

O saneamento básico como um direito social

Wladimir Antônio Ribeiro

Sócio do escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP (1990). Foi consultor do Governo Federal do Brasil para a elaboração da Lei de Consórcios Públicos, da Lei Nacional de Saneamento Básico e do Plano Nacional de Resíduos Sólidos.

Resumo: O presente artigo analisa as consequências, no âmbito do direito brasileiro, da recente deliberação da Organização das Nações Unidas (ONU) de inserir o *direito à água e ao saneamento* no catálogo dos direitos humanos. Para tanto é analisado o regime jurídico dos direitos humanos, em especial a característica de que tais direitos são de realização interdependente, formando um “bloco”, bem como de que os direitos humanos de índole econômica e social são de realização progressiva. Analisa ainda o regime constitucional dos direitos fundamentais, em especial os de índole social, bem como a própria conceituação jurídica, no âmbito do direito brasileiro, do saneamento básico, distinguindo-o de conceitos próximos como os do saneamento ambiental, proteção do meio ambiente e direito à saúde. Conclui afirmando que se vive momento de transição, em que o direito humano à água e ao saneamento está em processo de ser internalizado no ordenamento constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Saneamento básico. Água. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Direitos sociais. Efetivação progressiva dos direitos sociais. Universalização do saneamento básico.

Sumário: **1** O direito à água e ao saneamento como integrante do catálogo dos direitos humanos – **2** O saneamento básico como um direito fundamental – **3** O saneamento básico como um direito social – **4** Conclusão – Referências

1 O direito à água e ao saneamento como integrante do catálogo dos direitos humanos

1.1 A Resolução nº 64/292, de 2010, da Assembleia Geral da ONU

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), no dia 28.7.2010, editou a Resolução nº 64/292 na qual “reconhece que o direito à água potável e ao saneamento é um direito humano essencial para a plena fruição da vida e de todos os outros direitos humanos”. Momento histórico, sem dúvida, mas fica a pergunta: qual o alcance dessa declaração? Produzirá ela algum resultado prático na vida das pessoas, ou se trata de um mero exercício de retórica?

A principal consequência é a de que passa a não haver dúvidas, em prol da dignidade da pessoa humana, que assegurar o acesso à água potável e ao saneamento é uma obrigação do Poder Público, inserindo-se no contexto das políticas públicas que deve patrocinar. Passa a existir uma obrigação de que se institua uma *política pública*, que dê efetividade a um *direito*.

Dito por outras palavras: trata-se de um *direito* que se enquadra na categoria dos *direitos econômicos, sociais e culturais*, reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Veja-se:

Art. XXIII. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Contudo, os direitos sociais dependem da “organização e recursos de cada Estado”. Ou seja, apesar de haver o reconhecimento de um *direito*, a sua efetivação não é imediata. Daí porque os *direitos sociais, econômicos e culturais*, que integram a matriz dos direitos humanos, e nos termos das normas internacionais, são direitos de *realização progressiva* – aspecto que será abordado com maiores detalhes mais à frente.

O importante, aqui, é apontar o papel central do Estado na produção dos direitos sociais, que surgem por meio de políticas públicas por ele patrocinadas, seja regulando a economia, seja intervindo diretamente. No caso específico do saneamento básico, o Estado passa a assumir o papel de *provider* de um *serviço público* por meio do qual se realiza um *direito*, devendo assegurar a adequada prestação desse serviço inclusive mediante planejamento, regulação e fiscalização constantes e transparentes, sujeitos ao controle social. Observe-se que, sendo o acesso à água e ao saneamento uma *política pública* – e não uma atividade meramente privada –, induz os cidadãos a terem controle sobre ela, caso a esfera pública em questão se identifique com um Estado Democrático de Direito.

Porém, nem todos entendem que os direitos humanos são também aqueles produzidos a partir da ação do Estado, seja mediante interferência direta, seja pela regulação. A esse aspecto se dedica o próximo tópico.

1.2 A polêmica dos direitos econômicos, sociais e culturais

Para alguns, os direitos humanos seriam apenas os *direitos civis e políticos*, quais sejam, os *direitos de liberdade*, e não abrangeriam os direitos econômicos, sociais e culturais. Há muita divisão nesse ponto, havendo quem defenda que “[...]”

se a emergência dos direitos sociais modificou a equação liberdade/igualdade, nem por isso transferiu a lógica e as garantias dos direitos de liberdade para os direitos sociais, nem metamorfoseou os direitos sociais em autênticos direitos fundamentais”.¹

Porém, na doutrina jurídica brasileira, essa posição é bastante minoritária, sendo hegemônico o entendimento que identifica como *direitos humanos* também os direitos sociais. Para a corrente hegemônica da doutrina, reconhece-se que há três gerações de direitos humanos, assim constituídas:

A primeira, correspondente às liberdades individuais, originalmente expressas nas Declarações de fins do século XVIII, foi consagrada em várias Constituições ocidentais no decorrer do século seguinte, notadamente na nossa Constituição Imperial de 1824. A segunda geração corresponde aos direitos ditos sociais, postos em foco pela socialdemocracia europeia em fins do século XIX e integrados ao sistema constitucional, pela primeira vez, no México em 1917 e na Alemanha em 1919. Quanto à terceira geração de direitos humanos, ela compreenderia exigências de ordem coletiva, que transcendem o foro nacional, como o direito ao desenvolvimento, o direito à paz e o direito de participar do patrimônio comum da humanidade, composto, de um lado, pelos recursos naturais do planeta e, de outro lado, pela cumulação de ciência, arte e tecnologia.²

A grande diferença entre a primeira e a segunda geração de direitos humanos seria que a primeira seria de natureza *negativa*, ou seja, *contra o Estado*. Esta consistiria em direitos que protegem a esfera individual da intervenção do Estado, especialmente no campo da liberdade (de manifestar pensamento, de se reunir, de exercer ofício ou profissão etc.). Já os direitos de segunda geração seriam

direitos por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (educação, saúde, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.³

Entretanto, apesar de a distinção acima exposta ser a mais difundida, não nos parece que seja absolutamente real. Os direitos humanos “de primeira geração”,

¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 132.

² COMPARATO, Fábio Konder. Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 51, p. 5-18, outono 1989.

³ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

apesar de preverem a abstenção do Estado na esfera privada, devem ser protegidos pelo próprio Estado, especialmente pelo Estado-juiz. Com isso, havendo omissão em se organizar o aparato judicial, ou ausências de normas processuais para acesso ao Judiciário ou que garantam a efetividade de sua ação, mesmo esses direitos “de primeira geração” estariam violados, o que demonstra que necessitam, também, de prestações positivas do Estado.⁴

Mas, de qualquer forma, essa divisão, em que nem sempre se reconhecem os direitos sociais com o mesmo *status* dos direitos de liberdade, e que possui forte motivação ideológica, levou os direitos humanos a serem regulamentados por dois pactos internacionais diferentes, o dos direitos civis e políticos e o dos direitos econômicos, sociais e culturais que não possuem o mesmo regime jurídico. Como afirma Flávia Piovesan:

[e]nquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. Enquanto o primeiro Pacto determina que “todos têm o direito a...” ou “ninguém poderá...”, o segundo Pacto usa a fórmula “os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...”.⁵

E a principal diferença, que já mencionamos aqui, está em que “os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto-aplicabilidade – os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentação realização progressiva”.⁶ E isso é claro em vista do disposto no art. 2º, 1, do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente,

⁴ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 51, p. 5-18, outono 1989; e KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999, que inclusive acentua que “[a] doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer direito fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social ou cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado. Nessa visão, a tradicional diferenciação entre direitos ‘da primeira’ e os ‘da segunda’ geração é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos dos direitos fundamentais tradicionais foram reinterpretados como sociais, perdendo sentido as distinções rígidas” (p. 245).

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 194.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 194.

por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Confirma-se assim o que falamos ao início, que os *direitos sociais* são produzidos pelo Estado, ou seja: são concretizados mediante *políticas públicas*. Em outras palavras:

as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objectiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou pretensões subjectivas dos indivíduos) a políticas sociais activas conducentes à criação de instituições (ex.: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas).⁷

Entretanto, a eficácia dos direitos sociais, como afirma o pacto, está vinculada *ao máximo de recursos disponíveis de cada Estado*. Além disso, a realização dos direitos sociais deve se dar *progressivamente*, nos limites dos mencionados recursos disponíveis.

1.3 A universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos

No contexto da polémica dos direitos económicos, sociais e culturais, evidente que houve uma natural evolução para reconhecê-los também como *direitos humanos*. Contudo, seriam direitos humanos “menores”?

Nesse aspecto merece ser destacada a mensagem da *Declaração de Viena*, proclamada pela Conferência das Nações Unidas para os Direitos Humanos, realizada entre 9 e 25.6.1993, que, em seu ponto fundamental, afirma que “[t]odos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionados entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global e de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e dando a todos o mesmo peso [...]”. Vê-se assim que todos os direitos humanos possuem a mesma dignidade, e a violação de um deles implica a violação dos demais – ou seja, não existe “direitos humanos pela metade”.

A partir dessa premissa, possível se compreender o adequado sentido da Resolução nº 64/292, de 28.7.2010, na qual a Assembleia Geral da Organizações

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 406.

das Nações Unidas “reconhece que o direito à água potável e ao saneamento é um direito humano essencial para a plena fruição da vida e de todos os outros direitos humanos”. Ou seja, sem que se assegure a plena fruição do direito à água potável e ao saneamento não haverá a plena fruição dos demais direitos humanos, reafirmando-se que os direitos humanos são *interdependentes*.

Observe-se que disso também deriva que os direitos sociais são essenciais também às liberdades civis, pelo que estes se complementam, não se contrapõem. Ou seja, a interdependência não é apenas entre os direitos sociais, mas entre estes e os demais direitos humanos, mesmo os civis e políticos – como exemplo, o de *livre manifestação de pensamento*, que não se efetiva para aqueles que não tenham assegurado, por exemplo, os direitos sociais à educação ou à alimentação. Em outras palavras: “a garantia do Estado Social torna efetivos os direitos de liberdade. O Estado socialmente conformado serve à liberdade”, ou seja, os direitos sociais asseguram “ao indivíduo um mínimo de bens materiais sem os quais não poderia, na prática, tornar real a sua liberdade”.⁸

2 O saneamento básico como um direito fundamental

2.1 Conceito de saneamento ambiental

No contexto internacional, tendo em vista a influência da língua inglesa, refere-se ao “direito à água e ao saneamento”. Contudo, no contexto da língua portuguesa, esse mesmo conceito é referido como “saneamento básico”. Por vezes, ainda, se utiliza a expressão “saneamento ambiental” como sinônimo de “saneamento básico”, o que não corresponde à realidade. Daí o porquê de, antes de ingressar no tema do saneamento básico como direito fundamental, ser necessário aclarar o significado da própria expressão “saneamento básico”.

Parte-se do significado de *saneamento ambiental*, expressão autoexplicativa. Saneamento é palavra originada do latim *sanus*, que possui significado de “boa saúde, sadio”. Portanto, saneamento ambiental é o conjunto de atividades que proporcionam as condições ambientais que preservam ou promovem a saúde humana, ou, dito de forma mais sintética, que proporcionam a *salubridade ambiental*.

Logo se vê que o *saneamento ambiental* é um conjunto bastante amplo. Engloba, por exemplo, as atividades de controle de odores, porque estes influenciam a saúde humana; as integra também o controle de material particulado no ar, ou, ainda, o controle da poluição sonora, porque tais condições ambientais afetam a saúde humana. Obviamente que integram o conceito também as atividades de abastecimento de água potável, que é essencial à vida e à higiene; de afastamento

⁸ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. p. 19.

e tratamento de esgotos sanitários; de manejo dos resíduos sólidos urbanos; de limpeza pública, dentre diversas outras.⁹

O que se pode facilmente concluir é que o *saneamento ambiental* se trata de um conjunto aberto, porque a cada dia podem se descobrir ou podem surgir novos fatores ambientais que afetam a saúde humana, como é o caso recente das radiações eletromagnéticas. Não se trata, portanto, de um conjunto *numerus clausus*, mas de um conjunto *numerus apertus*. Lembra um pouco o conjunto dos direitos humanos, que sempre se amplia, na medida em que se aperfeiçoa e se evoluiu a percepção de como se efetiva e protege a dignidade da pessoa humana.

2.2 Conceito de saneamento básico

Contudo, dentro do *conjunto* do saneamento ambiental, há um *subconjunto* de atividades que são consideradas *básicas*, essenciais à saúde humana, constituindo-se em um dever do Estado promovê-las. Tais atividades essenciais de saneamento ambiental constituem o *saneamento básico*.¹⁰

Em termos técnicos, *saneamento básico* refere-se às condições ambientais que preservam e promovem a saúde humana, obtidas mediante a prestação adequada dos *serviços públicos* de (i) abastecimento de água potável; (ii) esgotamento sanitário; (iii) manejo de resíduos sólidos urbanos; (iv) limpeza pública; (v) manejo de águas pluviais urbanas, bem como pela efetivação de (vi) ações de saúde pública no combate e controle de vetores e reservatórios de doenças.¹¹

A princípio, não se tratava de um conceito normativo, jurídico, mas de um consenso técnico, tradicional nos meios acadêmicos, inclusive nos de Portugal, como podem atestar os documentos da Associação Portuguesa de Estudos do Saneamento Básico – APESP.¹² Porém, a partir da vigência da Lei Nacional de Saneamento Básico

⁹ Nesse passo, com pequenas diferenças, está-se na companhia de Fernando Aith: “[...] no âmbito da saúde o conceito de saneamento ambiental mostra-se mais completo, na medida em que incorpora não só as questões relacionadas a abastecimento, transporte e manejo de água e resíduos, mas, também, todas as questões ambientais que podem oferecer riscos à saúde humana e que exigem ações de saneamento, tais como controle de riscos ambientais em vetores (zoonoses) ou, ainda, a ambientes de trabalho, moradias, estabelecimentos comerciais etc.” (AITH, Fernando. Saúde e saneamento no Brasil: aspectos conceituais e regulatórios e os desafios para a adoção de políticas públicas intersetoriais no País. In: MOTA, Carolina. *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 241).

¹⁰ No mesmo sentido, Aith, para quem “[p]ode-se afirmar que o saneamento básico é uma espécie do gênero saneamento ambiental” (AITH, Fernando. Saúde e saneamento no Brasil: aspectos conceituais e regulatórios e os desafios para a adoção de políticas públicas intersetoriais no País. In: MOTA, Carolina. *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 241).

¹¹ *Vetor* é o ser vivo que pode transmitir doenças ao ser humano (por exemplo, o mosquito *aedes aegypti*), já *reservatório de doenças* é o ser vivo que, apesar de não transmitir moléstia, a mantém incubada, propiciando que venha a ser transmitida por um vetor.

¹² A menção à instituição portuguesa é importante porque demonstra um consenso de sentido mesmo em países diferentes, que, porém, compartilham a mesma língua.

– LNSB (Lei Federal nº 11.445, de 5.1.2007), esse conceito técnico passou a possuir efeitos jurídico – sempre lembrando que a LNSB cuida apenas dos *serviços públicos de saneamento básico*, até porque as *ações de saúde pública de saneamento básico* são disciplinadas pela legislação que rege o Sistema Único de Saúde – SUS (e, dentre tais ações de saúde pública, destacamos o controle e o combate de vetores e reservatórios de doenças e, ainda, a vigilância da qualidade da água para consumo humano).

2.3 Direito ao saneamento básico ou direito à salubridade ambiental?

Pelo que ficou exposto *supra*, em realidade não haveria um “direito ao saneamento básico”, mas sim um direito a condições ambientais que preservam ou promovem a saúde humana, ou seja, um “direito à salubridade ambiental”, o qual, para ser concretizado, depende de efetivas políticas públicas de saneamento básico, mas não apenas. Muitas vezes a salubridade ambiental somente pode ser obtida mediante a efetiva concretização do *direito a uma moradia adequada* ou do *direito à segurança alimentar*. A interdependência reaparece aqui, mostrando o acerto da evolução do ordenamento internacional dos direitos humanos.

Porém, para não se perder a especificidade de nosso campo de análise, e inclinando-se à linguagem corrente dos técnicos do setor, sábia por seu pragmatismo, adota-se aqui a expressão “direito ao saneamento básico” em vez de “direito à salubridade ambiental”, mais abrangente.

2.4 O saneamento básico como um direito fundamental ou como uma política pública que viabiliza outros direitos fundamentais?

Depois da Resolução nº 64/292, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, não há espaço para dúvidas de que o *direito à água potável e ao saneamento* integra o catálogo dos direitos humanos. Contudo, o que se pretende indagar nesse tópico é se esse direito se trata, também, de um direito fundamental, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Importante dizer que nem todo direito humano é, por via de consequência, direito fundamental. Os *direitos humanos* pertencem à esfera do direito internacional público e os *direitos fundamentais* possuem assento constitucional, ou seja, são expressamente reconhecidos pelo ordenamento constitucional de determinado país.¹³

¹³ Pelo que Pedro Cruz Villaron afirma que “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais.

Em alguns ordenamentos jurídicos pode haver direitos humanos não reconhecidos pelo ordenamento constitucional, seja porque não são sequer reconhecidos pelo ordenamento jurídico, seja porque são reconhecidos por norma inferior à Constituição. Afora isso, haverá direitos fundamentais próprios daquele ordenamento constitucional, que não se inserem no catálogo de direitos humanos estabelecido pelo direito internacional.

Doutro lado, a importância de saber se o “direito ao saneamento básico” é um direito fundamental é porque os direitos fundamentais possuem um regime jurídico específico, de maior proteção, inclusive a estabilidade própria das normas constitucionais. E reitera-se a pergunta: o *direito ao saneamento básico* é direito fundamental, ou seja, reconhecido pela Constituição brasileira de 1988?

A resposta nos leva a, em primeiro lugar, analisar os *direitos sociais* reconhecidos pela Constituição de 1988, uma vez que o *direito ao saneamento básico*, como aqui já se viu, se configura como um *direito social*, mais precisamente como um “direito social a prestações do Estado”, sendo tais prestações *serviços públicos* e *ações de saúde pública*.¹⁴

O art. 6º da Constituição Federal, dedicado aos direitos sociais, não prevê o saneamento básico ou a salubridade ambiental como um direito social específico, como pode se verificar de sua redação atual: “[s]ão direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Tampouco há outros dispositivos constitucionais que, expressamente, reconhecem o saneamento básico como um direito *in se*.

Porém, dos direitos reconhecidos no art. 6º possível se derivar o “direito ao saneamento básico”. Por exemplo, quando a Constituição se refere ao *direito à alimentação*, evidentemente se refere também ao direito de acesso à água potável, porque a água é o principal alimento. Afora isso, no *direito à saúde* se encontra implícito o direito ao saneamento básico, bem como no *direito à moradia* (adequada) também está presente o saneamento básico.

Ao lado disso, a Constituição Federal também assegura que “[t]odos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial

Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios” (CRUZ VILLARON, Pedro. Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 9, n. 25, p. 35-62).

¹⁴ Canotilho esclarece muito esse aspecto dos direitos sociais como direitos a prestações do Estado: “[...] afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos, (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação de pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 435).

à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, *caput*). Observe-se que, ao se referir ao direito de todos ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, a Constituição o qualifica como “essencial à sadia qualidade de vida”, criando um vínculo imediato com o saneamento ambiental.

Porém, a proximidade mais evidente do direito ao saneamento básico parece ser com o direito à saúde, ou como afirma Vinícius Marques de Carvalho, é “explícita a ligação entre saneamento básico e direito à saúde”.¹⁵ Para melhor compreensão, cabe deixar claro o que se entende por concretização do *direito à saúde*:

O direito à saúde exige, portanto, que o Estado adote ações efetivas voltadas à promoção e proteção da saúde da população, organizadas por meio de políticas públicas. Para promover e proteger o direito à saúde, o Estado deve adotar políticas públicas diversificadas, dedicando parte delas à organização de um sistema público de caráter universal e igualitário, capaz de oferecer à população os serviços típicos da assistência à saúde, tais como consultas médicas, internações em ambulatórios e hospitais, cirurgias, atendimentos em postos de saúde, fornecimento de medicamentos, etc. Outra parte de tais políticas públicas deve ser, em sua essência, intersetorial, ou seja, deve envolver diversos setores da atuação governamental por serem de natureza complexa. São exemplos disso as políticas de nutrição, saneamento básico, proteção ambiental, agricultura, pesquisas científicas, educação em saúde.¹⁶

Observe-se que o *direito ao saneamento básico* é considerado uma das formas de concretização do *direito à saúde*, como também o *direito à saúde* é concretizado pela efetivação de outros direitos, como exemplo, pela efetivação do *direito à moradia* ou do *direito à alimentação*, para ficarmos apenas com direitos sociais previstos expressamente pelo art. 6º da Constituição Federal. Vê-se, por mais uma ótica, que os direitos fundamentais, derivados que são dos direitos humanos, são também interdependentes; com isso a violação de um deles, como o direito à moradia, significa a violação de outros mais, como o direito à saúde.

Porém, importante se observar que o *saneamento básico* não é considerado, *in se*, um direito fundamental, mas apenas uma *política pública* – ou seja, um importante *instrumento* – para se viabilizar outros direitos, como o *direito à saúde*, ou o *direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado*, estes outros direitos, por devidamente constitucionalizados, reconhecidos como direitos fundamentais.

¹⁵ CARVALHO, Vinícius Marques de. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 365.

¹⁶ AITH, Fernando. Saúde e saneamento no Brasil: aspectos conceituais e regulatórios e os desafios para a adoção de políticas públicas intersetoriais no País. In: MOTA, Carolina. *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 250.

Marçal Justen Filho, que também se dedicou a analisar a relação entre o saneamento básico e os direitos fundamentais, parece ter conclusão semelhante:

Nesse contexto é evidente o vínculo indissociável entre saneamento básico e direitos fundamentais. Os direitos fundamentais se traduzem na atribuição a todo e qualquer indivíduo de condições de sobrevivência como “sujeito” (e não como “objeto”) da vida. Isso envolve o fornecimento de utilidades materiais e imateriais que assegurem a existência saudável e a proteção possível contra os fatores nocivos do meio-ambiente circundante, de modo a propiciar o desenvolvimento de todas as potencialidades individuais e coletivas.

Por mais problemática que seja a definição do conteúdo dos direitos fundamentais, é inquestionável que um aspecto essencial envolve o que se poderia denominar de “direito à vida”. Todos têm direito a ver respeitadas as condições necessárias à manutenção da própria existência.

Ademais disso, os direitos fundamentais abrangem o direito a uma existência “digna”, o que significa a preservação das condições psicológicas inerentes à condição de ser humano, que dão a cada um a feição de sujeito das relações existenciais.

Como o saneamento básico é indispensável para assegurar o prolongamento da existência humana e a redução das doenças e outros sofrimentos materiais e psicológicos, resulta inquestionável que os direitos fundamentais compreendem a existência de condições saudáveis de meio ambiente.¹⁷

O que se percebe é que, apesar de o direito ao *saneamento básico* não ser reconhecido expressamente como um direito fundamental, ele é *instrumento* para a concretização de diversos direitos fundamentais, e isso afeta o seu regime jurídico, fazendo com que o saneamento básico tenha, frequentemente, a *proteção jurídica* dos direitos fundamentais.

Exemplo disso é o do caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, em que se analisou a interrupção dos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos, ficando reconhecido que tal interrupção violou diversos direitos fundamentais, pelo que se legitimava a proteção judicial. Como se trata de precedente importante, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux, hoje no Supremo Tribunal Federal, cabe aqui transcrever a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer jurídico. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Projeto de lei nº 5.296/2005: diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e Política Nacional de Saneamento Básico – PNS*. Brasília: Ministério das Cidades, 2005. p. 208.

POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.
2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.
3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.
4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.
5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.
6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.
7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.
8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.
9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos

poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. “A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente.” Ademais, “A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE.”

11. Recurso especial provido.¹⁸

Importante reforçar as conclusões: em termos de direito positivo, o *direito ao saneamento básico* não é considerado um direito fundamental, previsto enquanto tal pelo texto constitucional, mas é evidentemente uma política pública necessária e instrumental de diversos outros direitos fundamentais.¹⁹

2.5 *De lege ferenda*: a necessidade de se reconhecer o “direito ao saneamento básico” como um direito (social) fundamental

Apesar de termos constado, aqui, que o *direito ao saneamento básico* não se configura, hoje, como um *direito fundamental*, porque não foi assim especificamente reconhecido pela Constituição Federal, de se ver que tal constatação não se trata de se afirmar uma posição, uma vez que nos filiamos àqueles que entendem que tal direito *merece* e *deve* possuir o *status* de direito fundamental.

Concorda-se, para se exemplificar com a gestão da água potável e o acesso a ela – simbólicos de como deve ser entendido o saneamento básico –, com a afirmação de Anne Le Strat: “a água, recurso vital, constitui um direito fundamental, inalienável, universal e imprescritível”.²⁰

¹⁸ STJ, 1ª Turma. REsp nº 575.988, Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 7.10.2004, v.u. DJ, 16 nov. 2004.

¹⁹ Novamente se utilizando das palavras de Justen Filho, “reconhecer que as condições satisfatórias do saneamento básicos são essenciais e indispensáveis à dignidade humana e ao respeito aos direitos fundamentais produz um efeito jurídico-político inafastável [...] trata-se de um dever do Estado brasileiro, que recai sobre todas as manifestações político-organizacionais: União, Estados e Distrito Federal e Municípios” (JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer jurídico. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Projeto de lei nº 5.296/2005*: diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e Política Nacional de Saneamento Básico – PNS. Brasília: Ministério das Cidades, 2005. p. 209).

²⁰ Seguem as palavras citadas no original e em seu contexto: “L’eau, ressource vitale, constitue un droit fondamental, inaliénable, universel et imprescriptible; bien commun d’intérêt général, elle doit être gérée de manière responsable et solidaire pour assurer son partage entre usagers et pour préserver son usage aux générations futures; de

O que, em realidade, nos parece é que o *direito ao saneamento básico* enfrenta processo de reconhecimento semelhante a outros direitos que vieram a ser consagrados na ordem jurídica brasileira. Primeiro é o direito reconhecido na esfera internacional e, na medida em que a sociedade brasileira passe a compreender seu alcance e importância, mediante emenda constitucional, deve ser reconhecido expressamente pelo ordenamento constitucional. Para traçar um paralelo, no texto original da Constituição de 1988, o direito à moradia e o *direito à alimentação* não eram reconhecidos, *in se*, como direitos fundamentais específicos. Isso se deu mediante a Emenda Constitucional nº 64, de 4.2.2010, que os acrescentou aos direitos sociais previstos no art. 6º da *Carta Magna* brasileira.

A questão não passou despercebida pelo Parlamento brasileiro, uma vez que foi apresentada, aos 16.8.2001, na Câmara dos Deputados, pelo Deputado Djalma Paes (PSB/PE), a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 398/2001, cujo objetivo era alterar o art. 6º da Constituição Federal, para nele inserir o *saneamento ambiental*, a fim de reconhecê-lo como direito social. Porém, apesar de ter iniciado bem a sua tramitação, a PEC foi arquivada em 31.1.2007, uma vez que seu proponente não integrava a nova legislatura.

No Senado Federal, aos 6.4.2010, antes portanto da edição da Resolução ONU nº 64/292, o Senador Renato Casagrande (PSB/ES), hoje Governador do Estado do Espírito Santo, apresentou a Proposta de Emenda Constitucional nº 7, de 2010 (PEC nº 7/2010), que propõe modificar o art. 6º da Constituição Federal, para nele acrescentar, com o objetivo de reconhecê-lo como direito social, “o acesso à água e ao saneamento básico”, bem como acrescentar o §7º no art. 225 da Constituição Federal, aqui já citado (e que reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), sendo o parágrafo proposto de seguinte redação: “§7º A água é um bem de domínio público e um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, social e ambiental”.

Interessante observar que o trecho essencial da justificativa da PEC lembra muito as palavras de Anne Le Strat, supramencionadas:

Em face da escassez de água e da relevância que a mesma possui para sobrevivência de todos os seres humanos, é imprescindível alterar a Constituição Federal para elevar o acesso à água potável e ao saneamento básico ao patamar dos Direitos Sociais.

Em outras palavras, reconhecer o acesso à água potável e ao saneamento básico como Direitos Sociais implica que o Poder Público deve se engajar pelo seu provimento para toda a população.

par ces caractéristiques, l'économie de l'eau appartient à l'asphère publique” (LE STRAT, Anne. La mot de lapresident. In: ACQUA PUBBLICA EUROPEA. *La gestion Publique d'eau: mode d'emploi*. Paris: Acqua Publica Europea, 2013. p. 2).

Desse modo, significa, também, que a água não pode estar sujeita apenas às regras do mercado. Sendo assim, a Constituição deve enfatizar que a água é um bem de domínio público e um recurso natural limitado que, além da importância econômica, possui um valor social e ambiental.

Contudo, com o final da legislatura, novamente a proposição foi arquivada em março de 2014.

Após isso, foi novamente apresentada na Câmara a Proposta de Emenda Constitucional nº 93, de 2015, pelo Deputado Raimundo Gomes de Matos (PSDB/CE). Atualmente a proposta aguarda a designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça, a fim de se analisar sua admissibilidade.

Vê-se assim, que o reconhecimento do *saneamento básico* como direito fundamental é questão *de lege ferenda* (relativa a uma lei a ser elaborada), como dizem os juristas. Porém, serão o debate e a participação ativa da sociedade brasileira que assegurarão esse avanço, inclusive para que ele se torne efetivamente pauta para os trabalhos legislativos.

3 O saneamento básico como um direito social

3.1 O saneamento básico e a Constituição Federal

Apesar de o saneamento básico não ser (ainda) reconhecido como um *direito fundamental*, a Constituição Federal o prevê em diversos dispositivos.

O primeiro dispositivo digno de nota é o art. 21, inc. XX, que prevê que compete à União instituir diretrizes para o saneamento básico. Como se constata, apesar de a União não ser *titular* de serviço público de saneamento básico, possui competência legislativa para instituir diretrizes para tais serviços, as quais foram efetivamente instituídas por meio de *alguns* dos dispositivos da Lei Federal nº 11.445, de 5.1.2007 (Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB) e de seu decreto regulamentador (Decreto Federal nº 7.217, de 20.6.2010). Grifamos a palavra “alguns” para chamar a atenção ao fato de que a LNSB, e seu decreto regulamentador, não se dedicam somente a instituir diretrizes, mas, também, a organizar a política de saneamento básico da própria União, por meio da qual efetiva cooperação com os municípios e o Distrito Federal, titulares dos serviços públicos de saneamento básico.²¹

²¹ Para ficarem claros os âmbitos legislativos do saneamento básico no Brasil: (i) a União legisla para instituir as diretrizes dos serviços de saneamento básico e para estabelecer a sua política de saneamento, forma pela qual coopera com os municípios na *melhoria das condições de saneamento básico*; (ii) os municípios e o Distrito Federal legislam sobre os próprios serviços, desde que atendam às diretrizes fixadas pela Lei Nacional de Saneamento Básico e seu decreto regulamentador; e (iii) os Estados-membros legislam apenas para instituir a sua respectiva política de saneamento básico, por meio da qual cooperam com seus municípios também para promover a *melhoria das condições de saneamento básico* – ou seja, não podem tomar o lugar dos municípios e legislar diretamente sobre os serviços. Inclusive, acerca da impossibilidade de lei de Estado-

Outra norma da Constituição Federal que cuida de saneamento básico é a que prevê que “[a]o sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; [...]” (art. 200). Como se vê, tal norma indica a direta vinculação entre a *política pública de saúde* (ou seja, o Sistema Único de Saúde – SUS) e o saneamento básico, aqui já referida.

Também merece ser mencionada, apesar de não utilizar literalmente a expressão “saneamento básico”, a norma constitucional que prevê que compete aos municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local” (art. 30, inc. V), o que leva ao reconhecimento da titularidade municipal sobre a competência de legislar, planejar, fiscalizar, regular e prestar (diretamente ou mediante entidade contratada) os serviços públicos de saneamento básico.²²

Porém, a mesma Constituição prevê que

[o]s Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Com isso, no caso de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, excepcionalmente, e caso lei complementar estadual preveja isso expressamente, os municípios deverão exercer suas competências sobre os serviços de saneamento básico em seu conjunto, de forma intermunicipal.²³

Por fim a Constituição Federal expressamente menciona o saneamento básico no art. 23, inc. IX, de seguinte redação:

membro dispor mediante lei sobre serviços de saneamento básico, há recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF, Pleno. ADI nº 2.340-SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, maioria de votos. Julg. 6.3.2013. *DJe*, 10 maio 2013), sendo que merece destaque o seguinte trecho do voto-condutor da decisão: “[...] incumbe ao poder público, leia-se, ao poder concedente, a regulamentação dos serviços concedidos, não tendo, em consequência, o Estado-membro, em se tratando de um serviço de caráter local, competência para regulá-lo, seja a que título for”.

²² Sobre a caracterização dos serviços públicos de saneamento básico como serviços de interesse local, veja-se a exaustiva análise de Floriano de Azevedo Marques Neto, em parecer jurídico publicado em BRASIL. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Projeto de lei nº 5.296/2005: diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e Política Nacional de Saneamento Básico – PNS*. Brasília: Ministério das Cidades, 2005. Merecendo atenção especial o exposto nas páginas 131-145.

²³ Recentemente o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que no caso de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões não há a transferência de competências municipais para o Estado-membro, mas cria-se, apenas, um regime colegiado para o exercício das competências que continuam municipais (STF, Pleno. ADI nº 1.842-RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, maioria de votos. Julg. 6.3.2013). Observe-se que a não transferência de competências para o Estado-membro significa sua manutenção no âmbito municipal, porque a região metropolitana, e figuras assemelhadas, não podem possuir competências próprias porque não são entes federativos, mas meros instrumentos administrativos para o *exercício* de competências.

Art. 23. *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]*

IX - promover programas de construção de moradias e *a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; [...]*

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas *para a cooperação* entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

A Constituição Federal, assim, prevê que é *dever* de todos os entes da Federação *promover a melhoria das condições de saneamento básico*. Em razão desse dispositivo, Marçal Justen Filho afirma que a promoção do saneamento básico “trata-se de um *dever* do Estado brasileiro, que recai sobre todas as manifestações político-organizacionais: União, Estado e Distrito Federal e Municípios”.²⁴ Entretanto, isso não significa que as esferas federativas possam atuar de forma isolada, exercendo cada uma delas a plenitude de todas as competências relativas ao saneamento básico, mas sim que – como o próprio texto constitucional afirma – devem agir em *cooperação*.²⁵

A junção dos dispositivos constitucionais esclarece, facilmente, como funciona (ou deveria funcionar) a gestão do saneamento básico no Brasil: (i) a União estabelece diretrizes, a serem atendidas por todos; (ii) a União e os Estados-membros devem possuir políticas de saneamento básico próprias, por meio das quais cooperam com os municípios; (iii) os municípios legislam sobre os serviços, atendidas as diretrizes fixadas pela União, bem como se responsabilizam pela gestão dos serviços de saneamento básico (planejamento, regulação, fiscalização e prestação direta ou contratada dos serviços), contando para isso com a cooperação da União e do Estado-membro.

Em geral a cooperação da União se refere à assistência técnica e à transferência de recursos financeiros para investimentos; já os Estados-membros oferecem aos municípios apoio na prestação dos serviços, pois muitos deles possuem empresas de saneamento sob o controle do Estado, que podem ser contratadas pelos municípios sob o regime *in houseproviding* (ou seja, diretamente, sem licitação), bem como prestam cooperação na regulação dos serviços, porque muitos estados possuem

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer jurídico. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Projeto de lei nº 5.296/2005: diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e Política Nacional de Saneamento Básico – PNS*. Brasília: Ministério das Cidades, 2005. p. 207.

²⁵ “Não há dúvida que a criação do art. 23, com seu parágrafo único, e a posterior inserção do art. 241 no texto da Lei Maior expressam a nítida vontade do Constituinte originário e reformador brasileiro de introduzir no país o modelo do federalismo cooperativo, que tem por fim melhorar a colaboração entre União, estados e municípios, através da coordenação das diferentes tarefas e da compensação de receitas financeiras” (KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 49).

também agências reguladoras de serviços públicos, para as quais pode o município delegar o exercício de algumas das funções de regulação.²⁶

Evidente que a cooperação não é obrigatória, podendo o município, na conformidade de sua capacidade, optar por realizar os investimentos sem o aporte de recursos federais, ou, ainda, prestar ou regular os serviços diretamente, por meio de entidade de sua própria administração. No caso da prestação, também é lícito ao município optar, mediante licitação pública, pela contratação de privados, o que é muito comum na prestação de serviços públicos de saneamento básico relativo aos resíduos sólidos urbanos.

No caso de municípios integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, caso expressamente previsto em lei complementar estadual, o município deverá realizar essas opções por meio de instância colegiada, de forma a contribuir com, e a não prejudicar, o interesse dos outros municípios, na medida em que os serviços de saneamento básico de um município estejam integrados aos serviços de outros municípios.

3.2 O saneamento básico e as normas infraconstitucionais

O objetivo deste tópico não é analisar a profusa legislação sobre saneamento básico, mas, apenas, demonstrar que por meio dela há o reconhecimento do saneamento básico como um *direito social*. Com isso retorna a questão *do que é direito social*.

Com Häberle, vimos que os direitos sociais asseguram “ao indivíduo um mínimo de bens materiais sem os quais não poderia, na prática, tornar real a sua liberdade”.²⁷ A esse aspecto acrescenta-se o entendimento de Canotilho, que identifica nos direitos sociais duas dimensões: (1) uma *subjéctiva*, configurando-se como direitos inerentes ao espaço existencial do cidadão independentemente de ação positiva do Estado, impedindo que haja agressões a essa esfera de direitos; e (2) uma dimensão *objectiva*, que se consubstancia por duas formas: (α) pela obrigação do legislador elaborar as normas necessárias para a concretização desses direitos, inclusive para criar as necessárias condições materiais e institucionais, e (β) pelo “fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão substantiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais”.²⁸

²⁶ Observe-se que o art. 23 da Constituição Federal, ao instituir competências comuns a serem exercidas em regime de cooperação, estabeleceu regime que muito lembra o regime das *Gemeinschaftsaufgaben* do direito constitucional alemão – sobre este tema, veja-se o premiado estudo de ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperación en la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 515-532.

²⁷ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. p. 19.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 434.

Partindo dessa premissa, não é na legislação da União que encontramos normas em que o *saneamento básico* ou a *salubridade ambiental* resultando do saneamento básico melhor são reconhecidos como direito social, pois vamos encontrar esse reconhecimento perfeito e acabado apenas nas leis editadas pelos demais entes da Federação. O melhor exemplo, é a Lei nº 11.172, de 1º.12.2008, do estado da Bahia, que afirma:

CAPÍTULO I

DO DIREITO À SALUBRIDADE AMBIENTAL

Art. 1º - Todos têm direito à vida em ambiente salubre, cuja promoção e preservação são deveres do Poder Público e da coletividade.

Parágrafo único - É obrigação do Poder Público promover a salubridade ambiental, especialmente mediante políticas, ações e a provisão universal, integral e equânime dos serviços públicos necessários.

Art. 2º - É garantido a todos o direito a níveis adequados e crescentes de salubridade ambiental e de exigir dos responsáveis medidas preventivas, mitigadoras, reparadoras ou compensatórias em face de atividades prejudiciais ou potencialmente prejudiciais à salubridade ambiental.

Observe-se que a lei baiana proclama o direito “à vida em ambiente salubre” como um direito de todos, de caráter universal, bem como o direito a “níveis adequados e crescentes de salubridade ambiental”. Trata-se de um direito social com nítida conformação subjetiva, porque reconhecido independentemente de condições materiais ou institucionais, ou de determinadas prestações do Poder Público. Ou seja, há o *direito à salubridade ambiental*, e as condições materiais, institucionais ou as prestações possuem a função apenas de *efetivá-lo*.

O reconhecimento da *salubridade ambiental* como um *direito social* é tão manifesto na lei baiana, que pode ser inclusive oposto em face de condutas privadas que sejam prejudiciais ou potencialmente *prejudiciais à salubridade ambiental*.

Mencionou-se a lei baiana, por pioneira. Mas diversas outras leis, estaduais e municipais, possuem dispositivos semelhantes. Mas fica a pergunta: por que um dispositivo com esse teor não se encontra em uma lei federal? Por que está ausente da Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB?

A bem da verdade, os dispositivos da lei baiana reproduziram os arts. 3º e 4º do Projeto de Lei nº 5.296, de 2005, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, e que é a origem da LNSB. No debate parlamentar, contudo, essas propostas do projeto de lei foram suprimidas. O temor é que, reconhecido o direito, ficasse evidente a inadimplência do Poder Público em efetivá-lo adequadamente, abrindo espaço para demandas judiciais, tanto de usuários, como do Ministério Público. E, na negociação que gerou a LNSB, acabaram tais dispositivos por ser sacrificados.

Porém, em uma Federação, muitas vezes os entes federados avançam mais que o nível nacional; não raras vezes experiências bem-sucedidas em um ente federado, de menor território, pelo próprio efeito demonstração, acabam se espraiando para outros entes, inclusive para a própria União.²⁹ E o poderá ocorrer em relação a esse reconhecimento, mais direto e acabado, do direito ao saneamento básico ou – mais tecnicamente – à salubridade ambiental, como um direito social. Inviável tal reconhecimento por meio de lei nacional, num primeiro momento, por razões políticas, após muitas e muitas leis estaduais e municipais, poder-se-á ultrapassar o limite político inicial, firmando-se o direito ao saneamento básico como direito federal.

Já no âmbito da Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB, evidente que *o saneamento básico* se trata de uma política pública obrigatória, devendo ser gerida dentro de determinadas diretrizes, que incluem o planejamento, a regulação, a fiscalização, a sustentabilidade econômica, as contraprestações pecuniárias pela prestação dos serviços razoáveis e socialmente justas, o controle social. Praticamente toda a LNSB possui o papel de disciplinar essa obrigação do Poder Público, pelo que – nos limites deste texto – é inviável analisar tal lei em profundidade.

Contudo, para ilustrar o que se acaba de dizer, trazemos à colação o dispositivo que consideramos o mais representativo do significado do saneamento básico no âmbito da LNSB:

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

- I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei;
- II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação;
- III - adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo *per capita* de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água;

²⁹ Essa característica dos sistemas federais, de a periferia acabar gerando transformações que acabam chegando ao centro, é repetidamente reconhecida pela doutrina. Rovira, sobre o ponto, afirma que “[a] organização federal, ao combinar unidade e pluralidade de centros de decisão, se apresenta como um instrumento particularmente apto para resolver os complexos problemas de uma sociedade altamente desenvolvida. Por existir espaços de decisão política autônoma, permite experimentar soluções, realizar ensaios com distintos modelos em pequenas unidades, antes de aplica-las com caráter geral” (ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 54). Häberle opina de forma semelhante, ao reconhecer que os entes federados possuem o poder de influenciar decisivamente o desenvolvimento constitucional geral, executando uma função de “explorador” (“batedor”), levando-o a concluir que “a capacidade do federalismo de se colocar como ‘laboratório constitucional’ faz parte integrante de sua vitalidade (de sua Introdução à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha” (HÄBERLE, Peter. *La Legge Fondamentale tedesca*. Tradução de J. Luther. Milão: Giuffrè, 1997. p. 29-30).

IV - fixar os direitos e os deveres dos usuários;

V - estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do caput do art. 3º desta Lei;

VI - estabelecer sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento;

VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais.

Como se depreende, o titular dos serviços (ou seja, o município ou o Distrito Federal) possui concretas obrigações, de propiciar prestações para assegurar a salubridade ambiental. Some-se a isso que o titular desse direito, àquele a quem deve ser dirigida a ação do Poder Público, são *todas as pessoas*, porque a LNSB afirma, por diversas vezes, que os serviços públicos de saneamento básico devem ter o seu acesso *universalizado* (art. 2º, *caput*, I; art. 3º, *caput*, III e VII; art. 11, *caput*, II; art. 13, *caput* e parágrafo único; art. 19, *caput*, II; art. 52, *caput*, I, “a”).

Evidentemente que a ação do Poder Público não é à toa, mas visa concretizar um *direito*, porque o Estado Democrático de Direito se guia não apenas conforme o direito, mas *em razão* do direito. Ou seja, o Estado não possui vontade própria, mas deve encarnar a vontade da lei, o que é bem sintetizado pela feliz expressão *rule of law*. Ora, qual direito visa concretizar a ação obrigatória, porque cumprimento de um dever, de instituir e efetivar *políticas públicas* de saneamento básico? Tais direitos atendidos, presentemente, são o *direito à saúde*; o *direito à alimentação*; o *direito à moradia* e o *direito a um ambiente ecologicamente equilibrado*. No futuro, *de lege ferenda*, *direito ao saneamento básico*.

Nesse ponto, constata-se que nos utilizamos por diversas vezes da expressão *política pública*, sempre a designando como uma tarefa do Estado, porém cuja forma não é apresentada de modo preciso, ou, ainda, que se mostra como um mero *instrumento* para a realização de um direito. Isso é parte da verdade.

Maria Paula Dallari Bucci, que estudou profundamente o tema, constata que

[...] a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Isto se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir o seu cumprimento em juízo.³⁰

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 257.

Pelo que do ponto de vista jurídico, especialmente da *justicialidade*, a política pública *pode* ser um *minus* em relação ao direito. Mas, de outro lado, Dallari Bucci complementa:

[o] modelo das políticas públicas não exclui o da legalidade, mas convive com ele. [...] a realização das políticas públicas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública.³¹

4 Conclusão

Ao contrário do que muitos, ao longo deste texto, devem ter pensado, no final deste estudo não há a afirmação categórica de que o *saneamento básico* (ou sua fórmula “acesso à água potável e ao saneamento”) é um *direito social* em face do ordenamento jurídico brasileiro. A conclusão é que, do ponto de vista jurídico-constitucional, o saneamento básico se trata de uma *política pública* indispensável para a realização de diversos direitos sociais, em especial do *direito à saúde* e do *direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

Mas essa constatação não o diminui. Apenas demonstra que o *direito à salubridade ambiental* (ou, por metonímia, o *direito ao saneamento básico*) é um direito em construção, no decorrer da qual se identifica a sua especificidade em relação a outros direitos a que sempre esteve associado. Houve o seu reconhecimento recente no quadro do direito internacional, como direito humano. E, no processo de debate e sensibilização da sociedade brasileira, processo a que este pequeno texto pretende contribuir, temos a esperança de que venha a ser reconhecido como *direito fundamental*, integrando o ordenamento constitucional brasileiro como *direito social*.

Basic sanitation as a social right

Abstract: This article analyzes the consequences, within the framework of Brazilian law, of the recent decision of the United Nations (UN) to insert the right to water and sanitation in human rights catalog. For this purpose I review the legal framework of human rights, in particular the characteristic that such rights are interdependently achieved, forming a “block”, and that the human rights of social and economic nature are progressively achieved. I also analyze the constitutional system of fundamental rights, especially those of social nature, as well as the legal concept, under Brazilian law, of basic sanitation, distinguished of close concepts such as environmental sanitation, environmental protection and right to health. I finish with the conclusion that we live a moment of transition, in which the human right to water and sanitation is in the process of being internalized by Brazilian constitutional order.

Keywords: Basic sanitation. Water. Human rights. Fundamental rights. Social rights. Progressive realization of social rights. Universal sanitation.

³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 256.

Referências

- AITH, Fernando. Saúde e saneamento no Brasil: aspectos conceituais e regulatórios e os desafios para a adoção de políticas públicas intersetoriais no País. In: MOTA, Carolina. *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, Vinícius Marques de. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 51, p. 5-18, outono 1989.
- CRUZ VILLARON, Pedro. Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 9, n. 25, p. 35-62.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *La Legge Fondamentale tedesca*. Tradução de J. Luther. Milão: Giuffrè, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer jurídico. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Projeto de lei nº 5.296/2005: diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e Política Nacional de Saneamento Básico – PNS*. Brasília: Ministério das Cidades, 2005.
- KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.
- LE STRAT, Anne. La mot de lapresident. In: ACQUA PUBLICA EUROPEA. *La gestion Publique d'eau: mode d'emploi*. Paris: Acqua Publica Europea, 2013
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parecer jurídico. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Projeto de lei nº 5.296/2005: diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e Política Nacional de Saneamento Básico – PNS*. Brasília: Ministério das Cidades, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- ROVIRA, Enoch Alberti. *Federalismo y cooperación en la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RIBEIRO, Wladimir Antônio. O saneamento básico como um direito social. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 229-251, out./dez. 2015.

Recebido em: 07.10.2015

Aprovado em: 05.11.2015