

## O DIREITO HUMANO É FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

Débora Regina Menegat\*

**Resumo:** O saneamento básico é elemento que se relaciona com as condições de existência do homem nas mais variadas esferas da vida, nas dimensões da saúde, moradia, meio ambiente, entre outros, enquanto exigência do primado da dignidade da pessoa humana. O presente estudo visa a examinar o saneamento básico, classificado no Brasil como serviço público essencial e disciplinado pela Lei nº 11.445/07, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da Constituição Federal brasileira, a partir do exame da dogmática dos direitos fundamentais e suas eficácias. O reconhecimento de um direito ao saneamento básico, enquanto direito humano e fundamental, impõe sem demora uma ressignificação do saneamento enquanto política pública, garantindo-se seu acesso universal e realização progressiva.

**Palavras-chave:** Saneamento básico. Direito humano. Direito fundamental. Acesso à água. Acesso ao esgotamento sanitário. Lei nº 11.445/07. Serviço público essencial.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O saneamento básico no Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3. O direito ao saneamento básico na ordem constitucional brasileira. 3.1. Eficácias normativas do direito ao saneamento básico. 3.1.1. Eficácia negativo-defensiva do direito ao saneamento básico. 3.1.2. Eficácia positivo-prestacional do direito ao saneamento básico. a) Direitos à proteção. b) Direitos a prestações em sentido estrito. c) Direitos à organização e ao procedimento em relação ao saneamento básico. 4. O marco legal do saneamento básico no Brasil. Considerações finais. Referências.

### The human and fundamental right to basic sanitation

**Abstract:** Basic sanitation is an element that relates to the conditions of man's existence in the most varied spheres of life, in the dimensions of health, housing, environment, among others, as a requirement of the primacy of the dignity of the human person. The present study aims to examine

---

\* Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela PUCRS. Mestre em Planejamento Urbano e Regional pelo PROPUR-UFRGS. *E-mail:* menegat@mprs.mp.br.

basic sanitation, classified in Brazil as an essential public service and disciplined by Law nº 11.445/07, in the light of International Human Rights Law and the Brazilian Federal Constitution, from the examination of the dogmatics of fundamental rights and their effectiveness. The recognition of a right to basic sanitation, as a human and fundamental right, without delay imposes a new meaning of sanitation as a public policy, guaranteeing its universal access and progressive realization.

**Keywords:** Basic sanitation Human right. Fundamental right. Access to water. Access to sanitary sewage. Law nº 11.445/07. Essential public service.

**Summary:** 1. Introduction 2. Basic sanitation in international human rights law. 3. The right to basic sanitation in the Brazilian constitutional order. 3.1. Normative effects of the right to basic sanitation 3.1.1. Negative-defensive effectiveness of the right to basic sanitation 3.1.2. Positive-service effectiveness of the right to basic sanitation a) Rights to protection b) Rights to benefits in the strict sense. c) Rights to the organization and the procedure in relation to basic sanitation 4. The legal framework of basic sanitation in Brazil. 5. Final considerations. Bibliographic references.

## 1 Introdução

No Brasil e no mundo o acesso à água potável e à coleta dos esgotos ainda é um sério problema a ser enfrentado. Conforme dados levantados pelo SNIS 2018, 83,6% da população brasileira possui acesso à água tratada; no que se refere aos serviços de coleta e afastamento (transporte) dos esgotos, apenas 53,2% da população brasileira possui acesso à coleta de esgotos por rede, sendo que, destes esgotos coletados, 74,5% são tratados, ou seja, dispostos adequadamente no meio ambiente (SNIS, 2018).

Organismos nacionais e internacionais que atuam no combate à erradicação da pobreza, empoderamento da população e melhoria das condições de saúde e qualidade de vida são uníssonos em apontar a importância do saneamento básico nas mais variadas esferas da vida; sua falta impacta na saúde, especialmente a infantil, sendo uma das principais causas de mortalidade dessa faixa etária. Um país que não investe em saneamento arca com um custo alto em saúde pública, mormente diante de internações hospitalares em razão de doenças diarreicas. Estudos (TRATA BRASIL, 2017) apontam que a cada R\$1,00 investido em saneamento economizam-se R\$ 4,00 em saúde pública. Além disso, a ausência de saneamento básico ou sua deficiência, além de gerarem desvalorização imobiliária e degradação urbana e ambiental, é causa de evasão escolar e de faltas reiteradas ao trabalho, refletindo sobremaneira no IDH de uma nação, nas dimensões de educação, saúde e renda.

Sendo o acesso ao saneamento básico essencial à vida humana, reconhecê-lo como direito (humano e fundamental) exige, sem demora, a sua ressignificação enquanto política pública. O presente estudo pretende contribuir para o tema, apresentando uma análise dogmático-constitucional desse direito.

## **2 O saneamento básico no direito internacional dos direitos humanos**

Mudanças climáticas, poluição, contaminação das fontes e escassez da água potável, agravada pelo acirramento da competição pelos seus diversos usos no mundo, tendem a sobejar holofotes na proteção e promoção do direito à água, como recurso natural intergeracional indispensável à vida.<sup>1</sup>

A ONU reconhece que a água é essencial à vida, mas somente servirá efetivamente a este fim, se for acessível, inclusive para uso pessoal e doméstico, e segura a todas as pessoas (WHO, 2003), sendo sua disponibilidade a forma de combater a extrema pobreza, reduzir desigualdades e controlar a poluição.

Segundo relatório da Organização Mundial da Saúde (WHO, 2017), três em cada dez pessoas – ou seja, 2,1 bilhões – não têm acesso a água potável de forma adequada e segura, e seis em cada dez – o equivalente a 4,5 bilhões – carecem de saneamento seguro (ONU BR, 2017).

Percebendo que a falta de acesso à água potável e ao saneamento acarretam inúmeros impactos negativos em uma série de outros direitos humanos, como qualidade de vida, moradia digna, saúde, segurança, educação, privacidade, entre outros (WHO, UN-HABITAT e UNHR, Fact Sheet nº 35, 2010), comprometendo o próprio direito à vida, o direito à água passa, a partir de determinado momento, de uma perspectiva ecológica para também antropocêntrica, reconhecendo-se o direito ao acesso à água potável e ao saneamento como direito humano e, logo, incumbindo aos Estados despender esforços para a sua realização progressiva como forma de garantir a vida, saúde, privacidade, segurança, dentre outros, alicerçados no valor maior da dignidade da pessoa humana.

Apesar dessa aparente segmentação, tanto a proteção do meio ambiente quanto a proteção dos direitos humanos têm-se mostrado como prioridades da agenda internacional, urgindo cada vez mais, com a globalização, a convergência de seus regimes de proteção (TRINDADE, 1993, p. 200).

Ademais, segundo Cançado Trindade (1993, p. 221-222), considerando a unidade e indivisibilidade dos direitos humanos e a sua interdependência com os demais direitos – inclusive os chamados de solidariedade, donde se inclui o direito ao meio ambiente sadio – é inadequada a discussão sustentada por parte da doutrina acerca das gerações de direitos, pois no mais das vezes essa classificação serve para postergar a realização dos direitos humanos. A perspectiva, para o autor, deve ser outra:

---

<sup>1</sup> Nesse passo citam-se: Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo/72), a Conferência das Nações Unidas sobre Água em Mar del Plata de 1977, e a Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente de Dublin em 1992; a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92); a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo (Rio+10/2002). Também assim veja-se a Resolução 47/193 da Assembleia-Geral da ONU, o Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o desenvolvimento dos Recursos Hídricos 2017 e o Objetivo 6 do ODS.

Estes novos direitos não restringem, mas sim ampliam, aprimoram e fortalecem o *corpus* dos direitos humanos já reconhecidos; revelam novas dimensões de implementação dos direitos humanos e contribuem a clarificar o contexto social em que todos os direitos humanos se inserem. Além disso, levantam um desafio: o da necessidade de expandir e enriquecer até mesmo o nosso próprio universo jurídico-conceitual, de repensar todo o direito em face da complexidade das novas e múltiplas relações jurídicas que se apresentam, para fazer face às novas exigências de proteção do ser humano na esfera global e para estabelecer as bases de um futuro direito comum da humanidade, com as correspondentes obrigações *erga omnes*. (TRINDADE, 1993, p. 226).

E de fato, qualquer discussão sobre as gerações de direitos que não seja para historiar sua evolução deve ser vista com cuidado (FREITAS, 2013), na medida em que os direitos reconhecidos nas Cartas de Direitos, sejam de cunho liberal, social ou os de natureza difusa, formam um conjunto uno e indissociável, conforme asssentado pela Convenção de Viena (ONU, 1969), não se repelindo. Além disso, por serem os direitos humanos interdependentes, a “não realização de um deles compromete a realização de todos os outros”:

[...] A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais. É o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos. (COMPARATO, 2017, p. 351).

Sem dúvidas, urge, na lição de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2017, p. 65), conciliar os direitos de natureza liberais e sociais, estes últimos como projetos inacabados da modernidade, com os chamados direitos de solidariedade, donde se inclui o direito ao meio ambiente e que, também humanos, demandam ainda um grau maior de reconhecimento em um mesmo projeto jurídico-político para a comunidade estatal e para o desenvolvimento existencial do ser humano, promovendo uma ressignificação do Estado de Direito (liberal e social) para também um Estado Socioambiental.

Nesse passo, a inter-relação entre os direitos em prol do homem vem se materializando em documentos de direito internacional de proteção dos direitos humanos, como é o caso do Protocolo de San Salvador (1988), adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, ao reconhecer o direito ao meio ambiente sadio como inerente ao homem (artigo 11).

Demais disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em importante precedente (Opinião Consultiva nº 23/17, de 15 de novembro de 2017), ressaltou esta interação entre os direitos de “gerações distintas” de forma clara, ao afirmar que a salvaguarda do direito à vida, que tem sua fundamentalidade

assentada na Convenção Interamericana, depende da realização dos demais direitos, inclusive do direito ao meio ambiente. A proteção ao meio ambiente, alerta a Corte, é uma condição para a vida digna, incumbindo aos Estados deveres de proteção (de não afetar, de qualquer modo, a esfera do direito) e de garantir (prevenindo, regulamentando, disponibilizando meios, fiscalizando, responsabilizando) o direito à vida e integridade pessoal afetados pelos danos ao meio ambiente, segundo princípios regentes do direito ambiental (ONU – CIDH, 2017, p. 47 e ss.).

De qualquer modo, a consagração no direito internacional do direito do acesso à água potável e ao saneamento como direitos autônomos e pela perspectiva dos direitos humanos impõe, vale dizer, a atenção do cenário internacional para esses temas, tão caros para o desenvolvimento da humanidade, indicando que o acesso a eles, como refere a própria ONU, é muito mais do que uma comodidade ou medida assistencial, mas uma ação (e direito) essencial a todas as pessoas.

O direito ao acesso à água potável e ao saneamento como direito humano já tem sido tema pauta no cenário internacional há um bom tempo. A Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.377/02, e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90, já dispunham a respeito. Outros atos internacionais sobrevieram reforçando esse direito, como a Agenda 21, o Plano de Ação da Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento, do Cairo, em 1994 – reconhecendo que o direito a um adequado padrão de vida para si e seus familiares inclui alimentação adequada, vestuário adequado, moradia e água potável e saneamento – e a Agenda Habitat II, reconhecendo o acesso à água potável e ao saneamento como decorrentes de um adequado padrão de vida. Mais recentemente, está a Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (2007), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009.

Além disso, o direito ao acesso à água potável e ao saneamento vêm implícitos, segundo a ONU (WHO, UN-HABITAT e UNHR, Fact Sheet nº 35, 2010, p. 5-6), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, ao assegurar o direito à vida.

Ainda, ambos os direitos humanos – o direito ao acesso à água potável e o direito ao saneamento – são direitos derivados da dignidade da pessoa humana, do direito ao adequado padrão de vida e à saúde física e mental, já reconhecidos por meio do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigos 11 e 12, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591/92.

A explicitação do direito ao acesso à água potável como expressão do direito a um nível adequado de vida e à saúde veio claramente apontada pelo Comitê das Nações Unidas para os direitos econômicos, sociais e culturais, que, dando interpretação a estes artigos 11 e 12, elaborou, em 2002, o Comentário-geral nº 15.

O Comentário-Geral<sup>2</sup> nº 15 explicitou o conteúdo normativo do direito ao acesso à água potável, expressos por meio de liberdades e de prestações, como sendo o direito ao acesso ao fornecimento de água necessário, bem como a um sistema de abastecimento e gestão da água que ofereçam iguais oportunidades de desfrutá-lo e a não ser objeto de ingerências por parte do poder público ou de terceiros. Ficam, no documento, assentadas características como a disponibilidade, qualidade, acessibilidade física e econômica, não discriminação e o direito à informação.

Foi, entretanto, a Resolução de 28 de julho de 2010, A/RES/64/292, da Assembleia-Geral da ONU, que reconheceu expressamente *o direito ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário/saneamento básico* como direito humano essencial para que todos os demais possam ser usufruídos. Apesar de ser um documento jurídico, sua natureza, relacionada pela doutrina como *soft law*, constitui-se em pauta diretiva e interpretativa, não obrigatória, mas formadora do *opinio juris* e manifestação do *costume*, exercendo pressão política sobre os estados (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2014, p. 194 e ss.). De todo o modo, a Resolução exorta os Estados para que providenciem recursos, tecnologia e capacitação, com a assistência e cooperação internacional, para implementar a provisão de água potável e saneamento para todos de forma segura, limpa e acessível, inclusive financeiramente.

A consolidação do reconhecimento desses direitos, todavia, não passou livre de tensionamentos e andou a passos lentos até a sua formalização, conforme relata Maude Barlow (2012), assessora sobre água do 63 Presidente da Assembleia-geral das Nações Unidas. Barlow lembra que após a edição desta Resolução, o Conselho de Direitos Humanos da ONU apresentou também a Resolução A/HRC/RES/15/9, de setembro de 2010, sendo, nela, mais assertivo, reconhecendo que o direito à água potável e ao saneamento faz parte do direito internacional, vinculante aos Estados-partes, e recomendando que os governos dessem especial atenção aos grupos vulneráveis e marginalizados, adotando um marco normativo eficaz para todos os prestadores de serviço e garantindo medidas eficazes contra violações (2012, p. 189).

---

<sup>2</sup> O Comentário-geral reveste-se de natureza interpretativa do tratado a que se refere. Nesse ponto, Valerio de Oliveira Mazuolli assevera que, sendo a interpretação dada por um órgão não judicial indicado pelos Estados partes, cuja autoridade lhes é outorgada para tanto, que aceitam a ela se submeter à interpretação, então esta se torna obrigatória (MAZUOLLI, 2011, p. 264-265).

A atenção ao direito à água potável e ao saneamento não parou por aí. Com vistas ao desenvolvimento mundial, foram definidos em 2000 pela Assembleia-Geral da ONU os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM). Dentre eles, o objetivo 7 visou a assegurar um desenvolvimento sustentável, cuja meta era de reduzir para metade, até 2015, a proporção da população sem acesso à água potável e ao saneamento básico. A meta, principalmente no que diz com o esgotamento sanitário, não foi alcançada (HELLER; NEVES-SILVA), persistindo-se nela, em 2015, com a superveniência dos objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS), para levar adiante a agenda de desenvolvimento pós-2015.<sup>3</sup>

Nos ODS, coube ao objetivo 6 da Agenda 2030 *assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos*, estabelecendo, até 2030, diversas metas, como o acesso universal e equitativo à água potável e segura para todos e o acesso ao saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, reduzindo-se à metade a proporção de águas residuais não tratadas e apoiando e fortalecendo a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento.

Foi exatamente nesse cenário dos ODS que nasce, enfim, a Resolução A/RES70/169, adotada pela Assembleia-geral da ONU em dezembro de 2015. Complementando e atualizando a anterior (Resolução A/Res/64/292), propõe-se, agora, a ser mais enfática, com o objetivo de atingir a meta 6 para 2030. Para tanto:

1. reafirma o direito humano à água potável e ao saneamento como componentes do direito de um adequado padrão de vida de forma essencial para o desfrute dos demais direitos humanos;
2. reconhece que o *direito humano à água potável* deve ser *universal, acessível, suficiente, seguro, sem discriminação*, para uso pessoal e doméstico; que o *direito humano ao saneamento* deve ser *universal, acessível, sem discriminação*, em todas as esferas da vida, devendo ser o acesso seguro e *protegido, higiênico, socialmente e culturalmente aceitável*, providenciando privacidade e garantindo dignidade;
3. exorta os Estados-parte a:
  - garantir a *realização progressiva* do direito humano à água potável e ao saneamento a todos *sem discriminação*, eliminada a desigualdade de acesso a pessoas e grupos marginalizados ou vulneráveis por questões de raça, gênero, idade, deficiência, cultura, localização (inclusive de áreas urbanas e rurais) e outras relevantes;
  - comprometer-se a implementar a meta do objetivo 6 dos ODS;
  - monitorar continuamente a implementação dos direitos humanos à água potável e ao saneamento;

---

<sup>3</sup> Conforme <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

- identificar padrões e falhas com vistas a respeitar, proteger e implementar o direito humano para todas as pessoas, incorporando as causas estruturais nas políticas públicas e de planejamento;
  - promover a igualdade de gênero em programas voltados a implementação do direito humano, com vistas a reduzir o tempo que mulheres e crianças levam para coletar água e o impacto negativo que a falta de acesso ao saneamento acarreta em relação à sua dignidade, educação e à proteção, comumente vítimas de assaltos e violência sexual;
  - eliminar progressivamente a ausência de banheiros e instalações hidrossanitárias, mormente para pessoas integrantes de grupos mais vulneráveis;
  - aproximar o saneamento de outras políticas públicas;
  - consultar e coordenar com a sociedade civil, inclusive prestadores de serviços, a melhor forma de assegurar o acesso sustentável a água e ao esgoto;
  - providenciar mecanismos efetivos para garantir a implantação deste direito humano;
4. exorta a sociedade civil, inclusive prestadores de serviços, a respeitar e cooperar com a implementação do direito humano;
  5. convida organismos internacionais e regionais a complementar esforços para implementação do direito humano;
  6. exorta os estados-parte a melhorar parcerias com vistas a implementar as metas dos ODS;
  7. reafirma que os Estados têm a responsabilidade primeira de garantir a realização desses direitos humanos, esforçando-se ao máximo para sua implementação, individualmente e com cooperação e assistência internacional, inclusive com a adoção de legislação específica;
  8. enfatiza a importância da cooperação internacional e assistência técnica pelos Estados, incentivando-se novas parcerias para implementação de programas relacionados ao direito humano à água potável e saneamento.

Do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais às citadas Resoluções e aos ODM/ODS<sup>4</sup> reconhece-se a importância do acesso à água potável e ao saneamento como componentes de realização de demais direitos do homem, como a dignidade, moradia, privacidade, entre outros, destacando-se da ótica estrita da proteção ecológica.

Tanto o direito do acesso à água, como ao saneamento trazem em seu conteúdo normativo características marcantes, a serem observadas para a concretização do direito, como a *universalidade, disponibilidade, acessibilidade física e econômica, segurança, suficiência e aceitabilidade*.

---

<sup>4</sup> Para conhecer todos os marcos legais em relação ao direito à água potável e ao saneamento veja-se mais detalhadamente em: ONU, O Direito humano à água e ao saneamento. Marcos.



A perspectiva dos direitos humanos e da aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>5</sup> agrega-lhes importantes atributos, podendo ser exigíveis dos Estados, e de realização progressiva, com atenção prioritária aos grupos vulneráveis. Nesse passo, exsurge o *Sistema Internacional de Direitos Humanos* para exortar aos Estados as suas responsabilidades, fixando padrões que possam guiar a tomada de decisões políticas e econômicas, além de monitorar a sua realização progressiva (WHO, 2003).

Em publicação, a ONU pontua três espécies de obrigações que decorrem do reconhecimento do direito à água e ao saneamento como direito humano: obrigação dos Estados de respeitar, sem ingerências diretas ou indiretas no direito ao acesso; obrigação de proteger, prevenindo, inclusive, que terceiros interfiram neste direito; obrigação de realizar o direito, mediante medidas legais, executivas e judiciais necessárias. Ademais, seu reconhecimento promove verdadeiro empoderamento da população, sobretudo mais pobre, para que possa participar das decisões e fiscalizá-las (WHO; UN-HABITAT; UNHR, Fact Sheet nº 35, 2010, p. 15 e 27).

Os tratados,<sup>6</sup> quando ratificados, são juridicamente vinculantes aos Estados-partes e passam a ser a eles obrigatórios, porém não substituem o direito nacional, sendo de aplicação subsidiária (PIOVESAN, 2007, p. 43 e 153). O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, nesse sentir, em seu artigo 2, estabelece que cada Estado parte compromete-se a adotar medidas – tanto pelo esforço próprio como pela assistência e cooperação internacional, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo dos recursos disponíveis – para realização progressiva do pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, inclusive a adoção de medidas legislativas.

Ao assumir a adesão a determinado tratado e a mecanismos judiciais internacionais, o país signatário responderá pelos compromissos internacionais assumidos, se violados.

No Brasil, a disciplina sobre a natureza das normas e eficácia dos tratados no plano interno está posta na Carta Maior, nos parágrafos 1, 2 e 3 do artigo 5.

Apesar de haver importante controvérsia doutrinária a respeito da hierarquia das normas oriundas dos tratados internacionais,<sup>7</sup> autores como Flávia Piovesan e Ingo Sarlet defendem, ao nosso ver com razão, que diante da abertura da Cons-

---

<sup>5</sup> Integrado pela *Carta Internacional dos Direitos Humanos* (PIOVESAN, 2007, p. 152) é formado pelos Tratados (Pactos) e outros mecanismos de normatização internacional, como demais tratados e resoluções.

<sup>6</sup> Segundo a CONVENÇÃO DE VIENA (ONU, 1969), também chamada de Lei dos Tratados, os tratados internacionais só obrigam aos Estados-partes que expressamente consentirem em sua adoção; devem ser tomadas por consenso para criar obrigações e aceitam formulação de reservas. O Tratado prevalece sobre a norma de direito interno.

<sup>7</sup> Nesse sentir, veja-se BARROSO, 2008, p. 185-208.

tituição a normas materialmente constitucionais, consoante a previsão do parágrafo 2, as disposições de direitos humanos, por se relacionarem com os princípios e valores da ordem constitucional, integrariam automaticamente o chamado “bloco de constitucionalidade”, tratando-se, por conseguinte, de normas de *status* constitucional. Nessa perspectiva, a exigência do parágrafo 3 do artigo 5 para conferir o status de norma constitucional – ao exigir quórum qualificado para aprovação e votação nas duas Casas, em dois turnos –, revelaria, para Piovesan (2007, p. 51-91), em relação aos tratados de direitos humanos, mero requisito de constitucionalidade formal.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, no julgamento do RE 466.343/SP, não compreendeu da mesma forma, assentando a tese da *supralegalidade* dos tratados internacionais de direitos humanos, com ressalva àqueles aprovados consoante a previsão do parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal. Ou seja, considerou que os tratados prevalecem sobre a legislação infraconstitucional, mas não em face dela, não tendo natureza de norma constitucional.

De qualquer forma, o reconhecimento da natureza da norma de direito internacional de direitos humanos como integrante da ordem constitucional – seja pela recepção como norma materialmente constitucional, seja, a partir do trâmite com quórum qualificado perante as duas Casas do Congresso Nacional, como norma formal e materialmente constitucional – traz alguns efeitos jurídicos relevantes a serem considerados:

1. passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos por meio de emenda constitucional (artigo 60, §4, CF);
2. possuem aplicabilidade imediata, dispensando inclusive decreto de execução, conferindo direitos subjetivos ao particular e proibindo condutas por parte do Estado violadoras de direito.

Além disso, pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, determinam uma conformação da ordem jurídica interna (SARLET, 2006-a).

### **3 O direito ao saneamento básico na ordem constitucional brasileira**

O direito ao saneamento básico, ou o direito à água e ao saneamento, como referido na legislação internacional de direitos humanos, não teve correspondência, em explicitação, como direito (formalmente) fundamental na Constituição Federal Brasileira.

A menção ao saneamento básico no texto constitucional é feita de forma esparsa, mormente em dispositivos relacionados às competências dos entes federados, artigos 21, inciso XX, 23, inciso VI e IX, 24, I, 25, §2, e 30, I e V, da CF, e na seção referente à política de saúde pública (art. 200, inciso IV).

A ausência de referência expressa na Constituição brasileira ao direito ao saneamento básico, todavia, não lhe retira a condição de direito (materialmente) fundamental, permissão dada pelo artigo 5, parágrafo 2, da Constituição, em que *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Tal dispositivo encerra a chamada cláusula de abertura material da Constituição, que admite outros direitos fundamentais, não positivados constitucionalmente, mas decorrentes daqueles expressamente positivados ou dos tratados de que o Brasil seja signatário. Conforme Sarlet (2006-a, p 101), “o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, consagrado pelo art. 5, §2, da nossa Constituição é de uma amplitude impar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais”.

Ainda, segundo o magistério de Jorge Miranda (1998, p. 152), a cláusula de abertura material da Constituição não se restringe apenas à possibilidade de integração ou complementação do catálogo constitucional, trazendo verdadeira explicitação de um princípio geral do ordenamento jurídico, a que denomina de autonomia ou da realização da pessoa humana, decorrência imediata da afirmação da sua dignidade. Para o autor, exatamente pelo conteúdo em dignidade dos direitos fundamentais é que a permissão dada pela cláusula de abertura material abrange não só o reconhecimento de (novos) direitos de liberdade, senão também dos chamados direitos sociais (ou de segunda dimensão).

É a partir desta abertura propiciada pela Constituição que se possibilita a investigação sobre ser o direito ao saneamento básico um verdadeiro direito fundamental, ou seja, um direito com dignidade suficiente, como aponta Canotilho (2000, p. 403-404) – equiparável em objeto e importância aos direitos já assegurados expressamente na Constituição –, para pertencer ao acervo de direitos constitucionalmente relevantes.

Por um lado, apresentando-se o direito ao saneamento como direito humano – decorrente do direito a um adequado padrão de vida assegurado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, consoante Comentário-geral nº 15 do Comitê Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e resoluções subsequentes – e sendo as normas constantes dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte dotadas de, no mínimo, supra-legalidade, conforme o assentou o Supremo Tribunal Federal, é forçoso concluir que, pela juridicidade própria de tais normas internacionais no plano interno

e pela eficácia (ainda que contida) conferida pela nossa Corte constitucional, o saneamento como direito já encontra guarida e um patamar especial de proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, o reconhecimento a nível internacional e sua adesão como Estado signatário implica, pelo menos, que o direito ao saneamento deve ser, também no plano interno, realizado e, uma vez regulado em norma infraconstitucional, não pode ser suprimido ou reduzido.

De outro lado, na busca de um enquadramento do direito ao saneamento como direito materialmente fundamental decorrente de outros direitos fundamentais assentados na Carta Maior – nos termos da primeira parte do §2, art. 5, da CF – há que se perquirir se a sua fundamentalidade decorre, tal qual os documentos de reconhecimento internacional de direitos humanos, de outros direitos fundamentais positivados na nossa Carta Constitucional, em especial referentes ao direito à vida (art. 5), à saúde (art. 196), à moradia (art. 6), à cidade (art. 182) e ao meio ambiente (art. 225), todos expressando e concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, exsurge a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como valor-guia, a orientar não apenas os direitos fundamentais, mas toda a ordem jurídica. A sua dimensão é prospectiva, como afirma Häberle (2005, p. 89-151). A Constituição que se compromete com a dignidade, segundo o autor, seja em seu preâmbulo, seja como objetivo fundamental, lança os contornos de sua compreensão do Estado e do Direito e estabelece uma premissa antropológico-cultural, da qual derivam todos os demais direitos fundamentais, marcados em maior ou menor grau pelo seu conteúdo em dignidade.

Daí poder-se afirmar que a dignidade da pessoa humana serve de critério para justificar a jusfundamentalidade dos direitos, sendo a fonte ética (MIRANDA, 1998, p. 167 e ss.) das normas de direitos fundamentais, tanto integrando o chamado núcleo essencial dos direitos já positivados no texto constitucional ou neles implícitos, como, no escólio de Sarlet (2006-b, p. 102), possibilitando o reconhecimento de direitos autônomos que podem ser deduzidos a partir de sua exegese (direitos apenas materialmente constitucionais). Ademais, o valor da dignidade confere verdadeiro mandado de otimização, impondo-se como limite e tarefa do Estado (SARLET, 2005, p. 32).

A posição de destaque do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico e seus efeitos irradiantes vem sendo paulatinamente reconhecida pelos tribunais pátrios nas suas decisões, em especial, relacionadas ao saneamento básico.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Nesse sentido vejam-se as seguintes decisões do TJRS: Apelação Cível nº 70070991229, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, DJ 10.5.2017; Reexame Necessário nº 70069231330, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Jul-

É, portanto, também a partir desta função integradora da dignidade, propiciada pela abertura material da Constituição, que exsurtem outras posições jurídico-subjetivas fundamentais. O direito ao saneamento básico – integrado, na definição da Lei nº 11.445/07, por ações e serviços envolvendo abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e drenagem das águas pluviais – certamente figura entre tais posições.

Além de encontrar sua fonte ética no princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido como fundamento republicano, artigo 1, inciso III, da CF/88, e de relacionar-se com o direito à vida, à saúde, adequado padrão de vida, proteção ao meio ambiente, à moradia, à alimentação, entre outros direitos, o saneamento básico não só é meio com o qual se assegura o exercício desses direitos (ou seja, como direito a eles implícito), mas se constitui em verdadeira derivação, *da qual emergem ações, estratégias e pretensões específicas a reclamar uma identidade e autonomia, configurando, ele próprio, um direito fundamental.*

Esta parece, ao que se depreende, foi a consideração que se teve para que o saneamento – pelo menos no que tange ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário – tenha sido reconhecido como direito autônomo no plano do direito internacional dos direitos humanos. Ao assim proceder, a ONU admitiu que o saneamento e o acesso à água potável não se resumem a uma mera facilidade ou conforto ao ser humano, visto pela perspectiva de serviços ou infraestruturas, ou, ainda, apenas pela dimensão da proteção ecológica. Trata-se, ele mesmo, de *verdadeira condição* para o acesso e exercício de demais direitos, em especial à saúde e cidadania, igualdade de gênero, segurança, educação e moradia, incumbindo aos Estados a tarefa de assegurar, progressivamente, o acesso ao saneamento básico, como direito derivado do adequado padrão de vida.

A importância paradigmática desse reconhecimento autônomo pela ONU, frisa-se, não pode ser desprezada, lastreada que foi em diversos aspectos da vida humana altamente comprometidos pela falta do acesso ao saneamento, prin-

---

gado em 30 de junho de 2016; Apelação Cível nº 70068715721, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 1º.6.2016; Agravo de Instrumento nº 70068305721, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 1º.6.2016; Apelação Cível nº 70063823140, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 28.1.2016; Decisões do STJ: REsp 684442/RS, Rel. Minº José Delgado, T1, DJ 5.9.2005; REsp 1366331/RS Ministro HUMBERTO MARTINS T2 – DJe 19.12.2014; AgIntnoREsp 1673044/PB, Rel. Minº Francisco Falcão, T2, DJe 26.02.2018; REsp 1376199/SP, Rel. Minº Herman Benjamin, T2, DJe 07.11.2016; REsp 1629505, Rel. Minº Herman Benjamin, T2, DJe 19.12.2016. No STF encontram-se decisões reconhecendo a proteção da dimensão da dignidade da pessoa humana relacionadas a temas outros: RE 845779 RG/SC, Rel. Minº Roberto Barroso, DJ 13.11.2014; RE 670422 RG/RS, Rel. Minº Dias Toffoli, DJ 11.9.2014. Lamentavelmente, percebe-se que o STF tem sido refratário à admissibilidade dos recursos interpostos com base em violação do princípio da dignidade da pessoa humana e outros dispositivos constitucionais na área do saneamento, por entendimento de ofensa reflexa à Constituição (veja-se em ARE 948633AgR/RS, Rel. Minº Rosa Weber, 1T, DJ 1º.12.2017).

principalmente nos países periféricos, evidenciando-se seu conteúdo e propósito maior de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e provisão de um mínimo existencial.

Tal como foi com o reconhecimento internacional, compreendendo-se o direito ao saneamento básico como decorrente de outros direitos e princípios positivados na Constituição e de seu regime, passa-se também a *perceber conteúdos próprios e a necessidade de ações específicas do Estado voltadas para sua proteção e satisfação, que não se encontram simplesmente subentendidos nos direitos de que sejam derivados, compondo igualmente a esfera de um mínimo existencial.*

Por outras palavras, compreende-se o saneamento não apenas como um meio ou serviço essencial vinculado à satisfação do direito ao meio ambiente, moradia, cidade ou à saúde. É ele, antes mesmo, um direito fundamental<sup>9</sup> *autônomo, dotado de conteúdo em dignidade suficiente para alicerçar-se como direito materialmente fundamental, de cunho social-prestacional, que reclama uma especificidade de conteúdo, respeito, ações e pretensões, com impacto nos variados âmbitos da vida humana (econômico, social, ambiental, individual e coletivo).*

Dada a cláusula de abertura material da Constituição, compreende-se, pois, o direito ao saneamento, além de direito implícito, verdadeiro direito social decorrente ou deduzido do direito à moradia, à saúde, à educação, à segurança, ao trabalho, ao meio ambiente, do direito à cidade, todos, e assim como ele, exigências e concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF).

Seu núcleo essencial, que dialoga com tais direitos, diz respeito precipuamente à *garantia do acesso, de forma adequada à saúde pública e à proteção do meio ambiente (art. 2, III, Lei nº 11.445/07)*, por meio do abastecimento de água potável (captação, tratamento, etc.), manejo de resíduos sólidos (reutilização, tratamento, destinação final adequada, etc.) e das águas pluviais (transporte, tratamento, disposição final adequada, limpeza, etc.), assim como as ações, serviços e instalações que implicam no afastamento adequado, tratamento dos efluentes domésticos e a sua disposição final adequada.

O direito ao *acesso adequado* ao saneamento básico, veja-se, atua tanto a nível do indivíduo, quanto da coletividade: suas ações promovem e concretizam a vida (satisfação da sede), saúde e salubridade (higiene pessoal e afastamento das causas de contaminação e controle de vetores, no domicílio e no ambiente urbano), proteção do ambiente urbano e ecológico (afastamento e disposição adequada dos esgotos e resíduos), segurança (na perspectiva individual – o acesso

---

<sup>9</sup> No sentido de caracterizar verdadeiro direito fundamental: CHAGAS PINTO, 2007; DELPUPO, 2015; DEMOLINER, 2008); MELO *et al.*, 2015; CARVALHO *et al.*, 2012); RIBEIRO, 2015; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 148-153.

a sanitários de forma indevassável – e coletiva – controle de inundações urbanas e de poluição), moradia (instalações sanitárias privadas e adequadas), entre tantos outros direitos correlatos ao primado da dignidade da pessoa humana, garantindo a satisfação das necessidades vitais do ser humano.

Além disso, seu conteúdo normativo, na esteira do seu reconhecimento pelo direito internacional de direitos humanos, é marcado por características como *disponibilidade, acessibilidade, universalidade, suficiência, segurança, regularidade*. Para a concretização do direito fundamental ao acesso ao saneamento básico exigem-se ações prestacionais próprias: não só de infraestruturas e instalações operacionais, mas sobretudo de atividades, que implicam, por parte do Estado, na necessidade do desenvolvimento de um aparato organizacional e de uma gestão eficiente (nos termos propugnados pela A/RES70/169, ODS e Comentário-Geral nº 15) garantidores da satisfação do direito em todas as suas dimensões.

As ações garantidoras ao direito ao acesso ao saneamento básico, portanto, revelam-se por si só importantes e necessárias, com um conteúdo em promoção de dignidade da pessoa humana suficiente para conferir-lhe a autonomia enquanto direito fundamental social.

Ao defender sua autonomia, pretendendo-se dar relevância e tratamento específico ao direito ao saneamento, tal não significa negar a relação estreita entre ele e os demais direitos sociais e ambientais, cediço a mediação constante a ser dada pelos princípios da interdependência e inter-relação dos direitos humanos e fundamentais. Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 148-149), a propósito, reconhecem a fundamentalidade do direito ao saneamento básico, observando, não obstante, que se apresenta como espécie de ponte normativa entre o mínimo existencial social e a proteção ambiental, compondo a esfera do *mínimo existencial socioambiental* e o que denominam de um Estado de Direito Socioambiental.

Além disso, não se pode deixar de mencionar que também ao direito fundamental correspondem *deveres fundamentais*, vinculando não só os poderes estatais, por conta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mas também aos particulares, cujo regime jurídico-constitucional em muito se assemelha ao dos primeiros.

No que diz com o direito fundamental ao saneamento básico, deveres fundamentais correlatos podem ser observados, por exemplo, com a obrigatoriedade de conexão à rede pública de abastecimento de água e esgoto existente, na forma do artigo 45 da Lei nº 11.445/07 – deveres expressos –, ou de promover a adequada manutenção do sistema individual de esgotamento sanitário (limpeza de fossas) ou a adequada disposição do resíduo sólido (separação) – deveres implícitos. Desses deveres, cuja finalidade busca proteger bens fundamentais

como meio ambiente, saúde e salubridade coletiva, consegue-se ver o acerto do magistério de Sarlet, no sentido de também encontrarem direta justificação no princípio da solidariedade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 238).

Destarte, reconhecendo-se no direito ao saneamento básico um verdadeiro direito fundamental social, a decorrência é aplicar-lhe a sistemática própria do regime dos direitos fundamentais e sua justiciabilidade.

A fundamentalidade das normas definidoras de direitos e garantias constitucionais assume papel central no sistema jurídico (ALEXY, 2008, p. 523) e vem consagrada pela sua aplicabilidade imediata, disposta no artigo 5, §1, da Constituição Federal, e pelo mecanismo de proteção denominado de *cláusula pétrea*, dada a impossibilidade de supressão ou modificação de seus preceitos, consoante previsão no artigo 60, §4, da Constituição Federal, o que, segundo a dogmática dos direitos fundamentais, reforça o seu *status* jurídico no arcabouço normativo. Dela decorre a máxima eficácia das suas normas (CANOTILHO, 2000, p. 1162), verdadeiro mandado de otimização de sua eficácia (SARLET, 2006-a, p. 382).

### 3.1 Eficácias normativas do direito ao saneamento básico

Os direitos fundamentais conferem ao indivíduo posições jurídicas,<sup>10</sup> que podem ser exigíveis do Estado (prestações) ou em face dele (abstenções). Além disso, por sintetizarem os valores dominantes da ordem jurídica, são dotados de uma espécie de mais-valia, que lhes agrega outros efeitos como reforço de juridicidade de suas normas (SARLET-a, 2006, p. 168), ao que a doutrina denomina perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Se é certo que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais lhes empresta eficácia, de outro lado, quanto ao reconhecimento de direitos subjetivos (perspectiva subjetiva), no que tange especialmente aos direitos prestacionais, a questão é mais controversa e complexa.

<sup>10</sup> Para SARLET(2006-a, p. 179 e 305) a *perspectiva subjetiva* implica no reconhecimento de direitos fundamentais subjetivos, ou seja, a “possibilidade que tem o seu titular (considerando como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativa ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.” No entanto, em relação aos direitos prestacionais sociais, ressalva posição da doutrina que nega a esses direitos a condição de autênticos direitos subjetivos. Há doutrina, porém, que considera direito subjetivo como conceito distinto de justiciabilidade. A respeito vide em (NOVAIS, 2003, p. 101-102) que, todavia, reconhece na justiciabilidade o cerne da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

<sup>11</sup> A eficácia dos direitos fundamentais está intimamente imbricada com as funções de cada direito e, principalmente, com a dupla perspectiva dos direitos fundamentais. Partimos, aqui, de uma análise sustentada na sistematização feita por SARLET, sem prejuízo de outras classificações ou concepções existentes a respeito da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.



Isso porque os direitos a prestações, como se denota, demandam uma atuação por parte do poder público, seja de natureza fática ou normativa, e comportam, normalmente, um custo econômico. Além disso, caracterizam-se por sua menor densidade normativa,<sup>12</sup> ou seja, são normas, via de regra, definidoras de fins e tarefas do Estado (ou programáticas), de pouca concretude, o que, para parcela da doutrina, no caso de não consecução pelo poder público, inviabilizaria sua justiciabilidade. Em qualquer caso, o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, como valor maior, asseguradores das condições existenciais mínimas, devem estar assegurados, reconhecendo-se neste patamar – do mínimo existencial – um direito subjetivo definitivo a prestações (SARLET, 2006-a, p. 369-371; TOLEDO, 2016, p. 830-31). O próprio reconhecimento de um direito como fundamental, pondera Rodrigo Schwarz (2016, p. 279), já implicaria no reconhecimento de um conteúdo mínimo e, por isso, obrigações ao Poder Público como de não discriminação, não regressividade e progressividade.

Pela teoria dos direitos fundamentais, assim, há consenso de que já a nível da Constituição, mesmo as normas que reclamam uma intermediação legislativa, como é o caso dos direitos prestacionais (donde se inclui os direitos sociais), são dotadas de alguma eficácia, seja pela sua *perspectiva objetiva*, seja conferindo *posições jurídicas subjetivas* de cunho negativo-defensivo (direitos a não intervenção) ou de cunho positivo-prestacional, no sentido de, pelo menos, o Estado garantir que obstáculos não se interponham à sua efetivação (deveres de proteção).

No que tange à perspectiva subjetiva, como direito fundamental social, o direito ao saneamento básico apresenta-se, como de resto, em dupla faceta: como direito a não intervenção (negativa) e como direito a prestações (positiva). Trata-se daqueles direitos, como já apontou Alexy (2008, p. 443), a exemplo do direito ao meio ambiente, denominados “direito fundamental completo”, pois composto de posições de espécies bem distintas.

Com isso em mente, para estabelecer uma maior determinação sobre sua aplicabilidade e justiciabilidade, propomos analisar, a seguir, o regime de eficácia do direito fundamental ao saneamento básico em consonância com suas funções e perspectivas.

### 3.1.1 Eficácia Negativo-defensiva do direito ao saneamento básico

Da eficácia negativa dos direitos fundamentais, ou a partir da sua função de direito de defesa, resta vedada a interferência do poder público ou de terceiros na esfera do direito já assegurada constitucionalmente. Objetiva-se a li-

---

<sup>12</sup> Também os direitos de defesa podem reclamar algum nível de normatização. A necessidade, segundo o autor, da intermediação do legislador diz com a escolha dos meios e da “progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica” (2006-a, p. 307)

mitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade, alcançando as mais variadas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger (MENDES, 2006, p. 4).

Os direitos de defesa são bem desenvolvidos por Alexy (2008, p. 196 e ss.), que apresenta a sua classificação como direitos a não impedimentos, a não afetações e a não eliminação de posições jurídicas.

Exemplo de interferência indevida em relação ao direito ao saneamento pode ser dado com a cobrança de preço abusivo na tarifa, que inviabilize o direito, e a interrupção do fornecimento de abastecimento de água potável.

Em relação à interrupção, inclusive por inadimplência, a Lei nº 11.445/07 disciplina – na forma do artigo 40 – as hipóteses, prazos e condições (definidas pela agência de regulação e pelo titular do serviço) para que se realize. Trata-se, neste dispositivo, de verdadeira limitação ao direito fundamental ao saneamento básico, apesar de assegurar, no parágrafo 3, a preservação de um mínimo existencial, em especial à população de baixa renda.

Todavia, há que se ter presente, para o acerto de qualquer avaliação a respeito desta limitação, que a adstrição do legislador ordinário ao imperativo de tutela constante do direito fundamental – no sentido de concretizar a norma com a maior eficácia possível –, advém da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, em especial de sua eficácia irradiante e dos deveres de proteção do Estado, que o orientam especialmente para que o direito infraconstitucional ofereça uma proteção eficiente em seu conjunto (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 141).

É por este caminho, portanto, entre a liberdade de conformação do legislador ordinário e a proibição da insuficiência e do excesso e a preservação do mínimo existencial, que a avaliação sobre a norma em questão ser constitucionalmente adequada deve-se dar. O tema seguramente mereceria um debate maior, porém pelo escopo deste trabalho não se poderá, apesar de posto, aprofundá-lo, esperando que assim o faça a doutrina e, mais ansiosamente, a jurisprudência, principalmente da nossa Corte Constitucional.

De toda sorte, em face desta eficácia negativa do direito fundamental ao saneamento, cuja aplicação imediata não se discute na doutrina, surge a possibilidade de sua exigibilidade e, quiçá, controle judicial,<sup>13</sup> configurando-se como verdadeiro direito subjetivo de defesa.

---

<sup>13</sup> A respeito, exemplificando o controle judicial sobre violação ao direito ao saneamento, a partir da sua dimensão negativa (direito a não impedimento), veja-se a seguinte decisão: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. SERVIÇO ESSENCIAL. ÁREA IRREGULAR. POSSE COMPROVADA. NEGATIVA PELA CORSAN DESCABIMENTO. 1. O saneamento básico se caracteriza como um dos mais importantes aspectos da saúde mundial, razão por que toda a população tem direito a ter acesso aos serviços de água e esgoto, essenciais para garantia da dignidade da pessoa humana. 2. Hipótese em que deve ser fornecido o serviço de água potável, haja vista que se trata de bem es-

### 3.1.2 Eficácia positivo-prestacional do direito ao saneamento básico

O direito ao saneamento, como direito social que é, para além de revelar sua faceta negativa ou defensiva, de respeito pelos particulares e Estado, apresenta-se, ainda com mais vigor, como direito prestacional, exigindo do Estado medidas fáticas e normativas para protegê-lo e promovê-lo, assegurando-se sua realização progressiva.

Como já mencionado, as normas disciplinadoras dos direitos sociais, de cunho prestacionais, normalmente não possuem densidade suficiente a dar concretude ao seu comando, no sentido de gerarem direitos subjetivos, necessitando para tanto de intermediação do legislador ordinário. Além disso, discute-se comumente a questão dos custos desses direitos e o princípio da separação dos poderes.

Apesar de a aplicabilidade das normas veiculadoras dos direitos prestacionais sociais – inclusive no sentido de conferir posições jurídicas subjetivas – ser tema de grandes debates na doutrina e jurisprudência, a discussão sobre a eficácia desses direitos sempre merece um enfrentamento dogmático. Por isso, seguimos com a classificação de Alexy (2008, p. 444 e ss.), que divide os direitos a prestações em três grupos:

- a) direitos a proteção;
- b) direitos a prestações em sentido estrito;
- c) direitos a organização e procedimento. Vejamos a eficácia normativa do direito ao saneamento pela ótica de cada uma delas:

#### a) Direitos à proteção

Direitos à proteção remetem ao correlato dever de proteção do Estado, decorrência da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Nesse passo, Sarmento observa que do correspondente dever é que se permite extrair “direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado, que terá a obrigação de, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que podem sofrer em razão da atuação de terceiros” (SARMENTO, 2003, p. 295), inclusive atuando preventivamente.

Com base na doutrina e jurisprudência da Corte Constitucional alemã, Gilmar Mendes (2006, p. 12) aponta para uma possível classificação do dever de proteção:

---

sencial, indispensável à vida e à saúde humana, garantido constitucionalmente. 3. Não existe fundamento legal que impeça o fornecimento de água potável condicionado à contraprestação, mesmo se tratando de propriedade localizada em área irregular, devidamente comprovada a posse. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível nº 70068715721 Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 1º.6.2016).

- a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir determinada conduta;
- b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;
- c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. (MENDES, 2006, p. 12).

A repercussão dos deveres de proteção do Estado estende-se a toda leitura dos direitos fundamentais por conta da sua perspectiva objetiva e, segundo Jorge Reis Novais, “se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efetivação” (2003, p. 89).

A eficácia do dever de proteção, pela sua dimensão prospectiva (de máxima efetividade das normas), vincula a todas as esferas de poder:

Tal dever incumbe ao legislador, que tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais, à administração, a qual incumbe agir materialmente para prevenir e reparar as lesões perpetradas contra tais direitos, e também ao Judiciário, o qual, na prestação jurisdicional, deve ter sempre a atenção voltada para a defesa dos direitos do homem. (SARMENTO, 2003, p. 296).

Situam-se, nesse patamar de proteção, medidas legislativas, judiciais e executivas. Exemplos deste último, no caso do direito ao saneamento básico, são a elaboração de planos de saneamento, diagnósticos, estudos, campanhas de educação ambiental e, não menos importante, ações de fiscalização (poder de polícia), que visem ao combate de irregularidades e inadequações de terceiros, que oneram os serviços e agravam os problemas – sociais e ambientais – decorrentes da falta de saneamento.

De outro prisma, algumas repercussões relativas à perspectiva subjetiva (o direito à proteção) devem ser colocadas.

A primeira delas diz com a atuação legislativa. O jurista alemão Dieter Grimm (2007, p. 160) pontua que o principal destinatário do dever de proteção é o Estado-legislador, incumbindo aos demais órgãos uma atuação subsidiária. Isso porque as maiores implicações dos deveres de proteção consistem na imposição de (a) limites a outros direitos fundamentais titulados por particulares e (b) exigindo uma atuação positiva do Estado, enquanto garantidor. Ambas, segundo o autor, por questão de competência, deveriam ser realizadas na esfera legal, momento adequado a dar-se maior densidade ao seu imperativo. Por conta disso, o legislador não estaria livre para decidir “se” edita determinadas leis ou não, podendo, na sua omissão, decorrer um direito subjetivo à proteção.

Nesse sentido, reverberam decisões da Corte Constitucional alemã, da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos

Humanos enfrentando o tema e reconhecendo deveres de proteção do Estado na edição de lei instituidora de preceitos fundantes dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2003, p. 294-303).

A segunda questão, diz com a atuação executiva. Uma vez esteja assegurado o direito fundamental e delimitado seu conteúdo, tampouco o Estado-executor é livre para escolher entre cumpri-lo ou não, ou, ainda, em cumpri-lo parcialmente, mesmo a despeito da separação dos Poderes, em razão da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5, inciso XXXV, da CF). Nesta senda, a doutrina reconhece como exigível uma legítima atuação do Estado na forma de próprio direito subjetivo prestacional, superando o tão debatido tema da discricionariedade administrativa e da sindicabilidade dos atos administrativos.

A terceira questão e mais complexa surge, todavia, quando a norma não dá ao direito reconhecido a concretude necessária para que possa ser protegido. Jorge Reis Novais, nesse sentido, assevera que, apesar de deduzível da Constituição o dever de proteção, a sua conformação prática concreta, quando não realizada pela norma, deve ser deixada essencialmente à margem de decisão do legislador, afastando, na sua inexistência, a possibilidade de posições jurídico-subjetivas de proteção. Para o citado constitucionalista:

[...] com exceção dos casos em que a própria Constituição ou a lei prevêm a obrigatoriedade de o Estado desenvolver uma concretamente determinada ou determinável ação de prevenção, de proteção ou ajuda, ou quando a inação do Estado dá lugar à violação de um patamar mínimo de proteção (*Untermaßverbot*) que se possa, excepcionalmente, deduzir com suficiente determinabilidade da imposição a realização objectiva do direito fundamental, a escolha do *quando* e do *como* da actuação devida é uma incumbência do Estado e, primariamente, do legislador ordinário; assim, ainda que não esteja em causa o carácter juridicamente vinculativo do dever, há uma rarefacção da respectiva densidade. (NOVAIS, 2003, p. 89-91).

Konrad Hesse, em sentido semelhante, salienta que apenas quanto à decisão sobre o “se” do dever de proteção é que se apresenta um direito subjetivo ao cidadão, no sentido de poder exigir um comportamento ativo do Estado-legislador, em não o fazendo, para o cumprimento do seu dever. Diferentemente, não estando regulado o “como” do cumprimento do direito, tal situação não poderia fundamentar, exceto se limitada a zero, uma pretensão individual a medidas de proteção estatais determinadas (HESSE, 1998, p. 280).

Portanto, dificuldades teóricas e, certamente práticas, apresentam-se no que tange ao reconhecimento de direitos subjetivos à proteção.

Entretanto, a viabilizar a sua proteção, percebe-se que a doutrina não ignora o papel e o reforço normativo, a partir da sua perspectiva objetiva, dos deveres de proteção aos direitos fundamentais, mesmo na hipótese de a lei não lhe dar a concretude necessária, na linha de se garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais e o mínimo existencial. A repercutir, igualmente, no exame da dis-

cricionariedade administrativa, ainda que sob os auspícios da oportunidade e conveniência. Sobre o ponto, calha trazer mais uma vez o magistério de Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 292-293), quando tratam sobre o direito ao meio ambiente:

[...] Os deveres de proteção ambiental conferidos ao Estado vinculam os poderes estatais ao ponto de limitar a sua liberdade de conformação na adoção de medidas atinentes à tutela do ambiente. [...] No caso especialmente do Poder Executivo, há uma clara limitação ao seu poder-dever de discricionariedade, de modo a restringir a sua margem de liberdade na escolha nas medidas protetivas do ambiente, sempre no intuito de garantir a maior eficácia possível e efetividade ao direito fundamental em questão. [...] (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 292-293).

Sarlet (2006-a, p. 223), ainda, lembra que, na esteira da jurisprudência alemã, “a doutrina refere a necessidade de o Estado implementar medidas que alcancem, na sua função protetiva, um mínimo de eficácia, não sendo exigível uma exclusão absoluta da ameaça que se objetiva prevenir”.

De todo modo, a atuação esperada do Estado por conta do dever de proteção exige sempre um agir proporcional, do qual decorrem os princípios da proibição da proteção deficiente e da proibição do excesso. Ou seja, deve-se exigir um nível eficiente de proteção ao direito fundamental (SARLET, 2013). Não pode o Estado deixar de agir, para proteger o direito fundamental, quando poderia fazê-lo, ainda que parcos os recursos ou poucos os meios à disposição, ou protegê-lo de forma deficiente, a ponto de não viabilizar a sua realização (ou o mínimo existencial). Tampouco pode agir em excesso, inviabilizando – no seu núcleo essencial – outros direitos fundamentais que com ele colidam.<sup>14</sup> A atuação desproporcional do Estado propicia ao sujeito ou à coletividade a legítima pretensão de controle jurisdicional do ato/quase-ato ou não-ato que afronte o dever de proteção, como posição jurídico-subjetiva oriunda do direito fundamental.

Assim, também, ocorre com a chamada proibição do retrocesso. A propósito, Canotilho (2000, p. 338-339) leciona que os direitos sociais, “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A *proibição do retrocesso social* nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”.

A teoria dos deveres de proteção é de especial interesse ao direito ao saneamento básico, em vista da necessidade de implementação de diversas ações, componentes de um acervo a que se denominam políticas públicas, visando à uni-

<sup>14</sup> Aqui a doutrina aponta para o método da ponderação formulado, a partir da teoria dos princípios e regras e da máxima da proporcionalidade, por Robert Alexy.

versalização do acesso a serviços. Os deveres de proteção são, nesse passo, importante perspectiva para impulsionar a sua realização progressiva, podendo ser invocados, seja sob o prisma dos direitos subjetivos prestacionais, com as observações já feitas, seja sob o prisma da dimensão objetiva, com o controle dos atos emanados pelos órgãos estatais.

Observamos, nesse andar, que no caso das políticas públicas relacionadas ao direito ao saneamento, a Lei nº 11.445/07, que o regulamenta, disciplina o “como”, de que fala Hesse, realizar o direito, dando-lhes meios (fixando diretrizes, princípios, objetivos e estruturas) para a concretude necessária, a garantir seu cumprimento e proteção, revelando-se, por isso, no que o Estado se omitir ou atuar insatisfatoriamente na sua concretização, como passível de justa perseguição em juízo.

b) Direitos a prestações em sentido estrito

O direito ao saneamento apresenta-se, ainda na sua faceta positiva, pela possibilidade de exigir prestações específicas, de natureza fática ou normativa, por parte do Poder Público. Objetivando a realização da igualdade material, exige-se por parte do Estado um fazer, no sentido de que seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto (SARLET, 2006-a, p. 296).

Sem olvidar acerca da discussão doutrinária sobre a natureza programática das normas que disciplinam os direitos sociais e de sua eficácia, na esteira das dificuldades já apresentadas em relação aos direitos à proteção, bem como sobre a efetiva disponibilidade de seu objeto, talvez o maior desafio, hoje, à efetivação dos direitos é o que a doutrina aponta como cláusula implícita de *reserva do possível*, pois que, de regra, todo direito, em especial os que demandam algum tipo de prestação, implicam em um custo econômico, que precisa ser sobrepesado. De qualquer sorte, há que se ponderar a necessidade de preservação do mínimo existencial, em uma interpretação conforme a Constituição, e do conteúdo em eficácia inerente a todas as normas de direito fundamental.

Embora não seja o direito ao saneamento básico diferente da problematização dos demais direitos sociais e por mais que se considere a necessidade de intermediação legislativa para que seja dotado de realização e eficácia, reitera-se que a legislação existente (Lei nº 11.445/07 e Decreto nº 7.217/10) já cumpriu em boa medida com este papel.

Por certo que, mesmo no caso do saneamento, a Lei, sozinha, ainda não seja suficiente; alguns instrumentos, como é o caso do Plano de Saneamento, são fundamentais para dar maior concretude ao direito almejado, uma vez que devem ser consideradas particularidades locais (déficits de serviços, perspectiva orçamentária e demais características locais) para o alcance da meta de universalização dos serviços.

Neste caso específico, o Plano, segundo a Lei, é obrigatório aos Municípios e a eles vinculante, de sorte que não pode o gestor/titular de serviço deixar de realizá-lo,<sup>15</sup> ainda que a pretexto de dificuldades orçamentárias.<sup>16</sup> Neste cenário, tem-se, com a obrigatoriedade do plano, uma das primeiras prestações passíveis de exigência atinentes ao direito ao saneamento – decorrência, também, da sua faceta objetiva do dever de proteção e, não menos, de organização e procedimentos –, que deve ser implementado como condição necessária para a materialização do direito ao saneamento básico. Se o gestor não o fizer ou tampouco der sinais de que está se organizando para tanto, nasce o direito subjetivo de exigi-lo judicialmente. Por falta de regulamentação decorrente (densidade normativa), quer-se afirmar, não se tem mais escusas para deixar de aplicar, hoje, o direito ao saneamento.

Logo, havendo disciplina legal a lhe dar a concretude necessária e delimitada a lógica de planejamento como elemento central em relação à política de saneamento – com definição de princípios, diretrizes, condições, estruturas, instrumentos – deverá ser dentro desta perspectiva, ou pelo menos o mais próximo possível dela, que o direito ao saneamento passa a ser exigível, enquanto poder-dever do administrador e como posição jurídico-subjetiva fundamental de natureza prestacional.

E o Poder Judiciário, no exame das pretensões que lhe forem submetidas, pode e deve, como decorrência também do dever de proteção do Estado, avançar nesta seara.

c) Direitos à organização e ao procedimento em relação ao saneamento básico

Também como desdobramento do dever de proteção dos direitos fundamentais e da faceta objetiva dos direitos fundamentais emergem pretensões a que se implementem determinados procedimentos e organizações por parte do Estado, reconhecendo-se-os como elementos necessários para a realização e garantia dos direitos fundamentais, verdadeiras projeções (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 339) do próprio direito material.

Inserem-se nessa seara, atos administrativos, legislativos ou judiciais tendentes a criar ou aprimorar estruturas (organizações) e estabelecer procedimentos.

<sup>15</sup> O prazo previsto no artigo 26, § 2º, do Decreto nº 7.217/10 diz respeito à existência do Plano como *condição de acesso aos recursos federais e não* sobre a obrigatoriedade da sua elaboração ou prazo para fazê-lo, que passa a ser instrumento obrigatório a todos os Municípios a partir da vigência da Lei nº 11.445/07, assim como condição de validade dos contratos de concessão de serviços.

<sup>16</sup> Diversos programas federais estimulam a elaboração dos planos de saneamento, por meio de recursos, capacitação e assistência técnica aos Municípios, de sorte que lhes cabe, não raras vezes, apenas a organização e vontade política para sua realização.



Daniel Sarmento, no ponto, situa bem a questão:

Hoje, garantir os direitos do homem significa protegê-los nos mais diferentes contextos, públicos e privados. O Estado, que apesar das múltiplas crises que enfrenta ainda é o principal garantidor dos direitos fundamentais, tem de criar novas instituições e remodelar as já existentes, sem o que não estará à altura desta que constitui a sua mais importante missão. Se os direitos fundamentais se irradiam para as relações privadas, e se cabe ao Estado protegê-los quando forem violados por terceiros, este Estado tem que estar devidamente aparelhado para desincumbir-se desta sua função. Tem de formular e implementar as políticas públicas necessárias, pois mesmo a garantia dos direitos individuais de matriz liberal não tem hoje como prescindir de comportamentos ativos do Estado para a sua salvaguarda. (SARMENTO, 2004, p. 161).

As pretensões *procedimentais e organizacionais* buscam dar concretude aos direitos fundamentais, não sendo restritos, conforme sustenta a doutrina, apenas aos de natureza prestacional, pois também os direitos de liberdade podem exigir que se estrutrem órgãos e procedimentos – administrativos, judiciais – que os assegurem. Tais direitos tomam seguramente uma dimensão relevantíssima na efetividade das normas fundamentais, pois garantem a própria implementação do direito fundamental que lhes dá sustentação, seu pleno exercício e gozo por parte de seus titulares, tornando-se tão importantes quanto este (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 338).

Hesse (1998, p. 288), a propósito, acentua esta importância:

Além disso, mostram-se organização e procedimento como – possivelmente até único – meio, os quais, antes que a ideia dos direitos de ter parte, possibilitam satisfazer as condições alteradas da liberdade humana no Estado moderno: a dependência crescente de previsão e distribuição estatal, mas também o perigo crescente de uma colisão *entre direitos de liberdade* e as posições de direitos fundamentais, que eles aprofundam, no mundo de hoje que se torna mais estreito, que em medida progressiva constringe a uma demarcação, limitação e coordenação desses âmbitos. O mesmo vale nos casos de uma *escassez de pressupostos de liberdade*. Aqui só se deixa assegurar por regulações de organização e procedimentos adequadas que não uns recebam tudo, os outros nada, e, que as oportunidades de liberdade permanentes sejam distribuídas justamente (HESSE, 1998, p. 288).

Se por um lado persegue-se os direitos procedimentais ou organizacionais para assegurar a concretização do direito fundamental, por outro, decorrência da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, estas mesmas estruturas e procedimentos devem ter nos direitos fundamentais o seu norte, que devem servir-lhes de parâmetro para formatação e diretriz para aplicação e interpretação das normas procedimentais, vinculando-se a isso o administrador, legislador e o Estado-juíz (SARLET, 2006-a, p. 224; HESSE, 1998, p. 288).

Apesar de a doutrina não ser unívoca, Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 339) reconhecem direitos subjetivos à dimensão prestacional e organizacional dos direitos fundamentais:

A função do direito ao procedimento é instrumentalizar e garantir uma proteção efetiva dos direitos materiais, determinando posições jurídicas subjetivas frente ao Estado e aos particulares, ademais de viabilizar, em algumas situações, também a participação pública na tomada de decisão (por parte do Estado-Legislador e do Estado-Administrador) que afeta o âmbito de proteção dos direitos fundamentais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 339).

Verdade é que, tal como nas espécies de prestações anteriores, incidem também aqui a mesma sorte de dificuldades, além de os direitos a procedimentos e organizações submeterem-se às cláusulas de não retrocesso, vedação à proteção insuficiente e proibição do excesso. Nesses casos, o Estado não pode simplesmente suprimir norma procedimental ou instituição que atenda aos objetivos e fins visados pelos direitos fundamentais ou lhes seja essencial, sem a previsão de alternativas viáveis e aptas a garanti-los em seu mínimo existencial.

No que tange ao saneamento básico, já que depende invariavelmente de órgãos e serviços para sua concretização, não é difícil perceber esta conexão procedimental e organizacional do direito. São exemplos de organização necessária à realização do direito ao saneamento: entidade de regulação, órgãos de fiscalização, fundos de universalização para o saneamento, órgãos de controle social, empresa prestadora dos serviços. Exemplos de direito ao procedimento: edição de normas atinentes à regulação, de planos de saneamento, de normas regulamentares sobre política sanitária.

Todos, elementos centrais da política de saneamento que foi desenhada, cujo direito material se funda na sua realização progressiva e na universalização do acesso adequado (núcleo essencial), exigindo, portanto, por parte do poder público o desenvolvimento de ações, planejamentos e estratégias para consecução deste fim. Vale dizer, o exercício do direito está condicionado pela existência de um procedimento ou organização, logo, de uma gestão eficiente, que o realize.

Sem estas ações que envolvem organização e procedimento, o direito ao saneamento básico torna-se promessa vaga e etérea, inviabilizando o exercício e o próprio controle da política pública.

Alexy (2008, p. 490), nesta toada, adverte de que “o fato de que, no âmbito dos direitos fundamentais, as normas procedimentais não consigam realizar tudo, não significa que elas devam ser subestimadas. Sempre que normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais elas serão exigidas *prima facie* pelos princípios de direitos fundamentais. Se não houver princípios contrapostos, então, há um direito definitivo à sua aplicação. Assim, no que diz respeito à conexão entre direitos fundamentais procedimentos legais, os aspectos procedimental e material devem ser reunidos em um modelo dual, que garanta a primazia do aspecto material”.

O citado autor inclui, ainda, nesta modalidade de direitos prestacionais, aqueles exigíveis em face do Estado para que, por meio de legislação, se crie

procedimentos que possibilitem a participação na formação da vontade estatal (ALEXY, 2008, p. 498), inserindo-se, portanto, neste tópico o próprio direito à participação, controle social e gestão democrática.

#### **4 O marco legal do saneamento básico no Brasil**

Saneamento básico não é um conceito que encontre na literatura uma uniformidade, visto que podem compô-lo, potencialmente, uma gama de ações, cujo objetivo seja de promover a saúde e salubridade ambiental (PHILIPPI JR; MALHEIROS, 2005; BARROS et al., 1995), tudo a depender do entendimento corrente na sociedade e do seu contexto histórico, social, econômico e político. Parte da doutrina faz a distinção (RIBEIRO, 2015; MENEZES, 1984, p. 17), nesse passo, entre os conceitos de saneamento básico e de saneamento ambiental, por compreender que a este último corresponde um conjunto mais amplo de ações para promoção da saúde humana e do equilíbrio ecológico, como controle de odores, de poluição sonora, etc.

Não se pode olvidar, entretanto, que a visão sobre o saneamento que incorpora também a preocupação ambiental é mais recente e tem suas raízes principalmente nos países centrais (BORJA, 2006, p. 3). Nesses países, visto já terem atingido a salubridade de suas cidades com o acesso ao saneamento garantido à população, a preocupação mais atual reside no controle da poluição e recuperação dos recursos naturais, ganhando, assim, uma perspectiva menos antropocêntrica.

Por seu turno, nos países periféricos a preocupação ainda é bem anterior e quando se fala em *saneamento básico* deseja-se a provisão de bens (FERRAJOLI, 2011, p. 76-77) e o acesso a serviços essenciais à população, como água potável, afastamento dos esgotos, dos resíduos sólidos, condições necessárias a conferir dignidade à vida humana. A própria ONU, como se viu, dá autonomia e tratamento específico como direito humano o acesso à água potável e ao esgotamento sanitário, destacando-o da proteção ambiental, reconhecendo nas ações de saneamento a essencialidade para a vida humana.

A relação do saneamento com outros direitos – em especial os derivados da dignidade da pessoa humana – é inegável e parece haver um consenso técnico sobre ações mínimas a garantir qualidade de vida, ou que pelo menos sejam interdependentes, ao que se denominou, a nível de Brasil, de saneamento *básico*.

No cenário nacional, esse consenso técnico ganha dimensão jurídica na medida em que a Constituição Federal (arts. 21, XX, 23, IX, 200, IV) e a Lei que regula o saneamento – Lei nº 11.445/07 (LNSB)<sup>17</sup> – preocupam-se expressamente

---

<sup>17</sup> Atualizada recentemente pela Lei nº 14.026 de 15 de julho de 2020.

com o termo *saneamento básico* e, para defini-lo, a Lei regulamentadora estreita o foco de atenção e elege quatro pontos de atenção: abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e manejo das águas pluviais (artigo 3, inciso I). Além disso, a lei conceitua o saneamento básico *pelo conjunto de medidas* – serviços (atividades), instalações operacionais e infraestruturas – a eles inerentes.

A exposição de motivos da Lei (2005), importa saber, noticia que a eleição destes quatro eixos não foi arbitrária, mas decorreu de um processo de discussão que contou com ampla participação da sociedade. O projeto da Lei nº 11.445/07 foi gestado e ganhou fôlego, desde a extinção do BNH e desarticulação do *Planasa*, a partir da I Conferência Nacional das Cidades, em 2003, quando um grupo de trabalho interministerial se reuniu, a partir de premissas estabelecidas naquela Conferência, e elaborou proposta de lei para regulação do setor. Tal proposta foi submetida a ampla participação popular, por meio do Conselho das Cidades, Conselho Nacional da Saúde, seminários e consulta pública, com o acolhimento de novas sugestões junto à sociedade civil e a revisão de juristas do calibre de Marçal Justen Filho, Dalmo de Abreu Dallari, Floriano de Azevedo Marques Neto e Benedicto Porto Neto.

O saneamento básico passou a ser compreendido e definido como serviço público, vinculado à promoção de atividades essenciais para toda a coletividade e não como oferta de uma utilidade ou comodidade material, passível de ser regido pelos interesses do mercado (MCIDADES, 2011, p. 42). Vê-se também uma franca disposição do legislador de distanciar o saneamento da visão hegemônica das medidas focadas exclusivamente em infraestrutura (MCIDADES, 2015, p. 19), compreendendo o saneamento em uma dimensão maior de medidas e ações, com interfaces transdisciplinares, assim como propugnam as normas sobre água e saneamento constantes do direito internacional dos direitos humanos.

Pode-se perceber que, apesar de a Lei não afirmar expressamente o saneamento como direito, as premissas que ficaram ali estabelecidas na definição das diretrizes, objetivos e princípios e da política nacional tiveram como norte tratar o saneamento básico como direito social e serviço público, este último, de fato, incorporado na sua redação. E se a nota característica do serviço de saneamento está na sua essencialidade, justificada mais uma vez está a sua compreensão como direito (humano e fundamental), objetivando-se a realização progressiva e universal.<sup>18</sup> Nesse ponto, parte da doutrina,<sup>19</sup> inclusive, faz uma aproximação do setor ao monopólio natural do Estado.

<sup>18</sup> Veja-se a respeito Marçal Justen Filho, para quem está exatamente na satisfação dos direitos fundamentais a nota característica do serviço público (2009, p. 256).

<sup>19</sup> Veja-se em: DEMOLINER, 2008, p. 148; CHAGAS PINTO, 2007, p. 4; CASTRO, 2013; HELLER. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/privatizacao-do-saneamento-ja-se-mostrou-inadequada-em-muitos-paises-diz-relator-da-onu/>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

## Considerações finais

Reconhecer o saneamento básico como direito, a partir da perspectiva do direito internacional, constitucional e infraconstitucional, possibilita grandes avanços para garantir o acesso universal no país, promovendo a dignidade da pessoa humana, a emancipação da cidadania, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, objetivos fundamentais da República.

Por derivado de outros direitos essenciais à vida humana, o direito ao saneamento básico passa a ter um *status* diferenciado no ordenamento jurídico; seus efeitos fazem-se sentir por meio de suas perspectivas (subjetiva e objetiva) e funções (defensiva e prestacional), não podendo ser negados, preteridos ou violados, realizando-se progressivamente e resguardando-se sempre seu conteúdo essencial.

Ainda que o maior entrave e desafio para os direitos seja a sua efetivação (BOBBIO, 2004, p. 25), ao assumir-se o saneamento como direito – outrora visto como comodidade ou elemento associado à infraestrutura, permeado por uma ótica mercantilista – corrige-se um possível desvio de rumo que este tema poderia ter nas agendas políticas da atualidade.

Fiquemos atentos!

## Referências

ACCIOLY, Hidelbrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARLOW, Maude. Nosso Direito à água: um guia para as pessoas colocarem em prática o reconhecimento do direito à água e ao saneamento pelas Nações Unidas. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, v. I, 2012. Disponível em: <<https://canadians.org/sites/default/files/publications/nosso-direito-a-agua-11.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 185-208.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORJA, Patricia C.; MORAES, Luiz R. S. *O acesso às ações e serviços de saneamento básico como um direito social*. Simpósio Luso-Brasileiro de Engenharia Sanitária, 2006. Disponível em: <[http://www.aprh.pt/xii\\_silubesa/COMUNICACOES/82.PDF](http://www.aprh.pt/xii_silubesa/COMUNICACOES/82.PDF)>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. *Exposição de Motivos – EM 07/2005 Ministério das Cidades – Projeto de Lei nº 11.445/07*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/projetos/expmotiv/mcid/07.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/mcid/07.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Ministério das cidades*. Guia para elaboração de planos municipais de saneamento básico. 2. ed. 2011. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/biblioteca/detalhar/id/178/titulo/guia-para-elaboracao-de-planos-municipais-de-saneamento-basico>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Ministério das cidades*. Curso à Distância – Planos de Saneamento Básico. Saneamento básico no Brasil: aspectos fundamentais. Módulo 1. Brasília: Capacidades. 2015. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/274283552/263344529-Modulo-1-O-Saneamento-Basico-No-Brasil-Aspectos-Fundamentais>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *SNIS – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento*. Diagnóstico dos serviços de água e esgotos, 2018. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2018>>. Acesso em: 7 jun. 2020.

CARVALHO, Sônia Aparecida de. *et al.* O direito fundamental ao saneamento básico como garantia do mínimo existencial social e ambiental. *Revista Brasileira de Direito*, IMED, v. 8, n. 2, jul./dez., 2012.

CASTRO, José Esteban Políticas públicas de saneamento e condicionantes sistêmicos. In: HELLER, Leo; CASTRO, Jose Esteban. (Coord.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2013.

CHAGAS PINTO, Bibiana Graeff. O Novo quadro jurídico dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e os direitos fundamentais: reflexões em direito comparado francês e brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 12, n. 48, out., 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DEMOLINER, Karine Silva. *Água e Saneamento Básico: Regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DELPUPPO, Michely Vargas. *Saneamento Básico como Direito Fundamental: Por que o seu acesso é tão difícil no Brasil?* Curitiba: Editora Juruá, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma Carta dos bens fundamentais. In: *Por uma teoria dos Direitos e Bens fundamentais*. Trad. SALIM, Alexandre, et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Algumas Considerações sobre a necessária reformulação da concepção geracional dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 8, 2013, p. 206-223.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-151.

HELLER, Leo; Neves-Silva, Priscila. O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis. *Ciênc. saúde coletiva [on-line]*, v. 21, n. 6, 2016, p. 1861-1870. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232016000601861&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232016000601861&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 264-265.

MENDES, Gilmar F. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENEZES, Luiz Carlos C. Saneamento básico, saúde pública e qualidade de vida. Considerações. *Revista DAE*, v. 44, n. 136, mar., 1984, p. 17. Disponível em: <[http://revistadae.com.br/artigos/artigo\\_edicao\\_136\\_n\\_1164.pdf](http://revistadae.com.br/artigos/artigo_edicao_136_n_1164.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2. ed. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OMS. *The right to water*. WHO, 2003. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/Right\\_to\\_Water.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/Right_to_Water.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2018.

ONU. *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. *Pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591/92*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Comentário-geral nº 15 do Comitê Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 2002. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR\\_GC\\_15.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Resolução de 28 de julho de 2010, A/RES/64/292*. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292)>. Acesso em: 31 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Resolução A/HRC/RES/15/9, de setembro de 2010*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/33/PDF/G1016633.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. *Resolução A/RES70/169, adotada pela Assembleia-geral da ONU em dezembro de 2015*. Disponível em [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/169](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/169) Acesso em: 31 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. *Convenção De Viena, de 1969, também chamada de Lei dos Tratados*, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 1º fev. 2018.

\_\_\_\_\_. *Protocolo de San Salvador (1988)*. Disponível em: <[http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo\\_de\\_san\\_salvador.htm](http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. *CIDH. Corte interamericana de direitos humanos. Opinião consultiva nº 23/17 solicitada pela República da Colômbia (p. 47 e ss)*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *ODS. Transformando Nosso Mundo: A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *The Right to Water. Fact Sheet No.35*. ONU, WHO; UN-HABITAT; UNHR. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35en.pdf> Acesso em: 6 fev. 2018.

PHILIPPI Jr., Arlindo; MALHEIROS, Tadeu Fabricio. Saneamento Ambiental e Saúde Pública. In: PHILIPPI Jr., Arlindo. *et al. Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. USP. Baueri: Manole, 2005.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

SARLET, Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006-a.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006-b.

\_\_\_\_\_; CANOTILHO, J. J. Gomes. *et al.* (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: MORATO LEITE, José Rubens; FERREIRA, Heline Sivini; CAVALCANTI FERREIRA, Maria Leonor Paes. (Orgs.). *Dano Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: RT, 2017.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adercio Leite. (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 43, n. 141, dez., 2016.

TOLEDO, Claudia. Mínimo existencial – a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. In: MIRANDA, Jorge. (Coord.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016.

TRATA BRASIL, Instituto. *Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento no Brasil*. Março de 2017. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/beneficios-ecosocio/relatorio-completo.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio-ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.