

## A proteção do direito fundamental à água em perspectiva internacional e comparada

### *The Protection of the Fundamental Right to Water in International and Comparative Perspective*

Submetido(submitted): 25/08/2015  
Parecer(revised): 09/09/2015  
Aceito(accepted): 11/09/2015

Carlos Bernal Pulido\*

#### Resumo

**Propósito** – Análise da aplicação judicial do direito fundamental à água e suas implicações teóricas e práticas em direito comparado.

**Metodologia/abordagem/design** – Análise teórica e jurisprudencial dos critérios argumentativos utilizados em cortes de diferentes países para aplicação do direito fundamental à água.

**Resultados** – Vantagens e desvantagens da utilização do princípio da razoabilidade, do mínimo vital e da proporcionalidade como parâmetros para julgamentos envolvendo o direito constitucional à água.

**Implicações práticas** – O artigo demonstra que o princípio da proporcionalidade detém vantagens comparativas no que toca a julgamentos envolvendo o direito fundamental à água.

**Originalidade/relevância do texto** – O artigo supre uma lacuna de estudos sobre o tema, especialmente diante dos problemas decorrentes de crises hídricas localizadas ou disputas econômicas, sociais ou jurídicas pelo uso da água em cenários de escassez do bem.

Palavras-chave: direito fundamental à água, direito comparado, princípio da razoabilidade, mínimo vital, princípio da proporcionalidade.

#### Abstract

**Purpose** – Analyzing the adjudication of the constitutional right to water in comparative law and its theoretical and practical implications.

**Methodology/approach/design** – A theoretical and jurisprudential analysis of the standards of reasonableness, the minimum core and proportionality, used in different jurisdictions for adjudicating claims grounded in the constitutional right to water.

**Findings** – The advantages and disadvantages of reasonableness, the minimum core and proportionality as standards for adjudicating the constitutional right to water.

---

\*Professor Associado da *Macquarie Law School* (Sydney, Austrália). Bacharel em Direito pela *Universidad Externado de Colombia*. Doutor em Direito pela *Universidad de Salamanca*, com Mestrado e Doutorado em Filosofia pela *Universidad de la Florida*. E-mail: [carlos.bernal-pulido@mq.edu.au](mailto:carlos.bernal-pulido@mq.edu.au). Tradução para a língua portuguesa de Graça Maria Borges de Freitas, Juíza do Trabalho em Minas Gerais-Brasil, Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, Master em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante, Doutoranda em Direito pela Universidad Externado de Colombia, em cotutela com a UFMG. Agradeço a Hubed Bedoya por seus valiosos comentários e sugestões ao esboço deste texto.

**Practical implications** – *The article shows that the adjudication of the employment of the principle of proportionality is the best comparative practice concerning the adjudication of the constitutional right to water.*

**Originality/value** – *The text fills a gap on the topic, especially in light of the problems arising out of localized water crises or economic, social or legal disputes over water use in scenarios of scarcity.*

**Keywords:** *Constitutional right to water, comparative law, reasonableness, minimum core, proportionality.*

## Introdução

Os direitos sociais são uma das grandes inovações do constitucionalismo contemporâneo. Ao longo do último século, sua aplicação transformou radicalmente as práticas constitucionais, sobretudo, no, assim chamado, sul global. Desde a Constituição Mexicana de Querétaro, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, numerosos instrumentos internacionais e constituições nacionais estabeleceram, respectivamente, direitos humanos e direitos fundamentais com conteúdo social. Esta se converteu em uma estratégia usual para fazer frente à pobreza, às necessidades básicas insatisfeitas, à falta de recursos para uma vida digna e para o exercício das liberdades e dos direitos políticos e para minorar a distribuição desigual de oportunidades e da riqueza. Além disso, instituições internacionais de direitos humanos e cortes constitucionais e supremas de países, tais como África do Sul, Colômbia, Costa Rica, Argentina, México, Brasil, Índia e Alemanha, aplicaram esses direitos mediante inovadoras técnicas de argumentação judicial e se atreveram a emitir ordens dirigidas a poderes públicos e privados, sem precedentes no direito constitucional.<sup>1</sup> Estas cortes aplicaram diretamente as disposições constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais à saúde, à água, à nutrição, à moradia, à proteção trabalhista e à educação. Do mesmo modo, exortaram e obrigaram autoridades políticas, empresas e indivíduos particulares a adotar medidas jurídicas, financeiras e administrativas, a fim de assegurar o cumprimento dos deveres que ditas disposições estabelecem.

Nada obstante, a aplicação judicial dos direitos sociais suscitou agudas objeções. Elas se manifestam ao longo de um espectro variado. Este espectro

---

<sup>1</sup>Sobre as novidades na aplicação dos direitos sociais no direito comparado e os desafios aos quais estas dão lugar, conferir: Varun Gauri e Daniel M. Brinks, “Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights”, in Varun Gauri e Daniel M. Brinks (coord.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) 2 s.

compreende, desde os reparos filosófico-políticos à tipificação constitucional dos direitos sociais,<sup>2</sup> até críticas institucionais relativas à capacidade dos tribunais de aplicar esses direitos e à aparente incompatibilidade entre, por um lado, sua aplicação judicial, e, por outro, os princípios do Estado de Direito e da separação de poderes e os fundamentos da democracia representativa. A isso se soma a discussão sobre a efetividade da inclusão dos direitos sociais na Constituição para alcançar os fins redistributivos antes mencionados.

Existe evidência de que, pelo menos em certas regiões da América Latina, a aplicação constitucional desses direitos não beneficiou os mais pobres, senão a cidadãos de classe média que, de uma maneira ou de outra, têm a capacidade de satisfazer suas necessidades básicas mediante estratégias ordinárias do mercado.<sup>3</sup> Algumas dessas objeções levaram diversos autores a proclamar o declive da proteção dos direitos sociais.<sup>4</sup> A razão desse declive residiria em que a globalização dos princípios do livre mercado se havia imposto sobre o imperativo de proteger tais direitos em países do sul global durante as últimas décadas.

Ocorre, entretanto, que uma análise detalhada do reconhecimento e da aplicação do direito à água, como direito fundamental a nível constitucional, e como direito humano a nível internacional, mostraria que, ao menos no que concerne a este direito social, não existiu nenhuma minguagem em sua proteção. Ocorreu justamente o contrário. Como em seguida se demonstrará, sua proteção se intensificou tanto a nível internacional como nacional. Contudo, essa proteção

---

<sup>2</sup>Sobre este aspecto, duas das mais influentes teorias dos direitos fundamentais catalogam como fundamentais somente as liberdades e deixam de fora os direitos sociais. Conferir: John Rawls, *Political Liberalism* (New York, N. Y.: Columbia University Press, 1993) 338 e Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996) 83. Uma crítica desta visão reducionista se encontra em: Rodolfo Arango, “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, 16 (2) *Ratio Juris* (2003) 143. Uma interessante discussão e defesa da inclusão dos direitos fundamentais na constituição, pelo menos de países com condições políticas estáveis, se encontra em: Jeff King, *Judging Social Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) 3 s. (sobre a discussão), e 17 s. (sobre a defesa). Uma análise dos mais importantes argumentos filosófico-políticos a favor da tipificação (e interpretação) constitucional dos direitos sociais se encontra em: Katherine Young, *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 34 s.

<sup>3</sup>David Landau, “The reality of Social Rights Enforcement”, 53 *Harvard International Law Journal* (2012) 190-247.

<sup>4</sup>Paul O’Connell, “The Death of Socio-Economic Rights”, 74 (4) *Modern Law Review* (2011) 532-554.

suscita interessantes perguntas teóricas e práticas.\*

Uma das perguntas mais relevantes, tanto de uma perspectiva teórica, como do ponto de vista prático, é de qual critério jurisprudencial seria o mais apropriado para o reconhecimento judicial do direito à água. No direito colombiano, comparado e internacional, existem três critérios que podem ser utilizados para este fim: o critério da razoabilidade; o critério do mínimo vital; e o princípio de proporcionalidade. Este artigo pretende mostrar que, entre tais critérios, o mais apropriado é o princípio de proporcionalidade, tendo em vista a indeterminação das disposições internacionais e constitucionais que protegem o direito à água e considerando que sua garantia efetiva ocorre, em geral, no livre mercado dos serviços públicos, no qual participam agentes públicos e privados sujeitos à regime de competição (Capítulo 1). Sem embargo, de antemão é necessário explicar a maneira em que este direito foi reconhecido como direito humano no direito internacional (Capítulo 2) ou como direito fundamental nas constituições de certos países emblemáticos (Capítulo 3). Ademais, é necessário expor a estrutura do direito à água, sua indeterminação e as dificuldades interpretativas que dela derivam (Capítulo 4). Após isso, o artigo mostrará e avaliará a forma pela qual a jurisprudência constitucional dos países mais relevantes se utilizou dos critérios de razoabilidade e do mínimo vital (Capítulo 5) e as primeiras experiências de emprego do princípio de proporcionalidade com este fim (Capítulo 6).

## **1. A proteção do direito humano à água no direito internacional**

### **1.1. O direito à água nos tratados de direito internacional dos direitos humanos**

Não existe um reconhecimento expresso do direito à água nos principais tratados internacionais sobre direitos humanos. Esse direito não aparece reconhecido como direito humano na Declaração Universal de Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, nem no Pacto

---

\*Nota do tradutor 1. No Brasil, embora haja uma orientação no sentido de que o direito à água deve privilegiar o consumo humano em relação às atividades econômicas, essa discussão ainda é pouco desenvolvida do ponto de vista normativo, especialmente quando ocorre a escassez do bem. Em São Paulo, uma das maiores cidades do mundo, com grande densidade populacional e forte industrialização, por exemplo, a distribuição da água durante a crise hídrica atual é uma questão ainda não resolvida adequadamente, seja em relação à natureza do consumidor, seja em relação aos estratos sociais atendidos, motivo pelo qual a discussão presente neste texto é de grande relevância. Tal discussão é histórica nas regiões do semi-árido brasileiro.

Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Sem embargo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher se refere à água como objeto de um direito humano, em seu Artigo 14.2.h, nos seguintes termos:

“Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a:

h. gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações.”<sup>5</sup>

Contudo, nesse contexto, se trata de um direito conexo à igualdade, atinente somente à proibição de discriminação das mulheres que vivem em áreas rurais, a fim de evitar que não desfrutem de condições de vida adequadas.

Outra referência à água como objeto de um direito humano se encontra na Convenção sobre os Direitos da Criança. Seu Artigo 24.2.c atribui ao Estado a obrigação de assegurar o direito à saúde das crianças e de adotar as medidas apropriadas para:

“c. combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, *inter alia*, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;”<sup>6</sup>

Dita referência ao direito à água também é dependente de outro direito humano: o da saúde. Além disso, o âmbito de seus titulares se circunscreve somente às crianças.

Algo similar ocorre com a referência ao direito à água no artigo 28.2 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006. Esse artigo define o direito das pessoas com deficiência a um nível de vida adequado para elas e suas famílias. Em particular, reconhece o direito das pessoas com deficiência “à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência”. Ademais, torna explícito o compromisso dos Estados

---

<sup>5</sup>Organização das Nações Unidas, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>> (Acesso em 10 de outubro de 2013). No Brasil, ver Decreto 4.337 de 13 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:2002-08-16:4337>>. Acesso em 20.08.15.

<sup>6</sup>Organização das Nações Unidas, Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>> (Acesso em 10 de outubro de 2013). No Brasil, ver Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1990-11-21:99710>>. Acesso em 20.08.15.

signatários de adotar as medidas pertinentes para proteger e promover o exercício desse direito, entre outras coisas, no que tange a “assegurar o acesso em condições de igualdade das pessoas com deficiência a serviços de água potável e seu acesso a serviços, dispositivos e assistência de outra índole adequados a preços acessíveis para atender as necessidades relacionadas com sua deficiência”.<sup>7</sup>

## 1.2. O direito humano à água no Comentário Geral número 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas

O reconhecimento do direito à água como um direito humano autônomo deriva do Comentário Geral nº 15 emitido, em 2002, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Nesse Comentário, dito Comitê define o direito à água como um “direito humano” “de todos a dispor de água suficiente, potável, aceitável, acessível e disponível para o uso pessoal e doméstico”.<sup>8</sup> O Comitê o considera como um direito adstrito aos direitos humanos a “um nível de vida adequado” e à “saúde física”,<sup>9</sup> protegidos pelos artigos 11.1 e 12.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>10</sup> Em concreto, o Comitê sustentou que a garantia do direito à água é

---

<sup>7</sup> Organização das Nações Unidas, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=13&pid=497>> Acesso em 10 de outubro de 2013. No Brasil, vide Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:federal:decreto:2009-08-25:6949>>. Acesso em 20.08.15. No Decreto mencionado, o mesmo dispositivo faz menção a “saneamento básico”, que engloba água potável e esgoto, nos seguintes termos: “Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência”.

<sup>8</sup> Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 2. Disponível: <[http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html)>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

<sup>9</sup> Conferir, sobre o conceito de direito adstrito: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª Edición, 2007), capítulo 1.

<sup>10</sup> Ditos artigos estabelecem o seguinte. Artigo 11.1. “1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, e a uma melhoria contínua das condições de existência”. Artigo 12.1. “Os Estados Partes, no presente Pacto, reconhecem o direito de toda pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental”. Conferir: Organização das Nações Unidas, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ceschr.htm>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

indispensável para assegurar um nível de vida adequado, dado que dispor de água é uma “condição fundamental para a sobrevivência”.<sup>11</sup>

Particularmente relevante para o objetivo deste artigo é a definição que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais faz acerca da estrutura do direito humano à água. De acordo com o Comentário Geral nº 15, o Estado tem o dever de “respeitar”, “proteger” e “cumprir” ou “fazer efetivo” o direito à água. O dever de respeitar o direito à água, não implica, em sentido estrito, que o Estado deva levar a cabo ações positivas. Ao contrário, este dever exige ao Estado abster-se de “praticar ingerência direta ou indiretamente no exercício do direito à água”.<sup>12</sup>

Os deveres do Estado que implicam ações positivas são os de proteger e cumprir ou fazer efetivo o direito à água. O dever de proteger “exige que os Estados Partes impeçam a terceiros de prejudicar de qualquer modo o desfrute do direito à água”. Esse dever compreende, entre outras coisas, o dever de adotar “medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias e efetivas para impedir, por exemplo, que terceiros deneguem o acesso à água potável em condições de igualdade e contamine ou explorem, de forma não equitativa, os recursos de água, inclusive as fontes naturais, os poços e outros sistemas de distribuição de água”.<sup>13</sup> Do mesmo modo, quando os serviços de fornecimento de água sejam explorados ou estejam controlados por terceiros, o Estado deve “impedi-los de prejudicar o acesso físico em condições de igualdade e a um custo razoável a recursos de água suficientes, potáveis e aceitáveis”.<sup>14</sup>

Finalmente, o dever de cumprir implica os deveres de “facilitar, promover e garantir”.<sup>15</sup> O dever de facilitar impõe ao Estado a adoção de “medidas positivas que permitam e ajudem aos particulares e às comunidades a exercer o direito” à água.<sup>16</sup> O dever de promover exige do Estado “a adoção de

---

<sup>11</sup>Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 3 e s.

<sup>12</sup>Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 21. O Comitê aclara que o objeto deste compreende, entre outras coisas: “abster-se de toda prática ou atividade que denegue ou restrinja o acesso à água potável em condições de igualdade, de imiscuir-se arbitrariamente nos sistemas consuetudinários ou tradicionais de distribuição de água, de reduzir ou contaminar ilicitamente a água, por exemplo, com resíduos procedentes de instalações pertencentes ao Estado ou mediante o emprego e os testes de armas, e de limitar o acesso aos serviços e infraestruturas de fornecimento de água ou destruí-los como medida punitiva, por exemplo, durante conflitos armados, em violação ao direito internacional humanitário”.

<sup>13</sup>Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 23.

<sup>14</sup>Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, parágrafo 24.

<sup>15</sup> Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral No.15, parágrafo 25.

<sup>16</sup>Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 25.

medidas para que se difunda informação adequada acerca do uso higiênico da água, a proteção das fontes de água e os métodos para reduzir os desperdícios de água”.<sup>17</sup> O dever de garantir implica que o Estado deve fazer efetivo o direito à água quando, por razões alheias à sua vontade, certos indivíduos ou grupos não possam “exercer por si mesmos esse direito com os meios à sua disposição”.<sup>18</sup>

Esses deveres do Estado são correlatos a certos direitos específicos do indivíduo. No Comentário Geral nº 15, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceu que o indivíduo tem direito a ter acesso a uma “quantidade essencial mínima de água que seja suficiente e apta para o uso pessoal e doméstico e prevenir as enfermidades”.<sup>19</sup> Além disso, a água que lhe seja proporcionada deve cumprir com certas especificações mínimas de qualidade. O direito à água, então, se concretiza em poderes jurídicos específicos atinentes à disponibilidade, qualidade e acessibilidade da água.

A disponibilidade denota a quantidade mínima de água para os usos pessoais e domésticos – bebida, cozimento de alimentos, limpeza e saneamento – que uma pessoa necessita.<sup>20</sup> Segundo o Comitê, “a quantidade de água disponível para cada pessoa deveria corresponder às diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)”.<sup>21</sup> De acordo com a OMS, a quantidade necessária para este fim é de “50 litros por pessoa ao dia”.<sup>22</sup> A disponibilidade também guarda relação com o fato “[d]a periodicidade do fornecimento de água [ser] suficiente para os usos pessoais e domésticos”.<sup>23</sup> Esta propriedade do direito à água leva consigo vários deveres correlatos a cargo do Estado. Trata-se de um dever de abstenção – abster-se de interromper ou desconectar de maneira arbitrária ou injustificada os serviços ou instalações de água – e de quatro deveres de prestação: regular e controlar eficazmente os serviços de fornecimento de água; garantir que os estabelecimentos penitenciários e os serviços de saúde contem com água limpa e potável e condições sanitárias adequadas; assegurar a prestação eficiente do serviço público de água a todos os

---

<sup>17</sup> Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 25.

<sup>18</sup> Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 25.

<sup>19</sup> Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 37.

<sup>20</sup> Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 12.

<sup>21</sup> Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 12.

<sup>22</sup> Organização Mundial da Saúde (OMS), Relatório sobre a quantidade de água domiciliar, o nível do serviço e a saúde e ONU/WWAP (Nações Unidas/Programa Mundial de Avaliação dos Recursos Hídricos), 2003. Ainda, *1º Relatório das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos no Mundo: Água para todos, água para a vida*. Paris, Nova York e Oxford. UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e Berghahn Books. Disponível em: <[http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/WSH03.02.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf)>. Acesso em 11 de outubro de 2013.

<sup>23</sup> Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 12.

habitantes do território do Estado; e garantir a sustentabilidade dos recursos hídricos.

O atributo da qualidade implica que a água necessária para uso pessoal ou doméstico deve ser potável. Isso quer dizer que não pode conter micro-organismos ou substâncias químicas ou radioativas que possam constituir uma ameaça para a saúde das pessoas. Além disso, a água deve ter uma cor, um odor e um sabor aceitáveis para cada uso pessoal ou doméstico.<sup>24</sup> Este atributo também implica que o direito fundamental à água seja correlato a vários deveres concretos a cargo do Estado. Os mais importantes consistem em que o Estado se abstenha de eliminar ou contaminar a água; adote medidas para impedir que terceiros contaminem ou explorem de forma indevida os recursos hídricos; proteja os sistemas de distribuição de água da ingerência indevida, de dano e a destruição; adote medidas para prevenir, tratar e controlar as enfermidades associadas à água; e vele pelo fornecimento adequado de água limpa potável e pela criação de condições sanitárias básicas como componente da higiene ambiental e industrial.

Por último, a acessibilidade significa que “a água e as instalações e serviços de água devem ser acessíveis para todos, sem discriminação alguma, dentro da jurisdição do Estado.”<sup>25</sup> A acessibilidade apresenta quatro dimensões: acessibilidade física (a água e as instalações de água devem estar ao alcance físico de todos os setores da população); acessibilidade econômica (a água e os serviços e instalações devem estar ao alcance econômico de todos os indivíduos); a proibição de discriminação (consiste em que a água e os serviços e instalações de água devem ser acessíveis a todos os indivíduos, inclusive aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, sem discriminação alguma por qualquer dos motivos proibidos internacionalmente); e o acesso à informação (que compreende o direito de solicitar, receber e difundir informação sobre assuntos relacionados à água).<sup>26</sup>

### **1.3. O direito humano à água na Resolução 64/292 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 28 de julho de 2010**

Mediante 122 votos a favor, nenhum contra e 41 abstenções, em 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou a Resolução 64/292. Essa resolução declarou o acesso à água potável como um direito humano, e instou os Estados a garanti-lo. A resolução reconhece o “direito à água potável e ao saneamento” como “um direito humano essencial

---

<sup>24</sup>Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 12.

<sup>25</sup>Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 12.

<sup>26</sup>Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral nº 15, § 12.

para o pleno desfrute da vida e de todos os direitos humanos”.<sup>27</sup> A mesma resolução reconheceu o direito dos habitantes do mundo ao saneamento ambiental. Por último, instou todos os países e organizações internacionais a aportar recursos financeiros e tecnologia para lograr um acesso universal e de baixo custo à água potável e ao saneamento.

#### **1.4. O direito humano à água na Resolução 15/9, de setembro de 2010, do Conselho de Direitos Humanos**

Após a Resolução 62/292, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em setembro de 2010, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas expediu a Resolução 15/9. Em tal resolução, o Conselho assinalou que o direito humano à água e ao saneamento é parte integral do direito internacional vigente. Igualmente, reiterou que os deveres que derivam deste direito são juridicamente vinculantes para os Estados. Além disso, exortou aos Estados a que, entre outras coisas: “elaborem instrumentos e mecanismos adequados (...) para alcançar paulatinamente a plena realização das obrigações de direitos humanos referentes ao acesso à água potável segura e aos serviços de saneamento”; “velem pela total transparência do processo de planificação e execução no fornecimento de água potável segura e serviços de saneamento e a participação ativa, livre e autêntica das comunidades locais afetadas e dos interessados pertinentes”; “prestem especial atenção às pessoas que pertencem a grupos vulneráveis e marginalizados, especialmente respeitando os princípios da não discriminação e da igualdade entre os gêneros”; “integrem os direitos humanos nas avaliações de impacto ao longo de todo o processo voltado a garantir a prestação dos serviços, segundo seja necessário”; “aprovem e apliquem marcos reguladores eficazes para todos os provedores de serviços conforme as obrigações dos Estados em matéria de direitos humanos, e permitam que as instituições reguladoras públicas com capacidade suficiente se ocupem de vigiar e fazer cumprir essa regulamentação”; e “garantam a existência de remédios eficazes para as violações de direitos humanos, estabelecendo mecanismos de prestação de contas acessíveis e em nível adequado”. Enfim, a resolução recordou que os Estados devem assegurar que os provedores não estatais do serviço de água “cumpram com suas responsabilidades em matéria de direitos humanos em todos seus processos de trabalho, em especial dedicando-se ativamente, junto com o Estado e outros interessados, a detectar possíveis abusos contra os direitos humanos e encontrar

---

<sup>27</sup>Organização das Nações Unidas, Resolução 64/292, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 28 de julho de 2010. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement>>. Acesso em 15 de setembro de 2013.

soluções para corrigi-los”; “contribuam a prover um fornecimento constante de água potável segura, aceitável, acessível fisicamente e disponível e serviços de saneamento de boa qualidade e em quantidade suficiente”; “integrem os direitos humanos nas avaliações de impacto quando seja pertinente, a fim de determinar os desafios em matéria de direitos humanos e contribuir para superá-los”; e “elaborem mecanismos eficazes de reclamação para os usuários e se abstenham de impedir o acesso aos mecanismos de prestação de contas de base estatal”.<sup>28</sup>

## **2. A proteção do direito fundamental à água no direito constitucional comparado**

### **2.1. Disposições constitucionais sobre o direito à água**

A proteção do direito à água no direito internacional dos direitos humanos influiu de maneira notável para seu reconhecimento a nível constitucional, como direito fundamental, em vários países. É assim que a Constituição do Uruguai de 1967, reformada em 1989, 1994, 1996 e 2004, no art. 47, inc. 2º, dispõe que a “água é um recurso natural essencial para a vida” e, no inc. 3º do mesmo artigo, estabelece que o “acesso à água potável e o acesso ao saneamento, constituem direitos humanos fundamentais”.<sup>29</sup> Além disso, a seção 27 da Constituição da África do Sul de 1996, estabelece, em seu inciso (1), que “Todos gozam do direito de ter acesso a [...] (b) suficiente alimento e água”. Por sua parte, o art. 12 da Constituição da República do Equador, de 2008, assinala que “O direito humano à água é fundamental e irrenunciável. A água constitui patrimônio nacional estratégico de uso público, inalienável, imprescritível, impenhorável e essencial à vida”.<sup>30</sup> Nesse mesmo sentido, o art. 16 da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, de 2009, dispõe que “[t]oda pessoa tem direito à água e à alimentação”. E seu art. 20, reconhece que “[t]oda pessoa tem direito ao acesso universal e equitativo aos serviços básicos de água potável, esgoto, eletricidade, gás domiciliar, serviço postal e de telecomunicações”, assim como que “O acesso à água e esgoto constituem

---

<sup>28</sup>Organização das Nações Unidas, Resolução 15/9, de setembro de 2010, do Conselho de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/36/PDF/G1016636.pdf?OpenElement>>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

<sup>29</sup>Constituição da República Oriental do Uruguay. Disponível em: <<http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm>>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

<sup>30</sup>Constituição da República da África do Sul. Disponível em: <<http://www.southafrica.org.ar/pdf/Constituci%F3n.pdf>>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

direitos humanos, não são objeto de concessão nem privatização e estão sujeitos a regime de licenças e registros, conforme a lei”.<sup>31</sup>

## 2.2. O direito à água como direito fundamental implícito

Em outros países, o direito à água é reconhecido como um direito fundamental implícito. O exemplo mais emblemático a esse respeito é o da Colômbia. Na Sentença T-740, de 2011, dos argumentos da Corte Constitucional pode ser deduzido que, apesar da Constituição Política de 1991 não incluir o direito à água na lista de direitos fundamentais, este é um direito fundamental implícito. De acordo com a Corte Constitucional, o direito à água é fundamental por sua conexão com o direito à vida e com a dignidade humana.<sup>32</sup> Como a Corte Constitucional sustentou em uma jurisprudência cada vez mais depurada e consistente, a água, e portanto o acesso a esta, é indispensável para a existência do ser humano,<sup>33</sup> e para que este tenha uma vida digna.<sup>34</sup> Do mesmo modo, o direito à água é fundamental em virtude de seu reconhecimento internacional. Como estabelece o art. 93 da Constituição Política da Colômbia, nesse país o direito internacional dos direitos humanos não só representa uma fonte de direitos fundamentais senão também um conjunto de pautas para a interpretação de tais direitos. Dentro desse amplo corpo normativo, ademais das fontes antes mencionadas, são relevantes as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos das comunidades indígenas Yakye Axa, de

---

<sup>31</sup> Constituição do Estado Plurinacional de Bolívia. Disponível em: <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

<sup>32</sup> A tese segundo a qual o direito à água tem um caráter fundamental por sua conexão com outros direitos havia sido proclamada previamente pela Corte Constitucional da Colômbia. A esse respeito, é de particular importância a Sentença T-616, de 2010, Magistrado Relator Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>33</sup> Conferir: Corte Constitucional da Colômbia, Sentenças T-578, de 1992, Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero, T-140, de 1994, Magistrado Relator Vladimiro Naranjo Mesa, e T-207, de 1995, Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero, bem como a própria T-740, de 2011, Magistrado Relator Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>34</sup> Cfr. Corte Constitucional da Colômbia, Sentenças T-1104 de 2005, Magistrado Relator Jaime Araújo Rentería; T-539 de 1993, Magistrado Relator Carlos Gaviria Díaz; T-244 de 1994, Magistrado Relator Hernando Herrera Vergara; T-523 de 1994, Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero; T-092 de 1995, Magistrado Relator Hernando Herrera Vergara; T-379 de 1995, Magistrado Relator Antonio Barrera Carbonell; T-413 de 1995, Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero; T-410 de 2003, Magistrado Relator Jaime Córdoba Triviño; T-1104 de 2005, Magistrado Relator Jaime Araújo Rentería; T-270 de 2007, Magistrado Relator Jaime Araújo Rentería; T-022 de 2008, Magistrado Relator Nilson Pinilla Pinilla; T-888 de 2008, Magistrado Relator Marco Gerardo Monroy Cabra, e T-381 de 2009, Magistrado Relator Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2005, e Sawhoyamaxa, de 2006, contra o Paraguai. Em tais sentenças, a Corte Interamericana protegeu o direito à água e ordenou o fornecimento imediato e periódico de uma quantidade suficiente de água potável para os membros dessas comunidades indígenas.

Israel é outro país no qual o direito à água tem o status de direito fundamental implícito. Da mesma forma que em outras jurisdições herdeiras da tradição do *Common Law*, Israel não tem uma constituição escrita. Sem embargo, em Israel existem certas leis fundamentais. Uma delas é a Lei Fundamental sobre a Dignidade Humana e Liberdade, de 1992. Essa lei fundamental tem uma hierarquia superior às leis ordinárias e força constitucional. No caso 9535/06 *Abadallah Abu Massad and Others v Water Commissioner and Israel Lands Administration (2011)*,<sup>35</sup> a Corte Suprema de Israel estabeleceu que o direito à água era um direito implícito dentro do marco da Lei Fundamental sobre a Dignidade Humana e Liberdade. A Corte Suprema apoiou este direito na dignidade humana, que em tal lei fundamental se menciona em enunciados como “não haverá violações da vida, da integridade e da dignidade de nenhuma pessoa” ou “todas as pessoas têm direito à proteção de sua vida, sua integridade e sua dignidade”.<sup>36</sup> Em algumas decisões anteriores, a Corte Suprema havia aclarado que “a dignidade de uma pessoa, como direito subjetivo, também inclui o direito a um mínimo vital, quanto à moradia, alimentação e acesso aos serviços de saúde”.<sup>37</sup> Com base nisso, em *Abu Massad*, a Corte Suprema concluiu que “o acesso a fontes de água para consumo humano básico se enquadra no âmbito do direito a dispor de um mínimo para levar uma vida digna”.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Conferir: CA 9535/06 *Abadallah Abu Massad and Others v Water Commissioner and Israel Lands Administration*. Adalah, “Israeli Supreme Court: Arab Bedouin in the Unrecognized Villages in the Negev Have the Right to “Minimal Access to Water””, 6 de junho de 2011. Disponível em: <<http://adalah.org/eng/?mod=articles&ID=1634>>. Acesso em 10 de outubro de 2013. Conferir, sobre este caso: Sharmila L Murthy, Mark Williams and Elisha Baskin, “The Human Right to Water in Israel: A Case Study of the Unrecognised Bedouin Villages in the Negev”, 46 (1) *Israel Law Review* (2013) 25-59.

<sup>36</sup> Conferir os arts. 2 e 4 da Lei Fundamental em [http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm), consultada em 10 de outubro de 2013.

<sup>37</sup> Conferir: Corte Suprema de Israel, Legislative Appeal 3829/04 *Twito v Municipality of Jerusalem* 2004 PD 59 (4) 769, 779.

<sup>38</sup> Conferir: CA 9535/06 *Abadallah Abu Massad and Others v Water Commissioner and Israel Lands Administration*. Adalah, “Israeli Supreme Court: Arab Bedouin in the Unrecognized Villages in the Negev Have the Right to “Minimal Access to Water””, 6 de junho de 2011, parágrafo 23.

### 3. A estrutura do direito fundamental à água como direito social positivo

As disposições internacionais e constitucionais que estabelecem o direito à água como direito humano e fundamental judicialmente aplicável dão lugar a pelo menos três tipos de posições jurídicas.<sup>39</sup> Elas fundamentam direitos negativos, direitos de igualdade, e direitos positivos. O Comentário Geral nº 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais especifica estes direitos quando atribui ao Estado os deveres correlatos de respeitar, não discriminar e cumprir. O dever de respeito é correlato a direitos negativos. O dever de não discriminar é o correlato dos direitos de igualdade. Por último, o dever de cumprir é a outra face da moeda dos direitos positivos.

Essa tripla diversidade de posições jurídicas é própria de todos os direitos sociais. Como Michelman explica, as constituições e cartas de direitos humanos que garantem direitos sociais se propõem a alcançar “um conjunto de resultados sociais desejados” em concreto, em que “os titulares destes direitos nunca careçam de acesso a níveis adequados dos bens necessários para a subsistência, moradia, saúde, educação e segurança, ou aos meios para obter tais níveis (quer dizer, mediante o exercício de trabalho remunerado) para eles mesmos e para seus dependentes”.<sup>40</sup> A intenção de alcançar esse conjunto de resultados sociais implica que os titulares dos direitos sociais possam fazer valer judicialmente pelo menos três tipos de pretensões. Primeiro, pretensões de não-interferência por parte do Estado e de outros indivíduos no acesso e fruição dos benefícios que os titulares desses direitos já têm (direitos negativos). Segundo, pretensões concernentes ao acesso e fruição de tais benefícios por parte do titular do direito, em condições de igualdade frente a outros indivíduos (direitos de igualdade). Por último, pretensões de habilitação, promoção, proteção ou garantia do acesso e fruição a níveis adequados dos benefícios conferidos pelos direitos sociais por parte dos titulares desses direitos (direitos positivos).

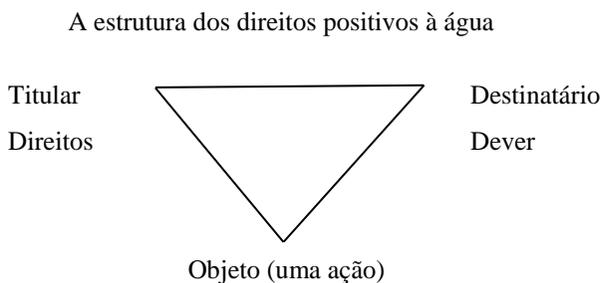
Este artigo concentra-se, a seguir, sobre os direitos positivos derivados do direito à água. Esses direitos conferem a seus titulares a pretensão de obter do Estado e de outros atores a implementação de ações dirigidas a garantir o acesso e a fruição de níveis adequados de provisão de água. Sua aplicação judicial é a mais fascinante e, ao mesmo tempo, a mais problemática entre os três tipos de posições jurídicas embasadas no direito à água. No que tange a pretensões de não-interferência, a aplicação judicial dos direitos negativos segue, *mutatis*

<sup>39</sup> Conferir, sobre o conceito de posição jurídica como explicação dos direitos subjetivos em que se concretizam os direitos fundamentais: Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 120.

<sup>40</sup> Frank I. Michelman, “Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away”, 6 *International Journal of Constitutional Law* (2008) 667.

*mutandi*, a metodologia para a aplicação judicial das liberdades. Do mesmo modo, a aplicação judicial dos direitos de igualdade pode ser levado a cabo mediante o emprego dos métodos para aplicar, em geral, os direitos de igualdade.

Os direitos positivos que derivam do direito à água são posições jurídicas triádicas nas quais o titular tem um direito frente ao destinatário, que, de forma correlata, tem um dever. O objeto tanto do direito como do dever é uma ação que o destinatário deve desenvolver a favor do titular do direito ou de um terceiro.<sup>41</sup> É possível representar esta relação da seguinte maneira:



A aplicação judicial dos direitos positivos derivados do direito à água não seria diferente daquela das obrigações ordinárias de direito privado, tais como as obrigações contratuais de pagar um empréstimo ou de pagar o preço de um terreno, se seu destinatário e seu objeto forem determinados. Isso aconteceria se a constituição indicasse com clareza quem é o destinatário do direito e quais são as ações que este deve levar a cabo para satisfazer tal direito. Entretanto, isso não costuma ocorrer. Os casos constitucionais de exigibilidade judicial do direito à água são casos difíceis no sentido trazido por Dworkin. Trata-se de casos nos quais a constituição não oferece uma direção clara quanto a qual deve ser a decisão.<sup>42</sup> As disposições internacionais e constitucionais que garantem o direito à água são indeterminadas. Enunciam esse direito em abstrato e não especificam uma lista de ações que os seus destinatários devam levar a cabo. Algumas dessas disposições têm uma estrutura muito flexível. Elas garantem o acesso a certos benefícios e não aos benefícios como tais. Assim ocorre, por exemplo, com a seção 27 da Constituição da África do Sul. Essa seção garante “o acesso” a uma provisão suficiente de água. Em todo caso, ainda que as disposições internacionais ou constitucionais fossem mais concretas, elas não

<sup>41</sup>Conferir, sobre esta estrutura: Robert Alexy, “On Constitutional Rights to Protection”, 3 *Legisprudence* (2009) 1 s.

<sup>42</sup>Conferir: Ronald Dworkin, “Hard Cases”, 88 (6) *Harvard Law Review* (1975) 1057 s.

poderiam especificar a maneira pela qual o destinatário do direito à água deve garantir o acesso e o desfrute desse bem por parte de todos os titulares do direito. Ditas disposições não podem, nem poderiam enunciar com todo detalhe as políticas concretas que os estados devem desenhar para satisfazer esse direito nas circunstâncias econômicas, políticas e sociais de cada sociedade. O desenho dessas políticas implica dispor de certos conhecimentos empíricos e normativos de alta complexidade. A complexidade é ainda maior em mercados neoliberais, privatizados, nos quais, ademais dos atores estatais, deve ser levado em conta o comportamento de atores privados, sobretudo, de empresas que, com ânimo de lucro, intervêm na prestação do serviço público de fornecimento de água. Finalmente, a elaboração de políticas correlatas à satisfação do direito à água pressupõe ter em conta restrições do tipo financeiro. Só conhecimentos econômicos especializados podem ser a base de uma valoração plausível de tais restrições.

Como consequência, as disposições que estabelecem o direito à água – nem sequer depois de ter em conta sua especificação no Comentário Geral nº 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – deixam sem determinar em que circunstâncias pode ser considerado que o destinatário desse direito deixou de cumprir com os deveres que são correlatos ao direito. Tampouco determinam quais devem ser as ordens judiciais apropriadas para impedir um seu descumprimento.

#### **4. Em busca de um critério judicial para fazer efetivo o direito positivo à água**

##### **4.1. Razoabilidade, mínimo vital e proporcionalidade**

A aplicação judicial do direito à água exige que os juízes sejam capazes de dar uma resposta a todas essas perguntas. Para levar a cabo essa tarefa de maneira racional, os juízes devem se utilizar de algum critério interpretativo. Se não existir critério algum, a aplicação desse direito ficaria sujeita à arbitrariedade de quem tem que decidir os casos nos quais se exige a proteção do direito humano e fundamental à água.

Na área dos direitos sociais, no âmbito do direito constitucional comparado, existem, pelo menos, dois critérios interpretativos relevantes: a razoabilidade e o mínimo vital. A jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul que encontra seu início no caso *Grootboom*, representa um uso paradigmático do critério da razoabilidade.<sup>43</sup> As seções 26 (2) e 27 (2), da Constituição da África do Sul, ordenam ao Estado “adotar medidas legislativas

---

<sup>43</sup>Conferir: Corte Constitucional da África do Sul, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* 2000 (11) BCLR 1169 (CC) (S. Afr.).

razoáveis, levando em conta a disponibilidade dos recursos existentes, para alcançar uma progressiva realização dos direitos à moradia, à saúde, à alimentação, à água e à seguridade social”. De maneira consistente com estas disposições, a Corte Constitucional sustentou que o critério da razoabilidade “define e limita” o âmbito dos deveres do Estado dirigidos a satisfazer os direitos sociais, incluído o direito à água.<sup>44</sup> Não obstante, emblemáticos acadêmicos e juízes na África do Sul e em outros países sustentam que esse critério é demasiado débil e, como consequência, não conduz a um controle de constitucionalidade adequado para os direitos sociais. Por isso, aduzem que estes direitos devem ser aplicados mediante a verificação de que seu mínimo vital seja respeitado de maneira absoluta em todos os casos.<sup>45</sup>

A jurisprudência da Corte Constitucional colombiana oferece uma variedade de exemplos do uso do critério do mínimo vital na área dos direitos sociais.<sup>46</sup> A Corte criou uma doutrina relativa à existência de um mínimo vital. De acordo com essa doutrina, cada cidadão tem um direito fundamental a dispor dos meios necessários para um nível básico de subsistência. Além disso, a jurisprudência constitucional interpretou o princípio do “estado social” do artigo primeiro da Constituição Política de 1991 no sentido de que o Estado tem o dever de construir, manter e expandir uma rede de benefícios sociais capaz de garantir o mínimo vital a cada pessoa. Sem embargo, os que se opõem a esta tendência jurisprudencial a consideraram incompatível com a democracia, e com os princípios do Estado de Direito e da separação de poderes. Ademais, alguns economistas vêem nela uma causa de caos institucional de alguns serviços sociais, tais como o sistema de saúde criado pela Lei 100 de 1993.<sup>47</sup>

Juntamente com o critério do mínimo vital, alguns comentaristas sugeriram que o princípio de proporcionalidade poderia ser um critério

---

<sup>44</sup> Conferir: Corte Constitucional da África do Sul, *Minister of Health v Treatment Action Campaign* (No. 2) 2002 5 SA 721 (CC) parágrafos 30-39.

<sup>45</sup> Conferir, e.g.: David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2007) 187 s.

<sup>46</sup> Conferir: David Landau, “The Promise of a Minimum Core Approach: The Colombian Model for Judicial Review of Austerity Measures”, em: Aoife Nolan (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis* (Cambridge, CUP, no prelo, 2014).

<sup>47</sup> Cfr. Sobre o impacto negativo da jurisprudência constitucional sobre a sustentabilidade financeira do sistema de saúde na Colômbia: Ligia Alba Melo e Jorge Enrique Ramos, “Alguns aspectos fiscais e financeiros do sistema de saúde na Colômbia”, 624 *Borradores de economía*, (2010) 1-24. Ademais, sobre estas críticas, e uma resposta a elas, cfr.: Alicia E. Yamin e Oscar, Parra-Vera, “How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court”, 6 (2) *PLoS Med* (2009) 147-150.

apropriado para a aplicação judicial dos direitos sociais.<sup>48</sup> O princípio da proporcionalidade é um critério jurídico utilizado ao redor do mundo para a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo para a aplicação judicial dos direitos fundamentais de liberdade. Ainda que o conceito de proporcionalidade não seja unívoco,<sup>49</sup> a maioria dos juízes e juristas concordam que se trata de um princípio conformado por três subprincípios a saber: idoneidade; necessidade; e o mandato de ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Cada subprincípio estabelece uma exigência que qualquer limitação em direitos fundamentais deve satisfazer. O subprincípio de idoneidade exige que a limitação seja adequada para contribuir à obtenção de um fim constitucionalmente legítimo. O subprincípio de necessidade exige que a limitação seja a menos gravosa, entre todas aquelas que revestem pelo menos a mesma idoneidade para contribuir a alcançar o objetivo proposto. O subprincípio de proporcionalidade em sentido estrito exige que a limitação alcance o fim que se propõe em um grau que justifique o grau em que se limita o direito em questão.

Um primeiro problema dessa sugestão consiste em que, tanto em obras da década passada como em publicações prévias,<sup>50</sup> o princípio de proporcionalidade foi objeto de ferozes críticas. Tsakyrakis sustentou que este princípio é “um atropelo aos direitos humanos” e um “caminho equivocado em busca de precisão e objetividade”.<sup>51</sup> Por sua parte, Webber lamenta o fato de que o princípio de proporcionalidade haja criado um infundado “culto acadêmico aos direitos fundamentais”, que desembocou em uma concepção extremamente individualista da constituição e um simultâneo desprezo em relação às leis democráticas que perseguem a proteção de interesses sociais.<sup>52</sup> Alguns juízes e

---

<sup>48</sup> Conferir: Xenophon Contiades e Almene Fotiadou, “Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation”, 10 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2012) 660-686.

<sup>49</sup> Conferir: Sobre os diferentes conceitos de proporcionalidade: Bernhard Schlink, “Proportionality (1)”, in: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (eds.) (Oxford: Oxford University Press, 2012) 721. Cfr. Também: Jacco Bomhoff, “Genealogies of Balancing as Discourse”, 1 (4) *Law & Ethics of Human Rights* (2010) 108-139.

<sup>50</sup> Conferir, para uma análise crítica sobre a ponderação no direito constitucional estadunidense: Thomas Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, 96 *The Yale Law Journal* (1987) 943-1005.

<sup>51</sup> Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights”, 3 (7) *International Journal of Constitutional Law* (2009) 468.

<sup>52</sup> Grégoire Webber, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, 23 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (2010) 180 y 190-191; e Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) 88 s.

juristas criticam a ponderação e a consideram irracional. Outros autores deploram o uso da proporcionalidade pois, segundo eles, desvirtua a essência dos direitos fundamentais como limitações ao exercício do poder público. Por exemplo, Habermas sustenta que este princípio elimina a “firmeza” dos direitos fundamentais dado que, em ocasiões, tais direitos estão chamados a ceder ante outros interesses juridicamente protegidos.<sup>53</sup> Finalmente, uma objeção comum é que este princípio permite ao poder judicial imiscuir-se ilegitimamente em competências do legislativo e da Administração Pública. Nesse sentido, Lord Ackner considerou, no caso *Brind*, que o uso judicial da proporcionalidade implicava uma “análise de fundo das decisões políticas”. Em uma democracia, estas decisões devem ser adotadas só pelas autoridades políticas.<sup>54</sup>

Um segundo problema é que, ainda que a proporcionalidade seja um critério adequado para a aplicação judicial dos direitos fundamentais de liberdade, não é claro que também o seja para a aplicação de direitos sociais, como os direitos positivos que derivam do direito à água. Finalmente, tampouco é claro que a proporcionalidade seja um critério mais apropriado que a razoabilidade e o mínimo vital.

## 5. Razoabilidade e mínimo vital na jurisprudência constitucional comparada sobre o direito à água

Os critérios de razoabilidade e do mínimo vital foram utilizados para o reconhecimento judicial do direito à água, conforme casos a seguir analisados.

### 5.1. La razoabilidade en Mazibuko

Uma aplicação emblemática da razoabilidade encontra-se no caso *Mazibuko*.<sup>55</sup> Neste caso, a Corte Constitucional da África do Sul pronunciou-se sobre o conteúdo do direito à água consagrado na Seção 27 da Constituição Sul-Africana. Como já mencionado, essa seção estabelece o direito de todo cidadão a ter acesso a uma quantidade de “água suficiente”. O caso *Mazibuko* se refere a uma política implementada pela cidade de Johannesburg, em relação ao

---

<sup>53</sup>Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, William Rehg (trad.) (Cambridge, Mass: MIT Press, 1996), 254. Conferir, para uma análise desse aspect: Mattias Kumm, “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”, en: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Oxford: Hart Publishing, 2007) 131 s.

<sup>54</sup>Conferir: UK Lords Chamber, *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

<sup>55</sup>Conferir: Corte Constitucional da África do Sul, *Mazibuko v City of Johannesburg* 2009 (39) BCLR 239 (CC) (S. Afr).

fornecimento de água em Phiri, um subúrbio de Soweto. O aqueduto de Soweto datava de 1940. Ele estava muito corroído e poroso. Aos habitantes de Phiri, era cobrada uma tarifa única mensal pelo fornecimento ilimitado de água. Essa tarifa havia sido calculada com base em um consumo mensal de 20 quilolitros de água por residência. Estudos assinalavam que o consumo real era de 67 quilolitros mensais. No entanto, esses dados eram incertos, pois parte dessa quantidade correspondia a vazamentos. Contudo, muitos dos habitantes dessa área nunca pagavam a fatura de água. Durante a época do *apartheid* havia sido criada uma cultura de evasão frente ao pagamento dos serviços públicos. Como consequência, a empresa de águas de Johannesburgo (Johannesburg Water (Pty) Ltd), que era uma empresa estatal, estimava que os habitantes de Soweto deixavam de pagar 75% da água que recebiam.

Em tais circunstâncias, Johannesburg Water decidiu mudar as políticas de distribuição de água em Soweto. Phiri foi escolhido como o subúrbio piloto para implementar e avaliar a efetividade das novas medidas. A política de tarifa única seria abolida. Em seu lugar, seria oferecido o fornecimento, para cada residência, de 6 quilolitros de água por mês de forma gratuita. Se os residentes quisessem dispor de água acima dessa quantidade, deveriam pagar por ela de antemão. Isso implicava a instalação de medidores pré-pagos para a cobrança do serviço aos usuários. Ditos medidores estariam desenhados de maneira tal que, quando a quantidade de água gratuita ou pré-paga fosse alcançada, eles bloqueariam o seu fornecimento. Desde logo, isso implicava que se eliminasse para o usuário as salvaguardas processuais consistentes em um aviso acerca da possível desconexão, assim como a discussão acerca das razões que haviam impedido o pagamento da fatura de água.

A Corte Suprema da África do Sul julgou procedente a petição da Senhora Mazibuko e de outros quatro residentes de Phiri para que se proibisse a instalação dos medidores de água pré-pagos, por considerar que tal medida feriria os direitos fundamentais.<sup>56</sup> Ao aceitar a opinião do juiz Tsoka, a Corte considerou que a Cidade de Johannesburgo aduzia razões plausíveis para suprimir a política de fornecimento ilimitado de água mediante uma tarifa única. A Corte aceitou que dita política seria insustentável. Não obstante, a Corte decidiu que a instalação dos medidores de água pré-pagos vulnerava o direito fundamental ao devido processo. Além disso, determinou que a quantidade de água gratuita mensal de 6 quilolitros por residência, que correspondia, em média, a 25 litros diários por pessoa, era insuficiente e, portanto, irrazoável. A Corte ordenou à Cidade de Johannesburgo a prover 50 litros gratuitos de água por pessoa para consumo básico diário aos demandantes e aos demais residentes

---

<sup>56</sup>Corte Suprema da África do Sul, *Mazibuko et al v City of Johannesburg et al*, 2008 (4) SA 471 (W).

de Phiri. No processo, existia evidência de que a quantidade de água gratuita mensal de 6 quilolitros somente seria suficiente para as primeiras duas semanas. Isso quer dizer que cada residência ficaria sem água pelo menos por outras duas semanas por mês.<sup>57</sup> Ademais, a Corte Suprema levou em conta que os residentes de Phiri eram, em sua maioria, pobres, idosos, pessoas que sobreviviam de pensões ou subsídios estatais e doentes de HIV. Relatórios de peritos assinalavam que o cálculo da quantidade de água gratuita de 6 quilolitros mensais por residência havia sido feito com base na estimativa de que, em cada casa, viviam 8 pessoas, enquanto a média de residentes em cada casa em Phiri era o dobro dessa cifra, ou seja, 16 pessoas. A Corte Suprema, todavia, não se referiu com detalhes ao problema do custo do aumento da quantidade de água gratuita. O juiz Tsoka apenas sustentou, ao modo de especulação, que a empresa de águas de Johannesburgo “tinha capacidade de prover mais de 25 litros diários por pessoa”.<sup>58</sup>

Da decisão, recorreu-se à Corte Suprema de Apelações, que sustentou que, em uma área como Phiri, 42 litros de água por dia por pessoa poderia ser considerada como a quantidade “suficiente de água”, de acordo com a intenção do constituinte. Além disso, a Corte Suprema de Apelações estimou que a instalação de medidores pré-pagos para o fornecimento de água era uma medida contrária ao direito. Não obstante, essa Corte não adotou nenhuma medida concreta, tendo em conta que o direito de acesso a uma quantidade suficiente de água dependeria da disponibilidade de recursos para sua garantia. Por essa razão, decidiu suspender por dois anos a política adotada pela empresa de águas de Johannesburgo e exigir da cidade a expedição de uma nova política à luz das considerações da sentença da Corte Suprema de Apelações.

O caso então chegou ao conhecimento da Corte Constitucional. Esta Corte declarou que não existia uma vulneração da seção 27 da Constituição. De acordo com a argumentação exposta pelo Juiz O’Regan, a Corte sustentou que era “inapropriado que uma Corte se ocupasse de determinar com precisão o que é aquilo em que a satisfação de um direito social implica e quais são os passos que o governo deve dar para assegurar a realização progressiva de tal direito”.<sup>59</sup> A Corte assinalou que, dado que existem diferentes respostas para a pergunta

---

<sup>57</sup> Conferir: Malcolm Langford e Anna Russell, “Global Precedent or Reasonable No More?: the *Mazibuko* case”, 19 *Water Law* (2008) 73 s.

<sup>58</sup> Corte Suprema da África do Sul, *Mazibuko et al v City of Johannesburg et al*, 2008 (4) SA 471 (W), parágrafo 181. Cfr. Sobre este aspecto, a análise do caso que faz Murray Wesson, “Reasonableness in Retreat? The Judgment of the South African Constitutional Court in *Mazibuko v City of Johannesburg*”, 11 (2) *Human Rights Law Review* (2011) 396.

<sup>59</sup> Conferir: Corte Constitucional da África do Sul, *Mazibuko v City of Johannesburg* 2009 (39) BCLR 239 (CC) (S. Afr), parágrafo 61.

acerca do que constitui uma quantidade suficiente de água, a determinação do conteúdo do direito fundamental que protege o acesso a essa quantidade é um assunto de política pública que deve ser deixado nas mãos do legislador e do governo. O governo havia decidido que a quantidade mensal de 6 quilolitros por casa representava um “fornecimento suficiente”. Segundo o Juiz O’Regan, dado que o censo de 2001 de Johannesburgo havia indicado que em cada casa viviam 3,2 pessoas, 6 quilolitros mensais por casa representavam aproximadamente 60 litros de água diários por pessoa.<sup>60</sup> Não se considerou que dita política fosse irrazoável, mesmo porque mais de 100.000 lares em Johannesburgo ainda careciam do acesso ao serviço básico de água. Finalmente, a Corte concluiu que a instalação de medidores não era nem injusta nem discriminatória, pois essa política de fornecimento obedecia a um plano progressivo de aumento da cobertura na prestação do serviço.

## **5.2. O mínimo vital na Sentença T-740 de 2011 da Corte Constitucional colombiana**

Em contraste com o que ocorreu na África do Sul, a Corte Constitucional colombiana utilizou o critério do mínimo vital em sua extensa jurisprudência sobre direitos sociais e, em particular, sobre o direito à água. Um uso paradigmático desse critério se encontra na Sentença T-740, de 2011.<sup>61</sup> Nessa sentença, a Corte Constitucional resolveu uma ação de tutela, por meio da qual uma petionária solicitava a proteção de seu direito fundamental ao acesso à água. A petionária aduzia que este direito lhe havia sido vulnerado por parte do Conselho de Administração da empresa prestadora do serviço de água. A suposta vulneração havia sido causada pela suspensão, por falta de pagamento, do serviço de água. A petionária afirmava que suas precárias condições familiares e econômicas, derivadas de sua impossibilidade de trabalhar em razão de sua idade e de diversos problemas de saúde, lhe impediam de pagar para receber esse serviço público. De seus argumentos deriva que, nessas circunstâncias, a falta de pagamento não era uma razão que justificava a decisão

---

<sup>60</sup>Wesson objeta à Corte que, de acordo com o censo de 2001, em Phiri viviam 8,8 pessoas por casa. Dessa forma, a política de 6 quilolitros por casa mensais implicava que, em média, em Phiri cada pessoa tinha direito somente a 23 litros de água. Conferir: Murray Wesson, “Reasonableness in Retreat? The Judgment of the South African Constitutional Court in *Mazibuko v City of Johannesburg*”, 11 (2) *Human Rights Law Review* (2011) 400.

<sup>61</sup>Conferir: Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-740 de 2011, Magistrado Relator Humberto Sierra Porto. *Cfr.* Para uma análise detalhada desta sentença, Carlos Bernal, “El derecho fundamental al agua y su intrincada satisfacción”, 17 (1) *Letras Jurídicas* (2012) 23-48.

de suspender o serviço e que dita suspensão implicava a vulneração do direito fundamental ao acesso à água.

A parte contrária no processo de tutela, ou seja, a entidade prestadora do serviço público de água, sustentou que os argumentos da autora desconheciam o estabelecido no contrato de serviços públicos que ela mesma havia assinado com a entidade. Tal contrato estabelecia a obrigação do pagamento da fatura e previa a suspensão do serviço em caso de mora. Além disso, a entidade demandada assinalou que, em razão das condições econômicas e familiares da petionária, a havia convidado a assinar acordos alternativos de pagamento e, inclusive, lhe havia outorgado um subsídio de 70%. A entidade prestadora do serviço público estava disposta a assumir a carga financeira correlata a esse subsídio e afirmou que, apesar dos benefícios concedidos, a petionária não havia cumprido com suas obrigações contratuais e que esse descumprimento justificava a suspensão do serviço.

Apesar de o demandado em dito processo não ser o Estado, mas a empresa prestadora do serviço de água, a Corte Constitucional adotou as seguintes decisões: conceder a ação de tutela e ordenar a dita empresa a restabelecer o fluxo de água potável na residência da demandante; e revisar os acordos de pagamento assinados entre a empresa e esta a fim de implementar uma fórmula mediante a qual a demandante, de acordo com sua capacidade econômica, pudesse colocar-se em dia com suas obrigações. Em todo caso, a Corte ordenou que, se a acionante provasse que não contava com os recursos econômicos para quitar a dívida, a empresa lhe devia prover pelo menos 50 litros de água diários por cada pessoa que habitasse em sua residência. Isso poderia ser feito por dois meios alternativos: ou mediante a utilização da rede em uso e a instalação nesta de um redutor de fluxo que garantisse, pelo menos, dita quantidade de água, ou por meio da provisão à acionante de uma fonte pública do recurso hídrico que lhe assegurasse o fornecimento da quantidade mínima de água. Somado ao anterior, a Corte Constitucional emitiu uma ordem a uma autoridade estatal. Ordenou ao município em que habitava a acionante “alocar da partida de água e saneamento básico transferida a este pelo Governo Nacional, os valores necessários para garantir a cobertura de 50% do custo da água” que fosse proporcionada à acionante e a seu grupo familiar como garantia mínima do fornecimento desse recurso hídrico.

A Corte Constitucional reconheceu que o acesso à água, ademais de fazer parte do conteúdo de um direito fundamental, é o resultado da prestação de um serviço público domiciliar. Por essa razão, em princípio deve reger-se pela regulação legal desse serviço. Essa regulação estabelece que as empresas de serviços públicos têm competência para prestá-lo “em troca de um preço” (art. 128 da Lei 142, de 1994) e, portanto, pode cobrar uma tarifa. A Corte Constitucional admite que esta característica do fornecimento de água não é

arbitrária, senão que cumpre várias funções: “(i) permite assegurar o equilíbrio econômico e financeiro das empresas prestadoras de serviços públicos domiciliares; (ii) contribui para o fortalecimento destas; (iii) incentiva a participação dos particulares no mercado dos serviços públicos, o qual contribui para a ampliação da cobertura na sua prestação, e (iv) permite que o Estado possa estabelecer políticas de ordem social que permitam assegurar a prestação dos serviços domiciliares às pessoas de escassos recursos [em virtude do princípio constitucional de solidariedade]”.

Tais razões levam a deduzir que, junto ao direito fundamental à água, existem outros direitos e bens jurídicos que são relevantes em situações como a do caso que se comenta, e que jogariam a favor de exigir o pagamento pela prestação deste serviço. Entre eles se destacam os direitos das empresas prestadoras do serviço público à livre iniciativa, ao patrimônio, assim como às expectativas legítimas e à segurança jurídica, que são princípios constitucionais implícitos e explícitos, respectivamente. A estes direitos se somam os bens coletivos que têm que ver com a estabilidade financeira do sistema de serviços públicos domiciliares e com a possibilidade de que exista solidariedade entre os usuários.

Tais direitos e bens fundamentam não só unicamente a competência senão a obrigação a cargo das empresas de serviços públicos de cobrar a fatura da água e de suspender o serviço quando um usuário haja deixado de pagar três faturas. O art. 18 da Lei 689, de 2001, que modificou o art. 130 da Lei 142, de 1994, estabelece dita obrigação. Na Sentença C-150, de 2003,<sup>62</sup> a Corte Constitucional havia estabelecido que tal obrigação se ajustava à Constituição. Não obstante, nessa mesma sentença, havia sustentado que a suspensão da água tem duas limitações: uma processual e uma substancial. A limitação processual consiste em que a empresa de serviços públicos deve levar a cabo um devido processo com o usuário para tentar arrecadar o pagamento. Esse processo deve incluir a possibilidade de assinatura de acordos de pagamento que tenham em conta a capacidade econômica de cada usuário. Por sua parte, a limitação substancial se traduz na proibição de suspender a água a estabelecimentos e sujeitos de especial proteção constitucional.<sup>63</sup> Entre os primeiros se encontram os centros penitenciários,<sup>64</sup> as instituições educativas,<sup>65</sup> e os hospitais.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Conferir: Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-150 de 2003, Magistrado Relator Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>63</sup> Conferir: Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-150 de 2003, Magistrado Relator Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>64</sup> Conferir: Corte Constitucional da Colômbia, Sentenças T-235 de 1994, Magistrado Relator Antonio Barrera Carbonell e T-881 de 2001, Magistrado Relator Marco Gerardo Monroy Cabra.

Na sentença T-740, de 2011, a limitação relevante é a substancial no que concerne aos sujeitos de especial proteção constitucional. Segundo a Corte, essa limitação substancial deriva da proteção do direito fundamental à água e de outros direitos fundamentais daqueles sujeitos. A Corte também sugere que tais direitos devem prevalecer sobre os direitos das empresas de serviços públicos domiciliares. O alto tribunal anuncia que na sentença T-740, de 2011, fará uma ponderação entre esses dois tipos de direitos e que dita ponderação mostra que a suspensão do serviço aos sujeitos de especial proteção constitucional resulta “especialmente desproporcional”: “ainda que esta persiga um fim constitucionalmente legítimo [acrescenta], que é a garantia da prestação eficiente, contínua e ininterrupta dos serviços públicos a todos os usuários e seja idônea para alcançar o objetivo perseguido, os benefícios obtidos com sua aplicação são menores que os sacrifícios a que são expostos os titulares do direito fundamental à água”.

O certo é que a Corte não leva nunca a cabo a ponderação anunciada. Não fundamenta explicitamente por que os benefícios da suspensão do serviço público de água são menores que os sacrifícios que dela derivam para os sujeitos de especial proteção constitucional. A Corte simplesmente assume a prevalência do direito à água desses sujeitos e determina que se um deles não pode cumprir os acordos de pagamento que a empresa de serviços públicos lhe ofereceu, e manifesta e prova que não conta com a capacidade econômica para pagar pelo serviço, “a empresa prestadora deverá instalar, por sua conta, um restritor no fluxo de água que garanta pelo menos 50 litros de água por pessoa ao dia ou prover uma fonte pública do recurso hídrico que assegure o fornecimento de igual quantidade de água.” A partir desse momento, se a empresa de serviços públicos levou a cabo o devido processo, ofereceu acordos de pagamento ao usuário e instalou o restritor, pode utilizar as ações judiciais correspondentes contra o usuário para arrecadar a dívida não paga e pode aspirar a que o Estado pague um subsídio de até 50% do preço da água de consumo mínimo que forneça ao usuário. Da sentença parece desprender-se que tal subsídio é um caso especial daquele que as entidades territoriais podem conceder aos usuários de serviços públicos, de acordo com o art. 99 da Lei 142, de 1994. Como dito artigo estabelece que em nenhum caso este subsídio poderá ser superior a 15% do custo médio do fornecimento do serviço público para o estrato 3,<sup>\*</sup> a 40% do

---

<sup>65</sup> Conferir: Corte Constitucional da Colômbia, Sentenças T-380 de 1994, Magistrado Relator Hernando Herrera Vergara e T-018 de 1998, Magistrado Relator Carlos Gaviria Díaz.

<sup>66</sup> Conferir: Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-1205 de 2004, Magistrado Relator Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>\*</sup> Nota do Tradutor 2. A estratificação é a classificação socio-econômica dos imóveis residenciais que devem receber serviços públicos na Colômbia. É realizada com a

custo médio do fornecimento para o estrato 2, nem superior a 50% deste para o estrato 1. No entanto, se, pelo contrário, a empresa não implementou esse devido processo, deverá assumir por inteiro o custo do serviço até que mude a situação econômica do beneficiário do serviço. Não poderia, em consequência, aspirar ao pagamento do subsídio estatal.

A Corte Constitucional utiliza todas essas premissas jurídicas para solucionar o caso concreto. No último passo de sua argumentação, resume-se a constatar que a empresa prestadora de serviço de água que serve à petionária não recebeu os subsídios estatais. Também considera reconhecido que a petionária é um sujeito de especial proteção por ser mãe chefe de família de dois filhos menores e por estar doente. A conclusão é que a suspensão do serviço de água vulnera seus direitos fundamentais e que, apesar de não haver pago as faturas, ela e seus filhos têm direito a receber até 50 litros de água diários cada um. Em lugar de fazer uma ponderação entre o direito à água e os princípios constitucionais que colisionavam com ele, nas circunstâncias do caso concreto, a Corte termina utilizando o critério do mínimo vital. Em última análise, estima que a provisão de 50 litros de água diários por pessoa é o mínimo vital do direito fundamental à água e exige a garantia deste mínimo à empresa demandada na ação de tutela.

## **6. O princípio de proporcionalidade como critério para a aplicação judicial do direito positivo de acesso à água**

O uso dos critérios de razoabilidade e do mínimo vital suscita interessantes questões. Uma possibilidade alternativa consiste em empregar o princípio de proporcionalidade.

Esse princípio já foi utilizado para dar efetividade ao direito à água em Israel. Assim o fez a Corte Suprema de Israel no antes mencionado caso Abu Massad.<sup>67</sup> Naquele caso, a Corte Suprema israelense devia responder à pergunta

---

finalidade principal de cobrar de maneira diferenciada (precisamente, por estratos) tais serviços, permitindo conceder subsídios aos grupos mais carentes. Há seis estratos sócio-econômicos. O estrato 1 é o mais baixo e o 6, o mais alto. A ideia geral é a de que os estratos mais altos (5 e 6) paguem mais do que lhe corresponde pelos serviços recebidos para subsidiar e fazer possível às pessoas dos estratos mais baixos (1, 2 e 3), especialmente do 1, desfrutar dos serviços públicos. A estratificação é prevista na Lei 142, de 1994, que regulamenta os princípios de solidariedade e redistribuição de renda que devem reger os serviços públicos domiciliares, conforme previsto no art. 367 da Constituição colombiana.

<sup>67</sup>Conferir: CA 9535/06 *Abadallah Abu Massad and Others v Water Commissioner and Israel Lands Administration*. *Adalah*, “Israeli Supreme Court: Arab Bedouin in the Unrecognized Villages in the Negev Have the Right to “Minimal Access to Water””, 6 June 2011. Disponível em: <<http://adalah.aiforms.com/eng/?mod=articles&ID=1634>>.

de até que ponto os beduínos que viviam em certos lugares de Negev, de assentamento ilegal, tinham direito a pedir que o Estado lhes instalasse conexões privadas de água em suas casas. Como antes se assinalou, a Corte aceitou que o direito à água era um direito fundamental implícito na Lei Fundamental sobre Dignidade Humana e Liberdade, de 1992. Todavia, assinalou que este não era um direito absoluto senão que em casos como *Abu Massad*, devia ser ponderado com interesses contrários mediante o uso do princípio de proporcionalidade.

Ao aplicar esse princípio nas circunstâncias daquele caso, a Corte considerou que a política do governo dirigida a recusar a instalação de aquedutos que chegassem até as casas dos beduínos em assentamentos ilegais e cidades não reconhecidas cumpria com as exigências do subprincípio de idoneidade. Era um meio idóneo para conseguir um objetivo legítimo. Se tratava de um incentivo para que os beduínos se reinstalassem em cidades e municípios planejados e regulados pelo governo. Por outro lado, o governo havia sido cuidadoso em estipular que, por razões humanitárias, devia prover-se água aos assentamentos beduínos mediante centros comunitários de água. De acordo com a Corte Suprema, graças a essa estipulação, a política do governo também se ajustava às exigências do subprincípio de necessidade. A existência de centros comunitários de água permitia aos beduínos transportar a água a reservas que tinham condições de construir dentro de seus assentamentos. Dessa forma, a política do governo era a forma mais benigna de incentivar a reinstalação dos beduínos em cidades estruturadas e governadas por planos estatais. Finalmente, na análise de proporcionalidade em sentido estrito, a Corte chegou à conclusão de que a política do governo não vulnerava o direito fundamental ao acesso à água porque só gerava para os beduínos o desconforto e os custos de ter que transportar a água desde os centros comunitários de água até seus lares nos assentamentos informais. De acordo com a Corte Suprema, a proporcionalidade é respeitada sempre e quando se mantenha o direito fundamental das pessoas a ter acesso a fontes de água, ainda que este implique moléstias e custos para os seus titulares. Embora os centros comunitários de água não oferecessem aos beduínos uma possibilidade de satisfação plena de seu direito de acesso à água, estes podiam optar por dita satisfação se decidissem realocar-se em cidades sujeitas ao governo e à planificação oferecida pelo Estado.

---

Conferir, sobre este caso: Sharmila L Murthy, Mark Williams and Elisha Baskin, “The Human Right to Water in Israel: A Case Study of the Unrecognised Bedouin Villages in the Negev”, 46 (1) *Israel Law Review* (2013) 25-59.

## 7. O princípio de proporcionalidade como o critério judicial mais apropriado para a aplicação dos direitos positivos à água

Nesta última seção, pretende-se defender a tese de que o princípio de proporcionalidade é o critério judicial mais apropriado para a aplicação dos direitos positivos à água.

Como antes foi exposto, as disposições internacionais e constitucionais que protegem o direito à água são indeterminadas. Além disso, a garantia efetiva desse direito se dá, em geral, no livre mercado dos serviços públicos, no qual participam agentes públicos e privados em competição. Dadas estas circunstâncias, é impossível imaginar a existência de algum critério objetivo para a proteção do direito à água, vale dizer, um critério que outorgue respostas que não dêem lugar a incertezas ou a desacordos. Isto não só é certo no que diz respeito ao princípio de proporcionalidade senão da razoabilidade ou do mínimo vital. Não obstante, isto não implica que tudo o que resta é arbitrariedade ou decisionismo. Nos sistemas jurídicos contemporâneos, a proteção dos direitos fundamentais na constituição caminha lado a lado com certos valores que emanam do constitucionalismo, da democracia deliberativa e do Estado de Direito. Esses valores são a racionalidade, imparcialidade, não arbitrariedade, previsibilidade das decisões futuras, respeito pela separação de poderes, legitimidade no exercício do controle de constitucionalidade e a prioridade dos direitos fundamentais. A aplicação judicial do direito à água deve respeitar, na maior medida possível, estes valores que em seguida serão explicados.

A democracia deliberativa implica os valores de racionalidade e imparcialidade. As decisões políticas que resolvem problemas de coordenação social e moral são legítimas quando são adotadas mediante um processo de deliberação que leva em conta todos os argumentos relevantes. Dentro de tal processo, é necessário justificar todas as decisões políticas e adotá-las dentro de um intercâmbio público de argumentos “defendidos por todos os participantes que defendem os valores de racionalidade e imparcialidade”, e no qual todos os afetados pela decisão possam participar de maneira direta ou indireta por meio de seus representantes.<sup>68</sup> Nesse contexto, o princípio da imparcialidade exige outorgar “uma adequada consideração aos interesses de todos os possíveis afetados”;<sup>69</sup> e o princípio da racionalidade se refere a certas exigências que devem cumprir as decisões judiciais. Ainda que não exista um consenso acerca

---

<sup>68</sup>Jon Elster, “Introduction”, in Id. (ed), *Deliberative Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) 8. Conferir, também: Amy Gutman y Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy* (Princeton: Princeton University Press 2004) 3.

<sup>69</sup> Conferir, sobre o conceito de imparcialidade, e sua crítica: Troy Jollimore, ‘Impartiality’, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2011), disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/impartiality/>>. Acesso em 9 de setembro de 2013.

de tais critérios, é geralmente aceito que, para ser racional, uma decisão judicial deve ser justificada conforme o Direito. Isso ocorre quando a justificação se expressa de maneira conceitualmente clara e em termos consistentes, e quando se cumprem as exigências de respaldo por premissas completas e exaustivas, com respeito à lógica e às cargas da argumentação que sejam relevantes.

O Estado de Direito implica o princípio de não arbitrariedade, previsibilidade das decisões dos juízes e das autoridades políticas, o respeito à separação de poderes e a imparcialidade. De acordo com o princípio do Estado de Direito,<sup>70</sup> as decisões judiciais de proteção dos direitos fundamentais não podem ser arbitrárias. Elas devem ser fundamentadas em razões plausíveis. Ademais, devem ser previsíveis, de tal maneira que indivíduos e autoridades possam conhecer o direito aplicável. Somado a isso, devem respeitar a integridade das competências das autoridades políticas.<sup>71</sup> Em particular, as decisões judiciais devem ser o resultado de um exercício legítimo do poder judicial que respeite as margens de discricionariedade dos representantes do povo na tomada de decisões políticas. Em uma democracia representativa, a legitimidade associada com a representação política mitiga a falta de certeza acerca da idoneidade das decisões políticas, e acerca das valorações normativas e empíricas relevantes que a adoção de tais decisões implica. Por último, no constitucionalismo, a proteção dos direitos fundamentais tem prioridade sobre outros bens e interesses políticos coletivos e individuais.

Em comparação com os critérios de razoabilidade e de mínimo vital, o princípio de proporcionalidade faculta aos juízes velar pelos valores antes mencionados em maior grau. O princípio de proporcionalidade protege a prioridade dos direitos fundamentais em maior grau que o princípio da razoabilidade.<sup>72</sup> Isso salta aos olhos em uma análise do caso *Mazibuko*. A Corte Constitucional da África do Sul não fez valer a prioridade do direito à

---

<sup>70</sup>Conferir, sobre a afirmação segundo a qual o Estado de Direito exclui a arbitrariedade: Martin Krygier, “Rule of Law”, em: Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 235 e 241.

<sup>71</sup>T. R. S. Allan sustenta que, quando o Estado de Direito se interpreta como um princípio do constitucionalismo, implica o princípio de separação de poderes. Conferir: *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003) Capítulo 2.

<sup>72</sup>Como sustentou Lord Diplock, quando emitiu o voto decisivo para a Sentença que a Câmara dos Lordes do Reino Unido proferiu no caso *GCHQ*, o critério de razoabilidade exige uma classe de irracionalidade que só pode ter lugar em uma “decisão que seja tão atroz em sua oposição com a sana lógica e a moral, que nenhuma pessoa sensata pudesse haver chegado a essa conclusão”. A exigência desse grau extremo de irracionalidade mina a prioridade dos direitos fundamentais. Conferir: *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 410.

água como direito fundamental. Ignorou por completo que, de acordo com o censo de 2001, em Phiri, viviam 8,8 pessoas por casa. Dessa forma, a política de 6 quilolitros mensais por casa que a Corte declarou ajustada à Constituição implicava que, em média, em Phiri, cada pessoa tinha direito a tão somente 23 litros de água. Essa provisão só era suficiente para duas semanas e não para um mês inteiro.

Ademais do afirmado acima, à diferença do critério de razoabilidade e do mínimo vital, o princípio de proporcionalidade tem uma estrutura argumentativa racional e transparente.<sup>73</sup> É um critério com uma estrutura que, de forma aberta, leva em conta todas as razões jurídicas, metodológicas e morais a favor e contra a constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais, assim como os interesses de todas as partes que podem ver-se afetadas por tal limitação.<sup>74</sup> Desta maneira, o princípio de proporcionalidade permite que haja uma crítica informada das decisões judiciais. Por sua vez, esse princípio impede decisões arbitrárias atinentes aos direitos. Os juízes e as autoridades políticas devem justificar as limitações aos direitos fundamentais uma vez que hajam considerado todos os argumentos e interesses em jogo.<sup>75</sup> Pelo contrário, o critério do mínimo vital leva a que os juízes se preocupem unicamente com um dos fatores relevantes na análise de constitucionalidade, isto é, determinar se o mínimo do direito foi satisfeito. Ademais, o princípio de proporcionalidade é mais respeitoso com a separação de poderes e a democracia representativa que a razoabilidade e o mínimo vital, e torna possível que as autoridades judiciais levem a cabo o controle de constitucionalidade de uma maneira mais legítima. A estrutura do princípio de proporcionalidade permite a inclusão de uma análise das margens de discricionariedade das autoridades políticas.<sup>76</sup> Além disso, o

---

<sup>73</sup>Conferir: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) 375 s., 460 s.

<sup>74</sup>Conferir: Kai Möller, “Proportionality: Challenging the Critics”, 3 (10) *International Journal of Constitutional Law* (2012) 717, 726; e Carles-Maxime Panaccio, “In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication”, 24 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (2011) 109–128.

<sup>75</sup>Conferir: Mattias Kumm, “The Idea of Socratic Constestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, 1 (4) *Law and Ethics in Human Rights* (2010) 142-175.

<sup>76</sup>Conferir, sobre o desenvolvimento de uma teoria do princípio de proporcionalidade dentro das margens discricionais do juiz: Julian Rivers, “Proportionality and Discretion in International and European Law”, em N. Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) 108; e Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, 1 (10) *International Journal of Constitutional Law* (2012) 69-105.

princípio de proporcionalidade impulsiona um diálogo entre os juízes, o legislador e o executivo.<sup>77</sup>

Este caráter compreensivo e aberto do princípio de proporcionalidade mostra-se, com toda clareza, na Sentença do caso Abu Massad, na qual a Corte Suprema de Israel leva em conta tanto o direito fundamental à água dos beduínos, como o objetivo estatal de incentivar a reinstalação desses povoados em cidades formalizadas. Nesse sentido, o princípio de proporcionalidade é superior ao critério da razoabilidade. Se o Juiz Tsoka, da Corte Suprema, houvesse utilizado o princípio de proporcionalidade, haveria considerado o custo que para a Cidade de Johannesburgo ocasionava sua sentença de primeira instância em Mazibuko, ao incrementar a quantidade de água gratuita de 25 a 50 litros diários por pessoa.

Além disso, no que tange a esse aspecto também pode ser vista a superioridade do princípio de proporcionalidade sobre o critério do mínimo vital. Se a Corte Constitucional colombiana houvesse utilizado o princípio de proporcionalidade em sua Sentença T-740, de 2011, haveria levado em conta os direitos da empresa de serviços públicos domiciliares a que, em última análise, impõe a carga de subsidiar em 50% a água gratuita que se fornece à petionária na ação de tutela.<sup>78</sup> No marco de um Estado Social de Direito, em princípio, o destinatário do direito à água, ou seja, quem tem o dever de satisfazer o titular do direito, é o Estado e não as empresas de serviços públicos domiciliares. No marco do regime constitucional de um Estado Social de Direito, a comunidade política, representada pelo Estado, é aquela que, em sentido estrito, tem a função de satisfazer as necessidades básicas do indivíduo quando este ou sua família não tenham capacidade para fazê-lo. Esta não é uma função própria das empresas de serviços públicos. Se isso é assim, então não se entende por que a empresa de serviços públicos domiciliares só pode recuperar 50% do valor da água mínima que deve prover aos sujeitos de especial proteção constitucional, ademais de instalar a seu cargo os restritores correspondentes. O destinatário desse direito é o Estado que, por conseguinte, deveria restituir a tais empresas 100% do custo da água que elas fornecessem aos sujeitos de especial proteção constitucional. Atribuir às empresas de serviços públicos o subsídio de 50% da água desconhece as exigências que derivam da livre iniciativa e os demais direitos constitucionais e legais das empresas de serviços públicos domiciliares.

Após uma aplicação adequada do princípio de proporcionalidade, a Corte Constitucional colombiana, em princípio haveria que concluir que resulta

---

<sup>77</sup>Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) 465 s.

<sup>78</sup>Conferir, para uma crítica detalhada a esta sentença: Carlos Bernal, “El derecho fundamental al agua y su intrincada satisfacción”, 17 (1) *Letras Jurídicas* (2012) 23-48.

proporcional que os sujeitos de especial proteção constitucional recebam uma quantidade mínima de água diária. O Estado é o destinatário deste direito fundamental e, portanto, o competente para sufragar o custo desta quantidade de água. A proporcionalidade desta medida deriva da constatação de que enquanto a carência de água mínima representa uma afetação severa dos direitos fundamentais dos sujeitos de especial proteção constitucional, o fornecimento do subsídio por parte do Estado só pode supor uma intervenção média ou leve nas finanças públicas. No entanto, por razões técnicas e logísticas, é provável que as empresas de serviços públicos domiciliares não suspendam o serviço de água, ante à falta de pagamento da fatura por parte de um sujeito de especial proteção constitucional e que continuem fornecendo a quantidade mínima de água diária. Todavia, o Estado deveria reembolsar a estas empresas 100% do custo da água gratuita que distribuam. Reembolsar só 50% desse custo retira do Estado social sua responsabilidade e a traslada às empresas de serviços públicos. Dessa forma, tal regra afeta desproporcionalmente os direitos constitucionais dessas empresas, em especial, a livre iniciativa, as demais liberdades econômicas fundamentais e o direito à estabilidade e ao respeito dos direitos adquiridos, que tem ligação aos princípios de legalidade, boa fé e confiança legítima.

Uma última consideração deve ser feita em relação à possibilidade de considerar as empresas de serviços públicos domiciliares como destinatárias do direito fundamental à água. Como mostrou Anna F. S. Russell, investigadora da Universidade de Oxford, existe um crescente temor entre as empresas multinacionais que se dedicam à prestação do serviço público de água potável (como a francesa Suez) frente à possibilidade de que se estabeleça a seu cargo o dever de prover água gratuita e que o fornecimento de água gratuita repercuta negativamente em desperdícios de água que coloquem em risco a sustentabilidade deste recurso.<sup>79</sup> Russell também mostrou que, nesse terreno, tais empresas começaram a aplicar os princípios da responsabilidade social empresarial para fazer-se a si mesmas responsáveis por cumprir em sua atividade com os padrões internacionais de direitos humanos.<sup>80</sup> É assim que a multinacional francesa Suez considera a si mesma como um agente “implementador” do direito humano à água.<sup>81</sup> A AquaFed, por sua vez,

---

<sup>79</sup> Anna F. S. Russell, “International Organizations and Human Rights: Realizing, Resisting or Repackaging the Right to Water?” 9 (1) *Journal of Human Rights* (2010) 1-12.

<sup>80</sup> Anna F. S. Russell, “Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water”, 7 *International Journal of Law in Context* (2011) 1-30.

<sup>81</sup> Anna F. S. Russell, “Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water”, 7 *International Journal of Law in Context* (2011) 12.

reconhece, sem rodeios, a existência deste direito.<sup>82</sup> Desde logo, este papel das empresas prestadoras de serviços públicos também está reconhecido no Comentário Geral nº 15, antes citado. Nos parágrafos 27, 49 e 50, o Comentário enfatiza a necessidade de colaboração entre os estados e o setor privado para garantir a eficaz proteção do direito à água. As empresas prestadoras do serviço de água podem ver na proteção desse direito uma imensa oportunidade de negócios. Se os estados operarem decididamente para garantir a universalidade do direito à água dentro de seu território, muito provavelmente recorrerão às empresas prestadoras desse serviço para que forneçam água da maneira mais eficaz possível. Por isso, não surpreende o interesse de Suez na promoção do direito humano à água – seu slogan principal é “converter o direito à água em uma realidade” –, nem que seus executivos considerem que este direito oferece mais oportunidades de negócios que riscos.<sup>83</sup> É por esta razão que companhias como Suez decidiram desenvolver planos de responsabilidade social empresarial para facilitar o acesso dos mais pobres ao fornecimento de água em países da América Latina (Argentina e Bolívia) e da África nos quais tem contratos. Contudo, estes planos de responsabilidade social empresarial dependem da auto-regulação e da vontade de cada companhia. Como os executivos de AquaFed assinalam, o papel do setor privado consiste em fazer efetivo o direito à água. Todavia, o setor “só leva a cabo as tarefas que lhe encarregam as autoridades públicas, que têm o dever de satisfazer o direito à água”.<sup>84</sup>

À luz do exposto acima, uma pergunta relevante, nos casos em que se aplique o princípio de proporcionalidade em relação à satisfação do direito à água, é se, no marco geral do regime de prestação dos serviços públicos, existe alguma razão ligada aos benefícios econômicos que as empresas prestadoras públicas e privadas derivam de dita atividade, que justifique a atribuição a elas de deveres de subsídio atinentes à provisão de água a todos os indivíduos. Se nas circunstâncias de um caso concreto existisse uma razão semelhante, então, em virtude da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, estaria justificado considerar uma empresa prestadora do serviço de água como destinatária do direito fundamental à água. Pelo contrário, de não existir uma razão semelhante, o Estado deveria permanecer como o destinatário deste direito e como o

---

<sup>82</sup> Anna F. S. Russell, “Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water”, *7 International Journal of Law in Context* (2011) 13.

<sup>83</sup> Anna F. S. Russell, “Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water”, *7 International Journal of Law in Context* (2011) 14.

<sup>84</sup> Anna F. S. Russell, “Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water”, *7 International Journal of Law in Context* (2011) 18.

responsável exclusivo de sua satisfação. De modo paralelo, a assunção de deveres a esse respeito por parte das empresas prestadoras do serviço seria voluntária. Dependeria da vontade de cada empresa assumir e satisfazer este direito como parte de sua responsabilidade social empresarial.

## 8. Bibliografia

### 8.1. Fontes primárias de direito internacional

Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Observação Geral No. 15. Disponível em em: <[http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Direitos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Direitos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html)>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

Organização das Nações Unidas, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

Organização das Nações Unidas, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=13&pid=497>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

Organização das Nações Unidas, Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

Organização das Nações Unidas, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

Organização das Nações Unidas, Resolução 64/292 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 28 de julho de 2010. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement>>. Acesso em 15 de setembro de 2013.

Organização das Nações Unidas, Resolução 15/9 de Setembro de 2010 do Conselho de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/36/PDF/G1016636.pdf?OpenElement>>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

Organização Mundial da Saúde (OMS), Relatório sobre la quantidade de água domiciliaria, el nivel del servicio y la saúde e ONU/WWAP (Nações Unidas/Programa Mundial de Avaliação dos Recursos Hídricos). 2003. 1er Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos

Hídricos en el Mundo: Agua para todos, agua para la vida. Paris, Nova York e Oxford. UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e Berghahn Books. Disponível em: <[http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/WSH03.02.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf)>. Acesso em 11 de outubro de 2013.

## **8.2. Fontes primárias de direito comparado**

Constitución de la República Oriental del Uruguay. Disponível em: <<http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm>>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

Constitución de la República de Sudáfrica. Disponível em: <<http://www.southafrica.org.ar/pdf/Constituci%F3n.pdf>>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. Disponível em: <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad de Israel: Disponible em: <[http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm)>. Acesso el 10 de octubre de 2013.

## **8.3. Jurisprudência**

### **8.3.1 Câmara dos Lordes do Reino Unido**

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] 1 AC 410.

Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind [1991] 1 AC 696.

### **8.3.2 Corte Constitucional colombiana**

Sentença T-578 de 1992, Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero.

Sentença T-539 de 1993, Magistrado Relator Carlos Gaviria Díaz.

Sentença T-140 de 1994, Magistrado Relator Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentença T-235 de 1994, Magistrado Relator Antonio Barrera Carbonell.

Sentença T-244 de 1994, Magistrado Relator Hernando Herrera Vergara.

Sentença T-380 de 1994, Magistrado Relator Hernando Herrera Vergara.

Sentença T-523 de 1994, Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero.

Sentença T-092 de 1995, Magistrado Relator Hernando Herrera Vergara.

Sentença T-207 de 1995, Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero.

Sentença T-379 de 1995, Magistrado Relator Antonio Barrera Carbonell.  
 Sentença T-413 de 1995, Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero.  
 Sentença T-018 de 1998, Magistrado Relator Carlos Gaviria Díaz.  
 Sentença T-881 de 2001, Magistrado Relator Marco Gerardo Monroy Cabra.  
 Sentença C-150 de 2003, Magistrado Relator Manuel José Cepeda Espinosa.  
 Sentença T-410 de 2003, Magistrado Relator Jaime Córdoba Triviño.  
 Sentença T-1205 de 2004, Magistrado Relator Marco Gerardo Monroy Cabra.  
 Sentença T-1104 de 2005, Magistrado Relator Jaime Araújo Rentería.  
 Sentença T-270 de 2007, Magistrado Relator Jaime Araújo Rentería.  
 Sentença T-022 de 2008, Magistrado Relator Nilson Pinilla Pinilla.  
 Sentença T-888 de 2008, Magistrado Relator Marco Gerardo Monroy Cabra.  
 Sentença T-381 de 2009, Magistrado Relator Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.  
 Sentença T-616 de 2010, Magistrado Relator Luis Ernesto Vargas Silva.  
 Sentença T-740 de 2011, Magistrado Relator Humberto Antonio Sierra Porto.

### 8.3.3 Corte Constitucional da África do Sul

Government of the Republic of South Africa v. Grootboom 2000 (11) BCLR 1169 (CC) (S. Afr.).  
 Minister of Health v Treatment Action Campaign (No. 2) 2002 5 SA 721 (CC).  
 Mazibuko v City of Johannesburg 2009 (39) BCLR 239 (CC) (S. Afr.).

### 8.3.4 Corte Suprema de Israel

Legislative Appeal 3829/04 *Twito v Municipality of Jerusalem* 2004 PD 59(4) 769, 779.  
 CA 9535/06 *Abadallah Abu Massad and Others v Water Commissioner and Israel Lands Administration*. Adalah, “Israeli Supreme Court: Arab Bedouin in the Unrecognized Villages in the Negev Have the Right to “Minimal Access to Water””, 6 June 2011. Disponível em: <<http://adalah.org/eng/?mod=articles&ID=1634>>. (Acesso em 10 de outubro de 2013).

### 8.3.5 Corte Suprema da África do Sul

*Mazibuko et al v City of Johannesburg et al*, 2008 (4) SA 471 (W).

## 8.4. Doutrina

Thomas Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 *The Yale Law Journal* (1987) 943 s.  
 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002).  
 Robert Alexy, *On Constitutional Rights to Protection*, 3 *Legisprudence* (2009) 1 s.

- T. R. S. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003).
- Rodolfo Arango, Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy, 16 (2) *Ratio Juris* (2003) 143 s.
- Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).
- Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª Edición, 2007).
- Carlos Bernal, El derecho fundamental al água y su intrincada satisfacción, 17 (1) *Letras Jurídicas* (2012) 23 s.
- David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Jacco Bomhoff, Genealogies of Balancing as Discourse, 1 (4) *Law & Ethics of Human Rights* (2010) 108 s.
- Xenophon Contiades y Almene Fotiadou, Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation, 10 (3) *International Journal of Constitutional Law* (2012) 660 s.
- Ronald Dworkin, Hard Cases, 88 (6) *Harvard Law Review* (1975) 1057 s.
- Jon Elster, Introduction, in Id. (ed), *Deliberative Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) 8 s.
- Varun Gauri e Daniel M. Brinks, Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights, in: Varun Gauri e Daniel M. Brinks (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) 2 s.
- Amy Gutma y Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy* (Princeton: Princeton University Press 2004) 3 s.
- Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996).
- Troy Jollimore, Impartiality, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2011). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/impartiality/>> (Acesso em 9 de setembro de 2013).
- Jeff King, *Judging Social Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).
- Matthias Klatt y Johannes Schmidt, Epistemic Discretion in Constitutional Law, 1 (10) *International Journal of Constitutional Law* (2012) 69 s.
- Martin Krygier, Rule of Law, in: Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 235 s.
- Mattias Kumm, What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements, in: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Oxford: Hart Publishing, 2007) 131 s.
- Mattias Kumm, The Idea of Socratic Constestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review, 1 (4) *Law and Ethics in Human Rights* (2010) 142 s.

- David Landau, The reality of Social Rights Enforcement, 53 *Harvard International Law Journal* (2012) 190 s.
- David Landau, The Promise of a Minimum Core Approach: The Colombian Model for Judicial Review of Austerity Measures, in: Aoife Nolan (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis* (Cambridge, CUP, no prelo, 2014).
- Malcolm Langford y Anna Russell, Global Precedent or Reasonable No More?: the Mazibuko case, 19 *Water Law* (2008) 73 s.
- Ligia Alba Melo e Jorge Enrique Ramos, Algunos aspectos fiscales y financieros del sistema de saúde en Colombia, 624 *Borradores de economía*, (2010) 1 s.
- Frank I. Michelman, Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away, 6 *International Journal of Constitutional Law* (2008) 667 s.
- Kai Möller, Proportionality: Challenging the Critics, 3 (10) *International Journal of Constitutional Law* (2012) 717 s.
- Sharmila L Murthy, Mark Williams e Elisha Baskin, The Human Right to Water in Israel: A Case Study of the Unrecognised Bedouin Villages in the Negev, 46 (1) *Israel Law Review* (2013) 25-59.
- Paul O'Connell, The Death of Socio-Economic Rights, 74 (4) *Modern Law Review* (2011) 532 s.
- Carles-Maxime Panaccio, In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication, 24 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (2011) 109 s.
- John Rawls, *Political Liberalism* (New York, N. Y.: Columbia University Press, 1993).
- Julian Rivers, Proportionality and Discretion in International and European Law”, in: N. Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) 108 s.
- Anna F. S. Russell, International Organizations and Human Rights: Realizing, Resisting or Repackaging the Right to Water? 9 (1) *Journal of Human Rights* (2010) 1 s.
- Anna F. S. Russell, Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water, 7 *International Journal of Law in Context* (2011) 1 s.
- Bernhard Schlink, Proportionality (1), in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (eds.) (Oxford: Oxford University Press, 2012) 721 s.
- Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An Assault on Human Rights, 3 (7) *International Journal of Constitutional Law* (2009) 468 s.
- Grégoire Webber, Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, 23 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (2010) 180 s.
- Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
- Murray Wesson, Reasonableness in Retreat? The Judgment of the South African Constitutional Court in *Mazibuko v City of Johannesburg*, 11 (2) *Human Rights Law Review* (2011) 400 s.
- Alicia E. Yamin e Oscar, Parra-Vera, How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court, 6 (2) *PLoS Med* (2009) 147 s.
- Katherine Young, *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012).