

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS QUE AUTORIZAM A INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE RULES AUTHORIZING THE INTERRUPTION OF WATER SUPPLY SERVICE

João Hélio Ferreira Pes¹

RESUMO

Este artigo analisa algumas normas que autorizam a suspensão dos serviços públicos essenciais de abastecimento de água potável e a possível inconstitucionalidade dessas legislações. O objetivo deste trabalho é de verificar quais são os fundamentos da inconstitucionalidade das normas que permitem a interrupção do fornecimento de água. Para isso, é utilizado o método dedutivo com a finalidade de analisar a partir das normas e princípios constitucionais se é absolutamente inadequada a manutenção no ordenamento jurídico brasileiro de normas que determinam a suspensão ou a interrupção na prestação de serviços públicos de fornecimento de água no Brasil. Como conclusão, constata-se que o serviço de abastecimento de água, prestado de forma ininterrupta, é essencial e imprescindível para a efetivação do direito fundamental de acesso à água. Ademais, a inconstitucionalidade das normas que determinam o corte no abastecimento de água é claramente perceptível a partir da inobservância do princípio da continuidade na prestação de serviço público essencial, além do desrespeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e pelo não reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável.

Palavras-chave: direito de acesso à água, serviço público essencial, suspensão de abastecimento de água.

ABSTRACT

This article analyzes some rules that authorize the suspension of the essential public supply service of drinking water and the possible unconstitutionality of this legislation. The objective of this work is to verify what are the grounds of the unconstitutionality of the norms that allow the interruption of water supply. Upon considering the norms and constitutional principles, we use the deductive method with the purpose of analyzing if it is absolutely inadequate to maintain, in the Brazilian legal order, the norms that determine the possibility of suspension or interruption in the supply of water as a public service. It is concluded that the service of water supply, provided in an uninterrupted manner, is essential for the realization of the fundamental right of access to water. In addition, the unconstitutionality of the norms that determine the interruption in the water supply service is clearly perceptible due to the non-observance of the principle of continuity in the provision of essential public services, and also because these norms disrespect the constitutional principle of the human dignity and they ignore the fundamental right for drinking water access.

Keywords: right to water access, essential public services, suspension of the water supply service.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Mestre/UFSM e Professor Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN), Santa Maria, RS, Brasil. e-mail: joaohelio@ufn.edu.br

INTRODUÇÃO

O abastecimento ou fornecimento de água potável, por ser um serviço público essencial, vincula o Estado à efetivação do princípio da continuidade, obrigando os prestadores, setor público ou privado, à manutenção do serviço de forma intermitente, por consequência, gera-se ao Estado o ‘dever’ de garantir a todos o acesso à água potável. No entanto, essa obrigação tem sido menosprezada por conta de legislações que autorizam a interrupção do fornecimento de água, notadamente quando ocorre a inadimplência dos usuários desses serviços.

Este artigo tem como objetivo analisar os fundamentos da inconstitucionalidade das leis que autorizam a interrupção dos serviços públicos de abastecimento de água potável. Com esse escopo, utiliza-se o método dedutivo com a finalidade de verificar a partir das normas e princípios constitucionais se é absolutamente inadequada a manutenção no ordenamento jurídico brasileiro de normas que determinam a suspensão ou a interrupção na prestação de serviços públicos de fornecimento de água no Brasil. Ademais, por meio do método de pesquisa bibliográfica e documental, fazendo uso da pesquisa em normas constitucionais e legislação brasileira, verifica-se quais são os posicionamentos dos doutrinadores e qual é a previsão legislativa em relação à interrupção ou suspensão do serviço de abastecimento de água.

O artigo está dividido em três partes. A primeira parte tem a finalidade de apresentar o marco jurídico do serviço público essencial de abastecimento de água potável. A segunda parte elenca algumas ponderações à legislação que autoriza a suspensão do fornecimento de água quando ocorre a inadimplência da tarifa após a notificação do usuário e analisa o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o tema. A última parte analisa os fundamentos da inconstitucionalidade das normas que autorizam o corte nos serviços públicos de abastecimento de água potável.

A conclusão apresentada é de que a inconstitucionalidade das normas que determinam a interrupção dos serviços de abastecimento de água é fundamentada pela desconsideração ao princípio da continuidade e do direito social à prestação de serviço público essencial, além do desrespeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e pelo não reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável. Portanto, essas normas que autorizam a suspensão ou a interrupção dos serviços de abastecimento de água contrariam frontalmente a Constituição, no tocante à anulação do princípio da continuidade nos serviços públicos essenciais.

MARCO JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA

A caracterização do que são serviços públicos essenciais é tarefa difícil, mais difícil, ainda, é a tarefa de delimitar objetivamente os serviços investidos de essencialidade. Dessa forma, é salutar aceitar a tese de que “todo serviço público é essencial”, entretanto, sempre, “será necessária a análise do caso

concreto para aferir se, naquela dada situação, o serviço é essencial a quem dele usufrui e se a sua falta acarretará violação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos” (CUNHA, 2004, p. 67).

No mesmo sentido, Luiz Antonio Rizzatto Nunes afirma que “em medida amplíssima todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a existência dos serviços do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde, etc.” (2000, p. 306).

A princípio, torna-se necessário analisar o caráter de essencialidade do serviço de acordo com o caso concreto, observando-se as circunstâncias fáticas, sendo possível elencar alguns serviços públicos que são, nos dias atuais, inequivocamente, essenciais, como é o caso dos serviços de fornecimento de água.

Os serviços públicos essenciais de distribuição e abastecimento de água, prestados diretamente pelo poder público ou mediante delegação, caracterizam-se pela retirada da água da natureza (captação), transporte (adução), armazenamento da água (reserva), tratamento para adequar sua qualidade e distribuição por meio de tubulações.

Nesse passo, é facilmente compreensível a importância que têm os serviços públicos de abastecimento para a efetividade do direito de acesso. Os serviços de abastecimento proporcionam, diariamente, um espetáculo visto por bilhões de pessoas que, ao abrirem uma torneira, vêem sair a água coletada nos rios, poços ou lagos, depois de percorrer um longo caminho por meio de tubulações, passando pelas fases de tratamento e de armazenamento. O espetáculo somente se completa quando o “homem” atua no papel principal de agente que exerce o direito de acesso à água potável.

Portanto, pela importância desse serviço público, não resta a menor dúvida de que os serviços de abastecimento de água potável são serviços públicos que se revestem de essencialidade, o que os torna passíveis de serem considerados sempre um serviço essencial.

Antes de abordar as normas que regulam a distribuição e abastecimento de água potável no Brasil, é necessário, mesmo que resumidamente, verificar alguns princípios dos serviços públicos, tendo em vista que são normas aplicáveis na maior medida possível nos serviços públicos instrumentalizadores do direito de acesso.

O princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos como indica a sua denominação, impõe ao serviço público o caráter de ser contínuo, devendo ser prestado sem suspensão ou interrupção. A aplicação desse princípio será discutida em outros momentos deste trabalho, sendo que é um dos principais argumentos utilizados na defesa da garantia do direito de acesso à água potável quando tal direito é exercido por meio de serviço público de abastecimento.

Outro princípio que também merece destaque é o da generalidade, também denominado como princípio da universalidade (CUNHA, 2004, p. 72), por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público. O oferecimento do serviço público deve ser igual para todos.

Já o princípio da modicidade aplica-se àqueles serviços públicos remunerados, mediante tarifas ou taxas, impondo que tenham a preços módicos. Modicidade significa ponderação, moderação,

limitação na cobrança da remuneração pela prestação dos serviços públicos. Desse modo, o princípio atribui ao prestador o dever de fixar valores que viabilizem o acesso ao serviço e sejam compatíveis com a sua natureza social.

O princípio da responsabilidade também atribui dever ao prestador, seja ele o poder público ou seu delegado, responsabilizando-o por eventuais prejuízos causados ao usuário do serviço público.

O princípio da obrigatoriedade no caso do serviço de abastecimento de água tem uma dupla face. Por um lado, a obrigatoriedade de prestação do serviço que pesa sobre o prestador impede-o de efetuar discriminações de qualquer tipo a quem preencha as condições regulamentadas de receber tal serviço público. Por outro, impõe ao usuário a obrigatoriedade de utilizar a rede de abastecimento de água quando à disposição, por razões de sustentabilidade do serviço, sanitárias e ambientais (PINTO; TORCHIA; MARTÍN, 2008, p. 16).

Em síntese, ao verificar os mandamentos de otimização previstos nos princípios aplicáveis aos serviços públicos, é facilmente constatável que o Estado tem o dever inescusável de promover a prestação dos serviços públicos, seja diretamente, nos casos em que é prevista essa espécie de prestação, seja indiretamente mediante delegação por meio de concessão, autorização ou permissão. Pois, conforme bem dispõe Luís Roberto Barroso, “é preciso atentar que a eventual delegação da execução do serviço à iniciativa privada não descaracteriza sua natureza de serviço público” (2003, p. 312).

O serviço de abastecimento de água potável no Brasil tem o regime jurídico e marco regulatório definido na Lei que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, Lei nº 11.445, de 05.01.2007 (BRASIL, 2007). O art. 3º define “saneamento básico” como conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

Na Lei do Saneamento Básico, o serviço de abastecimento de água potável é referido assim: “constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição” (BRASIL, 2007).

Os serviços de saneamento básico, como abastecimento de água e coleta/tratamento de esgotos, são serviços públicos por excelência. Para Vítor Schirato:

Deve-se ter claro que o serviço de saneamento básico no Brasil (assim como em grande parte dos países do mundo) é, tanto por conta de expressa previsão legal quanto em razão de suas características intrínsecas, diretamente relacionadas com o interesse da coletividade, considerado serviço público (SCHIRATO, 2004, p. 120).

Outra questão inquestionável é a tendência natural do serviço de distribuição e abastecimento de água potável ao monopólio. É praticamente impensável manter duas malhas dutoviárias paralelas em um mesmo espaço territorial, seja por questões físico-espaciais, seja por questões financeiras. Consequentemente, há apenas um prestador desse tipo de serviço por região geográfica, o que implica

ausência de concorrência, razão pela qual esse serviço sempre esteve a cargo do Poder Público (DEMOLINER, 2008, p. 148).

Os denominados serviços públicos a domicílio, prestados geralmente por meio de redes, como coleta de esgotos (águas servidas), telefonia, energia elétrica, gás, e outros, apresentam entre si características similares, no entanto, no caso do abastecimento de água potável, por estar envolvido o direito de acesso a um bem ambiental fundamental, algumas características são diferenciadas das relativas aos demais serviços públicos.

Entre essas características pode-se indicar a da impossibilidade de aceitar exceções no princípio da continuidade na prestação do serviço público de provimento de água potável, mesmo quando os usuários desse serviço público deixam de pagar as tarifas correspondentes.

Assim, além da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que “estabelece Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico”, fazem parte do Marco Regulatório nacional aplicável aos serviços públicos de abastecimento de água, sendo consequentemente aplicáveis aos serviços de saneamento básico, as seguintes normas: Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1995), Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública” (BRASIL, 2004); Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos” (BRASIL, 2005); Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, que estabelece normas para a execução da Lei nº 11.445 (BRASIL, 2010).

O Decreto 7.217/2010 que regulamenta a Lei do Saneamento repete o que contém a lei com algumas diferenças sutis de enunciados. Porém alguns temas foram aprofundados, como é o caso da regulação, do controle social e dos planos de saneamento. Também foi introduzido um item não abordado na Lei nº 11.445/2007, como é o Capítulo VI, denominado “Do acesso difuso à água para a população de baixa renda”, previsto no Art. 68, estabelecendo que:

A União apoiará a população rural dispersa e a população de pequenos núcleos urbanos isolados na contenção, reservação e utilização de águas pluviais para o consumo humano e para a produção de alimentos destinados ao autoconsumo, mediante programa específico (...) (BRASIL, 2010).

Portanto, o serviço de abastecimento de água potável consiste em um serviço público essencial em que o estado tem o dever de prestá-lo, seja diretamente, seja por intermédio de terceiros, garantindo a sua universalização (princípio da generalidade). Além disso, é também obrigação do Estado, seja direta ou indiretamente, garantir a continuidade do serviço público essencial, assim, é inadmissível a possibilidade de interrupção do serviço público de abastecimento de água, como ocorre no Brasil, a partir da autorização legal prevista em duas leis federais, tema de análise da próxima seção.

PONDERAÇÕES À LEGISLAÇÃO E À DOUTRINA QUANTO A INTERRUPTÃO

É um verdadeiro contrassenso a possibilidade da interrupção do abastecimento de serviços essenciais. No entanto, 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, aponta uma permissão expressa para a suspensão do fornecimento de serviço público. O art. 6º, § 3º dessa Lei, define que:

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; e,
- II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (BRASIL, 1995).

No mesmo sentido, é a previsão da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, no seu art. 40, inciso V, dispõe que “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” (BRASIL, 2007).

Também, o Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010 (BRASIL, 2010), que regulamenta a Lei nº 11.445/2007, no art. 17, dispõe que os serviços de abastecimento de água poderão ser interrompidos pelo prestador, após aviso, em caso de inadimplemento pelo usuário do pagamento devido pela prestação do serviço de abastecimento de água:

Art. 17. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverá obedecer ao princípio da continuidade, podendo ser interrompida pelo prestador nas hipóteses de:

I - (...);

§ 1º Os serviços de abastecimento de água, além das hipóteses previstas no caput, poderão ser interrompidos pelo prestador, após aviso ao usuário, com comprovação do recebimento e antecedência mínima de trinta dias da data prevista para a suspensão, nos seguintes casos:

- I - negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida; ou;
- II - inadimplemento pelo usuário do pagamento devido pela prestação do serviço de abastecimento de água. (BRASIL, 2010).

O texto da lei do saneamento básico possui algumas contradições conceituais na parte em que elenca os princípios fundamentais que nortearão as políticas de saneamento no país (art. 2º, da Lei nº 11.445/2007). A lei define que os serviços de saneamento deverão ser prestados com base no ‘princípio da universalização do acesso’, ao mesmo tempo define que esses serviços deverão ser prestados considerando a capacidade de pagamento dos usuários, ou seja, que seja considerada a sustentabilidade econômica. Portanto, essa lei não considera o acesso à água potável como direito humano que deva ser garantido para todos pelo Poder Público, e, sim, como um “serviço”, posto à disposição daqueles que poderão adquiri-lo no mercado, desconsiderando o princípio da universalização do acesso.

Outro equívoco verificado no Marco Regulatório dos serviços de abastecimento de água é a constatação de que não consta entre os princípios fundamentais elencados no artigo 2º, o principal princípio aplicável aos serviços públicos que é o da continuidade. Corroborando com essa omissão, o art. 40 da Lei nº 11.445/2007 dispõe que os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador quando ocorrer inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado. Por outro lado, o princípio da continuidade, mesmo não estando formalmente expresso na relação dos princípios, é um princípio adotado de forma implícita pela Lei do Saneamento Básico, eis que é possível fazer a interpretação de que o princípio da continuidade deve ser aplicado pelo fato de constar no Art. 29, § 1º, inciso VII, da Lei nº 11.445/2007, a expressão “continuidade e segurança na prestação dos serviços”, como uma diretriz a ser seguida, relacionada aos aspectos econômicos e sociais, na prestação dos serviços de saneamento, combinado com o § 2º, do mesmo artigo, que prevê a adoção de subsídios para os usuários que não tenham capacidade de pagamento. Tudo conforme o texto legal:

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços: (...) § 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes: (...) VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços; (...) § 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços (BRASIL, 2007).

Ademais, dentre os doutrinadores que analisam o polêmico tema do corte do fornecimento de serviços essenciais, estão aqueles (CUNHA, 2004 e DENARI, 2001) que admitem a interrupção sob o argumento de que a continuidade na prestação do serviço deve ser visualizada do ponto de vista coletivo, porque o não pagamento de alguns implica indevido ônus para os adimplentes. Argumenta-se, ainda, que “a própria continuidade dos serviços dependerá dos recursos provenientes do pagamento, sendo inadmissível que inadimplentes a comprometam” (CUNHA, 2004, p. 78).

Entretanto, não é aceitável essa tese de que na prestação dos serviços públicos o princípio da continuidade deve ser aplicado em relação à coletividade e, não, ao usuário individualizado, e, nem mesmo, o argumento de que esse princípio “impõe um dever ao prestador do serviço público diante do Estado, não se referindo a um ou alguns usuários, senão à coletividade.” (CUNHA, 2004, p. 93) Ora, o princípio da continuidade pressupõe a não interrupção ou suspensão, por motivação econômica, daqueles serviços considerados essenciais por se tratar de serviços imprescindíveis para a pessoa (usuários) e por, possivelmente, provocar, em caso de interrupção, consequências nefastas que atinjam a dignidade humana. Além disso, o destinatário principal do serviço público de abastecimento de água potável é a pessoa humana, nesse sentido, mesmo que os serviços de

abastecimento sejam geridos para atender à coletividade, de forma universal, é o indivíduo que, efetivamente, exerce o direito de acesso à água potável.

Há, também, na doutrina, argumentos de que “o não pagamento, sem a interrupção, levaria ao enriquecimento sem causa dos inadimplentes, afetando o princípio da igualdade” (CUNHA, 2004, p. 78). Ainda, o argumento de que “assim como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do correspectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público” (DENARI, 2001, p. 309).

Diante disso, não se pode perder de vista que os institutos jurídicos do “enriquecimento ilícito” e da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimplenti contractus*) são institutos jurídicos essencialmente do direito privado, portanto, utilizar esses institutos do velho direito civil para resolver questões relacionadas ao direito público e, notadamente, de direitos fundamentais, é ir contra a tendência do constitucionalismo contemporâneo, que é de constitucionalizar o direito civil.

Convém notar, outrossim, que o enriquecimento sem causa poderia, concretamente, ocorrer nos casos em que o usuário, tendo condições de pagar as tarifas, deixasse, de forma deliberada, de efetuar o pagamento. No entanto, em tais situações a cobrança dos valores devidos poderia ser feita pelas formas tradicionais de cobrança, judicial ou não. Considerando-se que nessas hipóteses os devedores teriam condições financeiras para efetuar o pagamento das tarifas, seguramente tais cobranças seriam exitosas. Porém, o que ocorre normalmente tem sido a inadimplência ser decorrente da falta de condições financeiras momentâneas ou duradouras, sendo que nessas hipóteses o não pagamento não pode ser associado a qualquer espécie de enriquecimento.

Nesse mesmo sentido, Luiz Antônio Rizzatto Nunes questiona a constitucionalidade da Lei nº 8.987/95, no tocante ao art. 6, § 3º, inciso II, que autoriza a interrupção de serviços públicos essenciais, no entanto, admite a possibilidade do corte quando houver fraude por parte do usuário, advertindo que, nessa hipótese, é necessária uma prévia autorização judicial e prova de que o consumidor teria condições financeiras de pagar o débito (NUNES, 2000, p. 309).

Outra norma que merece uma atenção e, ao mesmo tempo, objeção especial por prever a interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social, é o dispositivo previsto no § 3º do Art. 40, da Lei nº 11.445/07:

Art. 40 (...): § 3º. A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas (BRASIL, 2007).

A previsão legal de corte do fornecimento de água potável para hospitais, escolas, outros estabelecimentos e para pessoas de baixa renda, instituída de forma clara pela norma acima referida não

deixa de ser uma verdadeira aberração jurídica e moral. O condicionante previsto de se observarem prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas que não terão mais acesso à água potável é mais do que aberração jurídica e moral, é algo indefinível. Ora, como imaginar a preservação das condições mínimas de manutenção da saúde de pessoas que estejam internadas em estabelecimentos de saúde que sofram a suspensão ou interrupção dos serviços de fornecimento de água potável?

Vale ratificar, não se pode admitir a interrupção do fornecimento dos serviços de abastecimento de água por motivação econômica ou financeira, o corte desses serviços é coação ao usuário, medida que tem como objetivo compeli-lo a pagar o débito, enquanto que o fornecedor poderia utilizar os meios usuais e lícitos para efetuar a cobrança dos valores inadimplidos.

OS FUNDAMENTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS QUE AUTORIZAM O CORTE NOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

Ao analisar as Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, quanto aos dispositivos que legalizam a suspensão do abastecimento de água potável quando do inadimplemento do usuário desse serviço público, é possível verificar que essa legislação brasileira des- toa do contexto normativo definido como constitucional. Na elaboração dessas normas preponderaram os interesses econômicos sobre os interesses sociais, desconsidera-se o direito social à prestação de serviço público essencial, desrespeita-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e emerge o não reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável.

Essas normas que autorizam a suspensão ou a interrupção dos serviços de abastecimento de água contrariam frontalmente a Constituição, no tocante à anulação do princípio da continuidade nos serviços públicos essenciais, decorrente da previsão expressa no texto constitucional: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - (...); V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial” (BRASIL, 1988). A necessidade de observar o Princípio da Continuidade pode ser facilmente deduzida da regra que institui aos municípios a competência para prestar, direta ou indiretamente, os serviços públicos essenciais de interesse local. Portanto, os serviços de abastecimento de água, abrangidos pelos serviços de saneamento básico, são de interesse local e por isso, de competência municipal e devem ser prestados de forma ininterrupta.

Reforçando a importância de se observar o Princípio da Continuidade dos serviços públicos essenciais convém ressaltar a previsão do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: “Art. 22. 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” (BRASIL, 1990). Uma interpretação

coerente do Código de Defesa do Consumidor sinaliza que, em nenhuma hipótese, o serviço prestado pode ser suspenso ou interrompido, inclusive quando o usuário deixar de efetuar o pagamento por falta de condições financeiras.

Portanto, a competência estatal de prestar, direta ou indiretamente, serviços públicos essenciais de forma contínua, no caso fornecimento de água potável, gera um dever prestacional que corresponde a um direito fundamental social, exercido pelo usuário dos serviços de acesso à água potável. Por isso, as normas que restringem o direito de acesso à água, na situação de inadimplência dos usuários, são inconstitucionais. Aliás, não poderia o legislador infraconstitucional instituir regras que impedem o exercício de direitos fundamentais a partir da legitimação obtida pela simples maioria parlamentar para a aprovação de leis ordinárias.

Assim, a autorização legal para a interrupção ou permissão para efetuar a suspensão dos serviços públicos essenciais de abastecimento de água, mostra-se um disparate, pois conforme José Joaquim Gomes Canotilho:

Um cidadão encontra-se, com base numa norma garantidora de direitos fundamentais, numa posição jurídico-prestacional, quando esta for de tal modo importante, sob o ponto de vista do direito constitucional, que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares (CANOTILHO, 2004, p. 52).

No mesmo sentido, Robert Alexy afirma:

Em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples (2008, p. 450).

Assim, é evidente que ao cidadão deve ser assegurada a prestação do serviço público essencial correspondente ao direito de acesso à água potável, não sendo plausível que, através da simples maioria parlamentar, textos da Lei 8.987/95 e da Lei nº 11.445/2007 estejam a fixar regras que afetam o direito fundamental de acesso à água, limitando esse direito fundamental para priorizar questões de ordem econômica. De tal modo, é evidente que essas leis que permitem essa negação de um direito fundamental apresentam-se revestidas de inconstitucionalidade.

Outro fundamento da inconstitucionalidade dessas normas diz respeito a inobservância do Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Na Constituição brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana está localizado entre os princípios fundamentais estabelecidos no Título I, artigo 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Incontestavelmente, não há como admitir a existência de normas que inviabilizem o exercício do direito de acesso à água potável, eis que afrontam o Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa

Humana. Como admitir o reconhecimento do respeito à dignidade de um ser humano que com sede não tem água; ou com fome não tem acesso à água de qualidade para preparar seus alimentos; ou, ainda, com as roupas sujas lhes falta água limpa para lavá-las?

É preciso concordar com José Carlos Vieira de Andrade quando afirma que é o princípio da dignidade da pessoa humana que confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais:

Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (individual) está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdade tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais (ANDRADE, 2004, p. 102).

Os direitos a prestações sociais estão intimamente vinculados ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de se exigir compulsoriamente as prestações asseguradas no ordenamento jurídico tem como fundamento último o respeito à dignidade inerente a cada um.

Vale lembrar que é relevante para a concretização do princípio da dignidade que todos tenham direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado visando à promoção da “sadia qualidade de vida”, prevista no Art. 225 da Constituição brasileira (BRASIL, 1988). Conforme Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer: “A dignidade da pessoa humana, por sua vez, somente estará assegurada - em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade - onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável” (2012, p. 120). Convém lembrar, também, que a promoção de uma sadia qualidade de vida somente é possível se o acesso à água potável for um direito a todos e a cada um assegurado.

Portanto, os dispositivos legais que permitem a suspensão do fornecimento de água potável quando aplicadas em situações concretas inviabilizam uma sadia qualidade de vida e afrontam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de não reconhecer o Direito Fundamental de Acesso à Água Potável.

No tocante ao Direito Fundamental de Acesso à Água, é necessário esclarecer que a Constituição Federal de 1988 apresenta um título próprio para os direitos fundamentais. Muitos dos direitos fundamentais estão expressamente dispostos neste título, porém no texto constitucional não estão expressos todos os possíveis direitos fundamentais.

Nesse contexto de direitos não expressos, no §2º do artigo 5º da CF/88, está prevista a chamada cláusula aberta dos direitos fundamentais, que dispõe no seguinte sentido: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Ou seja, alguns direitos não especificados de forma expressa na Constituição Federal de 1988, como o direito de acesso à água, estão inseridos como direitos fundamentais em decorrência dos princípios constitucionais e de outros direitos fundamentais.

Dentre os princípios constitucionais expressos, definidos como fundamentos para o Estado brasileiro, está o já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio constitucional e a cláusula de abertura aos direitos fundamentais são de extrema relevância para fundamentar a caracterização do direito de acesso à água como um direito fundamental materialmente constitucional (PES, 2010, p. 64-68).

Esse direito é materializado por meio de instrumentos denominados “serviços públicos” criados pelo Estado para cumprir com as suas finalidades. No tocante aos serviços públicos, podemos definir alguns como serviços que apresentam como característica fundamental serem essenciais, indispensáveis para uma vida digna. Esse é o caso da água potável.

No sistema de serviços públicos de abastecimento o acesso passa a ser um dever de prestação do Estado, por meio dos serviços públicos executados direta ou indiretamente, originando um direito a prestações. Esse direito a prestações legitima o direito humano de acesso à água que deve ser alçado à condição de direito fundamental para que a sua proteção possa estar garantida. Tudo isso, pelo simples fato de que o acesso à água potável é uma necessidade humana que não pode ser desamparada pela ordem jurídica (PINTO; TORCHIA; MARTÍN, 2008, p.2).

Como sugere Robert Alexy (2008), na sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, um direito fundamental pode ser considerado como um conjunto de posições jurídicas de direito fundamental, possuindo muitas facetas e abrangendo, ao mesmo tempo, princípios, deveres, direitos, competências, ações positivas do Estado, abstenções estatais etc.

Portanto, o acesso à água potável, instrumentalizado por meio de serviços públicos, deve ser tomado por direito fundamental material nessa perspectiva sugerida de múltiplos sentidos e posições jurídicas.

Os argumentos racionais que justificam caracterizar o direito de acesso como fundamental ou os fundamentos utilizados para considerar o acesso à água potável revestido de fundamentalidade, podem ser encontrados no conteúdo abrangido pelo princípio da dignidade humana, com a sua garantia precípua de limitar o poder e tutelar a liberdade e a igualdade. Relembrando que é pela necessidade de limitação do poder e por meio das cláusulas gerais da liberdade e da igualdade que se justifica o reconhecimento de novos direitos fundamentais decorrentes do respeito à dignidade da pessoa humana.

Inegavelmente, o direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental implícito, em sentido estrito, como resultado da redefinição do campo de incidência do direito fundamental ao meio ambiente, expresso no artigo 225 da Constituição Brasileira. Pode, também, ser reconhecido como um direito fundamental implícito, em sentido amplo, como decorrência de direitos humanos previstos em tratados internalizados pelo Estado Brasileiro, ou, ainda, como decorrência do regime e dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, destaca-se dentre as possibilidades de reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental, aquela que deriva do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente. A identificação do direito de acesso à água potável no conteúdo do direito ao ambiente

pode ser analisada tanto na dimensão subjetiva como na dimensão positiva. O direito subjetivo a um ambiente ecologicamente equilibrado, para ser exercido na sua plenitude, pressupõe determinadas garantias que possibilitem o acesso aos bens de uso comum do povo, incluindo-se a água potável. Já na dimensão objetiva é possível identificar a tarefa ou a obrigação do Estado de garantir o acesso à água potável como decorrência do dever de manter o ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

No conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente é possível identificar, além do direito à água potável, direito fundamental implícito em sentido estrito, uma série de posições jurídicas, dentre outras, o direito a um ar respirável, a uma paisagem bela, o direito à preservação do ambiente natural, à conservação dos bens ambientais, à manutenção do ambiente cultural e histórico, o direito a um saudável ambiente do trabalho, a um saudável ambiente urbano, a um saudável e seguro ambiente virtual, ambiente esse em que se desenvolvem as contemporâneas formas de comunicação em rede. Fica evidente, portanto, que a garantia constitucional a um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável comporta a proteção não apenas à vida natural, mas a um conjunto de variáveis necessárias à vida saudável.

O reconhecimento do direito ao meio ambiente como fundamental e do direito de acesso à água potável como decorrente desse, inegavelmente, reforça a compreensão de que o conteúdo do mínimo existencial comporta a aceitação da presença de um direito ao mínimo existencial ambiental ou ecológico (FENTERSEIFER, 2009) que garanta água com qualidade e em quantidade adequada para manutenção da vida. Sem a garantia do mínimo existencial ecológico, com a definição de um padrão mínimo de qualidade ambiental, os demais direitos fundamentais dificilmente serão exercidos na sua plenitude e, além disso, não é possível pensar em uma existência compatível com a promoção e o respeito à dignidade humana.

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

Além disso, é salutar registrar que o direito constitucional contemporâneo possui o seu ponto de unidade e racionalidade no princípio da dignidade humana, centralizador que é de uma ampla gama de significados históricos e de valores de justiça. Todos os serviços públicos, sua definição, essencialidade e conteúdo derivam do modelo de Estado adotado pelo constituinte. A Constituição Brasileira, expressão máxima da vontade do povo, organiza o Estado e estabelece os seus fins. Para concretizar esses objetivos, organiza-se o poder político e se atribuem poderes jurídicos. Dessa forma, os serviços públicos são caracterizados como meio de realização dos objetivos do Estado. Portanto, o serviço público de abastecimento de água potável, ao possibilitar a efetividade do direito fundamental

de acesso a um bem imprescindível, além de ser uma tarefa vinculada à finalidade do Estado, consiste numa garantia de respeito à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O dever de garantir o fornecimento de água potável, por meio da continuidade dos serviços públicos essenciais de abastecimento, é um dos principais e mais importantes compromissos do Estado contemporâneo, o que implica a adoção de políticas públicas relevantes para cumprir com as suas responsabilidades, por meio de normas que garantam o direito de acesso à água potável, por consequência o respeito à dignidade da pessoa humana.

Inegavelmente, o serviço de abastecimento de água, prestado pelo Estado de forma direta ou indiretamente, é sem dúvida um instrumento de efetividade do direito ao acesso à água potável. No entanto, a suspensão desse serviço de caráter público e, inquestionavelmente, essencial é avalizada pela legislação brasileira, que permite a interrupção do serviço de fornecimento de água potável quando o usuário não consegue pagar pelo serviço público.

Nesse contexto, as empresas de abastecimento de água estão protegidas por uma legislação protecionista de seus patrimônios, em despeito à situação social caótica que vive parcela considerável da sociedade. Desconsidera-se a função social das atividades que realizam essas empresas, ao ponto de, havendo inadimplemento por qualquer usuário desse serviço público, a interrupção do fornecimento do serviço essencial ser utilizada de forma rápida e implacável.

Contudo, o que se tem em casos de suspensão desse serviço é uma inobservância de princípios básicos do nosso ordenamento, havendo uma valorização de leis que são absolutamente, no contexto de funcionamento do nosso ordenamento, inconstitucionais.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho, traçado inicialmente, de analisar os fundamentos da inconstitucionalidade das leis que autorizam a interrupção dos serviços públicos de abastecimento de água potável foi alcançado ao constatar-se que a inconstitucionalidade dessas normas podem ser justificadas a partir da inobservância do princípio da continuidade na prestação de serviço público essencial, do desrespeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e pelo não reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável.

A necessidade de observar o Princípio da Continuidade pode ser facilmente deduzida da regra constitucional prevista no artigo 30, inciso V, que institui aos municípios a competência para prestar, direta ou indiretamente, os serviços públicos essenciais de interesse local. Dessa forma, o serviço de fornecimento de água por ser de interesse local deve ser prestado de forma ininterrupta, direta ou indiretamente, pelo ente federativo Município. Portanto, legislação que autoriza a suspensão desse serviço é inconstitucional por não observar o Princípio da Continuidade na prestação de serviço público essencial.

Quanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, incontestavelmente, não há como admitir qualquer norma que venha a desrespeitá-lo. Esse princípio confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais, portanto, é o princípio básico que orienta axiologicamente as normas do ordenamento jurídico brasileiro e a adequação dessas normas aos valores e princípios constitucionais. Assim, não há como admitir a existência de leis ordinárias que autorizem a suspensão de serviços públicos de fornecimento de água potável, pois tais normas ao inviabilizar o exercício do direito de acesso à água potável afrontam o Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

No tocante ao não reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável, é preciso ressaltar que o reconhecimento de um direito como materialmente fundamental ocorre por meio da ‘cláusula de abertura constitucional’, nos termos artigo 5º, §2º, da atual Constituição Brasileira. Essa cláusula deixa claro que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes. Assim, são direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição, ou seja, são considerados direitos fundamentais outros direitos além daqueles nela expressamente previstos. Portanto, pela cláusula aberta, podem ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do conteúdo de outros direitos fundamentais expressos no texto constitucional, do regime democrático, dos outros princípios adotados pela Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos.

Assim, o direito fundamental de acesso à água potável, por não se encontrar expressamente disposto no texto constitucional brasileiro, pode ser reconhecido como fundamental a partir do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, além de decorrer do conteúdo de outros direitos fundamentais, ressaltando, neste trabalho, a justificativa para reconhecer o direito de acesso à água como um direito fundamental por decorrência do conteúdo do direito ao meio ambiente. Nesse sentido, o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, expressão constitucional prevista no Art. 225 da Constituição brasileira, pressupõe o direito ao mínimo existencial ambiental que garanta água com qualidade e em quantidade adequada para manutenção da vida.

Portanto, constata-se que o serviço de abastecimento de água, prestado de forma ininterrupta, é essencial e imprescindível para a efetivação do direito fundamental de acesso à água. Assim, é inadmissível a existência de normas que autorizem a interrupção do fornecimento de água, por serem normas absolutamente inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

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

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 22 jun. 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2U3pscY>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/Oomk4L>>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2fWbAc1>>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/1qC0SXQ>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 07 abr. 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2RBkdeR>>. Acesso em 18 set. 2018.

_____. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 08 jan. 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/1B2lBcg>>. Acesso em: 18 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2004.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DEMOLINER, Karine Silva. **Água e saneamento básico**: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

DENARI, Zelmo. **Da qualidade de produtos e serviços, da prestação e da reparação dos danos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FENTERSEIFER, Tiago. **Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental)**: o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações). In: CAPPELLI, Silvia; BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio (coords). 13º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL: DIREITO AMBIENTAL, MUDANÇAS CLIMÁTICAS E DESASTRES: IMPACTOS NAS CIDADES E NO PATRIMÔNIO CULTURAL. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material (arts. 1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

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

PINTO, Maurício; TORCHIA, Noelia; MARTÍN, Liber. **El Derecho Humano AL agua**: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de Saneamento Básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, jul/set. 2004.

