

DO ACESSO À ÁGUA POTAVÉL COMO DIREITO FUNDAMENTAL FRENTE AO DIREITO DE PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

ACCESS TO POTABLE WATER AS A FUNDAMENTAL RIGHT VERSUS PROPERTY RIGHT: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

Silvio Luis Cordeiro Júnior¹

Alexander Rodrigues de Castro²

RESUMO

É de conhecimento geral que a água tem extrema importância para o ser humano, já que sem ela não há vida. Sua importância extrapola a vida humana, estendendo-se para todos os seres vivos do planeta Terra, pois todos dela dependem. O presente artigo se dedica a delinear a servidão como um meio de garantir o acesso à água potável, tendo em vista sua valoração como direito fundamental da personalidade, isto é, como proteção à pessoa de base constitucional com reflexos no direito privado. Concluímos que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana sob a ótica da proteção integral, é necessária a flexibilização do direito de propriedade para que tal direito fundamental seja viabilizado.

PALAVRAS-CHAVE: Água; Direitos da personalidade; Propriedade; Dignidade da pessoa humana; Proteção Integral à Pessoa.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2018), e especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (2019). Atualmente é advogado - Advocacia Granzotti. Tem experiência na área de Direito com ênfase em Direito Contratual e Direito Penal. Mestrando em Direitos da Personalidade na UNICESUMAR - Maringá. Email: silvioluis3108@gmail.com

² Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (Florença, Itália). Pós-doutorado pela Westfälische Wilhelms Universität Münster (Alemanha) e pela Freie Universität Berlin (Alemanha) Possui mestrado em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Foi pesquisador visitante no Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno da Università degli Studi di Firenze, no Institut für Rechtsgeschichte e no Exzellenzcluster Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und der Moderne, ambos da Westfälische Wilhelms Universität Münster (Alemanha), bem como no Lateinamerika Institut da Freie Universität Berlin (Alemanha). Também foi resident fellow do Polish Institute of Advanced Studies da Academia de Ciências da Polônia. Trabalhou como pesquisador (wissenschaftlicher Mitarbeiter) no Institut für Rechtsgeschichte da Westfälische Wilhelms Universität Münster. Foi professor substituto na Universidade Federal de Santa Catarina. Atualmente é professor dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito (mestrado e doutorado) da UniCesumar. Realiza pesquisas na área de História do Direito, com ênfase sobretudo em História do Direito Penal. Email: alex.de.castro@hotmail.com

ABSTRACT

It's common knowledge that water is extremely important for human beings, since without it there is no life. Its importance goes beyond human life, extending to all living beings on planet Earth, as everyone depends on it. This article is dedicated to delineating easement as a means of guaranteeing access to drinking water, considering its valuation as a fundamental personality right, making it necessary to make property rights more flexible when confronted with the principle of human dignity.

KEYWORDS: Water; Personality rights; Property; Dignity of human person.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva demonstrar a limitação do direito de propriedade como garantia do acesso à água. Resta cristalino é a água possui relevante importância para o desenvolvimento e manutenção dos seres vivos, de modo que sem ela não há vida.

A mera existência da água não garante a vida, tendo em vista a necessidade de garantir o acesso a ela, pois em diversas situações tal direito pode ser tornar impossível de ser alcançado, seja por meios naturais ou por ações voluntárias do ser humano.

Para evitar esses tipos de problemas, como será analisado, o direito brasileiro passou a regular o acesso à água, bem como a proteção das fontes de água, pois se não houver uma proteção, pode chegar ao ponto de se perder o acesso a água potável, como é o caso de rios que se tornam poluídos.

O direito de águas teve diversos avanços, como a positivação na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que mesmo não trazendo declaradamente a expressão “acesso à água potável” pode-se verificar este Direito, implicitamente, quando se fala em direito à saúde e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois é impossível ter uma saúde de qualidade com água poluída. A água deve ser própria para o consumo humano para que essa garantia constitucional seja alcançada, temas esses que serão abordados nos capítulos que se seguirão.

O acesso à água vem previsto no Código das Águas, Decreto 24.643/34, que juntamente com a CF/88, o direito ao acesso a água ganhou mais força, tanto para o uso/consumo humano quanto para os animais, conforme previsto na Lei dos Recursos Hídricos, Lei 9433/97. Assim, será analisado como o direito de propriedade é limitado para que seja

garantido o acesso à água, como é o caso da servidão, que ocorre quando o agente cede ao seu vizinho o acesso a água dentro de sua propriedade.

2. NATUREZA JURÍDICA DA ÁGUA

De todos os bens presentes na natureza, a água é o elemento mais importante para os seres vivos, já que sem ela é impossível existir vida. Segundo leciona Zulmar Fachin (2010, p. 5), a água é um mineral: não tem vida; contudo, é um microbem ambiental que oferece condição essencial para a existência da vida no planeta terra. Não obstante ser micro, é tão macro que, sem ela, fauna e flora, atmosfera e solo não existiriam. Registre-se, por outro lado, que a própria estabilidade climática é regulada pela abundância do líquido no planeta.

Observa-se que a fundamental importância da água para o ser humano é inquestionável, tendo em vista que sem ela tudo o que conhecemos de mundo não existiria. Durante toda a existência humana a água sempre foi um bem essencial e, por muito tempo, pouco se falou em cuidar das nossas fontes de água. A única preocupação era fazer uma cidade perto de um rio, e dali em diante nunca faltaria água para a população daquele local. Assim, a sociedade se preocupava apenas com o progresso.

Com o passar do tempo, o ser humano passou a perceber que o uso e a conservação deste bem tão precioso carecia de uma regulamentação legal, fazendo surgir instrumentos normativos para regulamentar o uso da água. Sabemos que sem água não há vida, portanto, para manter essa mesma qualidade de vida com fartura de água para as futuras gerações, se fizeram necessárias leis que limitem o uso exagerado da água, bem como evitem a poluição desta.

No Brasil, as normas jurídicas que regulamentar a água deram a ela o caráter de bem público, conforme se observa no artigo 20, *caput*, e inciso III, da Constituição Federal de 1988:

“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 território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais”.

A Lei 9.433/97, que apresentou a Política Nacional de Recursos Hídricos, por sua vez, no artigo 1º, inciso I, também dispõe que a água é um bem de domínio público. Desta

forma, toda a água que se encontra no território brasileiro é revestida de caráter público, de forma que nenhum particular pode possuí-la como sua propriedade privada, considerando-se que a água deve ser acessível a todos sem qualquer tipo de distinção.

Necessário se faz, neste momento, diferenciar os termos “água” e “recursos hídricos”, para melhor compreensão de como o ordenamento jurídico trata a água. Sobre esta diferenciação, Maria Luiza Machado Granziera³ assim dispõe:

“De fato, a água constitui um elemento natural de nosso planeta, assim como o petróleo. Como elemento natural, não é um recurso, nem possui qualquer valor econômico. É somente a partir do momento em que se torna necessário a uma destinação específica, de interesse para as atividades exercidas pelo homem, que esse elemento pode ser considerado como recurso”.

Portanto, quando não possui destinação específica, a água é apenas e tão somente um elemento natural. Entretanto, quando passa a ter uma destinação, se torna um recurso, podendo ter a partir deste momento uma valoração econômica, segundo se observa também no artigo 1º, inciso II, da Lei 9.433/97.

Ademais, por ser de caráter público, todos os atos e disposições acerca da água devem ser exercidos pelo Estado, observando-se o princípio constitucional da legalidade, estampado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Por consequência, o particular está autorizado a fazer tudo que a lei não proíbe/restringe, enquanto a administração pública só poder fazer aquilo que lhe é expressamente permitido.

Neste sentido, o Estado só pode exigir do particular o que é previsto no ordenamento jurídico. Por consequência, a administração pública exigirá outorga apenas nas situações legalmente previstas, e o particular só pode agir até os limites estabelecidos na lei.

A Lei 9.433/97 também objetiva assegurar a boa qualidade dos recursos hídricos disponíveis, conforme está previsto em seu artigo 2º, *caput*, e inciso I, senão vejamos:

“Art. 2º. São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:
I – assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos”.

³ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

É necessário salientar que, com a edição da Lei 9.433/97, houve um importante avanço na garantia e proteção da água, bem como do acesso à este bem natural. O referido instrumento normativo estabeleceu ações e condutas que o Estado deve observar para agir no intuito de proteger a água, obedecendo os parâmetros legais.

Também é de conhecimento que, em determinadas situações, a água pode se tornar escassa e, nessas situações, é necessário observar a disposição do artigo 1º, inciso II, da Lei 9.433/1997, onde afirma que nas situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais.

Outro aspecto relevante do tema é o instituto da outorga, utilizado pelo ordenamento jurídico para proteger a água, e afiançar seu acesso de modo justo e igualitário a todos.

Segundo Paulo José Leite Farias⁴, a outorga de recursos hídricos é um ato administrativo mediante o qual o Poder Público outorgante faculta ao outorgado o uso de recursos hídricos, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato.

No próximo capítulo, trataremos acerca do acesso a água e a limitação que poderá ser imposta ao direito de propriedade como meio de garantir a vida, confrontando-se o direito de propriedade com o direito à vida.

3. ACESSO À ÁGUA E DIREITO DE PROPRIEDADE

Segundo disposição do artigo 1228 do Código Civil de 2002, temos que a propriedade é um direito real em que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Neste vértice, Carlos Roberto Gonçalves⁵ ensina que:

Segundo a concepção clássica, o direito real consiste no poder jurídico, direto e imediato, do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos. No polo passivo incluem-se os membros da coletividade, pois todos devem abster-se de qualquer atitude que possa turbar o direito do titular. No instante em que alguém viola esse dever, o sujeito passivo, que era indeterminado, torna-se determinado.

⁴ FARIAS, Paulo José Leite. **Água: bem jurídico econômico ou ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 40.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 5: direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

Desta forma, levando-se em consideração a posição do referido doutrinador, é possível vislumbrar que, como regra geral, o proprietário poderá exercer seu direito de propriedade com exclusividade e contra todos. Entretanto, existem diversas restrições impostas à propriedade, fazendo com que esta perca sua noção de direito absoluto.

Silvio Rodrigues⁶, por sua vez, assim dispõe:

As restrições legais à propriedade afetam os seus três característicos tradicionais, ou seja, o seu absolutismo, sua exclusividade e sua perpetuidade. Quanto ao absolutismo do direito de propriedade, a evolução se manifesta pela multiplicação das servidões legais de interesse privado, bem como por outras restrições no uso e gozo do domínio [...].

Conforme se verifica, as restrições ou limitações ao direito de propriedade retiram seu caráter absoluto. Complementa Carlos Roberto Gonçalves⁷:

O primeiro elemento constitutivo da propriedade é o direito de usar (jus utendi), que consiste na faculdade de o dono servir-se da coisa e de utilizá-la da maneira que entender mais conveniente, sem no entanto alterar-lhe a substância, podendo excluir terceiros de igual uso. A utilização deve ser feita, porém, dentro dos limites legais e de acordo com a função social da propriedade.

Portanto, vemos que a propriedade, de fato, perde seu caráter absoluto, e a ideia individualista que se tinha acerca da propriedade dá lugar a uma noção mais coletiva, buscando atender a função social, preceito este positivado no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, visando atender a função social, uma das limitações ao direito de propriedade que podemos citar é a denominada servidão, prevista no artigo 1378 do Código Civil de 2002. Vejamos:

Art. 1378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**, volume 5 / Silvio Rodrigues. 18. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 5: direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 230.

Neste sentido, ao tratar sobre os tipos de servidão que se referem ao acesso à água, Maria Helena Diniz⁸ elenca alguns exemplos trazidos por Clóvis:

- a) tirar água (aqua haustos) do prédio vizinho, onde há poço, fonte ou rio particular;
[...]
- c) condução de gado ao poço vizinho (pecoris ad aquam as pubus);
[...]
- e) passagem de água (aquae ductus), consistente no direito de trazer; através do prédio contíguo, água para ser utilizada;

Neste vértice, entende-se que tais servidões vieram colocar em prática aquilo que foi positivado no Decreto 24.643/34, intitulado como Código de Águas, que reservou um título exclusivo versando sobre as águas comuns a todos:

Art. 34. É assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível.

Art. 35. Se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios.

§ 1º Essa servidão só se dará, verificando-se que os ditos vizinhos não podem haver água de outra parte, sem grande incômodo ou dificuldade.

§ 2º O direito do uso das águas, a que este artigo se refere, não prescreve, mas cessa logo que as pessoas a quem ele é concedido possam haver, sem grande dificuldade ou incômodo, a água de que carecem.

Assim, o proprietário de um imóvel denominado dominante tem o direito de se utilizar de outro imóvel, denominado serviente, para coletar água corrente ou de nascente de águas, sendo possível somente caso não tenha outro caminho que dê acesso até a água.

Conclui-se, portanto, que a servidão limita o direito de propriedade, entretanto, tal limitação visa um bem maior, que é satisfazer as necessidades da vida e, por consequência, atender a função social da propriedade, que neste caso pode ser traduzida como a limitação do individual em benefício do coletivo.

4. ACESSO À ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE

⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 4: direito das coisas / Maria Helena Diniz. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 444 e 445.

No cenário atual, ainda que considerados os avanços científicos, não é possível vislumbrar um mundo com vida sem a presença de água. Assim, é possível afirmar que a água é fonte de vida e que nenhum ser humano pode sobreviver sem este recurso tão precioso.

A ONU – Organização das Nações Unidas elaborou um documento intitulado Declaração Universal dos Direitos da Água, dispondo, em seu artigo 2º, que “a água é a seiva de nosso planeta; ela é a condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano; sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura”.

É de conhecimento comum que todos os ciclos da vida terrestre estão diretamente ligados à água, sendo esta a responsável pela vida. No entanto, mesmo sendo a água um bem de extrema importância para a vida humana, demorou-se para dar a devida atenção a este assunto.

Diversos são os problemas envolvendo a água. Em alguns locais, a população sofre com a escassez e, em outros, a água que lá se encontra é poluída, imprópria para o consumo humano. Neste ponto ressalta-se que não basta simplesmente garantir o acesso à água: é necessário que se tenha o direito de acesso à água potável.

Após estes esclarecimentos, é válido salientar que a preocupação com o direito de acesso à água potável, da mesma forma que os demais direitos, não surgiu espontaneamente, sendo necessário um longo e demorado processo histórico para se chegar nos direitos positivados atuais.

Ao longo dos anos, foram percorridas diversas fases, chamadas de gerações de direitos, sendo que cada geração tem suas próprias características. A doutrina majoritária utiliza o termo dimensão, e não geração, porque o nascimento de uma nova dimensão não abandona as conquistas da dimensão anterior, mostrando-se como uma expressão mais adequada.

O direito de acesso à água potável é considerado como um direito fundamental de sexta geração. Sobre esse tema, leciona Zulmar Fachin⁹:

A água potável, componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado, merece ser destacada e alçada a um plano que justifique o nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais. Entende-se por água potável aquela conveniente para o

⁹ FACHIN, Zulmar. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão** / Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva. Campinas: Millennium Editora, 2010, p. 74.

consumo humano. Isento de quantidades apreciáveis de sais minerais ou de microrganismos nocivos, diz-se daquela que conserva seu potencial para o consumo de modo a não causar prejuízos ao organismo. Potável é a qualidade da água que pode ser consumida por pessoas e animais sem riscos de adquirirem doenças por contaminação. Ela pode ser oferecida à população urbana ou rural, com ou sem tratamento, dependendo da origem do manancial.

[...]

O direito fundamental à água potável, como direito de sexta dimensão, significa um acréscimo ao acervo de direitos fundamentais, nascidos, a cada passo, no longo caminhar da humanidade. Esse direito fundamental, necessário à existência humana, e a outras formas de vida, necessita de tratamento prioritário das instituições sociais e estatais, bem como por parte de cada pessoa humana.

Desta forma, deve-se buscar instrumentos que visem assegurar ao ser humano e às demais espécies o acesso à água potável, uma vez que este adquiriu o status de direito fundamental.

Em que pese o texto constitucional não preveja expressamente o direito a garantia à água potável, tal fato não impede que esse direito seja tido como fundamental, podendo ser garantido ao assegurar outros direitos, como o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme se observa nos artigos 196 e 225 da Constituição Federal de 1988.

Ainda, a proteção ao meio ambiente visa resguardar todos os seres vivos, e não apenas o ser humano, devendo este rever seus atos e repensar suas ações. Todavia, para a água seja verdadeiramente reconhecida como um direito fundamental, é necessário que o Estado garanta o mínimo essencial à qualidade de vida da presente e futuras gerações, já que não basta apenas ter acesso à água, é necessário o acesso à água potável.

5.CONCLUSÕES

O direito de acesso à água potável tem extrema relevância para os seres humanos, já que, sem ela, não há vida. Por tal motivo, mister se faz regulamentar o uso e conservação de um bem tão precioso, vez que, ao editar leis neste sentido, o Estado assume a responsabilidade de garantir o que foi positivado.

Conforme exposto, todas as formas de vida dependem da água, entretanto, a simples existência da água não garante a vida, sendo necessário garantir o acesso de todos à água potável de modo igualitário, também em respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste trabalho foi analisado o que a Constituição Federal de 1988 traz sobre o tema, além do Decreto 24.643/34 – Código de Águas – e a Lei 9.433/97 – Lei dos Recursos Hídricos. Segundo tais ordenamentos, a natureza jurídica da água é pública, ou seja, as águas brasileiras são de domínio público, não podendo o particular ter propriedade sobre a água. Desta forma, o particular só pode explorar economicamente a água com autorização do Estado por meio de outorga.

Ademais, demonstrou-se em quais situações o direito de propriedade deve ser limitado para garantia do direito de acesso à água potável, já que a vida é mais relevante do que a garantia de direito real. Neste caso, há uma ponderação entre o direito à vida e o direito de propriedade.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. *Apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 4: direito das coisas / Maria Helena Diniz. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 444 e 445.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 4: direito das coisas / Maria Helena Diniz. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Zulmar. **Acesso a Água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. São Paulo: Editora Millennium, 2010. p. 5.

FACHIN, Zulmar. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão** / Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva. Campinas: Millennium Editora, 2010, p. 74.

FARIAS, Paulo José Leite. **Água: bem jurídico econômico ou ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 40.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 5: direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas, volume 5 / Silvio Rodrigues. 18. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

Submetido em 28.10.2022

Aceito em 18 de outubro de 2022