alvares Penteado

Prof. Dr. Juventino de Castro Aguado
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu marido e companheiro, ***Marco Antonio***,
que com muita paciência e dedicação me ajudou a traçar um caminho claro e objetivo no
percorrer deste trabalho;
aos meus filhos, ***Guilherme e Helena***, que são a fonte de inspiração de minha vida
e a minha amiga e colega profissional, ***Patrícia***, que desde o início desta nova conquista me
ajudou a vencer barreiras com o fim de alcançar um ideal tão sonhado.
Muito obrigada a todos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado força e sabedoria nesta trajetória, pois mesmo enfrentando muitos obstáculos que levaram-me ao desânimo fez brotar luz e inspiração dentro de minha alma dando-me coragem e perseverança, culminando neste momento de alegria e satisfação. Obrigada por mais uma vitória;

Agradeço aos meus familiares, pelo amor e compreensão, dedicação e apoio constantes me permitindo ser, ao mesmo tempo uma boa mãe e uma aluna-pesquisadora;

Aos professores do curso de mestrado em direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, especialmente ao professor Jose Querino Tavares Neto que acompanhou os primeiros passos desta pesquisa, me auxiliando em um caminhar lógico e preciso;

Ao meu orientador, Prof. Dr. Bruno Freire e Silva que de forma generosa aceitou o encargo de minha orientação.

“Um pobre e esplêndido poeta, o mais atroz desesperado, escreveu esta profecia: ‘Ao amanhecer, armados de uma ardente paciência, entraremos nas esplêndidas cidades.’ Eu creio nesta Profecia de Rimbaud. Sempre tive confiança no homem. Não perdi jamais a esperança. Por isso talvez cheguei até aqui com a minha poesia, e também com a minha bandeira. Em conclusão devo dizer aos homens de boa vontade, aos trabalhadores, aos poetas, que todo porvir foi expresso nessa frase de Rimbaud: só com uma ardente paciência conquistaremos a esplêndida cidade que dará luz, justiça e dignidade a todos os homens. Assim a poesia não terá contado em vão.”

Pablo Neruda – Do discurso do Prêmio Nobel.
(Na obra “ Presente de um Poeta”.V&R, 2001)

RESUMO

O serviço de fornecimento de água é um bem essencial à pessoa, e quando devidamente comprovado que usuário não tem condições para pagar pelo referido serviço, este deve ser prestado no mínimo necessário à sobrevivência de forma gratuita. Motiva-se este trabalho no fato da permissão tanto legal como jurisprudencial no sentido de ser o fornecimento de água interrompido ante a inadimplência de seu usuário, sem, contudo, ser levado em consideração que a água é um bem essencial à vida e para a solução do problema há a necessidade de se promover um comprometimento da política pública, no sentido de regulamentar o consumo mínimo de água necessário ao ser humano e que estabeleça medidas a serem adotadas para a comprovação do estado de miserabilidade do usuário. Que uma vez implantadas tais medidas toda a coletividade será beneficiada e não apenas a minoria, já que está última com certeza fará uso racional do consumo de água, para ficar dentro do patamar da gratuidade, surtindo desta forma reflexo em todo o sistema de abastecimento de água, já que a água é bem comum de todos e pertence de forma igual a todos.

Palavras- chave: Fornecimento de água. Direito Coletivo. Política Pública. Dignidade da Pessoa Humana. Usuários Hipossuficientes.

ABSTRACT

The is essential to the well person, and when duly established that user is unable to pay for that service, this should be provided in the minimum necessary for survival for free. Motivates this work is in fact permission of both legal and jurisprudential sense of being in the water supply stopped at the default of its user, without, however, be borne in mind that water is essential to life as well, since it precedes the very existence. It concludes that the solution to the problem is the need to promote a compromising public policy, in order to regulate the minimum consumption of water required to humans and to establish measures to be adopted to prove the miserable state of the user. Once implemented such measures will benefit the whole community and not just the minority, since the latter is sure to make rational use of water, to stay within the level of gratuity, thus having positive reflection on the whole water supply system, since water is quite common for all and belongs equally to all.

Keywords: Providing Water. Collective Right. Public Policy. Human Dignity. Hyposufficients Users.

LISTA DE TABELAS

Tabela 01. Tabela de Tarifa de Consumo de Água Residencial – Departamento de Água e Esgoto de Ribeirão Preto	81
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
METODOLOGIA	14
01 DO SURGIMENTO DO DIREITO COLETIVO	15
02 POLÍTICAS PÚBLICAS E PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL	31
03 FORNECIMENTO DE ÁGUA GRATUITO AOS HIPOSSUFICIENTES DA CIDADE DE RIBEIRÃO PRETO	45
3.1 DAS LEIS NATURAIS – A ÁGUA COMO BEM ESSENCIAL À VIDA.....	46
3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	52
3.3 ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO INDIVÍDUO	55
3.4 FORNECIMENTO DE ÁGUA – SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL – NATUREZA TARIFÁRIA.....	61
3.5 A PERMISSÃO LEGAL E POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL QUANTO A INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA	67
3.6 PROGRESSIVIDADE DO PREÇO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA - DESIGUALDADE	78
4 ENSAIO DE PROJETO PARA A CONCESSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA GRATUITO À POPULAÇÃO HIPOSSUFICIENTE DE RIBEIRÃO PRETO	96
CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

A água como fonte de recurso natural é indispensável para a sobrevivência de todo ser vivo, fez com que o homem deixasse sua vida de nômade e se instalasse perto de rios, lagos e outras fontes de água doce, surgindo neste momento os grupos, as vilas.

Neste período, não se vislumbrava que a água teria um valor econômico, até porque a ideologia era de que o bem advinha da natureza e todos tinham direito de uso e de gozo sobre ela. Ressalta-se que muito embora a sociedade da época desconhecia a conceito de direito coletivo, o uso da água de forma compartilhada pelo grupo incluía este bem como bem natural e essencial a todos.

Acrescenta-se que naquela época a água era utilizada pelo homem para saciar sua sede, para manter sua higiene e para a irrigação de pequenas plantações, ocorre que com o crescimento e o desenvolvimento da humanidade, a forma simples e coerente da utilização da água, fator essencial para a vida de qualquer ser vivo, desapareceu, os baldes na cabeça, os poços artesianos no fundo do quintal das casas foram sendo substituídos pelas torneiras, pelo abastecimento público de água, surgindo assim o sistema remuneratório para a obtenção do referido líquido.

O chamado progresso de mãos dadas ao sistema capitalista que enfrentamos até os dias atuais fez com que a água deixasse de ser um bem natural coletivo e se transformasse em uma mercadoria, passando a ter direito ao uso e gozo da mesma apenas o usuário que adimpli sua conta mensal de água, muito embora até a entrada em vigor da Lei nº 11.445/2007 que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, a inadimplência do usuário não era permissivo para que a concessionária interrompesse o fornecimento de água.

Com o advento da referida legislação, a celeuma até então existente quanto a natureza do serviço de fornecimento de água deixou de existir, passando de taxa para tarifa, ou seja, contraprestação do serviço, não obrigatoriedade da concessionária em fornecer o referido serviço ante a inadimplência do usuário, e mais, autorização legal para a interrupção do fornecimento de água sem qualquer exceção.

Autorizada a interrupção do fornecimento de água em caso de inadimplência do usuário sem contudo qualquer exceção, o legislador fez por menosprezar não apenas a natureza

coletiva do líquido água, mas também o princípio constitucional da dignidade humana, bem como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A assertiva acima inclusive vai ao encontro com as duas propostas de emenda Constitucional - (PECs 39/07 e 213/12) que estão em andamento, que inclui a água entre os demais direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

A água como um bem essencial à vida, sem a qual não há saúde e muito menos a própria vida, deve ser garantida ao usuário que comprovar seu estado de miserabilidade, garantia essa no mínimo necessário para a sua sobrevivência, ressaltando que a média de consumo de água per capita varia de acordo com a cidade, cultura, e capacidade econômica da população.

Aquele usuário que não possui comprovada capacidade financeira para obter o fornecimento de água em sua torneira, não terá condições de obter referido líquido em outro local, sem colocar em risco sua saúde. Tal situação leva o usuário a prática de irregularidades, como por exemplo realização de ligação clandestina, ato inclusive tipificado como furto de água, entretanto, como aquele não tem mais nada a perder e sem água ninguém sobrevive, o próprio sistema hoje existente, leva o usuário a fazer justiça com as próprias mãos.

A situação acima retratada encontra-se na álea do absurdo, tanto que o poder judiciário de Ribeirão Preto quando instado a manifestar-se através de uma demanda com pedido de tutela antecipada no sentido de autorizar o fornecimento de água a uma usuária inadimplente e que não possuía comprovada capacidade financeira e nem condições de labor em virtude de ter seu filho hospitalizado com doença grave e tendo que permanecer com o mesmo no hospital, na falta de permissivo legal a autorizar o deferimento da pedida de urgência, fez uso do princípio da dignidade humana, determinado a concessionária da cidade de Ribeirão Preto, Departamento de Água e Esgotos de Ribeirão Preto, a restabelecer imediatamente o fornecimento de água junto ao imóvel da referida usuária, ressaltando que este inclusive foi caso embrionário do presente trabalho.

O poder judiciário com a decisão acima, adentrou na seara da política pública – fornecimento de água, já que mesmo na ausência de legislação a permitir a prestação do serviço de fornecimento de água de forma gratuita em seu mínimo necessário quando comprovada a incapacidade financeira do usuário, a concessionária do referido serviço até a presente data encontra-se dando fiel cumprimento à referida decisão.

Exatamente, neste contexto apresentado, em que a água por sua própria natureza é um bem essencial a vida, que para a obtenção da mesma o usuário deve pagar, em caso de inadimplência o fornecimento de água é interrompido sem qualquer exceção, é que busco defender a tese que em caso de comprovada incapacidade financeira do usuário, este deverá ter direito a obter em sua torneira o fornecimento de água em seu mínimo necessário. E, por isso este trabalho recebe o título de direito coletivo à água e seu fornecimento gratuito aos usuários hipossuficientes.

METODOLOGIA

A metodologia aplicada para atingir a finalidade do presente trabalho foi história da vida, ou seja, dados obtidos pela experiência pessoal de vários usuários que não possuíam comprovada capacidade financeira para cumprirem com a obrigação legal de pagar suas contas de água e por consequência tinham o fornecimento de água interrompido em seus imóveis.

O método utilizado para tanto foi o da análise interpretativa do caminho percorrido tanto pela legislação como pela doutrina que versam acerca da matéria água e sua indispensabilidade à sobrevivência humana, verificando a coerência da argumentação, originalidade do tratamento do problema, profundidade da análise, alcance das conclusões dos doutrinadores e suas consequências.

A pesquisa bibliográfica desenvolveu-se tentando explicar o problema investigado no presente trabalho através de teorias publicadas em livros, conteúdos impressos e eletrônicos veiculados pela mídia, legislação sobre o assunto bem como decisões judiciais.

1 DO SURGIMENTO DO DIREITO COLETIVO

Discorrer acerca dos direitos coletivos pressupõe que se faça uma retrospectiva histórica, pois, adentrar diretamente no tema direito coletivo como hoje é conhecido, é vedar os olhos para a história da aquisição dos direitos fundamentais em que lutas foram travadas pelos indivíduos em face do Estado em busca de direitos, já que em período anterior ao surgimento dos direitos coletivos, os indivíduos diante da extrema injustiça social e falta de democracia pois o absolutismo perdurou por longo anos, armaram-se e buscaram seus direitos individuais, caracterizados estes como obrigação de não-fazer por parte do Estado, compreendidos nas liberdades clássicas (liberdade, propriedade, vida e segurança). O nascedouro destes direitos teve como principal objetivo proteger a pessoa das arbitrariedades praticadas pelo Estado.

Recordando este contexto começemos pelo Iluminismo, movimento intelectual global ocorrido no século XVIII principalmente na França, também chamado de século das luzes em que a lógica e a razão do homem passaram a ser as principais formas de conhecer o universo e melhorar continuamente suas condições de vida. Para o Iluminismo o objetivo principal do uso da razão era dar ao homem conhecimento, liberdade e felicidade no intuito do alcance da autonomia e a emancipação. Defendiam os iluministas a criação de escolas e a liberdade religiosa, já que no antigo regime a educação estava sob o controle da igreja.

O Iluminismo foi mais intenso na França, onde influenciou a Revolução Francesa através de seu lema: Liberdade, igualdade e fraternidade. Também teve influência em outros movimentos sociais como na independência das colônias inglesas na América do Norte e na Inconfidência Mineira, ocorrida no Brasil.

Para Maria Paula Dallari Bucci, o fato histórico que talvez seja o mais significativo na construção dos direitos do homem foi a Revolução Francesa de 1789, da qual resultou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos principais documentos históricos que marcam o início do Estado moderno. A Declaração de 1789 previa que “todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei” e que “a finalidade da sociedade é a felicidade comum”.¹

¹ BUCCI, Maria Paula Dallari *et. al.* **Políticas públicas** - Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva. Unisantos, Universidade Católica de Santos. 2006.

Segundo a doutrinadora acima, surgem neste período os direitos de primeira geração, quais são os direitos individuais, consistem em direitos de liberdade, isto é, direitos cujo exercício pelo cidadão requer que o Estado e os concidadãos se abstenham de turbar. Em outras palavras, o direito de expressão, de associação, de manifestação do pensamento, do direito ao devido processo, todos eles se realizariam pelo exercício da liberdade, requerendo, se assim se pode falar, garantias negativas, ou seja, a segurança de que nenhuma instituição ou indivíduo perturbaria seu gozo.

Na França, após a revolução Francesa, passou a predominar a ideologia do *laissez-faire*, ou do liberalismo econômico, que tinha por fundamentos o livre comércio, a abolição de restrições ao comércio internacional, o livre-câmbio, o padrão-ouro e o equilíbrio orçamentário. O liberalismo se assentava no princípio da livre iniciativa.

Assim, as primeiras Declarações de Direito são contemporâneas da ideia de Constituição, e a mais famosa é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que teve como nascedouro a Revolução Francesa marco divisório da história dando início à idade contemporânea, pregando o respeito pela dignidade das pessoas, liberdade e igualdade dos cidadãos perante a lei, direito à propriedade individual, direito de resistência à opressão política e a liberdade de pensamento e opinião. de que a não regulamentação das atividades individuais no campo socioeconômico produziria os melhores resultados na busca do progresso.

Outras declarações de direito lhes seguiram, nos Séculos XVIII e XIX, todas instituindo sobretudo direitos que visavam a proteger os indivíduos contra o poder Estatal, que segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho em sua obra Curso de Direito Constitucional, têm como finalidade:

Armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado. Seja por meio delas estabelecendo zona interdita à sua ingerência- liberdades-limites- seja por meio delas armando o individuo contra o poder no próprio domínio deste- liberdade oposição.²

Neste período resta instituído o Estado Liberal passando o Estado a ter poderes e funções limitados, avesso daquele Estado Absolutista que imperou em boa parte da idade média e por consequência surge o sistema capitalista fortalecido pela Revolução Industrial. A política liberal foi o resultado de acontecimentos econômicos e sociais que impuseram mudanças na

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.89.

concepção do Estado, considerado instituído pelo consentimento dos indivíduos através do contrato social. As teorias liberais separaram o Estado e a sociedade civil. O primeiro aparece como instância impessoal de dominação (impõe obediência), de estabelecimento e aplicação das leis, como garantidor da ordem através do uso legal da violência para punir todo o crime definido pelas leis. A sociedade civil, por seu turno, aparece como um conjunto de relações sociais diversificadas entre classes e grupos sociais, cujos interesses e direitos podem coincidir ou opor-se.³

No Brasil a sociedade brasileira influenciada pelo movimento iluminista flagrou importantes movimentos sociais com A Inconfidência Mineira que foi um dos mais importantes movimentos sociais da História do Brasil, e que significou a luta do povo brasileiro pela liberdade, contra a opressão do governo português no período colonial, as revoltas do Cabano, Cabanagem, dos Malés, Balaiada e a Guerra dos Canudos, sempre visando a busca ao direito individual do cidadão.

Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) que marcou o fim do liberalismo ou o fim do “ *laissez faire*”, ordem política que pregava a não- intervenção do Estado na liberdade de iniciativa e de contrato, acabou gerando um enorme desequilíbrio social, onde patrões exploravam empregados com a aplicação da “ mais valia”, regimes trabalhistas de semi- escravidão, com jornadas de trabalho de até 16 horas por dia e direitos trabalhistas quase inexistentes, o mundo passou a assistir a avassaladora participação dos Estados na vida dos povos e dos indivíduos ganhando este novas dimensões, e o Direito novo conteúdo.

O novo Estado capitalista que estava sendo construído na Europa pós-primeira guerra previa Constituições que não só permitissem, mas determinassem intervenções na ordem econômica. Este novo Estado que veio a se chamar “ Interventor” ou do “Bem Estar Social” ou “Providência” ou , mais elegantemente de “ *Welfare State*”, foi iniciado na Alemanha de Bismark .⁴

Estes e outros demais movimentos ocorridos pelo mundo que fundamentaram o Estado Liberal que perdurou até início do Século XX quando surgiu o Estado Social, que incorpora os direitos sociais para além dos direitos civis, como decorrência da necessidade de superação do individualismo exagerado e em face de outros fatores como a luta dos sindicalistas europeus pelo reconhecimento de direitos trabalhistas, o caos instaurado com o advento da I Guerra Mundial e a vitória dos bolcheviques russos em 1917, sob a luz dos ensinamentos karl

³ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 6ª ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 403-404.

⁴ MARÉS, Carlos F. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.84.

Marx. Tais acontecimentos serviram de pano de fundo no processo de promulgação da Constituição Mexicana e da Constituição da República de Weimar, marcos jurídicos do constitucionalismo social.

Bucci leciona que os direitos sociais que aparecem nos textos normativos a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919, são, se assim se pode dizer, direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda a pessoa tenha condições de gozar direitos individuais de primeira geração.

Ressalta-se que as duas grandes guerras mundiais sendo a primeira de 1914 e a segunda de 1939 a meados de 1945, ocasionaram grandes atrocidades e catástrofes que vieram reforçar a necessidade de uma reação social e mudança da mentalidade política que até então era vigente. A fome, a miséria, as mortes o barbarismo, o holocausto judeu, os milhares de desabrigados os milhares de imigrantes foram gritos de alerta que já não mais poderiam ser sufocados, despertando o povo e o Estado, para as mudanças políticas e sociais necessárias dando origem ao famoso Estado Social.

O Estado do Bem Estar Social se caracterizou pela regulação da ordem econômica, geração de sistemas previdenciários, e direta intervenção nos contratos, especialmente no de trabalho e nos agrários, que se ligam diretamente à produção e reprodução do capital. Em termos ideais, criaria um sistema de proteção dos trabalhadores e uma seguridade social abrangente, que garantisse a todos comida, saúde, educação e moradia. Na Europa foi criado um Estado Providência com serviços sociais que garantiriam o mesmo nível de proteção. É claro que nem todos os países atingiriam o mesmo nível de proteção, mas o Estado participou na distribuição de renda, cobrando pesados impostos e oferecendo serviços de aposentadoria, médicos e educação ao menos aquinhoados.⁵

Para Bucci:

Este período pós- guerra consagra o apogeu do Estado social, quando são formuladas as constituições que fornecem a matriz da Constituição brasileira de 1988 (embora o constitucionalismo brasileiro, já viesse esboçando o caminho do Estado Social desde 1934 e 1946). Um aspecto notável desse novo constitucionalismo reside justamente em introduzir a dimensão do conflito na vida institucional cotidiana. Os conflitos não são negados e massacrados sob o manto de uma liberdade individual idealizada. Ao contrário ganham lugar privilegiado, na arenas de socialização política, em especial o Poder Legislativo, mas também, de certa forma, o Poder Judiciário, os embates sociais por direitos.⁶

⁵ MARÉS, 2003, p. 86.

⁶ BUCCI *et. al.* 2006, p. 251.

Consequentemente no linear do século XX mudou o foco dos direitos individuais para os sociais, sendo que o marxismo atribui a qualidade de povo à classe operária, irradiadora de poder político e ordenamento jurídico, reconhecendo, dessa forma, posições favoráveis não mais individualmente, mas coletivamente, de classes, grupos, tendo sido este o tema central do texto *Manifesto Comunista* citado por Raymond Aron em sua obra *As etapas do Pensamento Sociológico*:

A histórica de toda sociedade até nossos dias é a história da luta de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, barão e servo, mestre de ofício e companheiro, numa palavra, opressores e oprimidos, se encontram sempre em constante oposição, travaram uma luta sem trégua, ora disfarçada, ora aberta, que terminava sempre por uma transformação revolucionária de toda a sociedade, ou então pela ruína das diversas classes em luta.⁷

Em rumo ao fortalecimento dos anseios sociais daquela época, surgem novas práticas coletivas e novas formas de solidariedade até então politicamente impensadas na busca de reconhecimento de direitos para o todo – novos direitos, já que no início do século XIX não aceitava nenhuma instância ou pessoa que servisse de intermediário entre o cidadão e o Estado, sob a alegação que qualquer direito é individual e, portanto, não poderia haver reivindicações.

Essa profunda transformação que se operou no universo jurídico do século XX, desde que as Constituições ultrapassaram os limites da estruturação do poder e das liberdades públicas e passaram a tratar dos direitos fundamentais em sentido amplo, dispondo especificadamente sobre os direitos sociais. Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característicos das obrigações de fazer que surjam como os direitos sociais. A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais.⁸

Durante muito tempo os protestos e reivindicações tidos como ações coletivas ficavam na álea da busca do reconhecimento de direitos para o todo, reconhecimento até então de sonhos e ideologias, ante a existência de um ordenamento jurídico criado sob a ótica de uma visão individualista.

Neste novo contexto de pensamento, as Constituições que foram sendo promulgadas foram sendo reescritas, passando o Estado a ter o dever de promover estes direitos, ao contrá-

⁷ ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fonteso. 1995, p. 136.

⁸ BUCCI *et. al.* 2006, p.21.

rio dos direitos tradicionais em que apenas eram garantidos por este. Mauro Capelletti discorrendo sobre o assunto leciona:

Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita a sua violação, os direitos sociais- como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho –não podem ser simplesmente atribuídos ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos problemas sociais, fundamentais destes direitos e das expectativas por eles legitimados.⁹

No Brasil, a Constitucionalização dos direitos sociais deu-se com a promulgação da Carta de 1934, que em seu título IV dava tratamento à ordem econômica e social, que objetivava garantir aos cidadãos uma existência digna e assegurava uma maior regulamentação das relações trabalhistas. Os Direitos Sociais refletem a preocupação do Constituinte com a integridade física do homem, e estão relacionados aos princípios de dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade, que visam atingir a justiça social. Referido texto constitucional ampliou o direito de cidadania, possibilitando que uma maior fatia da população que até então era marginalizada participasse do processo político do Brasil.

Para Bucci neste período nascem os direitos de segunda geração, que precisamente englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, que foram formulados para garantir, em sua plenitude, o gozo dos direitos de primeira geração.

Pois bem, o direito da modernidade foi assentado no indivíduo, como direito individual, responsabilidade individual, vontade individual e autonomia dessa vontade. Os bens que cada sujeito de direito ou pessoa (indivíduo) adquire vão formar o seu patrimônio, evidentemente individual. Todas as coisas, frutos, animais, plantas e minerais podem ser objetos do direito individual, portanto integráveis a um patrimônio individual, inclusive, e até com certa preponderância, a terra. As pessoas devem ser livres para livremente poderem dispor de seu patrimônio e negociarem à vontade por meio de contratos, que são a manifestação de vontade de pessoas livres e iguais entre si, garantida a execução pelo Estado (Poder Judiciário). Como se vê, todo o sistema é montado com base nos direitos individuais e na livre disposição dos bens objeto desses direitos.¹⁰

⁹ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 41.

¹⁰ LIMA, André. **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

Ocorre que, após o passar de quase um século os indivíduos começaram a perceber que não existe uma sociedade equânime baseada tão somente na proteção dos direitos individuais, uma sociedade integrada vai além da satisfação destes direitos, busca a satisfação do interesse do todo, do coletivo. O indivíduo isoladamente não mais consegue manter-se em sociedade sem contudo fazer parte de um grupo, e este grupo fazer parte do todo, formando-se um conjunto.

Isabel Guerra quando discorre sobre o sujeito isolado: do sujeito individual à ação coletiva leciona que a sociedade pode ser pensada a partir desse conceito (de racionalidade comunicacional), mais do que ser vista como composta por indivíduos isolados ou grupos orgânicos. Em vez de uma liberdade negativa, a liberdade individual garante a independência, apela à descentração intersubjetiva das subjectividades individuais, que conduz à liberdade e comunitária moderna. Esta combinação entre liberdade individual e comunitária dá a capacidade de elaborar uma cultura democrática. Ao lado das comunidades tradicionais de que subsistem inúmeras manifestações, as comunidades modernas tomam forma de laços sociais, ligando indivíduos independentes e separados: não se opõem à liberdade, mas procuram reconfortá-la.¹¹

O Estado diante desse novo contexto social em que o anseio do indivíduo não mais se esgota com a proteção de direitos individuais, passa a ter o dever de tutelar a coletividade de pessoas, não o ser humano de forma isolada. Amplia-se neste momento a gama de direito protegido que até então não era tido pelo todo como necessário e indissolúvel para uma sociedade integrada e organizada.

O sociólogo Norbert Elias em sua obra *A sociedade dos indivíduos* escrita em 1939, já defendia que:

(...) na vida social , somos incessantemente confrontados pela questão de se como é possível criar uma ordem social que permita uma melhor harmonização entre as necessidades e inclinações pessoais dos indivíduos, de um lado, e, de outro, as exigências feitas a cada indivíduo pelo trabalho cooperativo de muitos, pela manutenção e eficiência do todo social. Não há dúvida de que isso – o desenvolvimento da sociedade de maneira a que não apenas alguns, mas a totalidade de seus membros tivesse a oportunidade de alcançar essa harmonia – é o que criaríamos se nossos desejos tivessem poder suficiente sobre a realidade. Mas, ao pensarmos calmamente no assunto, logo se evidencia que as duas coisas só são possíveis junta: só pode haver uma vida comunitária mais livre de perturbações e tensões se todos os indivíduos dentro da sociedade de gozarem de satisfação suficiente; e só pode haver uma existência

¹¹ GUERRA, Isabel. Cidadania, exclusões e solidariedade. Paradoxos e sentidos das novas políticas sociais. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, 2003 Outubro 2002, p. 82.

individual mais satisfatória se a estrutura social pertinente for mais livre de tensões, perturbação e conflito.¹²

Hoje em dia, o termo “ sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismos. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-no e os transmitem, a seguir, para a esfera política.¹³

O direito busca acompanhar a sociedade muito embora de maneira sossegada, sendo influenciado pelas grandes transformações ocorridas na ordem tecnológica, científica e cultural. Essas transformações exigem que o direito seja aberto, sensível às mutações e que tenha aptidão para se estabelecer de forma eficaz, regulando os conflitos de interesses existentes.

Dos anseios ao bem estar coletivo nascem alternativas comportamentais impondo à sociedade novos parâmetros político-sociais de organização. Estes colocam em xeque não apenas a perspectiva tradicional explicativa, de cunho meramente estrutural (classes, partidos, sindicatos), funcional (o sistema como determinante) e/ou economicista (a racionalidade do mercado), mas também suas correspondências interventivas. Abre-se espaço, portanto, a abordagens que considerem também condutos culturais e simbólicos, vistos como capazes de oferecer compreensões, improváveis até então. Neste contexto é que se torna possível falar em movimento sociais, em terceiro setor, em um modo renovador de discutir e praticar a gestão pública.¹⁴

Neste contexto surgem os novos direitos que nascem com a característica principal de sua titularidade não ser individualizada, mas pertencente a um povo ou a um grupo, em que o bem a ser conquistado vai além do individualismo, extrapola o “eu”, transcende ao bem estar individual, atinge mesmo que esquecido por uma parte do todo, o seu bem estar, pois uma vez conquistado o globo é beneficiado.

¹² ELIAS, Norbert. A. **Sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 34.

¹³ HABERMANS, Jurgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. V. II. Tempo Brasileiro, 1992, p. 163.

¹⁴ OKLINGER, Montovaneli Junior. **Políticas públicas no século XXI**. Blumenau: Furb, 2006, p. 31.

Nas últimas décadas pudemos acompanhar o surgimento dos direitos que têm como titular não os indivíduos na sua singularidade, mas grupos humanos, como a família, o povo, a nação ou a própria humanidade. Pode-se dizer que compõem esse conjunto de direitos humanos o direito ao desenvolvimento, o direito a paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito ao meio ambiente e o direito de comunicação.¹⁵

São os chamados direitos de terceira geração, tais como o direito ao meio ambiente equilibrado, à biodiversidade e o direito ao desenvolvimento, que foram concebidos no curso de um processo indefinido de extensão e ampliação dos direitos originalmente postulados como individuais na perspectiva temporal da humanidade, e por isto intitulados “direitos transgeracionais”.¹⁶

São direitos os transindividuais, isto é, direitos que pertencem a várias pessoas, mas não pertencem a ninguém de forma isolada. Vai além do indivíduo isoladamente considerado, são tutelados tanto na esfera constitucional como infraconstitucional, são protegidos independentemente da ação do indivíduo isoladamente. Os direitos transindividuais se originaram de conflitos sociais instaurados no último século, obrigando o reconhecimento e a proteção de direitos como a educação, segurança, meio ambiente, saúde, dentre outros de natureza fluída, cuja titularidade compete a todo cidadão. Estão situados entre o interesse público e o interesse privado, pois embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. São interesses que excedem o âmbito individual, mas não chegam a constituir interesse público.¹⁷

Nos ensinamentos de Álvaro Luiz Valery Mirra, este aponta:

(...) não se está diante, propriamente, de interesses públicos, assim entendidos aqueles que têm no Estado o titular único e exclusivo de sua tutela, já que, frequentemente, o próprio Estado aparece como o causador de lesões aos direitos individuais. Mas pouco se trata de interesses privados disponíveis, pois os direitos difusos, em suas diversas manifestações, não são jamais a soma de direitos individuais e sim direitos pertencentes indivisivelmente a todos, marcados no mais das vezes pelas características da indisponibilidade.¹⁸

¹⁵ AITH, Fernando. **Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos.** Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico. Editora Saraiva. 2006, p. 22.

¹⁶ BUCCI *et.al.* 2006, p. 15.

¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 21ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 48.

¹⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado.** In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord). **Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: RT, 2007, p.115.

No Brasil o marco do reconhecimento de tais direitos chamados de coletivos “ lato sensu” foi a Constituição Federal de 1988, onde aos índios fora reconhecido direito autônomo e originário (artigos 231 e 232), criou-se um capítulo garantindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, protegido para as presentes e futuras gerações (artigo 225) , instituiu a preservação do patrimônio cultural garantindo não só a proteção dos bens materiais como os imateriais portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (artigos 215 e 216) e a reforma agrária que envolvia a questão da função social da propriedade.

Ocorre que para o entendimento dos chamados direitos coletivos a leitura da Constituição não é suficiente, é necessário entendê-los em sua plenitude e sempre em cotejo com o direito individual, porque a Constituição reconheceu a existência de direitos coletivos ao lado dos individuais, quer dizer não os excluiu nem aboliu. Mesmo assim, do ponto de vista jurídico, isto é uma ruptura com a modernidade que apenas concebia direitos individuais, material ou imaterialmente apropriáveis a um patrimônio individual economicamente valorável. Os direitos coletivos, contrariando este fundamento da modernidade, não são valoráveis economicamente nem podem ser apropriados a um patrimônio individual.¹⁹

Com a regulamentação dos chamados direitos coletivos estes passaram a ser de titularidade de todos os indivíduos sociais, e por consequência todos são afetados mesmo que de forma indireta, quando sua violação, seja por parte do Estado quando deixa de cumprí-los mesmo tendo a obrigação de prestá-los ao todo social ou mesmo por transgressão do direito por parte de um cidadão. Desta forma, a Constituição Federal não somente reconheceu a existência de tais direitos mas também estabeleceu um "sistema de garantia" desses interesses, definindo titulares do direito e instrumentos jurídicos de proteção.

Ressalta que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 existia um acanhado sistema jurídico em defesa dos interesses coletivos, tendo como pioneira a Ação Popular que surgiu pela primeira vez na Constituição Federal democrática de 1934 e sua regulamentação pela Lei 4.717/65, tendo sido seu alcance ampliado pela Carta Magna de 1988, habilitando a Ação Popular Ambiental em prol da sadia qualidade de vida e da vida com dignidade.

¹⁹ LIMA, André. **O direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

Em 24 de junho de 1985 outro instrumento de proteção aos direitos coletivos entra no cenário jurídico, qual seja, a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 sendo este o primeiro documento legislativo a prever mecanismos processuais de defesa de interesse coletivos, contra condutas causadoras de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos artísticos, estéticos, histórico, turístico e paisagístico. Também com a Constituição Federal teve seu alcance ampliado, garantindo a inclusão da ação civil pública às funções institucionais do Ministério Público, ampliando seu objeto para a guarda de outros interesses difusos e coletivos.

A Constituição Federal de 1988 criou o mandado de segurança coletivo, que embora tenha sido amplamente utilizado desde a sua previsão constitucional, apenas em 2009 a Lei n. 12.016 disciplinou o remédio do mandado de segurança coletivo, em seu art. 21, ao afirmar que este pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

A Lei de Improbidade Administrativa e o Código de Defesa do Consumidor também foram os avanços trazidos pelo legislador para a proteção dos chamados direitos coletivos, sendo um em combate aos desmandos administrativos e o outro em proteção ao consumidor que por muitos anos foi desrespeitado e preterido em seus direitos.

Para Marés as mudanças vêm ocorrendo há muito tempo, mas só recentemente é que se pode notar a alteração sistêmica, porque antes ocorriam ou manifestavam-se em leis isoladas dentro do sistema. O Decreto-Lei 25/37, que instituiu o tombamento de bens culturais no Brasil foi um marco, quase que trinta anos depois, aparece o Código Florestal, Lei 4.771/65 como outro marco, e mais vinte anos depois surge no sistema brasileiro uma lei procedimental, que permite ao Poder Judiciário apreciar estes direitos como tais, A lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85. Figura como grande marco, especialmente pela importância modificadora do sistema jurídico brasileiro, a Constituição de 1988, porque afinal reconheceu a existência de direitos coletivos, fazendo-os perder a invisibilidade. As Leis posteriores a 1988 já trazem

a nova marca deste sistema, como por exemplo o Código do Consumidor, que garante direito a qualquer pessoal ainda que não aderente ou usuário de venda ou oferta de serviço.²⁰

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor , restou expressa e definida a conceituação dos direitos coletivos lato sensu, são eles os direitos difusos, os direitos coletivos stricto sensu e os direitos individuais homogêneos.

Nos moldes do referido estatuto legal (art. 81, § único, I) direitos difusos são entendidos como aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não há individualização) ligadas por circunstâncias de fato, não existe um vínculo comum de natureza jurídica.

Das três categorias de direitos transindividuais capitulados no CDC, os direitos difusos são aqueles que possuem a mais ampla transindividualidade real, já que têm como características a indeterminação dos sujeitos titulares – unidos por um vínculo meramente de fato - , a indivisibilidade ampla, a indisponibilidade, a intensa conflituosidade.

Trazendo a definição supra para o tema desse trabalho, o direito difuso encontra-se no direito de todos ao fornecimento de água potável, de boa qualidade e em quantidade satisfatória para o atendimento das necessidades básicas da coletividade.

Os direitos coletivos stricto sensu (art. 81, § único, II do CDC), foram classificados como direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis, frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Nesse particular cabe salientar que essa relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo “affectio societatis” ou pela sua ligação com a “parte contrária”. Ressalta-se que a relação jurídica base dever existir antes da lesão, em obediência ao princípio do caráter da anterioridade.

Pela clara conceituação acima, resta evidente que o direito defendido neste singelo trabalho de ter o hipossuficiente economicamente comprovado (grupo, classe de pessoas determinadas) o fornecimento de água potável de boa qualidade e em quantidade satisfatória para o atendimento de suas necessidades básicas (direito de natureza indivisível) e ligados por uma relação de consumo (prestação de serviço de fornecimento de água por concessionária), está dentro da categoria dos direitos coletivos stricto sensu.

²⁰ LIMA, 2002, p. 30.

Quanto à definição dos direitos individuais homogêneos (art. 81, § ún., III, do CDC) o CDC o conceitua como aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é fato lesivo.

É certo que implementar e fazer atuar os direitos coletivos depende de uma atuação positiva do Estado, com uma clara definição das políticas públicas, ou seja políticas de ação governamental, em vistas da realização destes novos direitos, direitos de obter do Estado as condições materiais para o pleno exercício da cidadania.

As constituições sociais definem um programa mínimo de governo, que deve ser controlado pelo cidadão, seja no momento na renovação dos governantes, através de diversos mecanismos: as eleições livres, diretas e pelo sufrágio universal; os instrumentos de participação direta do cidadão na vida política, tais como a iniciativa popular, o referendo ou a composição de conselhos de representação popular; orçamento participativo; mas também através da fiscalização da atividade governamental por meio de ações judiciais, sobretudo coletivas.

Assim, passando o indivíduo a entender que viver junto implica necessariamente um controle de quem detém o poder, num objetivo alargado e pleno de democracia participativa, assente no dialogismo e na presença em igualdade de todos os corpos e vozes, os protestos e as reivindicações deixam de ser formas patológicas de ação política, e passam a ser formas expressivas de realização de cidadania em contexto democrático.

O papel desempenhado pelos movimentos sociais e associações voluntárias para a introdução de novos temas e questões na agenda política e para a ampliação do espaço público brasileiro - no sentido de mostrar o caráter público de questões como o aborto ou a discriminação racial antes tratadas como privadas - representam desenvolvimentos que corroboram a percepção de que tais atores apresentam uma natureza e formas de ação que se diferenciam dos grupos corporativos. Se a influência política dos grupos corporativos que defendem interesses particulares e específicos é devida antes à sua capacidade de controle dos recursos comunicativos disponíveis, o poder político dos movimentos sociais e das demais associações da sociedade civil é, sobretudo, resultado do mérito normativo de suas bandeiras, isto é, de sua possibilidade de catalização da anuência e do respaldo social. “O espaço público deve ser representado como arena que também media os processos de articulação de consensos normati-

vos e de reconstrução reflexiva dos valores e das disposições morais que orientam a convivência social”²¹

Segundo o doutrinador Bonavides que discorreu sobre o tema em sua obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social. (BONAVIDES, 2004, p. 186)²²

Os cidadãos coletivamente organizados conquistaram novos espaços políticos e jurídicos, assegurados por princípios constitucionais democráticos, como o desenvolvimento sustentável, da publicidade e transparência das políticas públicas ambientais, da função socioambiental da propriedade e da obrigatoriedade do estudo prévio de impacto ambiental. Tornaram-se sujeitos coletivos de direito, e são os criadores de novos direitos e lutadores pela eficácia dos direitos consignados legalmente.²³

A tese de que um excesso de participação da sociedade acarretaria desgaste às formas clássicas de representação política da democracia moderna é por demais frágil, isto porque não são incompatíveis como os novos sujeitos sociais que são grupos mobilizados de determinados setores da comunidade. Se é verdade que tais movimentos apresentam perfis organizadores próprios, inserção específica na tessitura social e articulações particulares com o arcabouço de poder existente, não é menos real que eles também necessitam da esfera pública e

²¹ COSTA, Sérgio. *As cores de Ercília*: esfera pública, democracia, configurações pós nacionais. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 42.

²² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.186.

²³ SANTILLI, Juliana e SANTILLI, Márcio. *Meio ambiente e democracia*: participação social na gestão ambiental. In LIMA, André. *O direito para o Brasil Socioambiental* (Org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 23.

institucional de debate de temas que lhes dizem respeito (por exemplo, dialogando com o Estado para obter dele demandas que lhes afligem).²⁴

Existe hoje, em nível internacional, uma nova conformação estrutural capaz de expressar reconfiguração de poder que, episodicamente, de modo continuado, lança conexões pelo social, constituindo verdadeiras redes multicêntricas, trata-se do terceiro setor. Um conjunto de iniciativas voluntárias, com uma lógica absolutamente diferenciada à do Estado e do Mercado, que há muito podem ser vistas, mas que, contemporaneamente, ganharam uma dinâmica diferenciada e multiplicaram-se permeando esferas fundamentais da vida associada. São estruturas juridicamente privadas, cuja natureza e objetivos são eminentemente públicos.²⁵

O terceiro setor enquanto fenômeno, é a expressão maior de uma nova política social concebida e disseminada pelas múltiplas expressões da cidadania, cada vez mais planetária, na sociedade civil. É a face mais formal ou institucional da mesma realidade que tornou possível a presença dos movimentos sociais. Trata-se de um fenômeno que parece resgatar ou aprofundar uma certa necessidade de alinhamento de projetos simbólicos e culturais. Ou seja, enquanto os movimentos sociais apresentam-se como figura descentrada e destotalizada diante de uma multiplicidade de demandas e sujeitos plurais e heterogêneos , a figura do terceiro setor e em especial das organizações não- governamentais (ONGs), parece cumprir um papel complementar a esta realidade. Mais especificadamente, compondo redes e desenvolvendo estruturas globais, destotalizadas, porém capazes de oferecer um certo alinhamento institucional (dos movimentos e do terceiro setor) em torno de projetos sociais também capazes de dialogar. Um dos grandes exemplos são as ONGs que se alinham em torno da ideia de mudança para uma sociedade sustentável e que se reúnem periodicamente, em numerosos encontros internacionais, para debater e propor alternativas.²⁶

Não há dúvida, que o êxito de políticas econômicas, culturais ou de preservação do meio ambiente, atividades típicas do Estado de Bem-Estar, não depende somente das ações da Administração Pública. Nesses casos, como em tantos outros, a adesão da sociedade, quando não a atuação ativa desta, é fundamental para a eficiência da atuação administrativa. Daí a necessidade de se utilizar instrumentos que procurem o consentimento da coletividade, que procurem, enfim, aproximação da sociedade e do Estado, da burocrata e do cidadão, do go-

²⁴ LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da Gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In LEAL, Rogério Gesta (org.) **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**, tomo 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 48.

²⁵ OKLINGER, Montovaneli Junior. **Políticas públicas no século XXI**. Blumenau: Furb. Blumenau. 2006, p. 112.

²⁶ OKLINGER, 2006, p. 88.

verno e do governado. Criam-se, desse modo, as bases para o nascimento de uma legitimidade fruto da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas, ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes executar.²⁷

Como afirma Rogério Gesta Leal, onde se fizer ausente a capacidade de manifestação da vontade do cidadão como artífice de sua própria história, em face de sua insipiência política e administrativa material e subjetiva, falecendo-lhe forças e perspectivas sobre os termos e possibilidades de gestão que circunvizinha seu cotidiano, isto só reforça a situação de anomia societal no âmbito do poder institucionalizado e de seu exercício, em todas as suas dimensões (legislativa, executiva e jurisdicional), fortificando, por ato reflexo ou convexo, a situação confortante dos encastelados nas hordas do Estado Soberano. Decorrencia disto é que, mesmo naquelas circunstâncias em que há uma previsão formal de participação política, ela não é exercitada material e eficazmente pelo fato de estar marcada pela manipulação e pelo esvaziamento provocado pela ausência daquelas condições mínimas necessárias à comunicação e entendimento.

Assim não basta fazer parte da Constituição os direitos considerados coletivos, é fundamental exercê-la plenamente e dar garantias para que a sociedade usufrua os benefícios que lhes são direitos, de forma integral, moral e ética, de maneira a tornar o indivíduo como um todo, um ser consciente, dinâmico, ativo, produtivo e politizado para poder influir no desenvolvimento social com a participação nas políticas públicas, tema este que será estudado no próximo capítulo.

A vivência e a participação dos Direitos é o ideal para se alcançar uma boa qualidade de vida com harmonia, progresso, desenvolvimento, realização, saúde, trabalho e por assim dizer: felicidade! Porém e infelizmente ainda não gozamos dessas prerrogativas de maneira total e integral. Muito tem sido negado ou esquecido por aqueles que detêm o poder de garantir esses direitos. É necessário que as sociedades reivindiquem os seus direitos através de movimentos sociais, imprensa falada e escrita, internet e outros meios disponíveis, porém de forma organizada, ordeira, pacífica, porém firme, atuante para exigir o que lhes é devido. Ainda mais, se faz necessário que se divulguem os seus verdadeiros direitos para que as sociedades despertem e se conscientizem do que lhes é devido de direito.

²⁷ PEREZ, Marcos Augusto. A Participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In BUCCI, Maria Paula (org). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Sarai-va, 2006, p. 55.

2 POLITICAS PÚBLICAS E PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

No capítulo anterior trouxemos à baila alguns escólios acerca do surgimento dos direitos coletivos os quais hoje estão elencados em nossa Constituição Federal de 1988, e que a sociedade civil foi e é a protagonista para a realização de tais direitos. Com o advento do Estado Social o Estado passou a ter o dever de promover os direitos elencados em nossa Carta Magna.

A evolução dos direitos analisada no capítulo anterior retrata que a fruição dos direitos sociais é uma questão mais que complexa, que vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, ensejando um incremento da intervenção estatal mais efetiva.

Como o Estado é a organização dada pela sociedade política nacional para que os direitos sejam promovidos e protegidos, a finalidade deste portanto, é a garantia dos direitos de cada cidadão que a integra. Toda forma de ação desenvolvida pelo Estado é feita no sentido de proteger direitos das pessoas que a integram, por consequência, a organização política da sociedade como Estado, tem sua existência visando promover e proteger os direitos humanos. Assim, o governo deve adotar políticas necessárias para que a plena realização dos direitos humanos sejam efetivados na sociedade.

As leis organizam o Estado moderno e definem sua estrutura, sua forma de governo, o papel de cada ser humano para o desenvolvimento da comunidade a qual pertence, definem, pois, o que se pode e o que não se pode fazer, seja nas relações interpessoais, seja nas relações entre indivíduos e o Estado. Essas leis são dirigidas tanto aos governantes quanto aos cidadãos comuns, e por todos devem ser obedecidas sem distinção de qualquer natureza. Esta compreensão é fundamental para verificar como se dá, no ordenamento jurídico brasileiro, a organização do Estado na execução das políticas públicas, como se dá o controle social sobre essas políticas que devem ter e, ainda, quais as formas de controle social dessas políticas.²⁸

No Brasil contemporâneo, especialmente no período pós 1982, ressalta-se a relevância de um conjunto de fenômenos históricos denominado, na literatura, de processo de redemo-

²⁸ AITH, 2006, p. 22.

cratização. Este vem impondo a necessidade de uma revisão no tratamento que deve ser dado às demandas sociais, bem como ao papel do Estado, em sua até então onipresente prerrogativa de grande e único responsável pela formulação e implementação de políticas.²⁹

A atuação do Estado hoje está bem longe de atingir os seus objetivos, mesmo estes estando muito bem delimitados no artigo 3º da Constituição Federal, mormente em seu inciso III, que traz em seu bojo que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Em que pese constar expressamente do texto constitucional o dever do Estado em atuar de forma a erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, tanto este como a sociedade civil não encontram-se engajadas para tal fim, posto que, aquele atua em seu limite mínimo e esta mesmo não contente com o mínimo concedido, acaba por “engolir” o que se pode chamar de desmando estatal.

A relação acima coloca o Estado em uma situação acomodada na prestação eficiente dos direitos já garantidos aos cidadãos, e estes fazendo parte integrante da sociedade civil são afetados todos os dias pela acomodação do Estado, fazendo eclodir os conflitos sociais, que tendem a ser supostamente dirimidos pelas movimentações coletivas, pelos movimentos sociais que são as formas utilizadas pela sociedade civil para fazer a máquina estatal dar cumprimento aos direitos já reconhecidos pela nossa carta cidadã.

Para Oklinger quando a sociedade civil começa a aprimorar suas formas de organização e inclusive a auto-satisfação de demandas, começa-se a perceber que, não somente o papel do Estado e sua centralidade, enquanto protagonista do poder político, precisa ser repensado, mas que, no mesmo esforço, as políticas públicas não podem mais ser compreendidas da mesma forma. A ação da sociedade civil contra o Estado para que este dê cumprimento ao seu dever de cumprir os ditames constitucionais com eficiência e de forma ampla, não se estabeleceria ou ao menos seria atenuado se no Brasil fosse pregada uma política pública séria e comprometida a realmente dar cumprimento aos objetivos fundamentais instituídos no inciso III do artigo 3º da Constituição Federal com a participação atuante da sociedade civil.

Neste contexto, é que tentarei no presente capítulo trazer de forma singela a importância das Políticas Públicas no Brasil, o papel da Sociedade Civil na sua construção e o ativismo judicial nas políticas públicas, até porque, no próximo capítulo que é o tema central deste trabalho de dissertação será discorrido acerca do fornecimento de água gratuito aos hipossufici-

²⁹ OKLINGER, 2006, p. 45.

entes na cidade de Ribeirão Preto, tema este atrelado a uma ação governamental que terá impacto nas despesas públicas e no contexto social da cidade.

O termo políticas públicas é de difícil conceituação, também é certo que envolve um conjunto de ações, ou medidas, praticadas pelo Estado- Administração, com a finalidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e, via de consequência, ao próprio Estado de Direito. Envolve, assim, a ideia de Estado prestacional, na situação de devedor.

O principal responsável pela implementação das políticas públicas é o Poder Executivo, sendo ele responsável pelo seu planejamento e primordialmente pela sua execução, cabendo ao Poder Legislativo um papel complementar, voltado basicamente à concessão de fundamentação legal das políticas públicas, sem perder de vista a possibilidade de controle das políticas pelo Poder Judiciário, condicionado a certos limites, que serão analisados no momento oportuno.

O surgimento e, em consequência, o interesse para o estudo sócio-jurídico das políticas públicas justifica-se, didaticamente, por que estão ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois estes demandam do Estado prestações positivas e significam o alargamento do leque de direitos fundamentais e também pelo desenvolvimento de certos setores e atividades do mercado que significou a geração de novas demandas, como os direitos dos consumidores, que transitam entre as atividades econômicas e a regulação estatal.

A política pública como área de conhecimento e disciplina acadêmica surgiu nos Estados Unidos, rompendo ou pulando as etapas seguidas pela tradição europeia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam então, mais na análise sobre o Estado e suas instituições do que na produção dos governos.

Segundo Celina Souza em seu artigo Estado de Arte da Pesquisa em políticas Públicas o pressuposto analítico que regeu constituição e a consolidação dos estudos sobre políticas públicas é do que, em democracia estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes.

O estudo das Políticas Públicas contou com grandes fundadores H.Laswell que introduziu a expressão *policy analysis* (análise de política pública), como forma de conciliar conhecimento específico e acadêmico com a produção empírica dos governos e também como forma de estabelecer o diálogo entre cientistas sociais , grupos de interesse e governo. H. Simon introduziu o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos (*policy makes*) , argumentando, todavia que essa limitação poderia ser minimizada pelo conhecimento recio-

nal. C. Lindblom questionou a ênfase no racionalismo de Laswell e Simon e propôs a incorporação de outras variáveis à formulação e à análise de políticas públicas, tais como as relações de poder e a integração entre diferentes fases do processo decisório, o qual não teria necessariamente um fim ou um princípio. D. Easton contribuiu para a área ao definir a política pública como um sistema, ou seja, como uma relação entre formulação, resultados e o ambiente. Segundo ele políticas públicas recebem *inputs* dos partidos, da mídia e dos grupos de interesse, que influenciam seus resultados e efeitos.³⁰

Há diferença acerca de políticas públicas e políticas de governo, ressaltando que ambas estão sujeitas às regras definidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como devem, necessariamente, ter como finalidade o interesse público e promoção e proteção dos direitos humanos. Esta diferenciação deve levar em conta três fatores principais: os objetivos da política pública; a forma de elaboração, planejamento e execução da política pública; a forma de financiamento da política pública. A conjunção destes fatores é que dará a clareza necessária para se diferenciar uma política de Estado de uma política de governo.³¹

Dentro dessa linha de interpretação, as políticas de governo seriam aquelas que, embora sempre voltadas ao desenvolvimento do Estado, teriam maior flexibilização (discricionariedade governamental) e representariam diferentes formas de se alcançar o mesmo objetivo, enquanto as políticas de Estado seriam aquelas que, embora possam ser executadas de diferentes formas, não admitem grandes flexibilizações e, acima de tudo, exigem continuidade. As políticas de governo, dentro dessa ótica, admitiriam, também, delegação ou terceirização da execução das atividades, por não se tratarem de atividades essenciais do Estado.

Assim, evidentemente que há algumas razões gerais que favorecem o interesse pelas políticas públicas e por seu estudo. O primeiro é o fato de que a crescente escala da intervenção do Estado e a complexidade dos governos nos dias atuais colocam problemas mais complexos aos responsáveis pelas decisões, seja no setor público, seja na sociedade civil e na iniciativa privada. Amplos os seguimentos da sociedade percebem que os assuntos públicos não são simples, que as soluções para as graves dificuldades são multifacetadas e que não se resolvem apenas pela boa vontade dos governantes ou através de fórmulas simplistas baseadas em alguma solução rápida. Outra, de ordem mais acadêmica, é que a política tem sido mais analisada do ponto de vista dos resultados do que das estruturas e instituições.

³⁰ SOUZA, Celina. Políticas Públicas no Brasil. In ROCHMA, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007, p. 62.

³¹ AITH, 2006, p. 21

No Brasil algumas políticas públicas só podem ser executadas pelo Estado, por serem políticas de grande vulto e relacionadas à consolidação das instituições que formam o Estado, à proteção dos direitos humanos fundamentais e à consolidação do Estado Democrático de Direito. Um exemplo claro de política de Estado é a política de segurança nacional, já que somente o Estado (através do governo) é dado o legítimo poder de defender o território nacional contra ameaças externas. No mesmo sentido são as políticas voltadas à consolidação do Sistema Único de Saúde, que tem por objetivo o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde, ou seja, a garantia do direito à saúde. As políticas eminentemente de Estado, função essencial deste, cabendo aos governos, portanto, o desenvolvimento de uma estrutura nacional capaz de atender a essa determinação constitucional, inclusive criando as condições através das quais a iniciativa privada poderá participar do SUS.

Acrescenta-se que a análise das políticas públicas não pode ser feita de forma fragmentada nem isolada da análise mais geral sobre os rumos do Estado e da sociedade. As políticas não são uma espécie de setor ou departamento com vida própria. Elas são o resultado da política, compreensíveis à luz das instituições e dos processos políticos, os quais estão intimamente ligados às questões mais gerais da sociedade. Entre as grandes questões que estão na agenda social e política de nossos dias atuais destacam-se os temas do desenvolvimento e da inclusão social.

Uma classificação usual das políticas é que distingue as políticas sociais de políticas econômicas ou macroeconômicas. As políticas sociais as quais inclusive fazem parte do presente estudo dizem respeito às áreas ditas “sociais”, como saúde, educação, habitação, segurança e assistência social. As políticas macroeconômicas incluem fundamentalmente a política fiscal e a política monetária, abarcando questões como controle da inflação, a taxa de juros, a taxa de câmbio, os incentivos a determinados setores da economia, o comércio internacional, entre outros temas.

Existem diversas definições e modelos de políticas públicas podendo extrair e sintetizar os seguintes elementos principais:³²

- A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz.

³² SOUZA, 2007, p. 28.

- A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada nos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes.
- A política pública é abrangente e não limita a leis e regras.
- A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados.
- A política pública, embora tenha impactos a curto prazo, é uma política de longo prazo.
- A política pública envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação.
- Estudos sobre políticas pública propriamente dita focalizam processos atores e a construção de regras, distinguindo-se dos estudos sobre política social, cujo foco está nas consequências e nos resultados da política.

Verifica-se ao longo do tempo que o Estado brasileiro vem sendo ineficiente na busca por soluções aos graves problemas existentes, ao mesmo tempo em que novos problemas surgem na sociedade, acumulando-se inoperância da política pública adotada. Pois bem, nosso país é constituído por três poderes “ independentes”, que em conjunto deveriam sanar os problemas, as divergências e prover o bem da sociedade civil representada.

O executivo e legislativo não satisfazem as necessidades básica da sociedade civil, deixando a mesma refém dos mais basilares direitos, no caso, saúde , educação, segurança, para elencar alguns, fazendo necessário a intervenção do judiciário (que por acaso não consegue solucionar sua própria atribuição jurisdicional) para dar guarida aos anseios dos cidadãos.

A população desamparada pela política pública que não lhe garante efetividade a seus próprios direitos insculpidos em nossa carta magna, recorre ao judiciário para que o mesmo determine ao executivo o cumprimento da prestação a ele cabente. Nesta linha, podemos destacar a ineficiência do Estado em garantir educação para toda a população, através de unidades escolares, já que não há vagas para todos, qualidade nas unidades existentes, saúde para a população, com qualidade e disponibilidade para todos, segurança e demais direitos fundamentais.

A assertiva retro declinada é tão evidente, que é matéria recorrente na imprensa escrita e falada do elevado e descontrolado índice de criminalidade que assola a sociedade brasileira que carente da atuação estatal recorre a meios privados de defesa. Na saúde, a exemplo da segurança pública, é cediço que o Estado não é capaz de oferecer aos cidadãos os

mais os mais simples recursos, tais como leitos hospitalares, remédios, postos de saúde, tratamentos adequados, tornando necessária a sociedade, notadamente àqueles que dispõem de melhor condição financeira, de obterem referida prestação através de rede privada. Na educação não é diferente, os mais abastados se servem de educação privada de maior qualidade, já que o Estado não garante a todos a educação que lhe compete.

Como vemos, é o hipossuficiente que sofre diretamente com a inoperância do Estado, já que os mais abastados suprem a ineficiência ao menos em parte, enquanto aos menos favorecidos não resta outra alternativa senão sujeitar-se à precariedade da prestação pública estatal.

A propalada precariedade é tão séria, que excetuados os abastados e até mesmo grande parte da classe brasileira que se serve de meios próprios, nem ao restante da população o Estado garante o atendimento básico às suas necessidades. Ou seja, mesmo tendo o dever legal de garantir a todos os brasileiros o cumprimento de seus direitos fundamentais, restando apenas uma parcela da mesma, este é ineficiente, fazendo com que em várias situações se faça necessário a intervenção do poder judiciário.

Em razão disso, intensificou-se gradativamente a busca do cidadão pela referida prestação estatal através do judiciário, sendo comum notarmos a avalanche de demandas para garantir remédios, internações, vagas em creches, enfim as mais diversas obrigações do poder público descumpridas, que com um comando judicial o Estado se vê obrigado a cumpri-las.

A questão com o passar do tempo ganhou uma conotação macro, passando os direitos fundamentais a serem garantidos de forma coletiva através da atuação do Ministério Público, que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 restou expresso no inciso III do artigo 129 a sua legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, e desta forma garantindo a prestação estatal de forma mais ampla, determinando ao invés de vagas individuais que sejam construídas e oferecidas creches, escola, presídios tal como previsto na Constituição.

Assim, toma corpo o fenômeno da judicialização das políticas públicas que segundo Carolina Scherer Bicca:

A judicialização da política, comumente indicada como “expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas”, pode ser atribuído a fatores variados, os quais afastam a idéia de que o juiz ambiciona aumentar a sua

força propositadamente em detrimento dos demais Poderes, não devendo, portanto, ser associada, necessariamente, ao ativismo judicial. São apontados, ainda, como fatores propulsores, mediante a criação de juizados de pequenas causas, a institucionalização da *class action*, a legislação dos direitos do consumidor, a invasão do direito no aspecto social, com a regulação dos setores mais vulneráveis, tornando-se o juiz o protagonista das questões sociais. Há que se destacar, ainda, o exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, o que pode ser apontado como o grande responsável pela nova arquitetura institucional.³³

Sobre isso, o juiz Federal Eduardo Appio, que há muito vem se dedicando ao estudo do controle judicial das políticas públicas no Brasil, alerta:

Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandado fixo (...).

Não há qualquer garantia de que um governo de juízes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação muito ampla acerca de seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político, e não os interesses reais dos cidadãos.

A principal função do Poder Judiciário brasileiro no contexto político do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação com o poder político. Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras equitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos.³⁴

Com o fenômeno da judicialização das políticas públicas, matéria que se torna discutível no âmbito jurídico é qual o limite de intervenção do Poder Judiciário.

Dentro deste contexto, a Min. Eliana Calmon, com sua indiscutível maestria proferiu o seguinte julgamento, in verbis:

[...] 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas [...]35

³³ BICCA, Carolina Scherer. **Revista de Direito Brasileira** – Brazilian Journal of Law . Ano 2. Vol.2, jan-jun/2012- Coordenador e Editor/ Coordinator and Publisher Vladimir Oliveira da Silveira, Uninove; PUC – SP.

³⁴ APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 13.

³⁵ BRASIL. STJ, REsp 493811 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 15.03.04. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

Neste cenário, as ações coletivas representam um novo modelo de litigância, em muito diverso daquele relacionado a lides individuais. Note-se tratar de diferenças não apenas de forma, mas também de substância. Nesse novo modelo não basta estar aberta a porta da legitimidade, ainda que de maneira mais ampla possível, mas são necessários meios processuais especialmente arranjados para se atingir o objetivo de defesa dos interesses de natureza coletiva. Por outro lado, verifica-se, em muitos casos ser o processo judicial a única via para a defesa dessa modalidade de interesse. Em razão de sua natureza, se não houver defesa pela via processual, é muito provável que também não haja por meio dos demais processos sociais, restando tais interesses sempre sub-representados.³⁶

As ações coletivas, como mecanismo de processamento de demandas coletivas e massificadas, a partir das *class actions* norte-americanas, são o meio, por excelência de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas.

Sustenta-se, portanto, que a questão da legitimidade para a defesa de interesse de natureza coletiva incorpora um duplo problema de políticas públicas, consubstanciado em dois objetivos que podem ser colocados separadamente: um objetivo, propriamente processual, de alargamento do acesso à justiça; outro, de política institucional, no sentido de gerar condições para que aqueles interesses possam ser efetivamente representados.

Paulatinamente intensificou-se a intervenção do judiciário nas políticas públicas, o que vem gerando a insatisfação do próprio Estado, que se vê obrigado a dar cumprimento a uma decisão judicial para cumprir sua obrigação precípua em face de sua ineficiência.

Para Carlos Alberto de Salles, o tratamento pelo Judiciário de políticas públicas não é algo a ser reputado anormal. Ao contrário, a intervenção judicial nessa área ocorre em razão da ligação, direta ou indireta, com políticas públicas ser característica marcante do próprio direito contemporâneo. As relações do cidadão com o Estado e mesmo aquelas estritamente privadas são todas fortemente pautadas por objetivos sociais subjacentes, influenciando a interpretação e aplicação do direito de maneira geral. Forçosamente, o Judiciário acaba, assim sendo palco de disputas envolvendo políticas públicas presentes no ordenamento jurídico. Mais do que isso, o processo judicial acaba tornando-se espaço privilegiado para sua discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos resultantes do mau funcionamento ou das disfuncionalidades dessas políticas.

³⁶ SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas públicas e processo**: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In BUCCI, 2006, p. 33.

E continua, as políticas públicas, portanto, passam a fazer parte da matéria-prima com a qual trabalha o Poder Judiciário, tornando-se elemento essencial da decisão judiciária. Tal ocorre, flagrantemente, no âmbito das ações coletivas, mas está presente, também, em litígios apresentados ao tratamento judicial de maneira individualizada. Se a presença de políticas é evidente em questões relacionadas, entre outras, ao meio ambiente, às relações de consumo, à defesa do mercado enquanto espaço concorrencial ou à proteção de grupos sociais vulneráveis, também pode, com alguma atenção, ser percebida em ações pleiteando direitos individuais, como naquelas tendo por objeto o acesso a determinado medicamento, uma vaga no sistema de educação pública ou a discussão de um serviço prestado em regime de concessão.

O Estado diante da determinação judicial para cumprimento de prestação positiva, qual seja, a concretização da ordem social constitucional, invoca em sua defesa a teoria da “Reserva do Possível” que teve origem na Alemanha notadamente a partir dos anos 70, que foi adequada para o direito pátrio com distorção, transformando essa teoria, em verdade, em uma teoria da reserva do financeiramente possível.

Ingo Wolfgang Sarlet corrobora com essa posição:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente ompetencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.³⁷

Registra-se que em sede jurisprudencial, a arguição por parte do ente público da teoria da “Reserva do Possível” ainda é bastante polêmica, passando por uma profunda modificação de entendimento frente à busca pela máxima efetivação dos direitos fundamentais e sociais.

Neste contexto, a teoria da “Reserva do Possível” só pode ser usada como mecanismo limite para a efetivação dos direitos sociais no caso de comprovação de insuficiência de recursos financeiros para tanto.

³⁷ SARLET, Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Na verdade o Estado ao invés de reestruturar a política pública de forma a garantir os direitos fundamentais a todos os cidadãos, pressionado por sua própria ineficiência e no claro intuito de solver demandas emergenciais que aumentam significativamente o seu desprestígio, adota políticas igualmente emergenciais que apenas têm o condão de aquietar a sociedade ou parte dela teoricamente beneficiada por referidas medidas.

Como exemplos mais recentes de políticas públicas dessa natureza, temos o programa mais médicos do governo federal que para suprir eventual falta de médicos no país e segundo o governo em regiões menos abastecidas por profissionais da saúde, “importou” médicos de vários países, ao invés de formar novos profissionais aqui mesmo para suprir referida demanda, o que por certo resultaria na saciedade de toda a coletividade de forma efetiva.

Haverá quem diga que a medida emergencial atende a necessidade momentânea da sociedade, enquanto outras medidas de cunho estrutural não surtam os efeitos almejados em razão do lapso temporal mais dilatado que referida medida se efetive. Entretanto, medidas desta natureza em nosso país, não são acompanhadas de reestruturação que possa efetivamente solucionar o problema, restando as mesmas isoladas e perpetuadas, para de forma paliativa acomodar o reclamo social.

Há que se ressaltar que referido trabalho não tem qualquer conotação político partidária, pelo que deixo claro que referida prática econômica na solução dos problemas sociais decorre de uma cultura da política brasileira e transcende a um determinado período governamental, verificando-se no decorrer de nossa história.

A respeito do tema são as lições de Antonio Sergio Araujo Fernandes em que enfatiza que:

A questão da pobreza e da desigualdade no Brasil se mostra como algo gerado por um déficit histórico de cidadania em um país que viveu sob regime escravo por quatro séculos, no qual os direitos civis e políticos existiam apenas no papel. Um bom exemplo são as eleições brasileiras tanto no período do império quanto da república velha – a chamada república dos coronéis. As eleições eram escrutínios caracterizados pela fraude e trulência onde os eleitores eram ameaçados por capangas, ou trocavam seu voto por qualquer utensílio. Evidentemente este comportamento refletia o perfil do atraso na sociedade brasileira (...) entre 1937 a 1945, foram suspensos os direitos políticos. Curiosamente no período da supressão de direitos políticos e civis, foi ao mesmo tempo o momento dos avanços dos direitos sociais.³⁸

³⁸ FERNANDES. Antonio Sergio Araujo. Políticas públicas: definição evolução e o caso brasileiro na política social. In DANTAS, Humberto; JUNIOR, José Paulo M. (Org.). **Introdução à política brasileira**. São Paulo: Paulus. 2007, p. 216-218.

A deliberação pública, fundada numa interlocução cotidiana pelos atores sociais que efetivamente estão envolvidos no processo político de constituição do espaço cívico e republicano da civilidade, pode ter também efeito transformador das crenças e opiniões destes participantes, e assim, podem produzir-se melhores decisões públicas, no sentido de serem refratárias das demandas da maior parte quantitativa da população atingida. Em um sistema de livre expressão racionalmente fundada, a exposição de múltiplas perspectivas oferece um quadro mais completo das consequências dos atos sociais, auxiliando na construção de melhores normas, melhores leis, melhores políticas públicas, etc; ou seja, um processo deliberativo que funcione sob o fundamento da inclusão intersubjetiva dos seus operadores, não precisa negar ou mesmo afastar a experiência da representação política, mas ampliá-la a extensões cada vez maiores, fazendo com que resultados políticos de ações cotidianas respondam aos desejos e aspirações efetivamente populares e massivas. ³⁹

No que tange à capacidade de articulação e mobilização da sociedade civil, temos visto nos últimos anos- notadamente desde a década de 1960 que até em face da ausência de políticas públicas promovedoras das suas demandas, houve um crescimento vertiginoso de associações civis, organizações não governamentais e atividades de voluntariado, todas voltadas à proteção de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos não atendido pela gestão pública, o que modificou profundamente o perfil do tecido social e mesmo da relação do Estado com a Sociedade, criando-se canais de comunicação na maioria das vezes tensos e truncados, voltados à demarcação de pautas de gestão não contempladas pela política oficial.

Para a maioria dos analistas, só há mudanças no conteúdo e na metodologia das políticas públicas com mudanças nas elites políticas, na composição do poder político. É certo que mudanças mais substantivas só podem ocorrer quando efetivamente se muda a composição do poder, mas pode-se obter conquistas sociais através da mobilização social, da ação coletiva, sobretudo quando esta passa a ter um conteúdo de proposição, de debate público de alternativas e não de mera crítica. Para isso, é necessário que as proposições sejam legitimadas por um amplo consenso e que tenham uma abrangência maior que os interesses corporativos ou setoriais.

Essa é a realidade do atual processo social em que a sociedade civil, articulada em suas organizações representativas em espaços públicos, passa a exercer um papel político amplo de construir alternativas nos vários campos de atuação do Estado e de oferecê-las ao debate público, coparticipando, inclusive, na sua implementação e gestão. Há, hoje, no país, uma

³⁹ LEAL, 2003, p. 15.

série de experiências desenvolvidas por ONGs e organizações de base que podem servir de referência para a elaboração de propostas e alternativas de políticas públicas. Vários canais institucionais podem ser utilizados para esse debate, desde os Conselhos de Gestão, até espaços autônomos já em funcionamento ou a serem criados em áreas específicas. Deve-se também usar alguns mecanismos, de natureza administrativa, judicial ou parlamentar, criados a partir da Constituição.

No processo de definição de políticas públicas, sociedade e Estados complexos como os constituídos no mundo moderno estão mais próximos da perspectiva teórica daqueles que defendem que existe uma “ autonomia relativa do Estado”, o que faz com que este tenha um espaço próprio de atuação, embora permeável a influência externas e internas. Essa autonomia relativa gera determinadas capacidades, as quais por sua vez, criam condições para a implementação de objetivos de políticas públicas. A margem dessa autonomia e o desenvolvimento dessas capacidades dependem, obviamente, de muitos fatores e dos diferentes momentos históricos de cada país.⁴⁰

Diante desta premissa, compete à Administração Pública, efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral, para isso, será necessário implementar ações e programas dos mais diferentes tipos e garantir a prestação de determinados serviços. Em suma: será preciso implementar o que se descreveu acima como políticas públicas. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente realizar os fins previstos na Constituição. (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais cuja fruição direta dependa de ações.⁴¹

As políticas públicas devem responder principalmente às demandas dos setores marginalizados da sociedade, considerados como vulneráveis. Hoje, diante da falta de uma política pública específica para o tema em debate trazida nesta dissertação, há milhares de ações judiciais que fluem perante o Poder Judiciário, para que este possa obstar a suspensão do fornecimento de água ante a incapacidade financeira do usuário em pagar pelo serviço de fornecimento de água.

O hipossuficiente por não conseguir suportar o ônus da contraprestação junto à fornecedora do serviço de abastecimento de água, acaba até mesmo pela falta de esperança em ter

⁴⁰ SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Ano 8, nº 16, Porto Alegre, 2006, p. 09. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2014.

⁴¹ BARCELOS, Ana Paula de. Direito Constitucional. **Revista de Direito do Estado** Ano 1 nº 3.17-54 julho/setembro de 2006, p. 23.

alterada a sua situação econômica, já que a vida a colocou no flagelo, fazendo uso da água em montante muito além do mínimo necessário para a sua sobrevivência, deixando muitas vezes até mesmo de consertar um vazamento e de praticar condutas para economizar o líquido mais valioso do planeta, uma vez que tem na maiorias das vezes arraigados em seus pensamentos que seu estado de penúria financeira e inadimplência nunca será alterado.

O desalento do ser humano, o leva ao desânimo e a não mais cuidar de suas coisas já que não há esperança de melhora, fato este que acaba atingindo não apenas o lar deste ser, mas toda a sociedade, uma vez que em nosso país tal grupo de pessoas integra uma grande parcela de pessoas denominada muitas vezes pelos estudiosos e mídia em geral de miseráveis ou menos afortunados, que ao cair no descuido de seu consumo de água está de forma mais que direta colocando em risco todo o sistema de abastecimento de água, tendo em vista que a água é única e de todos, devendo ser protegida e compartilhada de forma consciente pelo povo, posto que este líquido não pode ser produzido em laboratório a mercê da necessidade humana.

Acredita-se que, uma vez voltado os olhos do administrador para o caso em estudo, com a criação de políticas públicas não só de acesso ao fornecimento de água nas situações já comentadas, bem como de conscientização da importância e escassez de tal produto, o foco não mais retroagirá, sendo que benesses surtirão para toda a coletividade, e esta minoria terá condições de ao sentir o mínimo de sua dignidade garantida, se preocupar em lutar e buscar melhores condições de vida, através do alimento, emprego, sossego e saúde.

Os programas sociais que almejam a erradicação da pobreza não podem iniciar pelo meio e nem pelo fim do caminho, estes hão que iniciar com o mínimo necessário ao sustento da própria vida, ou seja, a base do ser, que com certeza é pela água, água gera saúde, alimento, emprego e felicidade.

O Estado tem o dever de conceder a seus súditos os direitos mínimos à sua sobrevivência, já que quando pregou em nossa Constituição o princípio da dignidade humana, bem como os objetivos fundamentais de erradicar a pobreza, marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, chamou para si a responsabilidade de manter uma sociedade solidaria e justa, não podendo por consequência no momento em que a minoria se vê despida de amparo legal, virar suas costas, o que com certeza configurará uma traição.

Já existem para o caso em discussão vários estudos quanto ao consumo mínimo neces-

sário de água para a sobrevivência do indivíduo, sendo que este é variável de cidade para cidade, de cultura para cultura e etc., mas, o importante é que já existe, e o administrador, portanto, tem apenas que instituir uma política pública neste sentido.

3 FORNECIMENTO DE ÁGUA GRATUITO AOS HIPOSSUFICIENTES

A escolha do tema desta dissertação decorreu da observação por vários anos de trabalho junto ao Departamento de Água da cidade de Ribeirão Preto, onde casos práticos em que o usuário do serviço de fornecimento de água, por não possuir comprovada condições financeiras, deixou de adimplir com sua obrigação de pagar suas contas mensais de água, o que levou a concessionária nos termos das leis federal e municipal à suspensão do referido serviço.

Em um caso mais específico e que na verdade foi o embrião desta tese de dissertação, caso este inclusive que vejo necessário trazer a baila, retrata a situação de uma usuária hipossuficiente morando com dois filhos, sendo que um deles possuía uma doença grave e contava com quatro anos de idade e o outro com apenas sete anos de idade. Diante da doença do filho menor, que teve que ficar internado no hospital e devido a gravidade da doença a presença dessa era obrigatória no hospital durante todo o dia, enquanto o outro filho permanecia na escola e com vizinhos.

A mãe diante da situação teve que largar o emprego e viver de ajuda de terceiros, deixando por consequência de pagar suas contas de água, levando à interrupção do serviço de fornecimento de água pelo Departamento de Água da cidade, muito embora tivesse sido comprovada toda a situação. Totalmente sem saída procurou o poder judiciário e este concedeu-lhe tutela antecipada para que fosse imediatamente restabelecido o fornecimento de água em seu imóvel.

Saltou aos olhos o conteúdo da decisão judicial já que a usuária encontrava-se em débito, não se discutia abuso de consumo, e tanto a legislação como a jurisprudência que versam sobre o assunto são no sentido da permissão da suspensão do fornecimento de água em caso de comprovada inadimplência do usuário, entretanto, pela anomalia do caso o julgador que proferiu a tutela antecipada utilizou-se do princípio da dignidade humana para que fosse restabelecido o fornecimento de água junto ao imóvel daquela usuária.

A tutela antecipada deferida foi imediatamente cumprida, como não poderia deixar de ser, mas a polemica tanto jurídica como social vieram a tona porque não há permissivo legal

quanto a gratuidade da prestação do serviço de fornecimento de água, porém diante da essencialidade do referido líquido e da comprovada situação de pobreza do indivíduo, bem como da sua incapacidade para o labor que a levaram a tornar inadimplente com suas contas mensais de água, o poder público no seu dever de dar cumprimento aos direitos fundamentais, mormente “saúde e qualidade de vida” não pode ignorar a tal situação.

Apenas para saciar a curiosidade do leitor deste trabalho, antes mesmo de adentrar nos fundamentos doutrinário e jurídico que me agarro para sustentar a tese desta dissertação, o término do caso embrionário mencionado deu-se pela suspensão do andamento do processo judicial que perdurou até o óbito do filho doente da usuária, quando a mesma começou a trabalhar e por consequência também começou a pagar suas contas de água atuais, deixando entretanto para trás a inadimplência quanto aos débitos pretéritos, que por sua vez foram remidos (perdoados) pela concessionária encarregada pelos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto nesta cidade de Ribeirão Preto.

Ocorre que o instituto da remissão previsto na Lei Municipal nº 452/95 não autoriza o fornecimento de água de forma gratuita à população carente ou hipossuficiente, mas apenas e tão somente perdoar os débitos pretéritos de referida população, após cumpridas as formalidades legais, ou seja, não inibe a suspensão do fornecimento de água através de corte, sendo medida ineficaz para evitar o prejuízo almejado.

A proposta do presente trabalho é demonstrar que o serviço de fornecimento de água é um bem essencial à pessoa, e quando devidamente comprovado que o usuário não tem condições mínimas para pagar pelo referido serviço, este deve ser prestado no mínimo necessário à sobrevivência, de forma gratuita.

3.1 DAS LEIS NATURAIS – À ÁGUA COMO BEM ESSENCIAL À VIDA

A afirmação de que o homem é ser único e possui direitos inerentes à sua existência remonta à antiguidade clássica. A frente de todos estes direitos, acham-se as leis da natureza, assim denominadas porque derivam unicamente da constituição do nosso ser. Para bem conhecê-las é preciso considerar um homem antes do estabelecimento da sociedade em seme-

lhante estado.⁴²

O homem antes mesmo da existência do poder, da regulamentação e etc, já consumia a água, porque esta como o ar é essencial e inerente à sua subsistência. Mais do que isto, está intimamente relacionada à sua história, eis que é pré-existente ao seu próprio surgimento. Acesso à água antecede, portanto, a qualquer existência de direito implantado pelo homem, advém da lei da natureza.

Existem registros sobre a compreensão da associação entre a água de consumo humano e saúde, datados dos tempos mais remotos. Contudo, essa compreensão verifica-se apenas em algumas poucas situações e em algumas culturas e tinha bases explicativas muito distintas das atualmente disponíveis pelo conhecimento científico moderno. Identificavam-se então desde 2000 antes de Cristo, na Índia, recomendando que a água impura deve ser purificada, pela fervura sobre um fogo, pelo aquecimento no sol, mergulhando um ferro em brasa dentro dela, ou pode ainda ser purificada por filtração em areia ou cascalho, e então resfriada.⁴³

Anualmente, um número significativo de crianças morre no mundo de doenças diretamente relacionadas às condições deficientes de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Essas doenças, especialmente quando associadas com a desnutrição podem enfraquecer as defesas orgânicas a ponto de contribuir com doença e morte por outras causas, como sarampo e a pneumonia. Este quadro está estreitamente relacionado à pobreza: a proporção de doenças relacionadas ao abastecimento de água e ao esgotamento sanitário em crianças menores de cinco anos na África, por exemplo, é mais de 240 vezes superior à dos países ricos.⁴⁴

Assim, a água ao mesmo tempo pode ser um veículo de transmissão de doenças e outros agravos (intoxicações, por exemplo) ao homem e pode ser requisito de boas condições de saúde, particularmente quando é ofertada com quantidade suficiente e qualidade adequada.

Na verdade desde o surgimento da vida humana os indivíduos tinham a água como bem essencial à vida independentemente de ter valor econômico como o é na atualidade, já que a mesma, extraída da natureza (lagos, minas, rios etc.) lhe era servida em todas as suas necessidades.

A necessidade de utilização da água para o abastecimento é indissociável da história da humanidade. Essa demanda determinou a própria localização das comunidades, desde en-

⁴² MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron. **Espírito das Leis**. Belo Horizonte: Lider, 2004, p. 27.

⁴³ HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (Org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 35.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 40.

tão o homem passou a viver de forma sedentária, adotando a agricultura como meio de subsistência e abandonando a vida nômade, mais centrada na caça. A vida sedentária tornou mais complexo o equacionamento das demandas de água, que passaram então a incluir o abastecimento de populações e não mais de indivíduos ou famílias, tanto para atender as necessidades fisiológicas das pessoas, preparar alimentos e promover a limpeza, quanto para manter a agricultura, irrigando as culturas.

Vários registros de experiências de suprimento de água são encontrados, desde a Antiguidade, demonstrando o progressivo desenvolvimento de tecnologias para a captação, o transporte, o tratamento e a distribuição de água. Esses registros também demonstram a crescente consciência da humanidade para o papel do fornecimento de água no desenvolvimento das culturas e na proteção à saúde humana, nesse aspecto observando-se o crescimento da consciência quanto à importância da qualidade da água.⁴⁵

O homem se utiliza desta riqueza natural para todas as suas principais necessidades, (alimentação, higiene, saúde e consumo direto). Vê-se, portanto, que o homem desde os primórdios de sua existência faz uso da água como um bem natural disponível para própria manutenção de sua vida, independente de tratamento da mesma.

Ocorre que, hoje não mais é possível ao homem o acesso à água diretamente da fonte, seja pela dificuldade de encontrar recursos hídricos em condição de uso (mananciais poluídos, riachos secos e esgotados, açudes que recebem dejetos do esgotamento sanitário e outros) seja pela impossibilidade criada pelo próprio homem, que organizado em sociedade estabeleceu regras para o seu consumo, vendo-se atualmente uma completa dependência da torneira para o abastecimento doméstico de água potável, seja nas grandes cidades como em pequenas cidades do interior ou no campo.

Mencionado abastecimento hoje regado pelo homem moderno, que com sua inteligência elaborou formas confortáveis de acesso a este líquido valioso por meio de um encanamento que entrega diretamente em cada casa água tratada e de forma ininterrupta, possui um custo, decorrente da concepção contratualista-capitalista que impera na atualidade e que devido a seu valor acaba por limitar o acesso deste bem natural àquela minoria que não consegue pagar por seu consumo.

As necessidades elementares da vida humana como, alimentar-se e manter a prole, e as criadas pela vida social como, vestir-se ou abrigar-se das intempéries, encontrar alívio para as

45 HELLER, 2010, p. 47

dores e realizar-se com os prazeres, não são levados em conta. O Estado moderno trata a liberdade apenas como a capacidade consciente de contratar e não com a liberdade da busca da felicidade que encontra os prazeres, medita nas crenças, crê nas ideias e luta por convicções. Aliás, observando a revolta popular por este entendimento faccioso da liberdade, o Papa Leão XIII, em 1891, publicou a encíclica *Rerum Novarum*, que, em defesa da propriedade privada faz um libelo contra a desumanidade do contrato de trabalho, portanto contra a liberdade absoluta de contratar. Se liberdade é a escolha entre muitos, só o patrão tinha liberdade porque tinha a sua frente um batalhão de famintos pronto a ser contratado por qualquer preço que mitigasse sua fome diária. Entretanto, diz a lei e a teoria, o contrato é o encontro de duas vontades. Uma única vontade não pode compô-lo. Está é a ideia magnânima da modernidade.⁴⁶

O fato de hoje o homem não mais ter acesso direto a água como nos primórdios, não lhe retira o direito de consumi-la em caso de não possuir comprovadamente condições financeiras, caso contrário, este estaria sendo privado do direito à própria vida, já que sem a água tratada, este ficará obstado de manter suas condições mínimas de existência e sem boas condições de saúde. A água é um recurso natural, advém da própria existência do planeta terra, ou seja, da mesma forma que precisamos do oxigênio para sobreviver, necessitamos da água que é o líquido vital para a sobrevivência da humanidade e de todas as espécies que vivem sobre a face da terra.

É indiscutível que há uma forte correlação negativa, entre a proporção de pessoas abastecidas por sistemas públicos de água e a proporção de óbitos de crianças menores de um ano, por DIP, no Brasil, de 1980 a 1996. Cerca de 80% dos óbitos nessa idade é causado por doenças infecciosas intestinais. Outros fatores como a reidratação oral, certamente contribuíram para essa redução, mas não se pode deixar de ressaltar a importância dos sistemas de abastecimento de água. O abastecimento de água é o que provoca maior impacto na redução das doenças.⁴⁷

Assim, o bem natural água, sem levantar dúvida acerca de sua necessidade, está intrinsecamente entrelaçada aos direitos fundamentais do homem, como o direito à vida, à alimentação e à saúde, à sobrevivência. Os seres humanos e as comunidades em que vivem não podem sobreviver sem a água, uma vez que este elemento corresponde às necessidades primárias e constituiu uma condição fundamental de sua existência.

44 HELLER, 2010, p. 47.

47 TSUTIYA, Milton Tomoyuki. **Abastecimento de água**. São Paulo: Departamento de Engenharia Hidráulica e Sanitária da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2003, p. 06.

Numa mensagem aos Membros da Conferência Episcopal do Brasil, em 2004, o Papa João Paulo II escreveu: “Como dádiva de Deus, a água é um elemento vital, essencial para a sobrevivência; por conseguinte, todos têm direito à água.”⁴⁸

A finalidade primordial do Estado é garantia dos direitos de cada um dos seres humanos que o integram, e toda e qualquer ação desenvolvida pelo Estado deverá ser feita no sentido da proteção desses direitos. Hoje e sempre a água é direito do homem, negá-la por falta de condições financeiras a seu pagamento é negar o direito à vida, tutelado e protegido por nossa Constituição.

Quem lê na Constituição que a finalidade, o objetivo e os fundamentos do Estado Brasileiro não é só a proteção dos direitos individuais, como estabelecia a velha ordem de 1824, mas, a erradicação das desigualdades sociais, da pobreza, a promoção da solidariedade e dignidade da pessoa, a construção de uma sociedade justa e livre, se percebe que ela estabeleceu princípios a serem seguidos e claras pistas para interpretar as normas contidas em seu texto.⁴⁹

No executar das políticas públicas o governante deve buscar a concreção dos direitos fundamentais dos governados, principalmente à minoria que não possui condições mínimas de existência, já que esta se encontra em situação de desigualdade tanto na aquisição de direitos como na materialização dos já existentes. Qualquer política pública que se afasta desta premissa, pode ser considerada ilegal e imprópria, não havendo que se falar em políticas públicas quando não se concede ao povo condições mínimas de dignidade humana.

Dizer que não há nada justo ou injusto, senão naquilo que permitem ou proíbem as leis positivas, é o mesmo que afirmar que, antes que o círculo fosse traçado, todos os seus raios não eram iguais.⁵⁰

Desde que as pessoas passaram a ter atividades agrícolas e criar animais, passaram a se fixar em vilas, que posteriormente se transformaram em cidades, que já eram observadas desde cerca de 5.000 a.C. a 4.000 a.C. , a necessidade de água para atender às necessidades da população e também para a irrigação de suas culturas agrícolas, fez com que as primeiras obras visando o abastecimento de água fossem construídas. As primeiras obras com sucesso para se controlar o fluxo de água foram feitas na Mesopotâmia e no Egito, onde ruínas de ca-

⁴⁸ Intervenção da Santa Sé no IV Foro Mundial sobre a água (cidade do México, 16-22 de março de 2006) - Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060322_mexico-water_po.html> 17/08/2014.

⁴⁹ MARÉS, 2003, p. 13.

⁵⁰ MONTESQUIEU, 2004, p.32.

nais de irrigação pré-históricos ainda existem.⁵¹

Por volta de 100 d.C., os romanos já haviam construído vários aquedutos, procurando trazer água de fontes para o abastecimento, pois, consideravam estas água de melhor qualidade de que as dos rios para a saúde da população, além de não necessitar serem elevadas para níveis mais altos, para atender aos consumidores como era necessário para as água dos rios. Em realidade os romanos não foram os primeiros a construir aquedutos, pois, os fenícios e os helenos já os haviam construído anteriormente.

No Brasil, a primeira cidade a ter sistema de abastecimento de água foi o Rio de Janeiro, que em 1561 teve o primeiro poço escavado, por Estácio de Sá e depois, somente em 1673 se iniciaram obras de adução de água para a cidade. A operação dos sistemas de abastecimento de água, particularmente no Brasil, foi durante muito tempo relegada a segundo plano, porém, em vista dos benefícios, principalmente econômicos (economia de custo de produção de água e de energia elétrica e controle de perdas de faturamento) e de qualidade dos serviços (garantia de água em qualidade e quantidade adequadas) resultante de uma adequada operação tem feito com que as prestadoras de serviços de saneamento dediquem cada vez mais atenção à operação dos sistemas de abastecimento de água.⁵²

Motiva-se este no fato da permissão tanto legal como jurisprudencial no sentido de ser o fornecimento de água interrompido ante a inadimplência de seu usuário, sem, contudo, ser levado em consideração que a água é bem essencial à vida e o direito ao seu acesso remontam à própria existência da vida, sendo, portanto, um bem de direito natural.

Assim, nos casos de comprovada miserabilidade o fornecimento de água deve ser gratuito no mínimo necessário à sobrevivência, já que a nossa carta cidadã tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e os objetivos de erradicar a pobreza, a marginalização e ofertar o bem estar de seu povo. Para tanto, imprescindível a formulação de uma política pública voltada a atender a este grupo de pessoas que se encontram excluídas economicamente, traçando metas no sentido de garantir o acesso a um consumo mínimo de água a este usuário hipossuficiente.

Com a elaboração e aplicação desta política pública acredita-se que o Estado fomentará o desenvolvimento deste grupo de indivíduos, pois, os mesmos além de verem reconhecida e garantida sua dignidade humana, passarão a ter melhores condições de saúde, acrescentando ainda outro fator primordial, qual seja, o da conscientização da utilização racional da água,

⁵¹ TSUTIYA, 2003, p. 02.

⁵² Ibid., p. 04.

uma vez que estabelecido um consumo mínimo gratuito, o usuário hipossuficiente certamente se adequará ao mesmo para fazer jus ao programa social estabelecido.

3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ingo Wolfgang Sarlet propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁵³

A dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental, é um sobre-princípio pré-constitucional, pré-estatal, ou seja, o ser humano já possui dignidade independentemente da Constituição, do Estado. A Constituição só se legitima ao estabelecer e respeitar a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 foi à primeira na história do constitucionalismo a prever em seu bojo um título específico aos princípios fundamentais, o constituinte deixou clara sua intenção em conferir aos princípios fundamentais o status de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais

O princípio da dignidade da pessoa humana enquanto direito positivado é recente. Apenas após a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal da ONU de 1948 a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida e expressa nas constituições de diversos países.⁵⁴

⁵³ SARLET, 2001, p. 34.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 42.

A previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da república se torna ainda mais consagrada no sentido de garantir a busca do Estado em proporcionar ao indivíduo condições para que se possa ter uma vida digna, sendo, portanto, um fim e não um meio pelo qual o Estado atinge suas finalidades.

Os governos representativos devem executar políticas que busquem a promoção e proteção dos direitos humanos, sendo qualquer política que não tenha essa finalidade torna-se, imediatamente, uma política inconstitucional (ou ilegal), por ser contrária aos interesses dos seres humanos que compõem o Estado. Esses seres humanos, que habitam o Estado e formam o seu povo, são titulares do poder que emana do Estado, e se fazem representar, transitoriamente, por um determinado governo.⁵⁵

Entre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito Brasileiro, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art 1º, II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são elemento básico para realização do princípio democrático, tendo em vista que exerce uma função democratizadora.⁵⁶

Por sua vez, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no artigo 3º da carta de 1988.⁵⁷

A base principal de todo o ordenamento pátrio, é a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, fato este é que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento da República este princípio em seu artigo 1º, III, CF.

Como objetivos fundamentais da República, o artigo 3º, também no inciso III, indicou a erradicação da pobreza e da marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Neste contexto, a inclusão social é um novo nome para um tema antigo, o tema da pobreza, das desigualdades sociais. A agudização das desigualdades provocadas pela globalização conferiu a este conceito o sentido de urgência, tornando-o um elemento prioritário na

⁵⁵ AITH, 2006, p. 24.

⁵⁶ PIOVESAN, Flavia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** – ano 11 out/dez 2003, p. 219.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 219.

agenda política.⁵⁸

O homem não deve ser tratado como um meio para que o Estado atinja seus interesses, mas sim como uma finalidade do Estado. Estado este que deve garantir ao indivíduo todas as condições necessárias para que este possa viver com dignidade.

A afirmação de que o homem é um ser único e possui direitos básicos inerentes à sua existência remonta à antiguidade clássica. Para alguns, quando se afirma que os gregos já possuíam uma noção de direitos humanos, a afirmação soa falsa e despropositada, uma vez que a própria concepção dos detentores de direitos era bem limitada. Entretanto, descontadas as realidades históricas que compunham esta civilização, podemos encontrar em diversos textos alusões a direitos básicos do ser humano, direitos estes que não poderiam ser violados por ninguém, nem pelos detentores de poderes terrenos.⁵⁹

A legislação destinada a estabelecer diretrizes nacionais para o saneamento básico não pode se desviar dos princípios constitucionais que norteiam a República, dado o seu caráter normativo. A água é um bem essencial à vida, é um direito inerente ao indivíduo, sua incapacidade financeira não pode obstar de obtê-la no mínimo necessário a sua sobrevivência. Os objetivos fundamentais traçados em nossa carta cidadã quais sejam erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, não serão alcançados se o indivíduo restar privado de matar sua sede, cozinhar seus alimentos e de manter sua higiene em virtude de não possuir recursos financeiros para manter água em sua torneira.

Uma legislação infraconstitucional que permite a suspensão do fornecimento de água potável ao consumidor comprovadamente miserável, considerando a inexistência de leis para estes casos extremos, a essencialidade do serviço e a imprescindibilidade da água para uma existência digna, significa verdadeiro retrocesso em relação ao fundamento da república e o desamparo e desconsideração dos direitos naturais do ser humano que é a base principiológica de qualquer regra mestra de uma sociedade.

Em situações como estas estaria o fornecedor da matéria básica à existência humana violando gravemente o fundamento da República - dignidade humana ao suspender o fornecimento de água potável do usuário que encontra-se inadimplente por comprovada dificuldade financeira.

As decisões administrativas que influem sobre a distribuição da água devem corres-

⁵⁸ SCHIMDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas**: aspectos conceituais e metodológicos. Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. EDUNISC 2008, p. 1988/1989.

⁵⁹ AITH, 2006, p. 27.

ponder também aos critérios de justiça. O direito do homem ao acesso à água potável deve ser promovida, de tal maneira que as dificuldades hoje existentes sejam reduzidas, em vista do maior bem-estar dos indivíduos menos afortunados.

Por todos os ângulos que se força a olhar, não resta dúvida de que deixar de fornecer água ao usuário que comprovadamente não possui condições financeiras, afronta o princípio da dignidade humana, bem como significa retroceder aos princípios fundamentais de nossa carta cidadã, quais sejam, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

Desta feita, em situações de comprovada insuficiência financeira, ter acesso a um mínimo de água é direito natural do cidadão, que demanda reconhecimento e regulamentação como forma de se garantir uma vida digna em todos os seus sentidos e significados.

3.3 ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO INDIVÍDUO

A expressão direitos fundamentais tem origem alemã e também procura designar um conjunto de direitos que são essenciais às pessoas humanas, são direitos positivados que variam no tempo e no espaço posto que dependem do reconhecimento de cada Estado dentro de seu ordenamento jurídico, eles não surgem de um momento, decorrem de uma evolução. Em decorrência disso, eles não podem ser taxativos em uma Constituição.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

O indivíduo ao nascer já é possuidor de direitos fundamentais, como o direito a vida, a liberdade a dignidade humana e outros. Assim, esses direitos fundamentais nascem com o indivíduo e, por isso, não podem ser considerados como uma concessão do Estado.

Os direitos fundamentais encontram-se positivados na Constituição Federal, e subdividem-se em cinco capítulos:

- Direitos Individuais (art.5º)

- Direitos Coletivos (art.5º)
- Direitos Sociais (art.6º e 193)
- Direitos à Nacionalidade (art 12)
- Direitos Políticos (arts. 14 à 17)

Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Os direitos fundamentais sociais, segundo SARLET, podem ser classificados em dois grupos: Direitos Negativos (direitos de defesa) e Direitos Positivos (direitos a prestações). No primeiro aspecto, os direitos fundamentais constituem-se em “direitos de defesa” do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade”. E, prossegue dizendo que:

[...] acima de tudo, os direitos fundamentais -na condição de direitos de defesa - objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito da proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.⁶⁰

Já no segundo plano (direitos a prestações):

[...] vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, não além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à aquisição e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.⁶¹

⁶⁰ SARLET, 2001, p. 75-76.

⁶¹ Ibid., p. 76-77.

Nos termos do dispositivo constitucional acima, o direito a água potável não está expresso como direito fundamental, entretanto, não há vida sem a água potável, ou seja, esta é um pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais, cabendo ao Estado o dever de prestar o serviço de fornecimento de água ao indivíduo que não possui comprovada capacidade financeira em obtê-la.

A água conforme exposto acima é um bem existente antes mesmo da própria vida, não há como dissociar a vida sem este líquido, ocorre que este bem é finito, e a humanidade poderá presenciar no terceiro milênio uma nova modalidade de guerra: a batalha pela água. Batalha esta que será bem diferente dos conflitos do século XX, marcados por questões políticas ou pela disputa do petróleo.

Sendo a água indispensável a existência do indivíduo, e levando em consideração que é um bem finito, e cada dia que passa o custo para mantê-la junto às torneiras das casas de cada indivíduo é maior, quem tem capacidade econômica com certeza não enfrenta e nem enfrentará dificuldade em usufruir do referido bem, entretanto os menos favorecidos economicamente que já estão sofrendo em obter o líquido indispensável à sua sobrevivência humana, poderão ficar a mercê da sorte.

Á água potável mesmo não estando expressa no texto constitucional é um direito fundamental, e nessa condição, necessita receber proteção jurídica expressa em benefício de cada pessoa, tal proteção jurídica deve estar insculpida na Constituição Federal.

No encontro relacionado ao meio ambiente a água também foi motivo de pauta, como a ECO – 92, desse encontro originou-se a Agenda 21, a qual afirma, em seu Capítulo 18, que:

A água é necessária em todos os aspectos da vida. O objetivo geral é assegurar que se mantenha uma oferta adequada de água de boa qualidade para toda a população do planeta, ao mesmo tempo em que se preserve as funções hidrológicas, biológicas e químicas dos ecossistemas, adaptando as atividades humanas aos limites da capacidade da natureza e combatendo vetores de moléstias relacionadas com a água. Tecnologias inovadoras, inclusive o aperfeiçoamento de tecnologias nativas, são necessárias para aproveitar plenamente os recursos hídricos limitados e protegê-los da poluição.⁶²

Vale ressaltar, que os documentos internacionais concebem o acesso à água potável como direito humano fundamental. É o que pode ser encontrado no Relatório de Desenvolvimento Humano (2006), do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, publicado pela ONU: A água, a essência da vida e um direito humano básico, encontra-se no cerne de

⁶² NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos da água**. Rio de Janeiro. 1992.

uma crise diária que afeta vários milhões das pessoas mais vulneráveis do mundo - uma crise que ameaça a vida e destrói os meios de subsistência a uma escala arrasadora.

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em sua 108ª Reunião Plenária, realizada em 28 de julho de 2010, aprovou a Resolução nº 64/292, que reconhece o acesso à água potável e a o saneamento básico como direitos humanos básicos. O presente texto busca levantar, de modo preliminar, as possíveis consequências de tal reconhecimento no sistema jurídico nacional, especialmente na Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, e na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, considerando a lógica utilitarista que permeia as mesmas e os números brasileiros sobre acesso à água potável e ao saneamento básico.

O representante brasileiro na Assembleia Geral da ONU votou favorável à Resolução 64/292 no sentido de que o direito à água e saneamento está intrinsecamente conectado ao direito à vida, à saúde, à alimentação e moradia adequadas, e que é responsabilidade dos Estados garantir esses direitos a todos os cidadãos..

As Constituições promulgadas mais recentemente revelam tendência de previsão expressa do acesso à água potável como direito fundamental. Podem ser mencionadas as Constituições da Bolívia e do Equador.

A Constituição da Bolívia, promulgada em outubro de 2008, afirma que o acesso à água potável, assim como o saneamento básico, é um direito humano, sendo proibida sua privatização ou concessão, estando sujeito a licenciamento e sistema de registro, nos termos da lei (art. 20, inciso III).

Já a Constituição do Equador, promulgada em 2009, afirma expressamente que o direito de acesso à água potável é um direito humano fundamental e irrenunciável. Tal direito é declarado como patrimônio nacional estratégico de uso público, inalienável, imprescindível e essencial à vida (art. 12).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aborda o tema da água fora dos artigos destinados aos direitos fundamentais, deslocando a mesma para outro Título, que a considera como bem da União e dos Estados. Assim, no Título III, da Organização do Estado, no Capítulo II, dispõe:

Art. 20. São **bens da União**: III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com

outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais. (Grifo nosso).

Art. 26. Incluem-se entre os **bens dos Estados**:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.⁶³

Caminhando no sentido das Constituições da Bolívia promulgada em 2008 e do Equador promulgada em 2009, encontram tramitando no Congresso Nacional dois Projetos de Emenda à Constituição que incluem a água como direito fundamental de todos, sendo um de autoria do Deputado Raimundo Gomes de Matos do Partido Social Democrata do Brasil do Ceará – PEC 39/2007 e o outro de autoria da Deputada Janete Rocha Pietá do Partido dos Trabalhadores de São Paulo – PEC 213/2012.

Importante ressaltar que ambos os projetos de emenda à constituição tem por escopo a alteração do artigo 6^a da Constituição Federal, para incluir o acesso á água potável como direito fundamental, entretanto, conforme abaixo transcrito os dois projetos, apresentam justificção diversas mas entrelaçadas.

O Deputado Raimundo Gomes de Matos justifica a proposta de Emenda à Constituição 39/2007 no fato da água ser um bem imprescindível e insubstituível e, exatamente por isso, é considerada um bem natural, e que ninguém pode ser privado do acesso à água sob pena de ser violentado em sua natureza. O não acesso à água põe em risco o direito fundamental à integridade física, à saúde e à vida.⁶⁴

Da mesma forma como se reconhece o direito à alimentação, à moradia, ao lazer, à saúde, à educação, o acesso à água potável e de boa qualidade, também, é um direito fundamental porque está intimamente relacionada com o direito à vida. O direito à água é, portanto, um direito humano.

Que reconhecer a água como um direito humano fundamental implica que o Estado deva ser responsabilizado pelo seu provimento para toda a população. E implica, também, que o acesso à água não pode estar sujeito às estritas regras de mercado, mas à lógica do direito.

A água deve, então, ser, antes de tudo, considerada um bem social e não um bem econômico, porque como bem econômico ela é passível de transações comerciais e o preço prati-

⁶³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF. Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

⁶⁴ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/465016-CCJ-APROVA-PROPOSTA-QUE-RECONHECE-A-AGUA-COMO-DIREITO-SOCIAL.html>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

cado poderia se constituir em barreira à utilização desse bem essencial pelos mais pobres ou onerar, significativamente, os orçamentos familiares, comprometendo, assim, a qualidade de vida das pessoas.

A água é um recurso vulnerável e cada vez mais escasso. A população mundial saltou de 2,5 bilhões em 1950 para mais de 6 bilhões, hoje. No entanto, o suprimento de água por pessoa teve uma redução da ordem de 58%. O discurso da escassez da água tem levado, porém, à discussão ambígua e perigosa de que a água deve ser tratada não como um direito fundamental, mas como um bem econômico, abrindo-se, então, a brecha para a inclusão da água no rol das mercadorias sujeitas às leis do mercado. No bojo dessa discussão equivocada estão os interesses dos Estados e dos grupos econômicos que vislumbram no comércio deste bem escasso um nicho de alta lucratividade.

Por fim, sustenta que é fundamental, sendo preciso, recusar qualquer forma de privatização e de mercantilização da água, ela é um bem comum, mas o direito à água não é, porém, um direito ilimitado. Restringe-se a uma quantidade suficiente para garantir as necessidades básicas da pessoa humana.

A Deputada Janete Rocha Pietá do Partido dos Trabalhadores de São Paulo justifica a PEC 213/2012 no fato de que o debate sobre o uso da água ganhou espaço nos diversos setores, com especial destaque quanto a sua função social, gestão e destinação da água potável. Que a Constituição Federal atribui à água a condição de um bem estatal, um bem público a que todos têm direito e acesso, porém, a legislação federal será enriquecida com a caracterização da água como um bem de função social. A gestão dos recursos hídricos, como função social para o desenvolvimento sustentável, é uma solução que vem sendo apresentada para o uso eficiente.⁶⁵

Cita a deputada como fundamento de sua justificativa a Declaração Universal dos Direitos da Água, que diz em seu art. 9º que “a gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social”. No contexto internacional, a Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas/ONU, no ano de

⁶⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/465016-CCJ-A-PROVA-PROPOSTA-QUE-RECONHECE-A-AGUA-COMO-DIREITO-SOCIAL.html>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

2010, reconheceu, explicitamente, o direito humano a água e saneamento; e que água potável e saneamento são essenciais para a realização de todos os direitos humanos.

Fato importante é que em ambas as justificativas das propostas de emenda à constituição o fornecimento de água potável pelo ente público é limitado à necessidade humana, evitando assim desperdício do líquido mais valioso do planeta e inclusive finito.

Ressalta que ambas as propostas de emenda da constituição acima transcritas encontram-se tramitando em regime especial junto ao Congresso Nacional, estando as mesmas apensadas, sendo que 01 de abril de 2014 a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC em Reunião Deliberativa Ordinária aprovou o Parecer proferido pelo Relator Deputado Sarney Filho.

3.4 FORNECIMENTO DE ÁGUA – SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL – NATUREZA TARIFÁRIA

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, portanto, consagrado de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.⁶⁶

Hely Lopes Meirelles, que define o serviço público como:

Todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou sob simples conveniências do Estado. Observa que os direitos do usuário são hoje reconhecidos em qualquer serviço público ou de utilidade pública como fundamento para a exigibilidade de sua prestação nas condições regulamentares e em igualdade com os demais usuários.⁶⁷

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 156.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21ª ed. São Paulo - Malheiros Editores, 1996, p. 137.

Pois bem, o Estado ou quem faça sua vez na prestação do serviço público deve curvar-se aos princípios que norteiam esta prestação, que na visão de *Celso Antônio Bandeira de Mello*, é *dever inescusável do Estado de promover-lhes a prestação* – seja diretamente, seja indiretamente mediante autorização, concessão ou permissão, e, dependendo da situação, se o Estado omitir-se, caberá ação judicial para compeli-lo a agir ou responsabilidade por danos causados por tal omissão; *princípio da supremacia do interesse público* - as conveniências da coletividade são o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes aos serviços, jamais os interesses secundários do Estado ou dos investidos no direito de prestá-los; *princípio da adaptabilidade* - advém do princípio anterior e equivale a sua atualização e modernização dentro das possibilidades econômicas do Poder Público; *princípio da universalidade* - por força do qual os serviços são indistintamente abertos à generalidade do público; *princípio da impessoalidade* - do que decorre a inadmissibilidade de discriminações entre os usuários; *princípio da continuidade* - significa a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não sejam suspensos ou interrompidos; *princípio da transparência* - impositivo da liberação a mais ampla possível ao público em geral do conhecimento de tudo o que diz respeito aos serviços e a sua prestação; *princípio da motivação* - está implicado no princípio da transparência e é o dever de fundamentar com abrangência todas as decisões atinentes aos serviços; *princípio da modicidade das tarifas* - os serviços públicos, para cumprirem sua função jurídica natural, terão de ser remunerados por valores baixos, muitas vezes subsidiados e por último o *princípio do controle* - interno e externo sobre as condições de sua prestação.

Os serviços públicos podem ser caracterizados em essenciais e não-essenciais. Os serviços essenciais são aqueles que visam à satisfação das principais demandas da sociedade, por esse fato devem ser prestados pelo Estado com a maior amplitude possível. Os não-essenciais são entendidos como aqueles que por algum motivo especial merecem avaliação do Poder Público, buscando-se atender as necessidades coletivas;

Quanto aos serviços públicos essenciais não há entre os doutrinadores uma conceituação sendo portanto matéria bastante difícil a tentativa de conceituá-los, entretanto, tem-se que caracterizam-se pelo imediatismo da sua prestação, sobretudo pela urgência em que deve ser fornecido, motivo pelo qual se torna mais imperiosa a inafastabilidade da sua prestação.

Outra importante classificação é a trazida por Aragão, que distingue serviços públicos obrigatórios e facultativos.⁶⁸

⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 551.

Serviços públicos facultativos são aqueles que o cidadão pode escolher ser usuário do serviço ou satisfazer determinada necessidade através de outro meio, como exemplo tem-se a energia elétrica, que pode ser provida através de um serviço público ou através de vias alternativas, como um gerador. Serviços públicos obrigatórios são aqueles impostos a todos os cidadãos por conta de sua elevada importância, são serviços que resguardam interesses sociais. Não há, neste caso, opção por parte do usuário de utilizar-se de outra forma para satisfazer determinada necessidade que não seja pelo serviço público.

Merece destaque a afirmação de Aragão para quem “os serviços públicos não são em si um direito fundamental, mas meios de realização de direitos fundamentais autonomamente considerados”.⁶⁹

Frente à importância da prestação destes serviços, que garantem, segundo o mesmo autor, que os cidadãos tenham o básico para que possam viver de forma digna, é necessário que o Estado forneça a prestação dos serviços públicos de forma ininterrupta, completa e abrangente.

A essencialidade dos serviços públicos está atrelada ainda às necessidades de cada grupo social, tendo em análise critérios temporais, espaciais, costumeiros, entre outros. Cumpre-nos observar, que os serviços de fornecimento de água para quem vive no meio urbano são indispensáveis para o bem-estar, em contrapartida, os ribeirinhos da Amazônia que vivem à margem dos rios, prescindem de tais serviços, principalmente do saneamento básico e tratamento da água e outros serviços essenciais.

Na falta de uma legislação específica que regulamente e defina quais são os serviços públicos essenciais é usada analogamente a Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, ou seja, a Lei de Greve. Em seu artigo 10 e incisos são elencados um rol de serviços ou atividades considerados essenciais, vejamos:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição e energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV -

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

⁶⁹ ARAGÃO, 2008, p. 533.

- VII – telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária⁷⁰

Os serviços reconhecidos como essenciais não possuem uma enumeração exaustiva e, conseqüentemente, a classificação dessa espécie de serviços é variável, admitindo-se apenas vaga classificação e exemplificação dos serviços assim reconhecidos, sob o fulcro da essencialidade que lhe são inerentes para o bem-estar do homem.

Além do fornecimento de água ser um direito essencial, este também é um direito coletivo, que pertence a todos, nesse sentido esclarece o sociólogo Cândido Grzybowski ao tratar de forma irretocável sobre o tema da água como um bem coletivo.

Aqui é essencial destacar a água como bem comum fundamental da vida, de toda vida. Os bens comuns, ou simplesmente comuns, são parte intrínseca da integridade das condições de vida de todos e todas. São bens comuns: o próprio planeta Terra, a atmosfera (o ar e o clima), o espaço sideral (órbitas geoestacionárias) e o espectro de ondas (para frequências de comunicação), a biodiversidade, as terras férteis, as montanhas, os oceanos, os rios, as águas....Bens que existem em um estoque dado. São também comuns bens produzidos como a língua e a cultura, o conhecimento, a informação, a internet... , todos bens que se multiplicam e se enriquecem com o seu uso humano. A cidade, como um conjunto coletivo, é um bem comum, convivendo com propriedades privadas de casas, apartamentos, casas comerciais e de serviços, indústrias, em seu interior. Nenhum bem é comum por si, torna-se comum, faz-se comum pelas relações sociais.⁷¹

A norma legal que prevê a continuidade dos serviços públicos essenciais é o Código de Defesa do Consumidor, quando o *caput* do artigo 22 preceitua:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.⁷²

⁷⁰ BRASIL. **Lei de Greve**. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.htm>. Acesso em: 09 set. 2014.

⁷¹ GRZYBOWSKI, Cândido. Água: um bem comum. **Revista Carta Maior**. São Paulo. 25 de Março de 2014. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/agua-um-bem-comum/3/30555>>. Acesso em: 12 set. 2014

⁷² BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

Assim, o princípio da continuidade consiste na necessidade de que os serviços públicos sejam executados sem serem interrompidos. Este princípio gera inúmeros reflexos de ordem prática principalmente em relação à possibilidade de suspensão dos serviços públicos, razão pela qual referido princípio veio de forma expressa no dispositivo legal acima mencionado, o qual traz como regra a impossibilidade da suspensão desses serviços nos seguintes termos:

- O serviço de fornecimento de água é essencial ao ser humano, sem o qual compromete-se a sua dignidade enquanto merecedor de mínima e inafastável qualidade de vida, referido serviço é tão relevante, que a Constituição Federal estabelece expressamente ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, inc. IX).

Salienta-se que muito embora conste do artigo 10, inciso I da Lei nº 7.783/1989 que o serviço de fornecimento de água é essencial, a Lei 11.445/2007 que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento em seu artigo 29 traz o seguinte:

Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços: I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente.⁷³

Com a entrada da referida lei em vigor, toda a celeuma existente quanto a forma de remuneração dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto esvaziou-se, passando referidos serviços a serem cobrados mediante tarifa, ficando assim as concessionárias autorizadas a efetuarem a interrupção do fornecimento de água em caso de inadimplência, sem contudo levar em consideração a comprovada incapacidade financeira do usuário.

Hely Lopes Meirelles leciona que o serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público), e não por taxa (tributo). E a tarifa deve permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro

⁷³ BRASIL. **Lei do Saneamento Básico**. Lei nº 11.445, de 5 de Janeiro de 2007. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm >. Acesso em: 13 dez. 2014.

do contrato. Daí por que impõe-se a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários à manutenção e expansão do serviço a fim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada.

Neste contexto, o serviço de fornecimento de água muito embora seja essencial à coletividade pode ser interrompido em caso de inadimplência já que a interpretação que vem sendo dado ao artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor tanto da doutrina como da jurisprudência é no sentido de que a obrigação da prestação dos serviços de fornecimento de água, consiste em colocá-lo à disposição de toda a comunidade desde que haja condições técnicas para isto, mas não traz a imposição das concessionárias prestadoras de tais serviços o realizarem independentemente de pagamento.

A continuidade da prestação do serviço de fornecimento de água prevista no artigo 22 do estatuto acima mencionado não descaracteriza a bilateralidade do contrato mantido entre usuário e concessionária, não significando a obrigação de se manter o serviço, quando descumprida pelo usuário a sua obrigação de pagar a conta mensal, perdendo este o direito de exigir a continuidade do fornecimento. Se o serviço é mantido através de tarifa paga pelo usuário, a falta de pagamento compromete, seriamente, a própria continuidade do serviço, além de configurar verdadeiro locupletamento ilícito por parte do faltoso, em detrimento dos demais usuários.

Ora, o entendimento que vem sendo solidificado do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor fere de morte o direito fundamental da proteção da saúde já que esta não se faz somente por meio de atendimentos ambulatorial e hospitalar, ou de campanhas de vacinação aliás, gratuitos. Privar famílias do fornecimento de água tratada é um convite à proliferação de doenças e epidemias, com reflexos diretos na vida das pessoas. As concessionárias enquanto concessionária de serviço público, sujeita-se às obrigações estatais que advém diretamente da Constituição Federal, sob uma perspectiva de defesa do interesse público, o corte do fornecimento de água, torna-se, assim, completamente injustificado por atentar, de maneira abusiva, contra a saúde pública.

Por ser a prestação de fornecimento de água um serviço público essencial, não pode aceitar estabelecer uma mera relação contratual privada entre a concessionária e o consumidor; trata-se de relação jurídica envolta em regime de direito público, na qual está presente o interesse público na existência e na prestação do mesmo serviço público. Assim, tal relação de consumo deve ser entendida como a concretização, pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, do direito à plena cidadania; principalmente quando se concebe que, neste caso, o forne-

cimento de água é vital à manutenção da saúde pública, que é direito social (Constituição Federal, art. 6º) e pressuposto do exercício de direitos fundamentais.

Embora possa se reivindicar que todas as categorias de uso de água são necessárias e devem por conseguinte ser garantidas pelas instalações de abastecimento de água, trabalha-se com o conceito de essencialidade. Esta refere-se à quantidade mínima de água e às condições mínimas para o seu fornecimento, para atender às necessidades básicas para a vida humana, sobretudo visando a proteger sua saúde, a função mais nobre a ser cumprida pelo fornecimento de água. A organização Mundial da Saúde e a UNICEF defendem o conceito de que este mínimo seria um consumo de 20 litros diários por habitante, advindos de uma fonte localizada a menos de um quilometro de distância da moradia. Entretanto esta tese tem sido questionada por estudiosos que defendem o direito de todos a uma condição adequada no uso da água, que prevê um fornecimento contínuo de água e com boa qualidade.⁷⁴

Não resta dúvida que o serviço de fornecimento de água é um serviço essencial, a água é o líquido mais valioso e brota da terra não pode e jamais será produzida em laboratório, serve para a higiene do ser humano, para sua alimentação, para saciar sua sede, enfim, para tudo o mais que sabemos e ressabemos da maior importância. Ante essa conjuntura, é desarrazoada a ruptura no fornecimento em caso de comprovada incapacidade financeira do usuário.

3.5 A PERMISSÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA

Em que pese ser o serviço de fornecimento de água serviço público essencial e constando de forma expressa no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, há legislação permite de forme expressa a suspensão do serviço de fornecimento de água em caso de inadimplemento do usuário.

⁷⁴HELLER, 2010, p. 46.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, prevê no inciso II do § 3º do artigo 6º o seguinte:

“§ 3º- Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade” .⁷⁵

Em 05 de janeiro de 2007 entrou em vigor a Lei 11.445/2007 que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, que permite em seu artigo 40 a suspensão do serviço de fornecimento de água em caso de inadimplemento do usuário. Ocorre que referido permissivo legal, vai na contramão dos princípios fundamentais inseridos no artigo 2º da própria legislação, são eles:

I - universalização do acesso;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

VII - eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;

IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X - controle social;

XI - segurança, qualidade e regularidade;

XII - integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.

XIII - adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água.⁷⁶

⁷⁵ BRASIL. **Lei das Concessões**. Lei nº 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 13 dez. 2014.

⁷⁶ BRASIL. **Lei do Saneamento Básico**. Lei nº 11.445, de 5 de Janeiro de 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em: 10 fev.2015.

Como se vê, os princípios fundamentais da Lei 11.445/2007 garantem o acesso à água de forma universalizada, inclusive com programa de articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante.

Muito embora, a legislação em comento traga em seu bojo os princípios acima enumerados, consta em seu artigo 40 o seguinte:

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

(...) V - inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.⁷⁷

Referidos textos legais foram expressos no sentido de autorizar a suspensão do fornecimento de água em caso de inadimplência do usuário, sem contudo fazer qualquer tipo de exceção, ou seja, basta a inadimplência para ter como legal a suspensão do serviço de fornecimento de água. Desta forma, a partir da entrada em vigor das Leis nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências e Lei nº 11.445/2007 que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, o usuário inadimplente após ser devidamente notificado em não efetuando o pagamento do seu débito junto a concessionária terá interrompido o fornecimento de água em seu imóvel, mesmo que este não tenha condições mínimas de subsistência, já que não há ressalva legal neste sentido.

Ante a autorização legislativa quanto a legalidade da suspensão do fornecimento de água em caso de inadimplência do usuário, após a devida notificação, as decisões proferidas pelos nossos tribunais são unânimes no sentido de que a circunstância das concessionárias prestarem serviços públicos essenciais não as obriga a fornecê-los gratuitamente, nem isenta o usuário do pagamento pela sua utilização. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento da tarifa, quebra o princípio da igualdade das partes e pode proporcionar o enriquecimento sem causa. É certo que a água é um bem essencial à vida moderna, mas tal fato não autoriza

⁷⁷ BRASIL. **Lei do Saneamento Básico**. Lei nº 11.445, de 5 de Janeiro de 2007. Ibid. Acesso em: 10 fev. 2015.

que seja usufruída sem a respectiva contraprestação, sob pena de quebra do sistema e prejuízo a toda a coletividade.

Assim vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, conforme Acórdão abaixo transcrito:

[...] O STJ consolidou o entendimento de que é lícita a interrupção do fornecimento de água, após prévio aviso, nos casos de inadimplemento pelo usuário. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. **ACÓRDÃO** "Proseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, a Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a)Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Herman Benjamin, nos termos do Art. 52, Inciso IV, Alínea b, do RISTJ." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martinse Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, nos termos do Art. 162, § 2º, do RISTJ [...].⁷⁸

A Ministra Eliana Calmon no julgamento do RESP 337965/MG também adotou o entendimento de que à prestadora do serviço exige-se fornecimento de serviço continuado e de boa qualidade, respondendo ela pelos defeitos, acidentes ou paralisações, pois é objetiva a sua responsabilidade civil, como claro está no parágrafo único do art. 22 do CDC. Como então aceitar-se a paralisação no cumprimento da obrigação por parte dos consumidores? Tal aceitação levaria à ideia de se ter como gratuito o serviço, o que não pode ser suportado por quem fez enormes investimentos e conta com uma receita compatível com o oferecimento dos serviços.⁷⁹

Esta é a interpretação que dou ao art. 22 e não consigo visualizar onde está a chancela legislativa para a tolerância da inadimplência, com a manutenção do serviço.

Por outro ângulo, diz o art. 42:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único - O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Procurei a interpretação autêntica desse dispositivo na palavra do Ministro Antônio Hermann de Vasconcellos e Benjamin, visto ter ele trabalhado na elaboração legislativa, buscando o real alcance da norma:

⁷⁸ BRASIL. STJ, REsp . 589.507/MG; Rel.Min. João Otávio de Noronha, DJ 15.12.2009.

⁷⁹ BRASIL. Disponível em: <www.stj.com>. Acesso em: 09 set. 2014.

O preceito não constava do texto original da Comissão de Juristas. Foi novidade trazida pelo Substituto do Ministério Público - Secretaria de Defesa do Consumidor. Na defesa de sua adoção, assim escrevi na justificativa juntada ao Substituto: "A tutela do consumidor ocorre antes, durante e após a formação da relação de consumo. São do conhecimento de todos os abusos que são praticados na cobrança de dívidas de consumo. Os artifícios são os mais distintos e elaborados, não sendo raros, contudo, os casos de ameaças, telefonemas anônimos, cartas fantasiosas e até a utilização de nomes de outras pessoas. No Brasil, infelizmente, não há qualquer proteção contra tais condutas. O consumidor - especialmente o de baixa renda - é exposto ao ridículo, principalmente em seu ambiente de trabalho, tendo, ainda, seu descanso no lar perturbado por telefonemas, muitos deles em cadeia e até em altas horas da madrugada.⁸⁰

Aí está, portanto, o entendimento da norma transcrita, o que, em nenhum passo, impede a cobrança corriqueira e legítima, só reprimindo os abusos. Segundo os comentários dos autores do anteprojeto, o art. 42 tem de ser lido em conjunto com o art. 71, dispositivo assim redigido:

Art. 71 - Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas, ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

Observe-se, portanto, que nenhum dos dois artigos autoriza a continuidade do serviço de forma gratuita. Para aceitar a cessação do fornecimento do serviço por inadimplemento do usuário, apoiou-se na Lei 8.987, de 13/02/95, que, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevê:

Art. 6º

§ 3º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou APÓS PRÉVIO AVISO, QUANDO:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações;

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

⁸⁰ BRASIL. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** - comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª ed. p. 334.

Acompanhando o voto da Ministra Eliana Calmon o voto do Ministro Francisco Peçanha Martins que entende que na República, não há falar nos cofres ou joias da Coroa. O Estado tem cofre vazio e o enche com a cobrança de impostos, taxas, contribuições, enfim, tributos. Os serviços públicos, essenciais ou necessários, são custeados diretamente pelo Estado mediante verbas públicas orçamentárias ou por terceiros, concessionários e permissionários, remunerados pelos usuários dos bens ou serviços prestados. Assim temos, por exemplo, o pagamento de pedágio para remunerar o custo de construção e manutenção de estradas, e tarifas para pagar o custo do fornecimento de bens e serviços, como, por exemplo, água, luz, telefone e até serviços bancários.

Temos, então, que todos os bens e serviços essenciais ou necessários são custeados diretamente pelos cidadãos, seja mediante o recolhimento do tributo, seja pelo pagamento de tarifas e preços públicos. Assim é no regime democrático, capitalista ou socialista. Nada acontece de graça, e hoje, com a pilha, nem o relógio trabalha de graça.

As empresas concessionárias, sejam de que natureza for (de economia mista ou privada) têm custos e despesas e devem remunerar os seus investidores. Por isso, devem perseguir o lucro, ainda que limitado a nível razoável no ramo da prestação dos chamados serviços públicos.

Não há, pois, como escapar dessa realidade. Não há serviços gratuitos. Mesmo aqueles em que o beneficiário nada despende, alguém está pagando por ele, ou seja, a coletividade dos contribuintes tributários, financiadores do Estado democrático. Em se tratando de usuários de serviços públicos de água, luz e telefone, a lei de regência dos contratos travados entre eles e os prestadores concessionários é a de nº 8.078/90. Mas não encontrei dentre os seus artigos as definições dos deveres dos usuários e consumidores, e sim dos deveres e obrigações para os prestadores, fornecedores de serviços e vendedores de bens.

Os contratos de venda ou de prestação de serviços são de natureza comutativa, vale dizer, impõem deveres e obrigações às partes contratantes. E sendo os contratos de trato sucessivo? Importa a lei a continuação na prestação do serviço sem a contrapartida de pagamento do devido preço?

De notar-se que a Lei 8.987/95 regula a relação entre o Poder concedente as concessionárias, e expressamente autoriza no art. 6º, § 3º, II, a suspensão da prestação do serviço após o devido aviso ao usuário. Os art. 22 e 42 do CDC não autorizam o inadimplemento do

contrato, caracterizador, sim, do ilícito contratual. Após a configuração da mora mediante aviso de corte do fornecimento, pode a concessionária suspender a prestação do serviço. A lei não consagra o ilícito, nem poderia o judiciário agasalhá-lo. É certo que, cogitando-se de serviço público e até dito essencial, deve merecer cuidados do legislador e do administrador da concessionária. De qualquer modo, não pode ser considerado ilegal, ilegítimo ou abusivo o agir dentro nos limites traçados pela lei, nem se pode consagrar o ilícito contratual.

Pode-se dizer que o entendimento acima é um retrocesso além de muito simplista já que não comporta exceção, o importante tanto para o legislador infraconstitucional e para o poder judiciário é a manutenção do equilíbrio contratual, não havendo pagamento não há contraprestação do serviço, regra esta entabulada quando o serviço público é remunerado por tarifa.

Ocorre que, o serviço de fornecimento de água muito embora seja remunerado mediante tarifa, não deixa de ser serviço público essencial, ou seja, serviço indispensável, prestado pelo Estado para suprir as necessidades coletivas e individuais diretamente ou por meio de empresas concessionárias ou permissionárias. E, em sendo essencial, tem que ser contínuo. Assim, o fornecimento de água como não poderia deixar de ser, é um serviço essencial, mas, que na ótica da legislação atual se mantém contínuo desde que haja o devido pagamento.

O entendimento atrelado a retributividade do serviço de fornecimento de água não pode ser ofertado ao usuário comprovadamente miserável, cujo pagamento pode não se dar exclusivamente nos limites do campo financeiro, mas, que na maioria das vezes é pago em termos de esforço físico e de saúde pessoal.

Não há dúvida de que a boa administração dos recursos naturais está claramente vinculada à exigência de que os usuários paguem o custo real, uma vez que já se comprovou que quando é concedida como um subsídio, a água tende a ser desperdiçada, no entanto, também está confirmado que o acesso à água potável é fundamental para a mitigação da pobreza, erradicação de doenças, dentre outros problemas de saúde, em tal caso a água não pode ser tratada como qualquer serviço entre outros.

A água não pode ser utilizada somente como instrumento para a obtenção do lucro, uma vez que é essencial para sobrevivência da pessoa humana e, por este motivo, não pode ser transformada num bem reservado exclusivamente em vantagem das pessoas que dispõem de meios para pagar.

A legislação vigente, qual seja o Código de Defesa do Consumidor, muito embora te-

nha trazido em seu artigo 22 que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, estabeleceu regra geral para a prestação dos serviços essenciais, ou seja, para toda a coletividade.

Não se preocupou referido ordenamento jurídico com a situação de uma minoria que não possui comprovadamente condições financeiras para arcar com o pagamento pelo serviço de fornecimento de água, já que basta a concessionária prestar serviço contínuo, seguro e eficiente para a sociedade, para dar fiel cumprimento ao ditame legal acima.

Esqueceu-se o legislador, que dentro de um contexto social em sentido macro há vários grupos sociais em sentido micro, e não voltando a legislação criada para o conjunto, esta é desleal. A sociedade brasileira é formada por minorias, que por sua vez acaba se tornando uma maioria, ou seja, grupo social que possui uma identidade pela escassez de recursos financeiros para a sua própria subsistência.

Além do dispositivo acima legal ter abarcado situação em sentido macro, bastando que o fornecimento de água seja prestado de forma contínua e eficiente a toda a sociedade, a Lei Federal nº 11.445/2007 que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico também caminhou no mesmo sentido, muito embora tenha como fundamento a universalização do acesso ao fornecimento de água, com a sua integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados.

Saliente-se que, referida norma legal não parou por aí, uma vez que ainda traz de forma clara e expressa a necessidade de uma política de desenvolvimento de combate a pobreza e sua erradicação, de promoção da saúde e de interesse social para a melhoria da qualidade de vida. Assim, o legislador ao editar a Lei Federal nº 11.445/2007 o fez em plena harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o disposto no artigo 196, da Constituição Federal, que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença.

Entretanto, muito embora tenha o legislador procurado uma harmonia dos dispositivos legais alhures mencionado, na contramão de tal intenção, ou melhor, em pleno descompasso, fez constar também de forma clara e expressa no artigo 40 da Lei nº 11.445/2007 a possibilidade de interrupção no serviço de fornecimento de água por motivo de inadimplemento do

usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.

Incoerência ou não, mas o fato é um só, o fundamento e o objetivo de nossa carta constitucional, bem como da própria legislação que regulamenta os serviços de saneamento básico, dentre eles o de fornecimento de água é a erradicação da pobreza. Não se pode falar em erradicação da pobreza com a suspensão do fornecimento de água àquele que comprovadamente não possui condições para pagá-la. Ter em um imóvel uma torneira, mas desta não sair o bem que garante o direito à vida, apenas pelo fato econômico do pagamento, é fazer com que a balança da justiça social não penda para o equilíbrio social.

A verdade é, que quando se fala em erradicação de pobreza, redução de risco de doença e princípio da dignidade humana, quanto ao fornecimento de água tem que se buscar o que Nancy Fraser explicou em seu artigo *A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação*.

(...) de que se olhe para a justiça de modo bifocal, usando duas lentes diferentes simultaneamente, Vista por uma das lentes, a justiça é uma questão de distribuição justa; vista pela outra, é uma questão de reconhecimento recíproco. Cada uma das lentes foca um aspecto importante da justiça social, mas nenhuma por si só basta. A compreensão plena só se torna possível quando se sobrepõem as duas lentes. Quando tal acontece, a justiça surge como um conceito que liga duas dimensões do ordenamento social – a dimensão da distribuição e a dimensão do reconhecimento.(...) ⁸¹

Ao analisar a redistribuição e o reconhecimento como duas dimensões mutuamente irredutíveis da justiça, amplia-se a sua concepção usual de modo a abarcar injustiças quer de estatuto, quer de classe. Trazendo a lição acima para o contexto deste singelo trabalho, tem-se que a legislação hoje existente acerca do fornecimento de água, não utilizou-se de lente bifocal em sua concreção, já que não consegue dar amparo ou melhor reconhecimento e redistribuição às minorias, que no caso em análise são os comprovadamente miseráveis em sentido econômico.

De outra banda, não possuindo um comando normativo que abarque a situação levantada no presente trabalho, o usuário que tem interrompido o fornecimento de água em seu imóvel, ao buscar a tutela jurisdicional encontra negado o amparo pelo Poder Judiciário de ter o restabelecimento do fornecimento de água, diante do entendimento de não existir o referido

⁸¹ FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. Trad. por TAVARES, Teresa. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 63, outubro de 2002, p. 11.

direito.

Mesmo que se busque junto ao Poder Judiciário a tutela para obter o fornecimento de água ante a comprovada miserabilidade econômica do usuário, com amparo no princípio da dignidade humana, e no objetivo constitucional da erradicação da pobreza, aquele Poder não possui competência constitucional para impor ao administrador a obrigação de manter o fornecimento de água de forma contínua *ad perpetuam*, já que tal decisão afronta literalmente o teor do artigo 2º da Constituição Federal que claramente preceitua que os poderes da União, são independentes e harmônicos entre si, devendo cada um observar e respeitar a área de sua competência.

Portanto, o usuário miserável, que muito embora denominado minoria é a maioria, vê sua dignidade afrontada ante a pregada exclusão legal e material no direito de ter água em sua torneira, e por consequência alimento e saúde. Todo o direito do Estado moderno está assentado na concepção dos direitos individuais. Estes direitos eram nada mais nada menos que a possibilidade de cada homem adquirir direitos. Quer dizer, a organização estatal criada para garantir, individualmente, exercício de direitos.⁸²

Por isso, no dizer clássico, os interesses coletivos são meta-jurídicos, vivem no espaço do sonho, do ideal, da utopia e o Direito, sistema normativo fechado, não pode incluir sonhos em seus Códigos. Se sonhos não cabem nos Códigos e o silêncio da lei é lei, os sonhos não são leis. Se os sonhos não podem ser legislados e o direito se confunde com a lei, sonhar não é direito.

A verdade é que a situação em comento vai muito além da mera discussão a ser travada no campo legal, pois o seu maior reflexo é no âmbito social, com dramática consequência desta miserabilidade que corroe a própria estrutura do Estado, qual seja o seu povo. Deixar de pensar na minoria, que repita em nosso país é a maioria, é viver em uma fantasia amedrontadora e perigosa, pois o esquecimento do hoje certamente será o pesadelo do amanhã.

Uma nação para ser forte e fiel com o seu povo, tem que ter seu ordenamento jurídico respaldado na realidade, já que quando aquele a ignora, esta com certeza se vingará. A lei da física é clara – ação e reação – esta minoria ignorada que enfrenta as mesmas chagas decorrentes da insuficiência financeira que a impede de honrar o pagamento do serviço de fornecimento de água que diante de sua natureza contratualista é cada vez mais alto tornando-se inacessível a este grupo de pessoas, acaba por criar um direito coletivo que demanda a devida

⁸² MARÉS, Carlos F. **A liberdade e outros direitos ensaios socioambientais**. Curitiba: Letra da Lei, 2011, p. 28.

atenção e atendimento, sob pena do aumento da miserabilidade com todos os seus reflexos nas mais diversas áreas tais, como, na saúde, no social, na educação etc, enfraquecendo esta sociedade que ignorou uma realidade. Diante deste retrato, tem-se que o critério a ser adotado pelo Estado é ampliar as políticas públicas, quanto ao acesso ao fornecimento de água aos comprovadamente miseráveis, da mesma forma como o fez quanto aos programas sociais já existentes, posto que o que não pode mais é continuar fechando os olhos para tal problema.

Registre-se ainda, que sendo a água bem finito, escasso o qual não faltam notícias alarmantes de que poderá ser motivo de guerra mundial entre povos, em não havendo uma política pública séria e coerente quanto ao assunto em discussão, esta minoria que hoje já não tem condições de ter acesso à água potável diante de sua impossibilidade de pagamento pela mesma, com certeza será ainda mais prejudicada, já que tal líquido mesmo sendo imprescindível a subsistência ficará resguardado à poucos, tão somente àquela outra minoria que realmente é minoria em nosso país, os afortunados.

É premente a necessidade de se combater a esta política elitista de acesso aos serviços essenciais, decorrentes dos direitos inerentes ao ser humano, onde se destaca o acesso ao fornecimento de água pelos comprovadamente miseráveis, razão pela qual imprescindível a elaboração de políticas públicas neste sentido.

O Estado é o principal formulador das políticas de desenvolvimento, ao introduzir a dimensão política no cálculo econômico, em busca da constituição de um sistema econômico nacional. O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais.⁸³

3.6 PROGRESSIVIDADE DO PREÇO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA – DESIGUALDADE

⁸³ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexão sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-144.

A Lei Federal 11.445/2007 que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, tornou pacífico o entendimento de que o serviço de fornecimento de água é cobrado por meio de tarifa. Nos moldes do todo constante do artigo 29 da referida lei, os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços, neste sentido é o inciso I do referido artigo: “I – de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente”⁸⁴

Não bastasse a autorização legislativa para que os serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgotos sejam remunerados por tarifa, reforçando assim o contratualismo entre usuário e concessionária. No intuito de evitar o desperdício de água e por consequência punir o consumidor gastador, criou-se uma tabela de preço progressiva, com efeito cascata.

O critério da tabela de preço de forma progressiva visa incentivar a diminuição do consumo de água, sendo que o preço do metro cúbico da água e do esgoto será tanto maior quanto o for o consumo. Entretanto, os que defendem o modelo de cobrança através de tarifa progressiva, dizem que aquele que consome mais água é mais abastado e, por isso, como política social, deve pagar mais para custear o acesso daquele cidadão de menor poder aquisitivo.

Para alguns a tabela progressiva também é necessária para combater o desperdício da água em caso de vazamentos ocorridos dentro do imóvel do usuário, já que sabendo este que o preço do metro cúbico chega a triplicar será incontinentemente ao solucionar o problema, para manter a sua conta de água no patamar da normalidade.

Exemplificando, é a tabela progressiva hoje existente junto ao Departamento de Água e Esgotos de Ribeirão Preto – DAERP para a cobrança dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto que ao meu ver não é correta, pois penaliza de forma brutal os hipossuficientes que possuem família numerosa que mesmo utilizando água de forma consciente tem seu consumo mensal de água alto, tendo em vista que existe um consumo mínimo de água por habitante na cidade de Ribeirão Preto que é de 08m³ por mês, mas que entretanto somados todos os indivíduos moradores daquela residência gera um consumo

⁸⁴ BRASIL. **Lei do Saneamento Básico**. Lei nº 11.445, de 5 de Janeiro de 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

vultoso, de modo a elevá-lo a um patamar maior na tabela progressiva de preço dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto.

A tese dos defensores da tabela progressiva de que com toda certeza quem consome mais água demonstra sinais de riqueza e, que toda aquela residência que consome muito é porque se gasta demasiadamente a água, não é totalmente condizente com os casos analisados no labor diário junto ao Departamento de Água de Ribeirão Preto – DAERP onde atuo a 13 (treze) anos como procuradora jurídica.

Entretanto, a legalidade da progressividade da tabela de preço do serviço de fornecimento de água muito embora tenha sido matéria bastante discutida nos embates jurídicos, tornou-se pacífica ante a Súmula do 407 do STJ que preceitua: “É legítima a cobrança da tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.”⁸⁵

O Departamento de Água e Esgotos de Ribeirão Preto – DAERP na cobrança dos serviços prestados de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgotos emprega tarifas progressivas, para uso residencial, por M3, que vão de um consumo mínimo de 10M3, com preço total de R\$ 14,90 (quatorze reais e noventa centavos), até 100M3, que impõe uma cobrança de R\$ 1.257,75 (hum mil duzentos e cinquenta e sete reais e setenta e cinco centavos) para quem possua este gasto mensal. Vejamos abaixo na tabela, adaptada do próprio site da Concessionária (agosto/2014).

Tabela 01 – TABELA DE PREÇO –RESIDENCIAL – DEPARTAMENTO DE ÁGUA DE RIBEIRÃO PRETO 86

CONS.	VALOR AGUA	VALOR ESGOTO	VL.TRATAMENTO	TOTAL
10	6,50	5,00	3,40	14,90
11	7,60	5,84	3,99	17,43

⁸⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 407** - 28/10/2009 - DJe 24/11/2009. **Legitimidade - Cobrança da Tarifa de Água - Categorias de Usuários e Faixas de Consumo**. Disponível em:< www.dji.com.br/normas_inferiores/...sumula_stj/stj_0407.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

⁸⁶ Disponível em: <WWW. ribeirãopreto. sp.gov. br/daerp/i04principal.ph>. Acesso em: 10 nov. 2015.

12	8,70	6,68	4,58	19,96
13	9,80	7,52	5,17	22,49
14	10,90	8,36	5,76	25,02
15	12,00	9,20	6,35	27,55
16	14,41	10,98	7,58	32,97
17	16,82	12,76	8,81	38,39
18	19,23	14,54	10,04	43,81
19	21,64	16,32	11,27	49,23
20	24,05	18,10	12,50	54,65
21	26,46	19,88	13,73	60,07
22	28,87	21,66	14,96	65,49
23	31,28	23,44	16,19	70,91
24	33,69	25,22	17,42	76,33
25	36,10	27,00	18,65	81,75
26	39,20	29,34	20,31	88,85
27	42,30	31,68	21,97	95,95
28	45,40	34,02	23,63	103,05
29	48,50	36,36	25,29	110,15
30	51,60	38,70	26,95	117,25
31	55,76	41,79	29,13	126,68
32	59,92	44,88	31,31	136,11
33	64,08	47,97	33,49	145,54
34	68,24	51,06	35,67	154,97
35	72,40	54,15	37,85	164,40
36	76,78	57,41	40,16	174,35

37	81,16	60,67	42,47	184,30
38	85,54	63,93	44,78	194,25
39	89,92	67,19	47,09	204,20
40	94,30	70,45	49,40	214,15
41	99,80	74,57	52,29	226,66
42	105,30	78,69	55,18	239,17
43	110,80	82,81	58,07	251,68
44	116,30	86,93	60,96	264,19
45	121,80	91,05	63,85	276,70
46	127,30	95,17	66,74	289,21
47	132,80	99,29	69,63	301,72
48	138,30	103,41	72,52	314,23
49	143,80	107,53	75,41	326,74
50	149,30	111,65	78,30	339,25
51	156,37	116,98	82,03	355,38
52	163,44	122,31	85,76	371,51
53	170,51	127,64	89,49	387,64
54	177,58	132,97	93,22	403,77
55	184,65	138,30	96,95	419,90
56	191,72	143,63	100,68	436,03
57	198,79	148,96	104,41	452,16
58	205,86	154,29	108,14	468,29
59	212,93	159,62	111,87	484,42
60	220,00	164,95	115,60	500,55
61	227,07	170,28	119,33	516,68

62	234,14	175,61	123,06	532,81
63	241,21	180,94	126,79	548,94
64	248,28	186,27	130,52	565,07
65	255,35	191,60	134,25	581,20
66	262,42	196,93	137,98	597,33
67	269,49	202,26	141,71	613,46
68	276,56	207,59	145,44	629,59
69	283,63	212,92	149,17	645,72
70	290,70	218,25	152,90	661,85
71	297,77	223,58	156,63	677,98
72	304,84	228,91	160,36	694,11
73	311,91	234,24	164,09	710,24
74	318,98	239,57	167,82	726,37
75	326,05	244,90	171,55	742,50
76	333,12	250,23	175,28	758,63
77	340,19	255,56	179,01	774,76
78	347,26	260,89	182,74	790,89
79	354,33	266,22	186,47	807,02
80	361,40	271,55	190,20	823,15
81	370,94	278,67	195,27	844,88
82	380,48	285,79	200,34	866,61
83	390,02	292,91	205,41	888,34
84	399,56	300,03	210,48	910,07
85	409,10	307,15	215,55	931,80
86	418,64	314,27	220,62	953,53

87	428,18	321,39	225,69	975,26
88	437,72	328,51	230,76	996,99
89	447,26	335,63	235,83	1.018,72
90	456,80	342,75	240,90	1.040,45
91	466,34	349,87	245,97	1.062,18
92	475,88	356,99	251,04	1.083,91
93	485,42	364,11	256,11	1.105,64
94	494,96	371,23	261,18	1.127,37
95	504,50	378,35	266,25	1.149,10
96	514,04	385,47	271,32	1.170,83
97	523,58	392,59	276,39	1.192,56
98	533,12	399,71	281,46	1.214,29
99	542,66	406,83	286,53	1.236,02
100	552,20	413,95	291,60	1.257,75

Fonte: DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTOS DE RIBEIRÃO PRETO - DAERP

A questão é que existe um fator determinante na aplicação da tabela de preço de forma progressiva nos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto e que foi totalmente desprezado tanto pelo legislador ao editar a legislação instituindo a referida tabela, quanto pelo judiciário que através de uma súmula pacificou o entendimento de sua legalidade, qual seja, existe um consumo mínimo de água utilizada mensalmente por habitante e este varia de acordo com o país, a cidade, o hábito e a cultura dos usuários.

O consumo médio de água por pessoa por dia, conhecido por "consumo per capita" de uma comunidade é obtido, dividindo-se o total de seu consumo de água por dia pelo número de pessoas servidas. Pelo fato do consumo de água depender de vários fatores, é complicada a determinação do gasto mais provável por consumidor. No Brasil, costuma-se adotar quotas médias "per capita" diárias de 120 a 200 litros por pessoa.

Na cidade de Ribeirão Preto, vem sendo reconhecido pelo Departamento de Água e

Esgotos uma média de consumo “ per capita” de água de 08m³ a 12m³ por mês, ou seja, apenas será beneficiário ao enquadramento na tabela progressiva de preço dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de água aplicada pela concessionária acima o imóvel habitado por um indivíduo, o que é muito difícil levando-se em conta que os menos abastados financeiramente em regra moram com várias pessoas em um único imóvel.

E neste ponto que pode-se afirmar que a aplicação da tabela progressiva do preço dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto é desigual, tornando ainda mais difícil ao hipossuficiente arcar mensalmente com o pagamento de suas contas de água, já que uma família composta por cinco pessoas vai gastar por mês o mínimo de 40 metros cúbicos de água, conforme a média de consumo mensal de água por habitante na cidade de Ribeirão Preto, que gira em torno de 08m³ a 12m³ por mês.

O consumo de água no montante de 40 metros cúbicos por mês vai ensejar uma conta mensal ao usuário de R\$ 214,15 (duzentos e quatorze reais e quinze centavos), e levando em consideração o valor atual do salário mínimo federal de R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais) torna impossível o pagamento da mesma o que nos termos da legislação que rege a matéria autoriza a concessionária a efetuar a interrupção do serviço de fornecimento de água.

Nos moldes como está montado o sistema que regulamenta a cobrança dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto, através de tarifa, com aplicação de tabela de preço progressiva e autorização legal e jurisprudencial para a concessionária efetuar o corte de água em caso de inadimplência, a família que é numerosa que é o caso da maioria de baixa renda mesmo fazendo uso da água no seu mínimo necessário, não terá condições de adimplir sua conta mensal de água, eis que o custo do metro cúbico da água a ela imputado, é superior ao custo da referida tabela quando utilizado no seu patamar inferior.

Importante esclarecer que imóveis absolutamente modestos e até mesmo precários, que contam com apenas um chuveiro muitas vezes é ocupado e utilizado por 08 (oito), 10 (dez) , 15 (quinze) ou até mais usuários, o que bem demonstra que a proporcionalidade prevista na legislação que autorizou a cobrança dos serviços de fornecimento de água, coleta , afastamento e tratamento de esgoto de forma progressiva é na verdade absolutamente desproporcional, punindo severamente os menos abastados.

Referida situação, ao estabelecer a desproporcionalidade comentada e a absurda majoração do preço do metro cúbico de água fornecido a estes usuários menos abastados ou até mesmo miseráveis, impõe aos mesmos a situação eterna de inadimplência, o que leva a sus-

pensão do serviço de fornecimento de água pela concessionária, gerando, ante a necessidade de obter o líquido mais precioso da vida em sua torneira, que utilizem métodos ilícitos para a sua obtenção, ou seja, fraudando a ligação de água existente em seu imóvel de várias formas, como exemplo realização de ligação clandestina.

A despeito de parecer a conduta do usuário infrator simples desvio de comportamento ético o certo é que o sistema hoje existente quanto a forma da chegada da água ao imóvel do usuário, com cobrança de tarifa através de tabela progressiva e em caso de impossibilidade de pagamento da conta de água mesmo comprovada a absoluta incapacidade financeira deste, gerando-lhe o corte no fornecimento, o relega à condição de devedor inscrito no sistema de dívida ativa do ente público, quando não à condição de criminoso em razão da fraude tipificada como furto de água.

O desespero provocado ao usuário que tem sua água cortada por motivo de inadimplência mesmo que comprovada a sua incapacidade financeira absoluta não permite alternativa como em outras privações, como por exemplo a falta de energia elétrica que lhe permite outros meios de iluminação ou até mesmo de permanecer no escuro. No caso da água, não lhe resta outra alternativa para saciar sua sede, sua higiene, pois essencial à sua vida terá que buscá-la de alguma forma o que poderá acarretar-lhe riscos à saúde a até mesmo à vida.

Embora não seja a tabela progressiva o foco principal da tese ora defendida, não poderia deixar de trazer a lume, posto que, os efeitos da aplicação da mesma à população, gera aos miseráveis que ocupam o mesmo imóvel em maior quantidade de indivíduos, absoluta desproporção de valor, impedindo-os de cumprir com o pagamento de suas respectivas contas de água.

Enquanto isto, os mais abastados, por vezes residindo em verdadeiras mansões com vários chuveiros, piscina e outros adornos, por ocuparem referido imóvel em poucos indivíduos, já que é sabido que são constituídos em sua maioria por famílias pequenas, pagam suas contas de água, respeitando a faixa menor da tabela progressiva, ou seja, com um custo menor pelo metro cúbico, em completa distorção do que se pode chamar de equilíbrio social.

Ressalta ainda, que além da distorção acima mencionada, a estas famílias mais abastadas pouco importa se a tabela de preço utilizada para a cobrança dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto é progressiva ou não, já que sempre estará dentro de suas possibilidades financeiras.

4 ENSAIO DE PROJETO PARA A CONCESSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA GRATUITO À POPULAÇÃO HIPOSSUFICIENTE

Perfilhando o entendimento de que a água é um bem essencial a vida, e que nenhum outro elemento da natureza parece ter um papel tão determinante para a existência de vida, aliás, existem formas de vida que conseguem viver na ausência de oxigênio (ex.: bactérias, leveduras) mas nenhum organismo consegue viver na ausência de água, o poder público não pode vendar os olhos para o caso do usuário que não consegue adimplir sua conta de água por comprovada incapacidade financeira – extrema pobreza, e por consequência tem o serviço de fornecimento de água suspenso pela concessionária.

O usuário que possui total incapacidade financeira para manter em suas torneiras o mínimo de água necessária para o seu sustento bem como o de sua família, não deve ser punido com referida situação, como vem acontecendo nos dias atuais já que tem o fornecimento de água interrompido ante a sua inadimplência. O poder público diante da essencialidade do serviço de fornecimento de água tem o dever de criar meios para que este possa fazer uso do fornecimento de água prestado pela concessionária no mínimo legal para a sobrevivência independentemente de pagamento.

Da mesma forma que o governo coloca à disposição da população carente os serviços de saúde através do Sistema Único de Saúde, de educação e de moradia, razão maior existe para a criação de um programa de governo que inclua o fornecimento de água de forma gratuita em seu mínimo necessário a sobrevivência ao usuário que comprovar a sua total incapacidade financeira, que encontra em extrema pobreza.

Um programa de governo nos moldes acima encontra amparo em nossa Carta Magna já que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que encontra capitulado no inciso III do artigo 3º do referido estatuto legal é de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Elvira Sofia Pereira ao descrever acerca de pobreza, traça o seguinte:

Diz que a pobreza representa condições sociais e humanas inaceitáveis e, por isso, a erradicação da pobreza é um dos grandes desafios do século XXI. Os estudos da pobreza datam desde os inícios da humanidade e hoje ainda permanecem. Assim, foram-se desenvolvendo novos conceitos, novas formas de abordar a pobreza, incluindo diferentes dimensões e novas formas de medi-la. Podem considerar-se os seguintes conceitos como os mais marcantes na evolução conceptual: subsistência, necessidades básicas, privação relativa, abordagem consensual, capacidades e a pobreza definida pelos pobres.⁸⁷

A política pública inclusiva do usuário que se encontra em extrema pobreza em obter o mínimo necessário de fornecimento de água para a sua sobrevivência, pode ser traçada com as semelhanças do Programa do Governo Federal o Programa Bolsa Família que foi criado para apoiar as famílias mais pobres e garantir a elas o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde. O programa visa à inclusão social dessa faixa da população brasileira, por meio da transferência de renda e da garantia de acesso a serviços essenciais.

O Programa Bolsa Família (PBF) tem como objetivo principal promover a inclusão social, contribuindo para a emancipação das famílias beneficiárias, dando meios e condições para que elas possam sair da situação de vulnerabilidade em que se encontram.

O Bolsa Família foi criado pela medida provisória nº 132, de 20 de outubro de 2003, convertida em Lei em 09 de janeiro de 2004 – Lei nº 10.836. O PBF é um dos programas que compõem o Fome Zero, estratégia impulsionada pelo Governo Federal com o objetivo de assegurar o direito humano à alimentação adequada às pessoas com dificuldades de acesso aos alimentos. Essa estratégia se insere na promoção da segurança alimentar e nutricional, buscando a inclusão social e a conquista da cidadania da população mais vulnerável.

Como se vê, o governo federal avançando em ação social, através do referido programa concebeu uma forma de ao menos minorar as necessidades básicas do cidadão miserável, no intuito de prover o alimento e a saúde, buscando assegurar a inclusão social a população carente.

Pois bem, se é prioritária à ajuda fomentada pelo referido programa, ainda mais se torna necessária a inclusão do fornecimento de água gratuito ao usuário que comprova sua extrema pobreza, já que a água é elemento essencial até mesmo para que o cidadão disponha do alimento e da saúde. Não há no mundo nada mais indigno para o cidadão do que a falta de água e afastamento de esgoto em seu imóvel, notadamente, quando referido serviço lhe é disponível e lhe foi suspenso em razão da impossibilidade de custeá-lo.

⁸⁷ PEREIRA, Sofia E. Implicações da evolução do conceito de pobreza para a luta contra a pobreza: uma reflexão. **Colóquio Internacional. O Modelo Latino de Protecção Social**, Lisboa, 2001.

Por tratar a água de bem essencial e absolutamente prioritário à vida humana, conforme alhures demonstrado, é necessário traçar mecanismos para que referido benefício seja efetivamente implantado e atinja de fato a camada mais necessitada da população.

Necessário esclarecer que quando da instituição da política pública de fornecimento gratuito de água ao usuário que comprova sua extrema pobreza é ato de ação social pública, e evidentemente tem que ser suportado pelo ente público, que ao disponibilizar referido recurso ao usuário deverá remunerar a concessionária encarregada de prestar os serviços de fornecimento de água, coleta e afastamento e tratamento de esgoto.

Por outro lado, é necessário estabelecer critérios de aferição de forma a individualizar os usuários que realmente preencham os requisitos para a obtenção do fornecimento de água de forma não onerosa.

Da mesma forma, é salutar determinar a quantidade do referido líquido que será disponibilizada de forma não onerosa para cada usuário detentor de referido benefício, evitando assim que o mesmo faça uso demasiado da água em detrimento não só do ente público que estará arcando com o custo da política pública implantada como de toda a coletividade, já que se trata de bem finito.

Quanto a inclusão do usuário na política ora defendida pode o ente público utilizar-se dos parâmetros constantes do Programa do Bolsa Família, que leva em consideração a renda “per capita”, para definir uma linha de corte, abaixo da qual todas as famílias são consideradas pobres.

Para tanto, deve-se apurar através do serviço de assistência social do município a renda “per capita” de todos os usuários dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto residentes em um determinado imóvel, e sendo o valor inferior à aquele estabelecido no referido programa, estará incluso no programa de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto de forma gratuita no consumo mínimo para a sua sobrevivência.

No que se refere ao consumo mínimo de água para a sobrevivência humana, a matéria é por demais delicada uma vez que consumo de água varia de cidade para cidade, já que quanto mais desenvolvida a cidade maior o consumo “per capita” de água, além da variação ocorrer também pelo hábito e educação do usuário, o que pode ser constatado pelos dados abaixo:

De acordo com a Organização das Nações Unidas, cada pessoa necessita de 3,3 m³/pessoa/mês (cerca de 110 litros de água por dia para atender as necessidades de consumo e higiene).

Segundo a Sabesp o consumo “ per capita” de água no Estado de São Paulo é de 4,5m³/mês enquanto o PROCON- SP estima em 5,40 m³/mês .

Com relação ao consumo “ per capita” de água na cidade de Ribeirão Preto, não existe uma tabela a ser respeitada pela concessionária que presta os serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento do esgoto, servindo como parâmetro os julgados proferidos em razão de ações judiciais de usuários descontentes com seu consumo de água, julgados estes balizados em laudos periciais. Tal como abaixo transcrito.

Autos nº 00418824.03.2005.8.26.0506, que teve tramite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública desta comarca de Ribeirão Preto, onde a julgadora Dra. Lucilene Aparecida Canella de Melo de deixou expresso o seguinte: É sabido, por meio de estudos técnicos científicos que o consumo médio por habitante gira em torno de 8m³ de água, concorrendo outros fatores como vazamento, mudança de hábitos segundo estações do ano etc., sendo que no caso há informações de que o imóvel tinha problemas com vazamentos (fls.81) que foi consertado.⁸⁸

Considerando o acima exposto, e pela experiência de 13 (treze) anos como procuradora jurídica do Departamento de Água e Esgotos de Ribeirão Preto – DAERP, que a quantidade mínima de água necessária para o usuário deste município seja de 08m³ por mês, consumo este que permite ao mesmo vida digna dentro dos padrões aceitáveis dentro de uma sociedade equânime.

Uma vez estabelecidos os critérios para a inclusão do usuário no programa de fornecimento de água gratuito, e uma vez quantificado o mínimo necessário de consumo de água para cada usuário, necessário estabelecer critérios para fiscalização e eventual cancelamento do benefício ora defendido, de forma a garantir a efetividade do referido programa, evitando que haja exacerbamento da concessão.

Da mesma forma que o ente público através do seu serviço de assistência social deverá aferir a condição de necessitado para a inclusão no programa de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto, deverá fiscalizá-lo para verificar se as condições permis-

88 Sentença Judicial – 2ª Vara da Fazenda Ribeirão Preto - Julgadora Lucilene Aparecida Canella de Melo.

sivas ainda se encontram presentes no decorrer do tempo, ou seja, senão houve mudança na condição financeira que justifique o cancelamento.

Verificada a mudança na condição financeira do usuário de forma que o mesmo não mais se encaixe dentro dos requisitos exigidos para a concessão dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto gratuito, deverá referido benefício ser imediatamente cancelado. Da mesma forma, verificada qualquer fraude tanto para a obtenção como para a manutenção do fornecimento de água nos moldes acima, também ensejará o cancelamento da gratuidade.

Além dos critérios até aqui defendidos, há que se salientar que em caso de consumo de água acima do mínimo estabelecido para que imóvel participe do referido programa, o excedente deverá ser cobrado do usuário, deixando, entretanto, de fazê-lo com observância da tabela progressiva.

Ocorre que se respeitada a tabela progressiva nos moldes atuais, ao exceder o mínimo estipulado pelo programa ora defendido, e dependendo da quantidade de moradores do imóvel contemplado, a cobrança se dará pelo topo da tabela em questão, o que é absolutamente contraditório ao objetivo buscado no referido programa.

No caso da situação acima retratada, ou seja, excedido o mínimo legal gratuito de água defendido no presente trabalho de 08m³, deverá o ente público cobrar o excedente respeitando a tarifa mínima existente na tabela progressiva, respeitando assim a condição de hipossuficiência do usuário, já que referida condição não deixou de existir.

Consigne –se que, todas as considerações aqui elencadas, devem ser consideradas como um ensaio de um projeto social que poderá ser aprimorado da forma que melhor atenda aos interesses coletivos dos usuários dos serviços de fornecimento de água, coleta, afastamento e tratamento de esgoto no âmbito nacional.

CONCLUSÃO

Depreende-se do quanto exposto no presente estudo, a imprescindibilidade da água para a vida do ser humano, que ao longo de sua existência, adequou-se em função do próprio líquido, deixando em tempos mais remotos a característica de nômade para se instalar perto de rios, lagos e outras fontes de água doce, originando agrupamentos e posteriormente, as vilas, ou seja, a história do ser humano, de sua civilização e organização social, sempre esteve contiguamente atrelada a água.

Com o passar dos tempos, já organizado em sociedade, a água que outrora era levada de balde sobre a cabeça, ou mesmo extraído de poços artesanais dentro dos imóveis, quer dizer utilizada de forma descontrolada e voluntária pelos cidadãos, passou a ser administrada e controlada pelo poder público, que a distribuiu de maneira organizada através de canos subterrâneos para as residências, comércios, indústrias e demais consumidores. Conjuntamente com o fornecimento de água, o poder público passou também a reger e organizar a coleta e afastamento do esgoto.

Entretanto, como contraprestação pelo referido serviço, surgiu a onerosidade para o acesso a referido bem indispensável, ou seja, o líquido que antes era obtido de forma graciosa pelo cidadão que se servia voluntariamente do mesmo, passou a recebê-lo mediante pagamento. Assim, o poder público, prestava referido serviço de abastecimento de água, coleta e afastamento de esgoto, mediante taxa, e até então, pela própria natureza de sua contribuição, a inadimplência não gerava a interrupção da referida prestação.

Ocorre que, com o advento da lei 11.445/2007 que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, houve drástica alteração no cenário e a natureza do pagamento do serviço de fornecimento de água, deixou de ser considerado taxa, passando a ser tarifa, e como consequência gerou a desobrigação do fornecimento em caso de inadimplência do usuário, com autorização legal para a interrupção do referido fornecimento.

É necessário esclarecer, que para a interrupção do fornecimento, ou o corte como é popularmente conhecido, não faz a administração pública ou o gestor concessionário, qual-

quer distinção de classe social ou econômica, bastando para tanto, a inadimplência como condição, o que evidentemente relega à condição de igualdade os desiguais, e acarreta falta de fornecimento de água apenas aos economicamente hipossuficientes, que comprovadamente não reúnem condições financeiras para arcar com o ônus do pagamento de suas respectivas contas, pois, tanto a legislação vigente que rege a matéria, como as decisões proferidas por nossos Tribunais não lhes garante amparo.

Em que pese a existência de lei federal e decisões proferidas pelas mais altas cortes do país autorizando a interrupção do fornecimento de água em caso de inadimplência do usuário, mesmo comprovada a sua total incapacidade financeira para prover o seu sustento e de sua família, dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito Brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º , II e III da Constituição Federal/88) e se não bastasse, a nossa carta cidadã traz como um de seus objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III), pois bem, ante aos preceitos constantes da carta magna brasileira, não há como aceitar que o cidadão possa ficar sem a água, bem necessário á sobrevivência de todos os seres vivos, ante ao não pagamento do serviço. A falta de água leva a doença bem como a morte.

Acrescenta que todos os direitos fundamentais constantes da nossa carta magna apenas podem ser realmente usufruídos com água no copo, na torneira e no chuveiro, já que é impossível se pensar em ter saúde, lazer, proteção à maternidade, alimentação e etc., se o indivíduo não tem o mínimo necessário a sua sobrevivência, água potável em seu imóvel.

Resta comprovado que não existe até a presente data uma política pública voltada para o problema trazido à baila, mesmo com um arcabouço de preceitos constitucionais que sustentam a tese defendida no presente trabalho de ter o usuário hipossuficiente o fornecimento de água em seu mínimo necessário a sua sobrevivência de forma gratuita. O direito não pode ignorar a realidade, o usuário que tem o fornecimento de água interrompido em seu imóvel e não possui condições financeiras para pagar sua conta de água, além de ter sua dignidade humana violentada, tornar-se cada vez mais marginalizado e por consequência aumentando ainda mais seu estado de pobreza, e em muitos casos torna obrigado a utilizar meios ilícitos (ligação clandestina = furto de água) para obter para si e sua família o líquido precioso e oriundo da natureza.

Estabelecer uma política pública com o fito de tratar o fornecimento de água potável como bem fundamental e indissociável a existência do ser humano, com critérios sensatos

para que seja comprovado o estado de hipossuficiência e miserabilidade do usuário, estipulando um mínimo necessário de água para a sobrevivência de acordo com as características da cidade, já que o consumo de água “per capita” varia de acordo com o clima do local, a cultura dos usuários e outros fatores, é apenas dar cumprimento aos preceitos constitucionais alhures expostos, além do que, estando o usuário hipossuficiente economicamente abastecido pelo líquido mais valioso para a vida no montante necessário a sua sobrevivência bem como de sua família, toda a coletividade também se beneficiará, sendo que estipulada a gratuidade de um consumo de água no mínimo necessário à sobrevivência humana, este com certeza voltará a se preocupar em economizar o líquido divino, e sendo bem de todos, não produzido em laboratório, será utilizado de forma respeitosa e harmoniosa, cabendo ao Estado desta forma implementar a política pública ora trazida, e esperar as benesses para toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. **Políticas Públicas de Estado e de Governo**: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- APPIO, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- BARCELOS, Ana Paula de. Direito Constitucional. **Revista de Direito do Estado** Ano 1 n° 3.17-54 julho/setembro de 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e Políticas Públicas**: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexão sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BICCA, Carolina Scherer. **Revista de Direito Brasileira** – Brazilian Journal of Law . Ano 2. Vol.2, jan-jun/2012- Coordenador e Editor/ Coordinator and Publisher Vladimir Oliveira da Silveira, Uninove; PUC –SP.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.
- _____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF. Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.
- _____. Lei das Concessões. **Lei nº 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 407** - 28/10/2009 - DJe 4/11/2009. **Legitimidade - Cobrança da Tarifa de Água - Categorias de Usuários e Faixas de Consumo**. Disponível em: <www.dji.com.br/normas_inferiores/...sumula_stj/stj_0407.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.
- _____. **Lei de Greve**. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.htm>. Acesso em: 09 set. 2014.
- _____. Lei do Saneamento Básico. **Lei nº 11.445, de 5 de Janeiro de 2007**. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em: 12 dez. 2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. et.al. **Políticas Públicas**, Reflexões sobre o conceito jurídico. Editora Saraiva. Unisantos, Universidade Católica de Santos. 2006.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**- 6ª ed. São Paulo: Atica, 1997.

COSTA, Sérgio. **As Cores de Ercília**: esfera pública, democracia, configurações pós nacionais. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ELIAS, Norbert. A. **Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

FERNANDES, Antonio Sergio Araujo. **Políticas Públicas**: Definição evolução e o caso brasileiro na política social. In DANTAS, Humberto e JUNIOR, José Paulo M. (Orgs). **Introdução à Política Brasileira**. São Paulo: Paulus. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FRASER, Nancy. **A Justiça Social na Globalização**: redistribuição, reconhecimento e participação. Trad. por TAVARES, Teresa. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 63, outubro de 2002.

GRZYBOWSKI, Cândido. Água: um bem comum. **Revista Carta Maior**. São Paulo. 25 de Março de 2014. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/agua-um-bem-comum/3/30555>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

GUERRA, Isabel. Cidadania, exclusões e solidariedade. Paradoxos e sentidos das novas políticas sociais. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 63, Outubro 2002.

HABERMANS, Jurgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de. (Org.). **Abastecimento de Água para Consumo Humano**. 2ª ed. Belo. Horizonte: UFMG, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da Gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In LEAL, Rogério Gesta (org.) **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

LIMA, André. **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

MARÉS, Carlos F. **A função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

_____. **A liberdade e outros Direitos Ensaio Socioambientais**. Curitiba: Letra da Lei, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros

Editores,1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord). **Direito Processual Coletivo e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron. **Espírito das Leis**. Belo Horizonte: Lider, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Água**. Rio de Janeiro, 1992.

OKLINGER, Montovaneli Junior. **Políticas Públicas no Século XXI**. Blumenau: Furb, 2006.

PEREIRA, Sofia E. Implicações da Evolução do Conceito de Pobreza para a Luta contra a Pobreza: uma reflexão. **Colóquio Internacional. O Modelo Latino de Protecção Social**, Lisboa,2001

PEREZ, Marcos Augusto. A Participação da Sociedade na Formulação, Decisão e Execução das Políticas Públicas. In BUCCI, Maria Paula (Org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flavia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 11, out/dez 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e Processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTILLI, Juliana e SANTILLI, Márcio. Meio Ambiente e Democracia: participação social na gestão ambiental. In LIMA, André. **O Direito para o Brasil Socioambiental** (Org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHIMDT, João Pedro. **Para Entender as Políticas Públicas: Aspectos Conceituais e Metodológicos**. Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. EDUNISC 2008, p. 2307-2333.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. **Sociologias**. ano 8, nº 16, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em:

_____. **Políticas Públicas No Brasil**. In:ROCHMA, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007.

TSUTIYA, Milton Tomoyuki. **Abastecimento de Água**. São Paulo: Departamento de Engenharia Hidráulica e Sanitária da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2003.

