

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Bruna Wagner Fritzen

**O DIREITO HUMANO À ÁGUA:
DESENVOLVIMENTO E PANORAMA ATUAL**

Porto Alegre

2012

BRUNA WAGNER FRITZEN

**O DIREITO HUMANO À ÁGUA:
DESENVOLVIMENTO E PANORAMA ATUAL**

Trata-se de monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tendo por finalidade a satisfação de requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Claudia Lima Marques

Porto Alegre

2012

BRUNA WAGNER FRITZEN

**O DIREITO HUMANO À ÁGUA:
DESENVOLVIMENTO E PANORAMA ATUAL**

Trata-se de monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tendo por finalidade a satisfação de requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 20 de Dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Claudia Lima Marques
Orientadora
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Fabio Morosini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor William Smith Kaku
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

“Aquilo que os homens chamam de estabilidade não é o imobilismo, é o movimento lento e uniforme do conjunto que deixa subsistir uma certa forma geral das coisas às quais eles estão habituados.”
(HAURIOU, 1929, p. 6).

Aos meus mestres, familiares e amigos.

RESUMO

A água potável vem constando na pauta de muitas reuniões internacionais, devido à atual preocupação com a sua possível escassez mundial, diante do aumento, tanto da poluição causada pelo homem, quanto do consumo exigido para a sobrevivência, a agricultura, a produção de energia, e demais fins. Frente a esta realidade, a presente monografia tem como objetivo analisar se existe um direito humano à água capaz de ser vinculante à sociedade internacional. Assim, sua hipótese é de que este direito já é reconhecido, de forma que o seu cumprimento seria imprescindível por parte dos agentes internacionais. No primeiro capítulo, abordam-se as principais fontes de direito internacional que se relacionem com o tema. Através do diálogo entre estas fontes, cujo grau de vinculabilidade com os Estados a elas submetidos são diferentes, será possível ter uma visão geral sobre o nível de aceitação da água como um direito humano universalmente reconhecido. Já no segundo capítulo, desenvolver-se-á um panorama do direito humano à água como existente hoje. Apesar de ainda não existir um documento reconhecendo o direito humano à água possível de ser chamado de *hard law*, tratar-se-ão dos problemas que as obrigações advindas deste direito podem trazer nos casos em que a água é objeto de privatização, especialmente quando envolvem investimentos estrangeiros. Ao fim, a solução possível para as questões envolvendo o direito internacional do investimento estrangeiro e o direito internacional dos direitos humanos, no que se refere ao direito humano à água, advém de um diálogo entre suas respectivas fontes, de forma a evitar conflitos internacionais que possam decorrer do fato de se estar lidando com um direito nascituro.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Água. Privatização. Recursos Hídricos. Comentário Geral n° 15.

ABSTRACT

Drinking water is in the agenda of many international meetings, given the current concern over its possible global shortage, due to an increase of both the pollution caused by human beings, and the consumption required for survival, agriculture, energy production, and other purposes. Faced with this reality, this paper objects aims to analyze whether there is a human right to water binding to the international society. Thus, the present hypothesis is that this right has already been recognized, so that its fulfilment would be imperative on the part of international actors. The first chapter will be addressing the main sources of international law that relate to the theme. Through the dialogue between these sources, whose degrees of vinculation with States submitted to them are different, will be possible to get an overview about the level of acceptance of water as a human right universally recognized. In the second chapter, it will develop an overview of the human right to water as existing today. Although there is not a document recognizing the human right to water as hard law, it will concern the problems that the obligations arising from this law can bring in cases where water is a subject of privatization, especially when they involve foreign investment.

Key-words: Human Rights. Water. Privatization. Water Resources. General Comment nº 15.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- CEDAW – Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher)
- CESCR – Committee on Economic, Social and Cultural Rights (Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)
- CRC – Convention on the Rights of the Child (Convenção sobre os Direitos da Criança)
- ECOSOC – Economic and Social Council (Conselho Econômico e Social)
- IBR – International Bill of Rights (Carta Internacional dos Direitos Humanos)
- ICCPR – International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos)
- ICESCR – International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)
- ICJ – International Court of Justice (Corte Internacional de Justiça)
- OHCHR – Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos)
- ONU – Organização das Nações Unidas
- SIWI – Stoccolm International Water Institute (Instituto Internacional de Água de Estocolmo)
- UDHR – Universal Declaration of Human Rights (Declaração Universal dos Direitos Humanos)
- UNDP – United Nations Development Program (Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I – PRINCIPAIS FONTES INTERNACIONAIS CONTRIBUENTES PARA A FORMAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA.....	15
A) IMPORTANTES DOCUMENTOS INTERNACIONAIS GLOBAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA	15
1. Instrumentos universais	16
1.1 Carta da ONU	16
1.2 Declaração Universal.....	17
1.3 Convenções de Genebra	18
1.4 Pactos Internacionais	22
1.4.1 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ICCPR).....	25
1.4.2 Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR).....	30
1.5 Comentário Geral nº 15 da Assembleia Geral da ONU	33
1.6 Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento	40
1.7 Resolução 64/292 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU ...	41
1.8 Resoluções do Conselho de Direitos Humanos da ONU	42
1.9 Instrumentos relacionados ao meio-ambiente	43
1.9.1 Declaração de Estocolmo	43
1.9.2 Plano de Ação Mar del Plata	44
1.9.3 Declaração de Dublin	46
1.9.4 Agenda 21	47
1.9.5 Fóruns Mundiais da Água	48
1.9.6 Semana Mundial da Água.....	49
1.9.7 Rio+20	49
2. Instrumentos específicos	50
2.1 Convenção dos Direitos da Criança (CRC).....	50
2.2 Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW).....	51
B) O DIREITO COSTUMEIRO INTERNACIONAL.....	53
1. O papel do direito costumeiro internacional.....	53
2. Decisões judiciais de âmbito internacional.....	56

II – O DIREITO HUMANO À ÁGUA NOS DIAS ATUAIS	60
A) PANORAMA ATUAL	60
1. Conteúdo	60
1.1 Conceituação do Direito Humano à Água.....	60
1.2 Natureza.....	60
1.3 Terminologia	61
1.4 Direitos materiais.....	63
1.5 Direitos processuais.....	66
2. Obrigações: estatais e não estatais	67
2.1 Obrigação de respeitar (<i>Obligation to respect</i>)	68
2.2 Obrigação de proteger (<i>Obligation to protect</i>).....	69
2.3 Obrigação de concretizar (<i>Obligation to fulfill</i>)	69
B) PRIVATIZAÇÃO E DIÁLOGO DAS FONTES: CONSIDERAÇÕES.....	70
1. A privatização e o investimento estrangeiro	72
2. O diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito	
Internacional do Investimento Estrangeiro no que se refere ao direito à água.....	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIAS	86

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a abordar o polêmico tema da formação de um direito humano à água, o qual vem se estabelecendo mundo afora, inclusive na própria Organização das Nações Unidas. Apesar da sua importância, este direito só passou a ser tratado como um direito que merece ter status independente recentemente, de forma que novas questões surgem e virão a surgir a partir deste reconhecimento.

A presente monografia tem por objetivo, então, analisar se existe um direito humano à água, no âmbito do direito internacional, capaz de ser vinculante à grande parte dos países. A hipótese central é a de que este direito já é reconhecido pela comunidade internacional, de forma que o seu cumprimento é imprescindível por parte dos agentes internacionais.

Por se tratar de matéria de direitos humanos, a questão está inserida na sociedade internacional¹, que é ainda hoje descentralizada², de forma que “não há lugar fácil para a objetividade e para os valores absolutos”, conforme Rezek entende o direito internacional público de nossos tempos.

Em um sistema de direito internacional regido pelo princípio da coordenação, o consentimento é essencial para que exista harmonia na sociedade internacional. Assim, os Estados se subordinam ao direito que livremente reconheceram e constituíram³. As normas constituídas, que seriam as resultantes de um consentimento *criativo*⁴, são a base para a criação de um direito humano à água.

O consentimento perceptivo ocorre quando os Estados “consentem em torno de normas que fluem inevitavelmente da pura razão humana, ou que se apoiam, em maior ou menor medida, num imperativo ético, parecendo imunes à prerrogativa estatal de

¹ Segundo Mazzuoli, a sociedade internacional é formada “por Estados e Organizações Internacionais intergovernamentais, com reflexos voltados também para a atuação dos indivíduos no plano internacional”. *In*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 38. O autor segue reconhecendo que o conceito desta expressão está em mutação, podendo vir a ser modificado no futuro, devido à presença de novos atores das relações internacionais.

² REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.

³ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 3.

⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 3.

manipulação”⁵. Um exemplo de norma formada por este tipo de consentimento é o do princípio do *pacta sunt servanda*, pois não se poderia chegar à conclusão diversa, como a de que os pactos só deveriam ser cumpridos em alguns casos, ou sempre cumpridos com alguma exigência. Não importa o quão criativo o homem pode ser: o consentimento só poderia ser este. Por isso, dá-se o nome a ele de perceptivo, em contraposição ao consentimento *criativo*⁶.

Apesar de a ideia de viver em uma comunidade que não reconheça os direitos humanos parecer inconcebível – pois não haveria como entender, por exemplo, que nem todos os homens são iguais –, trata-se de normas provenientes do consentimento criativo. Ao contrário da perspectiva de obviedade que se pode ter sobre as normas resultantes do consentimento perceptivo, aquelas resultantes do consentimento criativo têm uma característica importante, qual seja, a temporalidade: elas surgem em um determinado espaço de tempo, de acordo com a maturidade e as necessidades da comunidade internacional.

Quando se fala em direito humano à água, este soa tão natural e lógico à nossa natureza, que pensar que existe um direito em sentido contrário ou diverso seria uma afronta moral. A verdade é que a ideia do acesso à água é que é comum a todos os seres humanos. Contudo, para que este preceito torne-se lei, é preciso que seu conteúdo seja estabelecido, para que os Estados possam concordar ou não com as obrigações derivadas de seu futuro consentimento.

Além disso, a visão da água como um direito humano só é possível nos dias atuais. Mister se faz lembrar que até 1948 não havia o consentimento na comunidade internacional sobre a existência dos direitos humanos (à exceção dos direitos cogentes). A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷ é que estes direitos começaram a evoluir no direito internacional, a ponto de hoje ser possível tratar de direitos de 4ª geração. Cobertos por um sistema vinculante, os direitos humanos mais óbvios já foram regulados. Contudo, a evolução da sociedade internacional não irá parar por aqui, de forma que o surgimento de novos direitos que entenderemos como universais ocorrerá a cada salto de desenvolvimento dos Estados, os quais serão cada vez mais capazes de promover novos direitos, considerados, ao seu tempo, indispensáveis a todo ser humano.

⁵ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 3.

⁶ Sobre normas resultantes do consentimento criativo: “São aquelas que evoluíram em determinado sentido, quando perfeitamente poderiam ter assumido sentido diverso, ou mesmo contrário”. In: REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 3.

⁷ SEITENFUS, Ricardo (org.). **Legislação Internacional**. 2ª ed. amp. e atual. Barueri, SP: Manole, 2009.

Apesar da temporalidade das normas resultantes do consentimento criativo, a partir do momento em que os direitos humanos são criados, não há como revogá-los. Esses direitos podem não ter sido reconhecidos desde os primórdios da sociedade; contudo, uma vez estipulados, não há possibilidade de retrocesso, como nas normas cujo consentimento foi visivelmente criativo⁸.

O direito humano à água vivencia este momento de transição, passando pela fase de reconhecimento pela comunidade internacional. Através da presente monografia, analisam-se os instrumentos que abordam o tema, a fim de entender este direito nascituro e de prever certas questões que a sua eminente imposição traz consigo.

No primeiro capítulo, examinaremos o desenvolvimento do direito humano à água através das fontes jurídicas internacionais que contribuem para a sua formação. Através do diálogo entre estas fontes, cujo grau de vinculabilidade com os Estados a elas submetidos são diferentes, será possível ter uma visão geral sobre o nível de aceitação da água como um direito humano universalmente reconhecido.

Já no segundo capítulo, desenvolver-se-á um panorama do direito humano à água como existente hoje. Apesar de ainda não existir um documento reconhecendo o direito humano à água possível de ser chamado de *hard law*, tratar-se-ão dos problemas que as obrigações advindas deste direito podem trazer nos casos em que a água é objeto de privatização, especialmente quando envolvem investimentos estrangeiros.

Ao fim, a solução possível para as questões envolvendo o direito internacional do investimento estrangeiro e o direito internacional dos direitos humanos, no que se refere ao direito humano à água, advém de um diálogo entre suas respectivas fontes, de forma a evitar conflitos internacionais que possam decorrer do fato de se estar lidando com um direito nascituro.

Diante das fontes jurídicas existentes no direito internacional, o presente trabalho se foca nas estipuladas pelo Estatuto da Corte Internacional Justiça, devido à sua ampla vinculatividade perante todos os Estados-membros na Organização das Nações Unidas (ONU). Dentre todas as fontes descritas pelo artigo 38 do referido documento, daremos ênfase às convenções e ao costume internacionais. No entanto, o direito humano à água, por

⁸ Exemplo de uma norma cuja origem é claramente advinda de um consentimento criativo é a estipulação da extensão do mar territorial.

ser um direito nascituro, não prescinde ainda de documentos internacionais não vinculantes. Como a proposta do trabalho é analisar o direito humano à água atualmente e como um direito próprio, utilizar-se-ão as fontes vinculantes como parâmetro, mas analisar-se-ão muitos documentos não vinculantes, a fim de tentar encontrar a sua estrutura fundamental em âmbito internacional.

Na nova ordem internacional, que se vive desde o pós-guerra, este tipo de preocupação conquista a oportunidade de ser desenvolvida em direito humano pela comunidade internacional.

O presente trabalho reconhece a importância da devida e espontânea aceitação por parte dos Estados de um novo direito no âmbito internacional. Por isso, mesmo que se descreva o direito humano à água como um direito consolidado, está-se ciente da atual ausência de documento internacional vinculante que o preveja de forma completa. A atitude se justifica pelo conteúdo do Comentário Geral nº 15, que reconhece a presença deste direito no Pacto Internacional sobre os direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR).

Portanto, a ideia deste trabalho é analisar a atual situação legal do direito humano à água em âmbito internacional (como anda o seu reconhecimento e até que ponto obriga os agentes internacionais); e mostrar as dificuldades trazidas com este direito, para, por fim, trabalhar as possíveis soluções que tanto a doutrina quanto a experiência de certos Estados têm para oferecer.

Ver-se-á que o direito humano à água pode ser inferido de outros direitos humanos e no que isso resulta para os Estados.

Com este estudo, esperamos ajudar na propagação do conhecimento sobre os aspectos legais de uma ideia que sempre foi óbvia para todos os seres humanos e que atualmente recebe atenção por parte da comunidade internacional: a noção de que a todo ser humano deve ser dado o acesso à água na qualidade e quantidade mínima para que possam ser satisfeitas suas necessidades, de tal forma que sua existência possa ser qualificada de humana.

Como se pode perceber, embora este estudo se foque na questão do direito humano à água, ele tratará sobre questões fundamentais da atual estrutura legal de âmbito internacional, pois este direito reflete a interdisciplinaridade jurídica atingida pela comunidade internacional. É possível perceber diversos tratados servindo como base para o reconhecimento de um novo direito e a influência dos direitos humanos sobre as questões

econômicas, principalmente no âmbito do investimento estrangeiro, que talvez deva sofrer alterações para se adaptar a este novo reconhecimento.

Questionar-se-ão os limites da soberania estatal, nos fazendo refletir sobre os possíveis comprometimentos que os agentes internacionais desenvolvem ao longo do tempo, sendo que a criação dessas obrigações mostra-se possível sem o desejado consentimento estatal – quando instituições criadas por eles passam a ser propagadoras de novas obrigações para estes Estados, mesmo que muito indiretamente, criando resoluções e comentários interpretando tratados e definindo deveres e direitos dali derivados.

Ainda vinculadas às perguntas relativas à soberania, o conteúdo do trabalho questiona a utilização da figura do objetor persistente em casos relacionado a direitos humanos; e o papel das reservas na interpretação dos tratados, no momento em que a pequena quantidade de reservas feita em relação a artigos que fazem referência a um possível direito à água é utilizada como suporte para o seu reconhecimento.

Por fim, ainda traz a oportunidade de reflexão sobre os limites da interpretação dos documentos legais, tanto tratados quanto contratos, feita por árbitros, juízes e até mesmo Estados, além de catalisar questionamentos filosóficos que transcendem o âmbito legal.

I – PRINCIPAIS FONTES INTERNACIONAIS CONTRIBUINTES PARA A FORMAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA

Tratar-se-á, primeiramente, sobre as fontes do direito internacional. O direito humano, âmbito no qual se insere o direito humano à água, é considerado direito internacional e por isso utiliza as mesmas fontes do direito internacional público. Para uma análise frutífera do tema, mister se faz debruçar-se sobre os costumes e documentos legais, principais fontes do Direito Internacional Público, conforme artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Apesar da importância dos princípios como fonte do direito internacional, estes não serão abordados, pois não contribuem diretamente para a formação do direito humano à água. Defende-se nesse trabalho uma abordagem a partir dos textos legais existentes e de algumas decisões internacionais, a partir dos quais o direito humano à água pode ser desenvolvido e afirmado.

Através do histórico, serão tratados os principais documentos internacionais que são importantes para esclarecer o questionamento sobre a existência de um direito humano à água. Para atingir esta finalidade, abordar-se-á a capacidade de vinculação que cada um destes documentos cria sobre os agentes do direito internacional.

Assim, ao final deste capítulo, será possível afirmar a existência do direito humano à água e entender qual a sua atual situação legal perante a comunidade internacional.

A) IMPORTANTES DOCUMENTOS INTERNACIONAIS GLOBAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA

Conforme as reuniões internacionais vão se desenvolvendo ao longo do século XX, a água vai construindo seu espaço como direito. Contudo, seu desenvolvimento depende, como será possível perceber através da análise de documentos internacionais, do amadurecimento do direito internacional como um todo.

Por isso, serão analisados, no presente tópico, instrumentos jurídicos internacionais que servem de base para o entendimento do direito humano à água. Definem-se como globais porque não se restringem a uma região do planeta, incluindo todos os países que deles quiserem tomar parte.

Estes documentos encontram-se divididos conforme a abrangência de seu objeto: os primeiros são universais, pois pretendem proteger a todos os seres humanos, sem quaisquer tipos de restrições; e os últimos são específicos, já que cada um deles é voltado à proteção de um grupo de indivíduos, considerados vulneráveis pela comunidade internacional.

1. Instrumentos universais

1.1 Carta da ONU

A Carta da ONU, estreando a nova era do direito internacional, foi o primeiro documento a promover os desafios contemporâneos que enfrentamos como comunidade global e elevar o papel central desempenhado pela água no cumprimento de metas da Carta.

Em seu Capítulo IX, sobre a “*cooperação internacional econômica e social*”, no artigo 55, dispõe sobre atitudes por ela favorecidas, a fim “*de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos.*”⁹ A ideia é, então, a de promover:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião.¹⁰

Apesar de não mencionar diretamente a água, se atualmente a água for considerada como inclusa no rol dos direitos econômicos e sociais, ou, em interpretação que se entende

⁹ Carta da ONU, Art. 55. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>.

¹⁰ Carta da ONU, Art. 55. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>.

extremamente restritiva, ao menos como um elemento necessário para a realização de muitos desses direitos, o direito à água estaria sendo abrangido por este artigo, pois tal mandado jurídico teria o condão de promover muitas das metas da ONU recém transcritas.

Através do fornecimento de água às pessoas, promovem-se “níveis mais altos de vida” àqueles que não possuem água o suficiente para atingir esse objetivo; promovem-se “condições de progresso e desenvolvimento econômico e social” a toda uma comunidade que necessita de novas soluções aos seus problemas relacionados à água potável.

Em proporções maiores, conceder a atenção devida aos problemas relacionados à água pode promover a “solução de problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos”.

Assim, por ser o direito à água caminho inescapável para alcançar as metas da Carta da ONU, podemos dizer que a carta é um instrumento fundamental para a análise da água como um direito subjetivo.

1.2 Declaração Universal

O próximo documento imprescindível para a evolução do direito humano à água é a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assinada em 1948, foi o marco constitutivo do sistema de direitos humanos que vigente nos dias atuais. Diante do resultado da 2ª Guerra Mundial, a comunidade internacional reconheceu a existência de direitos que devem ser garantidos a todos os humanos e se comprometeu a criar pactos de caráter vinculante com o fim de promovê-los em sua justa medida. Dentre o rol de direitos elencados neste documento, constam os mais prementes à época, que são chamados hoje de direitos de primeira e segunda geração.

Não obstante trata-se apenas de uma Declaração, o que, por si só, não lhe concede efeito vinculante¹¹, alguns doutrinadores afirmam que nos dias atuais algumas provisões dessa

¹¹ Como bem refere o presidente do Comitê de Direitos Humanos da ONU durante a redação da Declaração e representante dos Estados Unidos da América na Assembleia Geral, Eleanor Roosevelt: “In giving our approval to the declaration today, it is of primary importance that we keep clearly in mind the basic character of the document. It is not a treaty; it is not an international agreement. It is not and does not purport to be a statement of law or of legal obligation. It is a declaration of basic principles of human rights and freedoms, to be stamped with the approval of the General Assembly by formal vote of its members, and to serve as a

Declaração fazem parte do direito costumeiro internacional¹². Sua importância histórica e o prestígio consensual de que goza na comunidade internacional contribuíram por si mesmos para a própria definição de humano.

O importante, em termos históricos, é que, apesar das diferentes realidades vividas pelos diversos Estados ao redor do mundo em termos de desenvolvimento e cultura, foi neste momento que os Estados começaram a desenvolver um consentimento sobre algumas responsabilidades que eles deveriam assumir para promover as finalidades a que se obrigariam com a Carta da ONU.

Ao perceber a importância do bem estar e da estabilidade para a perpetuação de relações pacíficas, consentiram, através desse documento, a comprometer seus esforços coletivos e a máquina estatal. Neste contexto, surgem os direitos humanos que hoje servem de base para a ideia de direito humano à água como é sustentado pelas Nações Unidas.

1.3 Convenções de Genebra

A fim de entender a contribuição das convenções de Genebra para a formação e conceituação do direito humano à água, mister se faz uma breve análise da distinção entre os direitos ditos humanos e o direito humanitário. Segue-se a ela.

Diferentemente dos direitos humanos¹³, o direito humanitário é formado por um conjunto de normas destinadas a resolver problemas causados diretamente por conflitos

common standard of achievement for all peoples of all nations.” *In*: HANNUM, Hurst. *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*. **GA. Journal of International and Comparative Law**. v. 25, p. 287-397, 1995/1996, p. 318.

¹² SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 20.

¹³ O Direito Internacional Humanitário “contém disposições sobre muitas questões que estão fora do âmbito do DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], como a condução das hostilidades, o status de combatente e de prisioneiro de guerra e a proteção do emblema da cruz vermelha e do crescente vermelho. Do mesmo modo, o DIDH dispõe acerca de aspectos da vida em tempo de paz que não estão regulamentados pelo DIH, como a liberdade de imprensa, o direito de reunião, de votar e fazer greve.” *In*: CICV – Direito Internacional Humanitário e direito internacional dos direitos humanos: analogias e diferenças. Disponível online em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5yblf.htm>>.

armados, sejam eles internacionais ou internos¹⁴. Contudo, fora este viés de destinação a tempos específicos, a sua finalidade é a mesma dos direitos humanos, pois ambos pretendem proteger a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana¹⁵. Diante das semelhanças dos objetivos a serem alcançados por esses dois ramos do direito internacional, a importância da abordagem feita pelo direito humanitário ao direito à água é extremamente relevante.

Os principais tratados do Direito Internacional Humanitário são as quatro Convenções de Genebra e os três Protocolos Adicionais a eles relacionados. Todos estes instrumentos – exceto o Protocolo III, de 2005 – reconhecem um direito à água, estando preocupados especialmente com a falta de água potável em quantidade e qualidade nas questões em que haja conflitos armados, como veremos detalhadamente a seguir.

A Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (Convenção III)¹⁶, em seus artigos 20, 26, 29 e 46, refere-se ao direito dos prisioneiros de receber água em quantidade e qualidade suficientes.

Isso significa que, mesmo sobre condições precárias, em que o outro é considerado inimigo, a comunidade internacional reconhece ser necessário conceder-lhe água potável para a manutenção da vida, como um ato de humanidade.

Os artigos 20 e 46 da referida Convenção tratam, respectivamente, da evacuação e da transferência dos prisioneiros de guerra. Nestes artigos, há referência explícita ao direito à água potável, a qual deve ser fornecida aos prisioneiros pela Potência detentora.

Estes dispositivos legais, além de preverem o fornecimento de água potável, também determinam que esta deve ser “suficiente”, conforme definição que se encontra no artigo 26, referente não somente às situações previstas nos artigos 20 e 46, mas durante todo o período de encarceramento:

¹⁴ Comitê Internacional da Cruz Vermelha – Direito Internacional Humanitário e direito internacional dos direitos humanos: analogias e diferenças. Disponível online em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5ybllf.htm>>.

¹⁵ Comitê Internacional da Cruz Vermelha – Direito Internacional Humanitário e direito internacional dos direitos humanos: analogias e diferenças. Disponível online em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5ybllf.htm>>.

¹⁶ A Convenção de Genebra III, relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, foi adotada em 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática, a qual se destinava a elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra. A Conferência ocorreu em Genebra, de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949.

A ração alimentar diária básica será suficiente, em quantidade, qualidade e variedade, para manter os prisioneiros de boa saúde e impedir uma perda de peso ou o desenvolvimento de doenças por carência de alimentação. Ter-se-á igualmente em conta o regime a que estão habituados os prisioneiros.¹⁷

Apesar de este dispositivo tratar de alimentação, ele define o que é considerado pela Convenção como “suficiente”, tendo, no mesmo artigo, previsto que a água potável fornecida também deve ser suficiente. Nesta seara, uma simples dedução nos leva a entender que o fornecimento de água potável “suficiente” previsto pela Convenção III de Genebra significa que aos prisioneiros deve-se conceder água potável em quantidade e qualidade, a fim de mantê-los em boa saúde e impedir o desenvolvimento de doenças advindas da carência de água.

Mesmo a água fornecida para fins de higiene e cuidados médicos¹⁸, prevista no artigo 29 da Convenção III, deve ser ofertada em quantidade suficiente. Neste caso, o próprio dispositivo especifica seu significado, ao dispor que “será fornecido aos prisioneiros de guerra água e sabão em quantidade suficiente para os seus cuidados diários de limpeza corporal e para lavagem da sua roupa”.

A Convenção IV¹⁹, ao prever a proteção dos civis em tempo de guerra, garante a estes – nos artigos 85, 89²⁰ e 127 – os mesmos direitos relativos à água que foram estipulados pela Convenção III aos prisioneiros de guerra.

Em 1977, o direito à água, previsto nas Convenções de Genebra, voltou a ser analisado pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados. O resultado positivo deste evento, que trouxe dividendos à questão do direito à água, deu-se através dos artigos 54 e 55 do Protocolo Adicional I, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais; e

¹⁷ Convenção de Genebra III, artigo 26. Disponível online em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>>.

¹⁸ Esta água referente à higiene não precisa ser potável, já que não há referências nos dispositivos das Convenções de Genebra.

¹⁹ Assim como a Convenção de Genebra III, a Convenção de Genebra IV, relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, foi adotada em 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática, a qual se destinava a elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra. A Conferência ocorreu em Genebra, de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949, tendo entrado em vigor na ordem internacional em 21 de outubro de 1950.

²⁰ Este artigo, ao tratar do conceito de suficiente, traz a ideia de “garantir um equilíbrio normal de saúde”. Esta inovação em relação à Convenção de Genebra III cria uma nova cláusula aberta ao não especificar o que seria um “equilíbrio normal de saúde”, gerando mais uma dúvida sobre a água objeto de um direito humano.

dos artigos 5 e 14 do Protocolo Adicional II, concernente à proteção das vítimas dos conflitos armados não internacionais.

O primeiro protocolo, em seu artigo 54, trata da proteção dos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, proibindo que estes sejam atacados, destruídos, retirados ou jogados fora. Conforme este artigo, dentre os bens indispensáveis, encontram-se:

Instalações e reservas de água potável e obras de irrigação, com vista a privar, pelo seu valor de subsistência, a população civil ou a Parte adversa, qualquer que seja o motivo que inspire aqueles atos, seja para provocar a fome das pessoas civis, a sua deslocação ou qualquer outro.

O artigo 55 do Protocolo Adicional I, apesar de não falar diretamente sobre a água como nos interessa à formação de um direito humano, prevê a proteção desta como meio ambiente natural, cuja conservação é imprescindível para a manutenção da saúde e da sobrevivência da população.

Já o segundo protocolo, de 1977, trata, em seu artigo 5º, das pessoas privadas de liberdade²¹, garantindo a elas um mínimo de condições que devem ser respeitados. Dentre elas encontra-se o recebimento, “na mesma medida que a população civil local, de víveres e água potável”.

Mais adiante, o artigo 14 do Protocolo Adicional II trata da proteção dos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, proibindo a utilização contra os civis da fome como método de combate.

Neste sentido, atos como “atacar, destruir, tirar ou pôr fora de uso com essa finalidade” as reservas de água potável e os trabalhos de irrigação estão expressamente proibidos.

A responsabilidade sobre a aplicação das referidas Convenções no plano internacional recai sobre todos os Estados, conforme a obrigação de respeitá-las e fazê-las respeitadas em todas as circunstâncias²². Pode-se concluir, então, que há um consentimento suficiente para garantir a vinculabilidade das normas expressas nestes documentos de Direito Humanitário, envolvendo a possibilidade de proteção ao direito à água pelo menos nas situações em que este ramo do direito pode ser aplicado.

²¹ Pessoas privadas de liberdade por motivos relacionados com o conflito armado, quer estejam internadas ou detidas.

²² Estipulada no artigo 1º, comum às quatro Convenções de Genebra.

Nesta seara, sabendo que:

a) o direito internacional dos direitos humanos visa à proteção dos seres humanos, da mesma forma que o direito internacional humanitário, conforme visto acima;

b) o reconhecimento da ideia de que o fornecimento de água aos seres humanos não é uma situação específica a tempos de conflitos armados, tão deletérios, mas uma necessidade real e perene em inúmeras áreas conflagradas do globo.

Cumpra forçosamente concluir que o Direito Internacional dos Direitos Humanos também deve ter como escopo a proteção de um direito específico à água. Através de dedução lógica, como pode um Estado que reconhece a necessidade de se garantir um mínimo de água a situações extremas, como os conflitos armados, não reconhecer que todo ser humano, a qualquer momento, também é sujeito passivo deste direito? Como o direito não se dissolve da política, cabe aos juristas atuar politicamente para que este direito seja plenamente reconhecido, ou esperar que pelo momento oportuno para solucionar a questão.

1.4 Pactos Internacionais

Como visto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (UDHR)²³ foi o primeiro documento internacional formulado com a intenção de criar uma proteção universal a certos direitos fundamentais à vida de cada indivíduo²⁴, conforme intenções previstas pela Carta da ONU²⁵. Além de ser o resultado de um consenso atingido na Assembleia Geral da ONU em manifestar o compromisso que os Estados-membros passam a ter com a realização dos

²³ RIEDEL, Eibe. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Disponível online em: <www.mpepil.com>. p. 1.

²⁴ Embora a história do direito contemporâneo dos direitos humanos tenha como ponto de partida a Carta das Nações Unidas, o primeiro instrumento legal internacional voltado propriamente para a questão dos direitos humanos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

²⁵ A versão original da Carta da ONU está disponível online em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/>>. A versão em português está disponível online em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>.

direitos humanos²⁶, essa Declaração foi o ponto de partida para a elaboração de um sistema de proteção internacional aos direitos humanos²⁷.

O direito humano à água encontra suas origens já nesse documento, que, juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ICCPR)²⁸ e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR), formam a chamada *International Bill of Rights* (IBR), contendo os primeiros direitos a serem protegidos pelo direito internacional dos direitos humanos²⁹.

Apesar de o direito humano à água não ter sido explicitamente citado em nenhum destes três documentos, pode ser inferido de passagens referentes a outros direitos humanos, como nos artigos 11 e 12 do ICESCR³⁰, que reconhecem respectivamente “the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family”³¹ e “the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”³². Alguns argumentam que do artigo 6º do ICCPR³³, o qual se refere ao direito à vida³⁴, também seria possível deduzir um direito humano à água; porém, adiante se verá que isto não se concretiza.

Contudo, é necessário questionar o porquê de os Pactos dedicados exclusivamente à previsão dos direitos humano não terem deixado explícito o direito humano à água. Em face da incerteza, deve-se excluir este direito como algo próprio, individual, de status singular?

²⁶ RIEDEL, Eibe. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, p. 1. Disponível online em: <www.mpepil.com>.

²⁷ RIEDEL, Eibe. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, p. 1. Disponível online em: <www.mpepil.com>.

²⁸ Seu Protocolo Adicional também é considerado parte da International Bill of Rights, conforme explica Horst Hannum. In: HANNUM, Hurst. The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. **GA. Journal of International and Comparative Law**. v. 25, p. 287-397, 1995/1996, p. 318.

²⁹ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 439.

³⁰ ICESCR. Documento traduzido disponível online em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%20e%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>.

³¹ “[O] direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família”. Tradução nossa. Documento original disponível online em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/b2esc.htm>>.

³² “[O] direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”. Documento original disponível online em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/b2esc.htm>>.

³³ Documento traduzido para o português disponível online em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>.

³⁴ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**, v. 48, primavera, 2008, p. 441.

Talvez a verdadeira vontade do legislador fosse de excluir o direito à água como um direito próprio. Como esta verdade é inatingível, só será possível chegar a uma conclusão através de uma visão amplificada. Segundo Schreiber³⁵, a ausência do reconhecimento do direito humano à água nos documentos que compõem a *International Bill of Rights* se deve ao fato de não haver uma preocupação internacional quanto ao assunto à época da redação destes documentos³⁶. Considerando que este foi o início da codificação dos direitos humanos e que este assunto demanda uma forte discussão entre os Estados ratificantes dos tratados, é plausível considerar que a comunidade internacional ainda não estava pronta para abordar o assunto de maneira a torná-lo vinculante a todos.

O assunto água, em especial, além da diversidade de dificuldades sociais dos Estados-membros da ONU, sofre com o problema da sua distribuição geográfica pelo mundo, pois esta é muito desigual, de forma que estabelecer obrigações comuns a todos demandaria um desgaste político potencialmente impossível de ser arcado àqueles tempos. Se mesmo hoje, em que a água é pauta de reuniões internacionais voltadas apenas à sua discussão, chegar-se a um consenso não é simples, imagine-se à época em que os estados passaram a aceitar uma imensa nova gama de responsabilidades para com todas as pessoas.

Seguindo tal raciocínio, seria plausível concluir que a impossibilidade de se atingir um consenso sobre o assunto justificaria a vontade do legislador de não incluir o direito humano à água na *International Bill of Rights*. Contudo, analisando-se o conjunto de direitos e as finalidades dos três documentos que o compõem, resulta-se em uma incongruência a não proteção de algo tão essencial à vitalidade dos seres humanos.

Para fins de sanar esta incerteza, analisam-se agora os dispositivos que, de forma supérflua, tratam de um direito das pessoas à água.

³⁵ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**, v. 48, primavera, 2008, p. 439.

³⁶ Veja-se o que diz o referido autor sobre a questão: “The right to water is not explicitly listed, but because water is a “prerequisite for the realization of other human rights,” if not for *all* human rights, its explicit absence should be recognized as being due to water being absent from international concern during the time of drafting the IBR documents. Its absence should be viewed in light of a lack of global environmental awareness that would not take place until the Stockholm Declaration was made in 1972, signifying the beginning of a global environmental movement.” *In*: SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 439.

1.4.1 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ICCPR)

A Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos prevê o direito humano à vida. O primeiro parágrafo deste dispositivo declara que “[e]very human being has the inherent right to life. This right shall be protected by Law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.”³⁷ A partir deste dispositivo, é possível inferir a existência de um direito humano à água?

Através de um silogismo regular, pode-se chegar a uma conclusão que será útil para tentar solucionar a referida pergunta. Dentro desta estrutura, a premissa maior seria que a vida é o direito humano fundamental, sem o qual os outros direitos humanos não se realizam. Já a premissa menor seria que a água é imprescindível para a vida. Portanto, restaria concluir que: a água é imprescindível para o direito humano mais fundamental, de tal forma que garantir água seria imprescindível para a realização da vida, e, conseqüentemente, para a realização de todos os outros direitos humanos.

Premissa maior: A vida é o “direito humano mais fundamental”³⁸, sem o qual os outros direitos humanos não se realizam.

Premissa menor: A água é imprescindível para a vida.

Conclusão: A água é imprescindível para o direito humano mais fundamental. Ou seja, garantir água seria imprescindível para a realização da vida, e, conseqüentemente, para a realização de todos os outros direitos humanos.

No entanto, essa conclusão não é suficiente para solucionar a questão, pois ser um requisito imprescindível para a realização de um direito não o torna digno, apenas por esta razão, de ser considerado um direito humano independente³⁹.

³⁷ “Todo ser humano tem o direito inerente à vida. Esse direito deve ser protegido pela lei. Ninguém deve ser arbitrariamente privado de sua vida.” Tradução nossa. In: ICCPR. BROWNIE, Ian (org.). **Basic Documents in International Law**. 6ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2009. Disponível online em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>.

³⁸ Conforme o Comentário Geral nº 6: “The right to life enunciated in article 6 of the Covenant has been dealt with in all State reports. It is the supreme right from which no derogation is permitted even in time of public emergency which threatens the life of the nations (art.4).” In: General Comment No. 06: The right to life (art.6): 30/04/1982. CCPR General Comment No.6 (General Comments), parágrafo 1. Disponível online em: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?Opendocument)>.

³⁹ Do ponto de vista da teoria jurídica, pois para a criação de um novo direito, é necessário que a comunidade internacional o desenvolva, de forma escrita ou através dos costumes.

Mesmo ao considerar-se apenas a perspectiva singular da teoria jurídica, a referida conclusão ainda pecaria por não incluir todo o complexo sistema que envolve o ICCPR.

Por outro lado, a partir desta resposta é possível analisar as interpretações já feitas pela doutrina jurídica internacional, a fim de se chegar a uma conclusão própria em relação à abrangência do direito humano à água pelo direito humano à vida, conforme este é hoje regulado pelo direito internacional. Passa-se a essa importante tarefa.

Segundo McCaffrey⁴⁰, renomados comentaristas entendem que o direito à vida, por ser um direito civil, não pode proteger os homens da morte por fome, frio ou falta de cuidados médicos, tratando-se apenas de uma garantia contra a arbitrária privação da vida por parte do Estado.

De acordo com esse entendimento, o Estado não teria obrigação de tomar medidas afirmativas para que o direito encerrado no artigo 6 (1) esteja sendo realizado, ou seja: o Estado não precisaria assegurar o acesso ao mínimo necessário para a sobrevivência, como é o caso da água. As obrigações se limitariam a não tolerar e não praticar atos arbitrários no sentido de retirar a vida de um ser humano⁴¹. Consequentemente, não seria possível inferir a existência de um direito humano à água do artigo 6 (1) do ICCPR.

No entanto, apesar dessa visão que impede o direito humano à água de se basear no ICCPR, o direito à vida, ali trabalhado, é suficiente para proteger os seres humanos da morte pela prática ou tolerância de atos arbitrários no sentido de retirar-lhes a vida. Sendo assim, mesmo concluindo que um direito humano à água ainda não existe no direito internacional como um todo, pode-se afirmar que o direito à vida, previsto no artigo 6 (1), é capaz de responsabilizar o Estado por violação a este direito humano nos casos em que a falta de água potável por atos praticados ou tolerados pelo governo é a causa da morte de seres humanos.

Outra visão, entretanto, é a de que o artigo 6 (1) deve ser interpretado de forma mais abrangente. Cançado Trindade, por exemplo, defende esta corrente, assim argumentando:

⁴⁰ McCAFFREY, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5. n. 1. p. 1-24. 1992, p. 9.

⁴¹ McCAFFREY, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5. n. 1. p. 1-24. 1992, p. 9.

Under the right to life, in its modern and proper sense, not only is protection against any arbitrary deprivation of life upheld, but furthermore States are under the duty 'to pursue policies which are designed to ensure access to the means of survival' for all individuals and all peoples.⁴²

Cançado Trindade ressalta que o direito à vida é o “direito humano supremo”⁴³, não podendo ser interpretado de forma restritiva. Sua proteção exige que os Estados adotem medidas positivas⁴⁴. No seu entendimento, a interpretação do artigo 6 (1) deve ser positiva⁴⁵, compreendendo o direito de todos a um meio apropriado de subsistência e a um padrão de vida decente.

Nesta seara, o próprio Comitê de Direitos Humanos da ONU declarou que o direito à vida não pode ser entendido de forma restritiva; e que a proteção deste direito requer a adoção, por parte dos Estados, de medidas positivas⁴⁶. Neste sentido, vejamos o entendimento do Comitê, presente no Comentário Geral nº 6:

⁴² “ Sob o direito à vida, no seu sentido moderno e adequado, não é apenas mantida a proteção contra qualquer privação arbitrária da vida, mas, além disso, os Estados têm o dever ‘de perseguir políticas que se destinam a garantir o acesso aos meios de sobrevivência’ para todos os indivíduos e todos os povos”. Tradução nossa. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and of Environmental Protection and the Absence of Restrictions on the Exercise of Recognized Human Rights**. Revista IIDH, v. 13, 1991, p. 35-76. Disponível online em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/dtr/dtr3.pdf>>. *Apud*: McCaffrey, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5, n. 1, p. 1-24, 1992, p. 10.

⁴³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and of Environmental Protection and the Absence of Restrictions on the Exercise of Recognized Human Rights**. Revista IIDH, v. 13, 1991, p. 51. Disponível online em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/dtr/dtr3.pdf>>.

⁴⁴ VAN AGGELEN, J. G. C. *Le role des organisations internationales dans la protection du droit à la vie, Bruxelles Story-Scientia*, 1986, p. 23. *Apud*: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and of Environmental Protection and the Absence of Restrictions on the Exercise of Recognized Human Rights**. Revista IIDH, v. 13, 1991, p. 51. Disponível online em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/dtr/dtr3.pdf>>.

⁴⁵ KIEFER, Thorsten; BRÖLMANN, Catherine. Beyond State Sovereignty : The Human Right to Water. **Non-State Actors and International Law**, v. 5, n. 3, 183-208, 2005, p. 188.

⁴⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and of Environmental Protection and the Absence of Restrictions on the Exercise of Recognized Human Rights**. Revista IIDH, v. 13, 1991, p. 35-76. Disponível online em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/dtr/dtr3.pdf>>. *Apud*: McCaffrey, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5, n. 1, p. 1-24, 1992, p. 10.

[...] the Committee has noted that the right to life has been too often narrowly interpreted. The expression "inherent right to life" cannot properly be understood in a restrictive manner, and the protection of this right requires that States adopt positive measures. In this connection, the Committee considers that it would be desirable for States parties to take all possible measures to reduce infant mortality and to increase life expectancy, especially in adopting measures to eliminate malnutrition and epidemics.⁴⁷

Sendo assim, o direito à vida em seu sentido moderno deve ser entendido como pertencendo aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais. Como referem muitos autores, esta visão fornece uma ilustração eloquente da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos⁴⁸. Este novo entendimento proporciona um fortalecimento do direito à vida. No entanto, os próprios seguidores desta posição mais abrangente não chegam a reconhecer que essa interpretação compreenda o direito ao sustento⁴⁹.

O direito à água não seria em si um direito ao sustento, pois o fornecimento de água é de responsabilidade do Estado na grande maioria dos países, sendo ele ou seus concessionários os operadores diretos do abastecimento e da distribuição. O direito à água, no sentido de acesso a recursos hídricos, não pode ser confundido, portanto, com o direito ao sustento, na medida em que passa o primeiro obrigatoriamente pelas mãos do estado, que regula e ordena os estoques de água.

Cançado Trindade, que entende a interdependência dos direitos humanos, não deixa de esclarecer que o conteúdo do direito à vida não ficou claro na redação do artigo 3º da Declaração Universal, devido à falta de consenso entre os Estados sobre o seu conteúdo

⁴⁷ “O Comitê observou que o direito à vida tem sido muito frequentemente mal restritivamente interpretado. A expressão "direito inerente à vida" não pode ser adequadamente entendida de forma restritiva e a proteção deste direito exige que os Estados adotem medidas positivas. Neste contexto, o Comitê considera que seria desejável que os Estados-parte tomassem todas as medidas possíveis para reduzir a mortalidade infantil e aumentar a expectativa de vida, especialmente através da adoção de medidas voltadas a eliminar a desnutrição e as epidemias. Tradução nossa. In: Comentário Geral nº 6, parágrafo 5. Disponível online em: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf\(Symbol\)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf(Symbol)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?Opendocument)>.

⁴⁸ A exemplo de Kiefer e de Trindade. In: KIEFER, Thorsten; BRÖLMANN, Catherine. *Beyond State Sovereignty : The Human Right to Water. Non-State Actors and International Law*, v. 5, n. 3, 183-208, 2005. p. 188; e TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and of Environmental Protection and the Absence of Restrictions on the Exercise of Recognized Human Rights*. Revista IIDH, v. 13, p. 35-76, 1991, p. 51.

⁴⁹ McCaffrey, Stephen. *A Human Right to Water: Domestic and International Implications*. *Georgetown International Environmental Law Review*, Georgetown, v. 5, n. 1, p. 1-24, 1992, p. 10; e KIEFER, Thorsten; BRÖLMANN, Catherine. *Beyond State Sovereignty: The Human Right to Water. Non-State Actors and International Law*, v. 5, n. 3, 183-208, 2005, p. 188.

exato⁵⁰. Portanto, mesmo sendo descrito como o “direito humano supremo”, já que todos os outros direitos humanos não teriam sentido sem a sua garantia efetiva⁵¹, da sua interpretação não se pode criar uma imensa gama de novas obrigações positivas aos Estados que ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, sob pena de violar o princípio da soberania dos Estados, tão cara a toda a estrutura do atual direito internacional.

O que se pode afirmar com certeza é que os direitos de liberdades (*liberty rights*) não requerem apenas que o Estado se abstenha de praticar atividades contrárias a estes. Para garanti-los é preciso um envolvimento estatal positivo⁵². O fato de que a salvaguarda desses direitos pode exigir uma ação positiva do Estado não é objeção a exigir a sua observância, “[E]specially when the implementation of such rights is not an absolute, immediate obligation, but need only be accomplished progressively, within the limits of available resources”⁵³.

Assim, McCaffrey sugere que, no caso de direitos humanos muito imprescindíveis, como é o caso da água, o parâmetro a ser aplicado na hora de determinar se o dever governamental de proteger esses direitos foi respeitado é analisar o nível de aplicação das obrigações presentes no ICCPR.

Logo, a devida diligência (*due diligence*) exigiria que este Estado concedesse prioridade correspondente aos direitos contidos na ICESCR que são necessários para a devida realização das necessidades básicas humanas⁵⁴. No caso do direito à vida, sem a promoção do direito à saúde, o Estado não estaria propriamente violando o ICCPR, mas não estaria agindo no sentido de proteger o direito à vida. Diante desta controvérsia, não é possível afirmar que o direito humano à água deriva do direito humano à vida.

O que se pode afirmar é que o direito humano à vida, assim como foi estabelecido internacionalmente, é capaz de proteger algumas situações envolvendo intenções

⁵⁰ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and of Environmental Protection and the Absence of Restrictions on the Exercise of Recognized Human Rights**. Revista IIDH, v. 13, p. 35-76, 1991, p. 52.

⁵¹ KIEFER, Thorsten; BRÖLMANN, Catherine. Beyond State Sovereignty : The Human Right to Water. **Non-State Actors and International Law**, v. 5, n. 3, 183-208, 2005, p. 186.

⁵² McCAFFREY, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5, n. 1, p. 1-24. 1992. p. 15.

⁵³ “especialmente quando a implementação de tais direitos não é uma obrigação absoluta, imediata, mas só precisa ser feita progressivamente, dentro dos limites dos recursos disponíveis”. Tradução nossa. *In*: McCAFFREY, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5, n. 1, p. 1-24. 1992. p. 15.

⁵⁴ McCAFFREY, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5, n. 1, p. 1-24. 1992. p. 15.

premeditadas dos Estados de suprir água de seres humanos, com o intuito de lhes privar do seu direito de viver. Portanto, conforme Resolução 15/9, do Conselho de Direitos Humanos da ONU, o direito à água potável e ao saneamento básico está intrinsecamente relacionado com alguns direitos, como o direito à vida⁵⁵.

1.4.2 Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR)

Apesar de não haver referência explícita em nenhum desses dois artigos do ICESCR, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entendeu que da utilização da expressão “*including*”, no artigo 11, subentende-se não ser exaustiva a lista de direitos contidas⁵⁶ no corpo do próprio, de forma que o reconhecimento de outros direitos, como o referente à água, fosse permitido.

Portanto, a interpretação da Convenção feita pelo Comitê, de acordo com suas atribuições, demonstra que a intenção dos países ao redigi-la não era de limitar a proteção aos direitos ali listados, mas sim estendê-la aos direitos cuja natureza se assemelhe aos ali especificados.

A ideia do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais era transformar os princípios da Declaração Universal de Direitos Humanos em um documento de natureza vinculante, de forma que foi elaborado um tratado, aberto para a assinatura e ratificação tanto aos Estados-membros da ONU, quanto aos não-membros, a convite da Assembleia Geral da ONU⁵⁷.

Importante ressaltar que a Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR) trata dos direitos básicos das pessoas, relativos basicamente à segunda geração de direitos humanos⁵⁸. Sendo assim, esses direitos exigem ações positivas⁵⁹

⁵⁵ A/HRC/RES/15/9, parágrafo 3º. Disponível online em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/33/PDF/G1016633.pdf?OpenElement>>.

⁵⁶ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 442.

⁵⁷ RIEDEL, Eibe. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, p. 1. Disponível online em: <www.mpepil.com>.

⁵⁸ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 22.

⁵⁹ O que não significa dizer que os direitos de primeira geração não exigem ações positivas por parte do Estado, pois tanto os direitos humanos de primeira quanto os de segunda geração submetem os Estados a ações

dos governos, como políticas públicas e programas de âmbito nacional voltados para garantir a sua realização, de forma que requerem uma quantidade significativa de recursos estatais⁶⁰.

Quanto às obrigações impostas pelo ICESCR, essas são de natureza progressiva⁶¹, o que significa que cada Estado Parte se compromete apenas a tomar medidas consideradas possíveis de acordo com seus recursos disponíveis, “with a view to progressively achieving the full realization of the rights recognized by all means appropriate”⁶². Portanto, o direito humano à água, apesar de suas peculiaridades e de ter sido desenvolvido como um direito autônomo apenas posteriormente, é envolto dessas mesmas características, próprias dos direitos econômicos e sociais.

Assim, mesmo sem o Comentário Geral nº 15, a percepção do direito humano à água apenas pelo direito costumeiro internacional seria suficiente para estabelecer esse conjunto de concepções relativas à natureza deste direito. A relevância do Comentário Geral no que coincide com o que é comum a todos os direitos econômicos, sociais e culturais está na ação de deixar explícita a sua natureza, para fins de evitar futuros equívocos nesse sentido. Além disso, tais direitos são considerados universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados⁶³.

Conforme a linha de argumentação até aqui desenvolvida, o direito humano à água pode ser deduzido do ICESCR, de forma que as obrigações de seus Estados Parte devam se estender à proteção do direito humano à água. É necessária ainda a tomada de medidas capazes de concretizar a realização deste direito dentro de seus territórios, como em relação a qualquer outro direito humano internacional de natureza econômica, social e cultural previsto neste mesmo instrumento legal.

negativas e positivas. Ver SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 24-25.

⁶⁰ Ver o que dizem ALSTON, Philip e QUINN, Gerard. *Apud*: SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 24: “Economic, social and cultural rights require active intervention on the part of governments. Closely linked to this is a distinction between resource-intensive and cost-free rights. Thus, it is said that civil and political rights can be realized without significant costs being incurred, whereas the enjoyment of economic, social and cultural rights requires a major commitment of resources.”

⁶¹ Importantes comentários sobre a natureza dos direitos contidos no ICESCR e no ICCPR: “In contrast to those pertaining to the ICCPR, the obligations under the ICESCR are progressive in nature [...]; each category of rights remains indispensable to the other, and no hierarchical categorization should be made between them. *In*: SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 25-26.

⁶² “[C]om vista a, progressivamente, alcançar a plena realização dos direitos reconhecidos por todos os meios apropriados”. Tradução nossa. *In*: SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 25.

⁶³ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 27-28.

Todas essas conclusões foram possíveis através, primeiramente, de estudos sobre a matéria realizados por *experts* do Comitê. No entanto, além desses esforços, a atenção do Comitê para este assunto também ocorreu no desenvolver do Comentário Geral nº 14, sobre a obrigação estatal de promover o mais alto nível possível de saúde física e mental⁶⁴.

Em seguida, no ano de 2002, tendo como base as pesquisas realizadas, foi desenvolvido o Comentário Geral nº 15⁶⁵ para tratar unicamente sobre o tema do direito humano à água.

Segundo este importante documento, a água deve ser tratada como um bem social e cultural, não devendo ser considerado mais importante o fato de também ser um bem econômico⁶⁶.

Contudo este posicionamento vai de encontro ao que foi estabelecido no segundo princípio da Declaração de Dublin, que caracteriza a água como um bem econômico. Ver-se-á de maneira aprofundada essa caracterização no momento em que será examinada pormenorizadamente a conferência relativa ao supracitado estatuto.⁶⁷

O Conselho Econômico e Social é um dos órgãos especiais da ONU⁶⁸. Tem entre suas prerrogativas a de criar “comissões para os assuntos econômicos e sociais e a proteção dos direitos humanos”, conforme artigo 68 da Carta da ONU. Uma dessas comissões é o Conselho de Direitos Humanos, criado em 2006 pela Assembleia Geral, para substituir a Comissão dos Direitos Humanos.

O Conselho Econômico e Social criou, em 1985, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, órgão permanente especializado (*permanent expert body*) responsável por monitorar a implementação das obrigações estatais a que os Estados que ratificaram o ICESCR se submetem.

Diante dessas dúvidas causadas por imprecisões terminológicas, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU cria Comentários Gerais, os quais lhe

⁶⁴ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 442.

⁶⁵ Adiante, o Comentário Geral nº 15 será analisado com maior profundidade.

⁶⁶ Comentário Geral nº 15, parágrafo 11. Disponível online em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94>>.

⁶⁷ Para mais considerações, ver: SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 28-43.

⁶⁸ Previsto nos artigos 7º, 61 a 72, todos da Carta da Organização das Nações Unidas Carta da Organização das Nações Unidas. In: STEINFUS, Ricardo (org.) **Legislação Internacional**. 2ª Ed., 2009. p. 59.

permitem o exame das questões preocupantes, surgidas dos Relatórios feito por este órgão sobre a situação dos direitos abrangidos pelo ICESCR nos Estados que a ele se comprometeram. Em 2010, o direito humano à água foi objeto de um desses Comentários, sendo exaustivamente abordado pelo Comitê⁶⁹.

1.5 Comentário Geral nº 15 da Assembleia Geral da ONU

O Pacto Internacional ICESCR, apesar de abranger uma imensa gama de direitos econômicos, sociais e culturais, deixa a desejar pela vagueza de tratamento destes direitos, algo esperado de um instrumento legal que tem como pretensão obter a adesão da comunidade internacional da forma mais ampla possível.

Tal se dá porque ele se caracteriza por ser um documento universal, de forma que a especificação de cada um dos direitos contidos ali impossibilitaria a ratificação por muitos países. Da forma como foi desenvolvido, já gerou reservas e não houve a adesão de toda a comunidade internacional. Com uma abordagem mais complexa, ele provavelmente não conseguiria um quorum suficiente para lhe conceder a importância que dele foi possível extrair ao longo da sua história até os dias atuais.

Sem embargo, apesar dessa dificuldade, com o passar dos anos o sistema ao qual este Pacto Internacional pertence desenvolveu formas de suprir, pelo menos em parte, suas necessidades. Uma dessas formas foi a criação de comentários gerais, os quais foram sugeridos, em 1987, pela ECOSOC ao Comitê⁷⁰.

Um dos principais instrumentos legais a tratar do direito humano à água nos dias atuais é um desses Comentários, cuja finalidade é justamente desenvolver o direito em questão a partir da sua inferência dos artigos 11 e 12 do Pacto Internacional sobre os direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR)⁷¹.

⁶⁹ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008. p. 441-443.

⁷⁰ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 45.

⁷¹ Para uma visão completa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ver: VASAK, Karel (org.). **Les dimensions internationales des droits de l'homme**. França: UNESCO, 1980, p. 52-59.

Está-se tratando de um documento imprescindível para o direito humano à água como moldado nos dias de hoje. No entanto, antes de tratar do conteúdo inovador proporcionado por este Comentário, precisa-se entender a natureza jurídica de um Comentário Geral feito pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC), para que se possa mensurar a relevância do referido documento na criação de obrigações aos Estados-membros da ONU.

Devido à sua importância, é preciso entender o grau de vinculatividade deste documento.

Como refere o próprio Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), os Comentários Gerais são apenas interpretações do Comitê sobre o conteúdo das provisões normativas do ICESCR⁷², de forma que a sua natureza jurídica não vincula os Estados soberanos a quaisquer dos Comentários sobre assuntos específicos feitos pelo atual Conselho, o qual assumiu as publicações feitas por seu antecessor.

Embora os Comentários Gerais não sejam vinculantes, já que o Comitê não tem autoridade para estabelecer novas obrigações ao ICESCR, “argumenta-se que eles fornecem um mecanismo fundamental para desenvolver um entendimento normativo e contextualizado das disposições do ICESCR”.⁷³

Pode-se dizer ainda que o Comentário Geral nº 15 é uma “interpretação autoritativa”⁷⁴, sendo mais do que apenas uma diretriz ou recomendação para os Estados. Uma vez que o Comitê foi estabelecido como competente para realizar interpretações, tal reconhecimento impõe um nível de autoridade legal que deve ser levado em consideração pelos Estados-membros⁷⁵.

Nas palavras de Fabio Morosini, acerca da teoria de Erik Jayme sobre a pós-modernidade no Direito:

⁷² Disponível online em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>.

⁷³ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 5. Tradução nossa.

⁷⁴ SHELTON, Dinah. Human Rights, Health and Environmental Protection: Linkages in Law and Practice. *In*: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. (Org.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 393-452.

⁷⁵ SHELTON, Dinah. Human Rights, Health and Environmental Protection: Linkages in Law and Practice. *In*: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. (Org.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 470-471.

No Direito, testemunha-se o surgimento de normas narrativas, normas que não obrigam, que simplesmente descrevem valores. Espera-se que textos legais sejam interpretados de acordo com o que estabelece a sua declaração de vontade, porque o legislador, quando elabora normas narrativas, esclarece os objetivos almejados.⁷⁶

Tal é a natureza do Comentário nº 15. O próprio Comitê, em 1989, deixa clara a pretensão de assistir e promover a implementação do ICESCR, quando refere que os comentários criados podem ser revistos e aperfeiçoados⁷⁷. Assim, estes Comentários passaram a fazer parte do *reporting system*, além de colocar o Comitê no papel de julgador, a partir do qual pode dar atenção às insuficiências *disclosed in the report*⁷⁸.

Portanto, a importância do Comentário Geral nº 15 está mais presente no seu conteúdo e na sua qualidade inovadora que no seu poder de coação sobre os Estados-parte do ICESCR. Frente a isso, passa-se a analisar o conteúdo deste documento.

O Comentário Geral nº 15, primeiramente, conceitua no parágrafo segundo o direito humano à água. Logo em seguida, passa a tratar do conteúdo normativo desse direito a que se refere, definindo três fatores a serem aplicados em todos os casos, quais sejam: disponibilidade (*availability*), qualidade (*quality*) e acessibilidade (*accessibility*).

Ainda no conteúdo normativo, trata da não-discriminação e da igualdade (*equality*). A partir daí, o direito humano à água já está bem definido, protegido da vagueza do tratamento concedido pelo Pacto⁷⁹.

Contudo, para conferir a devida segurança jurídica, tão imprescindível ao Direito⁸⁰, o Comentário esclarece quais são as obrigações estatais, estabelecendo no que consiste respeitar, proteger e realizar (*fulfill*) este direito. Nesta seara, também define as obrigações

⁷⁶ MOROSINI, Fábio. Globalização e Novas Tendências em Filosofia do Direito Internacional: a Dicotomia entre Público e Privado da Cláusula de Estabilização. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (orgs.). **O Novo Direito Internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 553.

⁷⁷ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 47.

⁷⁸ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 47. O autor continua ressaltando que: “[...] in respect of the models of implementation [...] this new practice brings the ICESCR model of implementation away from the originally associated with the ICCPR.”

⁷⁹ “[O]ne of the most striking features of the Covenant is the vagueness of the normative implications of the various rights it contains”. In: ALSHTON, Philip. *Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights*. **9 Hum. Rts. Q.** 351 (1987). *Apud*: SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 45.

⁸⁰ Sobre segurança jurídica, ver: ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª ed. Rev. atual. amp. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2012. 736p.

principais – ou seja, define o mínimo a ser feito para a não violar o direito – e as internacionais, a fim de garantir a realização do direito quando apenas o envolvimento governamental de um determinado país não é suficiente, a situação requerente o engajamento (cooperação e assistência) internacional.

A fim de garantir ainda mais a ordem, o Comentário não se restringe a tratar das obrigações, explicitando violações ao direito humano à água. Em seguida, não satisfeito com o âmbito internacional, o Comentário parte para o assunto da implementação em nível nacional. Temas que aqui não cabem aprofundar por completo, em razão da sua extensão e de não se tratar de ponto imprescindível para o trabalho proposto. Faz-se apenas um apanhado dos pontos principais a título de exemplo.

O Comentário também prevê as situações de violação do direito humano à água⁸¹, as quais podem ocorrer através de ações⁸² ou omissões estatais. Não satisfeito, ainda define violações aos direitos de respeitar, proteger e cuidar.

Contudo, ao abordar a acessibilidade o Comentário n° 15 é problemático: ele parece igualar *low cost a free of charge*. Autores dizem que maiores, se não todos, os especialistas em recursos hídricos são contra a *free water* (água gratuita)⁸³, pois a gestão da demanda iria, devido à necessidade, requerer alguma forma de precificação. Água gratuita seria um convite ao mau uso e ao abuso, conforme o segundo princípio da Declaração de Dublin. Nesta seara, precificar não se contradiria com a acessibilidade, na medida em que o valor a ser pago seja compatível com as condições econômicas de seus consumidores, mesmo que pobres⁸⁴.

E, seguida, o Comentário trata da cooperação internacional e das obrigações dos Estados-membros da ONU. Sobre esse tópico, conclui McCaffrey⁸⁵, que no nível

⁸¹ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 68.

⁸² Conforme Salman, os atos de comissão incluem: a adoção de medidas regressivas, a revogação ou suspensão de legislação relativa ao direito à água, ou a adoção de legislação ou políticas incompatíveis com obrigações legais (domésticas e internacionais) preexistentes relativas ao direito à água. *In*: SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 69.

⁸³ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 70.

⁸⁴ Salman sugere a inovação para tratar do assunto da capacidade de consumir água potável pelos segmentos mais pobres das sociedades. Em seguida, exemplifica situações reais que tentam superar este desafio, como nos casos da África do Sul, do Chile e da Armênia. SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 71-72.

⁸⁵ McCAFFREY, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5. n. 1. p. 1-24. 1992. p. 77.

internacional, parece claro que um Estado não pode negar a um Estado vizinho a água necessária para a sobrevivência da população. Uma suposta negação, baseada no fundamento de que a água é necessária para o desenvolvimento econômico, não poderia ser aceita. Esta seria então a conclusão do Comentário Geral nº 15.

Também em relação às obrigações internacionais, o Comentário fala sobre a participação de organizações internacionais e outras instituições, pedindo a cooperação efetiva destes atores juntamente com os Estados⁸⁶, no âmbito nacional, além de considerar o direito humano à água em suas políticas e ações⁸⁷.

Para atingir sua completude, o comentário não esquece os atores não-estatais, delimitando as suas obrigações e definindo inclusive a prioridade que estes devem conceder aos grupos mais vulneráveis e marginalizados da população.

Conclui-se deste documento que, apesar de não criar novas obrigações aos Estados⁸⁸, resta explícita a existência de um direito humano à água, inerente aos artigos 11 e 12 do ICESCR, conforme as atuais formas de interpretação deste documento⁸⁹.

O Comentário Geral nº 15, no entanto, não é completo o suficiente para alguns doutrinadores, como Stephen Tuly, que critica a fraseologia empregada, algumas omissões que considera substantivas e o raciocínio do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR)⁹⁰. Segundo ele, o primeiro problema estaria na conclusão de que o uso do termo “*including*” significaria que o catálogo de direitos não tinha a pretensão de ser exaustivo, pois a intenção do Comitê de tornar o acesso à água um direito inerente e não apenas tangencial não estaria bem disposta apenas por um processo de inferência⁹¹, assim justificando:

⁸⁶ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 77.

⁸⁷ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 77.

⁸⁸ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 78.

⁸⁹ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 78.

⁹⁰ TULY, Stephen. A human right to access water? A critique of general comment nº 15. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Utrecht, v. 23, nº 1, p. 35-61, março de 2005. p. 35.

⁹¹ TULY, Stephen. A human right to access water? A critique of general comment nº 15. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Utrecht, v. 23, nº 1, p. 35-61, março de 2005. p. 37.

Since claims to scarce resources are properly questions of resources allocation, a more convincing textual interpretation to Article 11 (1) could support an implied right to access water necessary to grow food or satisfy housing needs.⁹²

A segunda crítica de Stephen Tuly diz respeito à inclusão da água – feita pelo Comitê no parágrafo 3º do Comentário Geral nº 15 – no conceito de padrão adequado de vida (*adequate standard of living*). Esta atitude seria contraditória com a crítica feita pelo Comitê quanto à criatividade na interpretação⁹³. Além disso, alega que a mudança provocada no artigo 11 da ICESCR não agrada a alguns governos, pois se está adotando alternativas que já foram rejeitadas pelos negociadores originais do *Covenant*. Por isso, refere-se ao documento de informação, fornecido pelo *Special Rapporteur on the Right to Education*, de Ms. Katarina Tomasevski, publicado pela Comissão de Direitos Humanos em 2004 (E/CN.4/2004/WG.23/CRP.4), o qual critica as iniciativas do Comitê ao anexar ao texto legal conteúdos que lá não estão, acusando-o de, com isso, enfraquecer o princípio da segurança jurídica:

Another important issue for the Working Group to consider is the impact of general comments of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the prospects for an optional protocol to the ICESCR. The Committee has adopted various general comments which reach far beyond the text of the ICESCR. For example, the Committee adopted a general comment on persons with disabilities and another on older persons, acknowledging in both cases that the ICESCR did not mention these issues,¹ and many similar examples could be added. It was, perhaps, the knowledge that the ICESCR was not justiciable that inspired the Committee to amplify its remit and broaden definitions of economic, social and cultural rights, with a justification that other human rights treaties as well as domestic laws went beyond the ICESCR. While this practice would support a rights-based rather than treaty-based human rights approach, it undermines the principle of legal security by reading into a legal text a contents which simply is not there. A helpful interpretative principle may therefore be a focus on the legal meaning of economic, social and cultural rights as affirmed in international and domestic jurisprudence. For the purposes of legal enforcement, this can be attained by a focus on government human rights obligations.⁹⁴

⁹² “Já que reivindicações de recursos escassos são propriamente questões de alocação de recursos, uma interpretação textual mais convincente do artigo 11 (1) poderia apoiar um direito implícito de acesso à água necessária para produzir alimentos ou satisfazer as necessidades de habitação.” Tradução nossa. TULY, Stephen. A human right to access water? A critique of general comment n° 15. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Utrecht, v. 23, n° 1, p. 35-61, março de 2005.

⁹³ TULY, Stephen. A human right to access water? A critique of general comment n° 15. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Utrecht, v. 23, n° 1, p. 35-61, março de 2005. p. 37.

⁹⁴ “Outro tema importante que o grupo de trabalho deve considerar é o impacto dos comentários gerais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre os prospectos para um protocolo opcional ligado ao ICESCR. O comitê adotou vários comentários gerais que extrapolam em muito o texto do ICESCR; Por exemplo, o comitê adotou um comentário geral sobre pessoas deficientes e outro sobre pessoas idosas, reconhecendo em ambos os casos que o ICESCR não mencionou tais temas, e muitos exemplos similares poderiam ser acrescentados. Foi, talvez, a consciência de que a ICESCR não era passível de análise jurisdicional que inspirou o Comitê a ampliar seu escopo e suas definições de direitos econômicos, sociais e culturais, com a justificação que outros tratados de direitos humanos, bem como direitos internos, haviam ido

A terceira crítica consiste em dizer que “Deliberate omissions in circumstances involving the voluntary assumption of legal obligations by States must be given greater deference than arguments suggesting that water was understood as a given which the drafters implicitly included”⁹⁵.

A título de exemplo, esse foi o entendimento do *travaux préparatoires*, que considerou ter havido uma omissão deliberada devido à natureza da água que, “like air, it was considered so fundamental that its formal inclusion was unnecessary”⁹⁶.

Sendo assim, por que reconhecer a água como um direito humano, se esta já é considerada como parte integral de outros direitos humanos fundamentais? Para Tuly⁹⁷, o artigo 11 foi destinado a formar o núcleo de conceitos a ser desenvolvidos em pormenor através de futuros acordos internacionais ou pelas atividades das entidades especializadas. O artigo 24 do Pacto reforça ainda mais o papel de especialista da ONU e agências especializadas em seus respectivos mandatos. Uma vez que nenhuma organização intergovernamental goza de responsabilidade exclusiva de recursos hídricos, a escolha do foro legislativo apropriado recai sobre os governos.

Forçoso se faz concluir que, em que pese as divergências e o acalorado debate acerca do preciso sentido do comentário nº 15, sua contribuição para a conceituação do direito humano à água é primordial, consistindo o documento jurídico internacional mais pormenorizado e específico sobre o tema. Sua implementação, consideradas é claro as dificuldades inerentes ao processo de criação do direito internacional, tão propenso a idas e

muito além do conteúdo do ICESCR. Ainda que essa prática dê forças a uma abordagem baseada em direitos ao aprofundamento dos direitos humanos em contraposição a uma abordagem baseada em tratados, ela solapa o princípio da segurança jurídica ao ler em um texto legal conteúdos que simplesmente não estão lá. Um princípio interpretativo auxiliar pode portanto ser foco na determinação do conteúdo legal dos direitos econômicos, sociais e culturais como afirmados na jurisprudência internacional e doméstica. Para os propósitos de fazer cumprir o direito, tal pode ser alcançado mediante um foco em violações governamentais de obrigações de direitos humanos.” Tradução nossa. *In: E/CN.4/2004/WG.23/CRP.4*, 3 February 2004, parágrafo 8.

⁹⁵ “[D]eve ser dada maior deferência às omissões deliberadas em circunstâncias que envolvem a adoção voluntária de obrigações legais por parte dos Estados do que a argumentos sugerindo que a água foi entendida como um dado que os autores incluíram implicitamente.” Tradução nossa. *In: TULY, Stephen. A Human Right to Access Water? A Critique of General Comment No. 15*. p. 39.

⁹⁶ “[C]omo o ar, é considerada tão fundamental que a sua inclusão formal não seria necessária”. Tradução nossa. *In: TULY, Stephen. A Human Right to Access Water? A Critique of General Comment No. 15*. p. 37.

⁹⁷ TULY, Stephen. *A human right to access water? A critique of general comment n° 15*. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Utrecht, v. 23, n° 1, p. 35-61, março de 2005. p. 38.

vindas, na busca do consenso internacional, é talvez uma das grandes metas para o século XXI.

O certo é que, a partir deste comentário, tem-se uma incipiente definição do direito humano à água. Este, então, passa a ser reconhecido, pelo menos perante um órgão da ONU, como um direito humano, pois está contido em outros direitos humanos, sendo inclusive indispensável para a realização desses direitos⁹⁸. Mesmo porque, sem água, nenhum direito pode ser realizado.

Não é, portanto, desmotivado o fato de este Comentário ter uma repercussão mais ampla que a dos Comentários passados⁹⁹, tornando-se base para documentos que vieram em seguida¹⁰⁰ e que estão por vir, com o desenvolvimento deste direito pela comunidade internacional.

1.6 Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento

Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, a declaração sobre o direito ao desenvolvimento refere, em seu artigo 8 (1), que os Estados devem tomar, “em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento”, e devem assegurar, dentre outras garantias, a “igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos”¹⁰¹.

Ao interpretar este artigo, a Assembleia Geral da ONU esclareceu e reafirmou¹⁰², na sua Resolução 54/175¹⁰³, que, para a realização do direito ao desenvolvimento, “o direito à alimentação e à água potável são direitos humanos fundamentais e sua promoção constitui um imperativo moral tanto para os Governos nacionais, quanto para a comunidade

⁹⁸ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 78.

⁹⁹ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 79.

¹⁰⁰ Como a Resolução n.º 64/292 da Assembleia Geral da ONU, 2010.

¹⁰¹ Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Disponível online em : <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf>

¹⁰² SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. **Water as a Human Right? IUCN Environmental Police and Law**. Paper n.º 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004. 53 p, p. 5.

¹⁰³ GA/RES/54/175 de 5 de fevereiro de 2000. Disponível online em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175&Lang=E>.

internacional”¹⁰⁴. Desta manifestação de órgão da ONU, pode-se concluir que, em 2000, o direito humano à água já vinha sendo entendido como parte dos requisitos para a promoção do desenvolvimento sustentável.

1.7 Resolução 64/292 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU

Após o Comentário Geral nº 15, alguns documentos formulados internamente na ONU passaram a abordar o tema do direito humano à água, a exemplo do Relatório Anual do Conselho de Direitos Humanos de 2007; da 15ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, ocorrida em 2010; e da Resolução 64/292 da Assembleia Geral da ONU, também de 2010.

Esta última é de extrema importância no histórico do direito humano à água, pois reconhece explicitamente o direito à água potável, limpa e saudável, como um direito humano, especificando ser este essencial para o pleno gozo da vida e de todos os outros direitos humanos.

O conteúdo desta resolução faz parte da função da Assembleia Geral da ONU de estudar e fazer recomendações com os fins de promover a “cooperação internacional de direitos econômicos, sociais e culturais”; e de “assistir na realização de direitos humanos”¹⁰⁵. Sendo assim, através desse documento, não se pode concluir que os Estados-membros da ONU reconhecem o direito humano à água, conforme o faz esta Resolução.

Sendo este o mais recente documento juridicamente relevante (expedido por um órgão da ONU) que dê extrema relevância ao Direito Humano à Água, não se pode afirmar que os Estados estão consentindo com a sua existência; e, conseqüentemente, com a existência de obrigações dele derivadas, típicas de direitos humanos a serem realizados gradualmente. O que fica evidente é que todos tomam ciência de que a Organização a que estão vinculados tem a pretensão de proteger os seres humanos quanto à água. Por isso, apesar de não ser uma *hard law*, é um instrumento capaz de garantir que atitudes contrárias ao ali estipulado poderiam ser consideradas atitudes contrárias aos propósitos da ONU, e, portanto, contrárias ao ideal de

¹⁰⁴ GA/RES/54/175 de 5 de fevereiro de 2000, parágrafo 12, (a). Disponível online em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175&Lang=E>.

¹⁰⁵ Carta da ONU, Artigo 13, parágrafo 1, (b).

“reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais”¹⁰⁶ e de “promover o progresso social e melhores padrões de vida”¹⁰⁷.

1.8 Resoluções do Conselho de Direitos Humanos da ONU

Além da resolução da Assembleia Geral da ONU, acima referida, existem pelo menos mais três resoluções, adotadas pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, que merecem destaque.

A primeira é a Resolução 15/9, de 6 de outubro de 2010, sobre “Direitos Humanos e acesso à água potável e ao saneamento”¹⁰⁸. As outras duas são as Resoluções: 16/2¹⁰⁹, de 08 de abril de 2011; e 18/1¹¹⁰, de 12 de outubro de 2011. Sob o mesmo título, “Direito Humano à Água Potável e ao Saneamento”, elas já passam a tratar da água como um direito humano. Nesta última, afirma, especificamente, que os Estados têm a responsabilidade primária de garantir a plena realização do direito humano à água¹¹¹, tomando

[...] steps, nationally and through international assistance and cooperation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, to achieve progressively the full realization of the right to safe drinking water and sanitation by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures in the implementation of their human rights obligations¹¹².

Portanto, ainda que a resolução não seja o instrumento jurídico vinculante pelo qual se anseia tanto, a sua existência deixa ainda mais clara a intenção da Organização das Nações Unidas de transformar este direito em norma internacional.

¹⁰⁶ Carta da ONU, preâmbulo.

¹⁰⁷ Carta da ONU, preâmbulo.

¹⁰⁸ A/HRC/RES/15/9. Disponível online em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/33/PDF/G1016633.pdf?OpenElement>>.

¹⁰⁹ A/HRC/RES/16/2. Disponível online em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/124/85/PDF/G1112485.pdf?OpenElement>>.

¹¹⁰ A/HRC/RES/18/1. Disponível online em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/165/89/PDF/G1116589.pdf?OpenElement>>.

¹¹¹ A/HRC/RES/18/1, parágrafo 5. Disponível online em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/165/89/PDF/G1116589.pdf?OpenElement>>.

¹¹² “[M]edidas a nível nacional e por meio de assistência e cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, até o máximo de seus recursos disponíveis, para alcançar progressivamente a plena realização do direito à água potável e saneamento apropriado por todos meios, inclusive particular, a adoção de medidas legislativas na implementação de suas obrigações de direitos humanos”. Tradução nossa. *In*: A/HRC/RES/18/1, parágrafo 5º. Disponível online em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/165/89/PDF/G1116589.pdf?OpenElement>>.

1.9 Instrumentos relacionados ao meio-ambiente

Tanto a proteção do direito internacional dos direitos humanos quanto a do direito internacional do meio ambiente são, como refere Valerio de Oliveira Mazzuoli, os dois primeiros grandes temas da globalidade¹¹³.

Além dos efeitos ocasionados no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, o reconhecimento formal do direito humano à água pode significar o reconhecimento da dimensão ambiental dos direitos humanos existentes¹¹⁴. Assim, seria ainda mais difícil “desconsiderar as provisões de direito internacional ambiental relacionadas à proteção e ao gerenciamento de água”¹¹⁵.

Reciprocamente, o direito internacional ambiental vem fortalecendo o direito humano à água, ao ressaltar a importância da sua sustentabilidade para todos os seres vivos. Passa-se agora aos documentos relacionados ao meio-ambiente que contribuem para a formação do direito humano à água.

1.9.1 Declaração de Estocolmo

A preocupação com problemas envolvendo recursos hídricos passou a ser tratada pela comunidade internacional a partir dos anos setenta,¹¹⁶ já no “primeiro ciclo de grandes conferências da ONU”¹¹⁷. Em 1972, com a Conferência da ONU sobre o Ambiente Humano,

¹¹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente*. In: Revista de Direito Ambiental. a. 9, n. 34, abril-junho de 2004. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais. p.97.

¹¹⁴ SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. *Water as a Human Right? IUCN Environmental Police and Law*. Paper nº 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004, p. 20.

¹¹⁵ SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. *Water as a Human Right? IUCN Environmental Police and Law*. Paper nº 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004, p. 20.

¹¹⁶ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. *The human right to water: legal and policy dimensions*. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 7.

¹¹⁷ Nesta mesma página, o autor especifica a expressão utilizada, senão vejamos: “Fazem parte desse ciclo a Conferência de Estocolmo, sobre meio ambiente, de 1972; a de Bucareste, que tratou da população, de 1974; a de Roma, que abordou a fome, também de 1974; a de Vancouver, sobre assentamentos humanos, conhecida como Habitat I, de 1976; e as de Nairobi, a primeira sobre desertificação, em 1977, e a segunda discutindo recursos energéticos renováveis, em 1979. Por meio da realização desses eventos a ONU procurou intervir no debate internacional, promover a discussão de temas considerados relevantes à época e inseri-los em políticas públicas desenvolvidas em seus países membros.” In: RIBEIRO, Wagner Costa. *Geografia Política da Água*. São Paulo: Annablume, 2008, p. 77.

realizada em Estocolmo, foi desenvolvida a Declaração de Estocolmo para o Ambiente Humano¹¹⁸, a qual afirma em seu segundo princípio que:

[o]s recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.¹¹⁹

1.9.2 Plano de Ação Mar del Plata

Em 1977, ocorreu a Conferência de Mar del Plata, promovida pela ONU, na Argentina, sendo o primeiro encontro especializado para discutir os problemas relativos a recursos hídricos enfrentados à época. Como resultado, foi criado o Plano de Ação de Mar Del Plata¹²⁰, o qual reconheceu a conexão intrínseca entre os projetos de desenvolvimento de recursos hídricos e suas significativas repercussões físicas, químicas, biológicas, sanitárias e socioeconômicas.¹²¹

Este plano incluiu recomendações sobre vários assuntos, incluindo importantes questões, como o acesso aos recursos hídricos, uso da água, controle relativo à poluição, saúde e meio ambiente, cooperação nacional e internacional e política, planejamento e administração; além de resoluções sobre acessibilidade dos recursos hídricos, abastecimento de água dentro de comunidades, uso da água na agricultura, pesquisa e desenvolvimento, cooperações internacionais, comissões fluviais (*river commissions*) e políticas envolvendo água em territórios ocupados.¹²²

Não bastassem os referidos progressos, o supracitado Plano de Ação também proclamou o período de 1981 a 1990 como a Década Internacional do Fornecimento de Água Potável e Saneamento (*International Drinking Water Supply and Sanitation Decade*), na qual

¹¹⁸ Texto completo da Declaração de Estocolmo (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, U.N. Doc. A/Conf.48/14/Rev. 1 (1973); 11 I.L.M. 1416 (1972)) está disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/humanenvironment.html>>.

¹¹⁹ Declaração de Estocolmo Sobre o Ambiente Humano, 1972.

¹²⁰ Plano de Ação de Mar del Plata. Disponível online em: <<http://segib.org/cumbres/files/2010/03/PROGAC-CEGXX-P.pdf>>.

¹²¹ VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. v. 43, n.1, Brasília, janeiro/junho de 2000. Disponível online em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292000000100010&script=sci_arttext>.

¹²² SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 7-8.

os governos assumiriam o compromisso de trazer melhoramentos substanciais no suprimento de água potável e nos setores sanitários.¹²³

A grande importância da Conferência de Mar del Plata para a construção histórica do direito humano à água, no entanto, está na Resolução II, no Comitê de Abastecimento de Água, que se refere à água como um direito.

Apesar de não categorizá-lo como um direito humano, o documento, segundo Salman M. A. Salman¹²⁴, claramente tratou dos assuntos referentes ao direito ao acesso à água segura e potável (*right of access to safe and drinking water*),¹²⁵ concluindo que

As such, the Mar del Plata Water Conference can be considered the starting point for the debate on the right to water, and it has indeed provided the basis for the current discussion on the issue of the human right to water.¹²⁶

A partir dessa primeira reunião internacional voltada apenas para temas referentes à água e envolvendo grande parte dos países do mundo¹²⁷, diversas conferências internacionais trataram sobre o tema¹²⁸, das quais a próxima a se destacar cronologicamente é a Conferência de Dublin (*International Conference on Water and the Environment*), de 1992, tendo sido uma reunião preparatória para a Rio-92 (*United Nations Conference on Environment and Development*), ocorrida no Rio de Janeiro.

¹²³ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 8.

¹²⁴ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004.

¹²⁵ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 9.

¹²⁶ “Assim, a Conferência sobre Água de Mar del Plata pode ser considerada o ponto de partida para o debate sobre o direito à água e verdadeiramente proporcionou a base para a corrente discussão acerca do tema do direito humano à água”. Tradução nossa. In: SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004. p. 9.

¹²⁷ RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia Política da Água**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 77.

1.9.3 Declaração de Dublin

A Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, realizada em Dublin, de 26 a 31 de janeiro de 1992, resultou na Declaração de Dublin, a qual prevê um plano de ação e quatro princípios relacionados ao tema.

A importância deste documento para o direito humano à água reside, de modo geral, no fato de a água ter sido incluída em todos os princípios de maneira primordial. O primeiro princípio diz que a “água potável é um recurso vulnerável e finito, essencial para sustentar a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente”¹²⁹. A partir daí, explica como deve ser o manejo dos recursos hídricos, diante do reconhecimento de que “a água sustenta a vida”¹³⁰.

Já o segundo princípio aborda, indiretamente, a necessidade de um processo democrático no manejo da água, ao estabelecer que este deve ser baseado em “uma abordagem participativa, envolvendo usuários, planejadores e criadores de políticas em todos os níveis”¹³¹. Logo em seguida, define o que considera uma abordagem participativa. Mediamente, este princípio trata do direito humano a não discriminação, o qual, além de ser visto individualmente, deve ser uma das características do direito humano à água. Neste sentido, segue o terceiro princípio garantindo o acesso das mulheres na provisão de água, como será visto adiante¹³².

O último princípio tem uma importância especial para o direito humano à água, pois diz ser imprescindível entender a água como um bem econômico, não deixando de ressaltar que “o direito básico de todos os seres humanos a terem acesso à água potável e saneamento a preços acessíveis” deve ser reconhecido primeiro. Apesar de deixar clara a importância do fornecimento de água a todos os seres vivos, este princípio é muito polêmico. A alguns autores preocupa o fato de a água ser considerada um bem econômico, pois ao bem se estaria agregando uma característica excludente¹³³, já que apenas quem possui recursos financeiros poderia ter acesso a ele¹³⁴.

¹²⁹ Declaração de Dublin, princípio número 1.

¹³⁰ Declaração de Dublin, princípio número 1.

¹³¹ Declaração de Dublin, princípio número 2.

¹³² Ver, no presente capítulo, subtítulo B, a parte que trata da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

¹³³ RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia Política da Água**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 81.

¹³⁴ RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia Política da Água**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 81.

O próprio princípio justifica sua posição, por sua vez, ao lembrar que, no passado, os fracassos em reconhecer o valor econômico da água “levaram ao desperdício do recurso e usos danosos para o meio ambiente”¹³⁵. Conclui, então, que o reconhecimento como bem econômico é meio para atingir um uso “eficiente e equitativo, e encorajar a conservação e proteção do recurso”¹³⁶.

Esse entendimento da água como bem econômico se perpetua por todo o Programa de Ação de Dublin, também resultante da reunião. Tal programa assume um caráter abrangente, incluindo a indicação de ações voltadas aos recursos hídricos, a serem tomadas em diversos âmbitos, como: em cidades, na indústria, na agricultura e no meio científico. Houve destaques para o combate à miséria e às doenças geradas pelo uso inadequado da água e pela falta de saneamento básico; e para a gestão internacional da água, diante das 261 bacias transfronteiriças¹³⁷ existentes.

Por mais que se trate apenas de uma Declaração, não contendo efeito vinculante, esta contou com a assinatura da maior parte da comunidade internacional, constituindo um marco no longo caminho da criação do direito internacional. Tal adesão significativa é termômetro de nossos tempos e da gravidade do tema.

1.9.4 Agenda 21

A Agenda 21 foi resultado da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro, no ano de 1992. Tendo como base a Declaração de Dublin, este instrumento jurídico apresenta 40 capítulos sobre diversos aspectos relacionados ao desenvolvimento vinculado à proteção do meio ambiente. No que diz respeito ao direito humano à água, este documento não traz inovações. Porém, é imprescindível lembrar a sua existência, devido à importância que ele, como um todo, adquiriu mundialmente.

¹³⁵ Declaração de Dublin, princípio número 4.

¹³⁶ Declaração de Dublin, princípio número 4.

¹³⁷ Dados de 2002, fornecidos pela UNEP no documento: Global environment Outlook 3: Past, Present and Future Perspectives, p. 167. Em português, disponível online em:
<http://www.wwiuma.org.br/geo_mundial_arquivos/cap2_%20aguadoce.pdf>.

Em seu capítulo dezoito¹³⁸, é dito que:

A água é necessária em todos os aspectos da vida. O objetivo geral é assegurar que se mantenha uma oferta adequada de água de boa qualidade para toda a população do planeta.

O texto segue ressaltando a importância de se garantir a sustentabilidade deste bem, acabando por propor sete áreas de programas para o setor da água doce¹³⁹.

1.9.5 Fóruns Mundiais da Água

Desde 1997, a cada três anos, ocorre um Fórum Mundial da Água. O mais recente, ocorrido em Marseille, em março de 2012, contou com a representação de 145 países¹⁴⁰. Deste encontro, foi feita uma Declaração Ministerial do 6º Fórum Mundial da Água. Apesar de não se tratar de *hard law* este documento assim dispõe sobre o direito humano à água:

3. Reiterating our commitment to fully achieve the Millennium Development Goals, and following the adoption of United Nations resolutions (A/RES/64/292, A/HRC/RES/15/9, A/HRC/RES/16/2 and A/HRC/RES/18/1) related to the recognition of the human right to safe and clean drinking water and sanitation, we commit to accelerate the full implementation of the human rights obligations relating to access to safe and clean drinking water and sanitation by all appropriate means as a part of our efforts to overcome the water crisis at all levels.¹⁴¹

Através desse parágrafo, é possível observar o avanço que este direito está tendo na atualidade. Como será demonstrado a seguir, o ano de 2012 está repleto de acontecimentos voltados a desenvolver a água como um direito humano plenamente individualizado, no sentido adquirir um conteúdo normativo específico e aprovado por grande parte dos países.

¹³⁸ Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001, p. 331.

¹³⁹ Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001, p. 332. O texto continua especificando essas sete áreas, quais sejam: “(a) Desenvolvimento e manejo integrado dos recursos hídricos; (b) Avaliação dos recursos hídricos; (c) Proteção dos Recursos Hídricos; (d) Abastecimento de água potável e saneamento; (e) Água e desenvolvimento urbano sustentável; (f) Água para produção sustentável de alimentos e desenvolvimento rural sustentável; (g) Impactos da mudança do clima sobre recursos hídricos.”

¹⁴⁰ Fórum Mundial da Água. Disponível online em: <<http://www.worldwaterforum6.org/en/the-forum/about/>>.

¹⁴¹ “3. Reafirmando o compromisso com a plena realização dos Objectivos de Desenvolvimento do Milénio, e na sequência da aprovação de resoluções das Nações Unidas (A/RES/64/292, A/HRC/RES/15/9, A/HRC/RES/16/2 e A / HRC/RES/18/1) relacionada com o reconhecimento do direito humano à água potável segura e limpa e saneamento, nós nos comprometemos a acelerar a implementação integral das obrigações de direitos humanos relativas ao acesso à água potável e limpa e saneamento por todos meios adequados, como parte de nossos esforços para superar a crise da água em todos os níveis.” Tradução nossa. Declaração Ministerial do 6º Fórum Mundial da Água, parágrafo 3º. Disponível online em: <<http://www.solutionsforwater.org/news/the-ministerial-declaration-of-the-6th-world-water-forum.html>>.

1.9.6 Semana Mundial da Água¹⁴²

A chamada *World Water Week* é um fórum anual¹⁴³, que ocorre desde 2001, tratando de problemas relacionados à água. Ao final de cada encontro, são publicados documentos com os assuntos discutidos. Em 2013, haverá um workshop intitulado: “*The human rights-based approach to cooperation*”¹⁴⁴.

Apesar de não ser um encontro de Estados, este fórum concede amplo espaço para o desenvolvimento do conteúdo do direito humano à água. A influência dos desses fóruns no direito internacional dos direitos humanos, portanto, não é imediata, mas pode vir a ser referida em um futuro documento, universal e vinculante, estabelecendo os parâmetros do direito humano à água.

1.9.7 Rio+20

Da Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrida no Rio de Janeiro, em junho de 2012, a Assembleia Geral da ONU adota uma resolução intitulada “*The future we want*”¹⁴⁵. Nesta Resolução 66/288, de setembro de 2012, os países reafirmam¹⁴⁶ os princípios da Declaração de Estocolmo e da Agenda 21.

¹⁴² Sobre a Semana Mundial da Água, ver site: < <http://www.worldwaterweek.org/about>>.

¹⁴³ Estes fóruns são promovidos pelo Instituto Internacional de Água de Estocolmo (SIWI).

¹⁴⁴ Informações do site do fórum, que assim expõe o tópico: “The adoption of UN resolutions establishing the human rights framework for universal access to safe drinking-water and sanitation has changed the drinkingwater, sanitation and hygiene (WASH) landscape, set the stage for new goals, targets and indicators, and created the need for research leading to real evidence complementing scientific evidence. These developments also create opportunities for new forms of cooperation at different levels, all in support of the progressive realization of the human right to safe drinking-water and sanitation”. Disponível online em: <http://www.worldwaterweek.org/sa/node.asp?node=1652&sa_content_url=%2Fplugins%2FEventFinder%2Fevent%2Easp&sa_title=The+human+rights-based+approach+to+cooperation&id=6&event=608>.

¹⁴⁵ A/RES/66/288, 11 de setembro de 2012, 66ª sessão da Assembleia Geral da ONU. Disponível online em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/10/PDF/N1147610.pdf?OpenElement>>.

¹⁴⁶ A/RES/66/288, 11 de setembro de 2012, 66ª sessão da Assembleia Geral da ONU, parágrafo 14. Disponível online em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/10/PDF/N1147610.pdf?OpenElement>>.

2. Instrumentos específicos

Os tratados internacionais sobre direitos humanos que abordaram o direito humano à água foram a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)¹⁴⁷ e a Convenção sobre o Direito das Crianças (CRC). Segundo Schreiber, estes documentos teriam “reconhecido explicitamente o direito humano à água na lista de obrigações estatais”¹⁴⁸, apesar de não serem instrumentos que tratem sobre direitos humanos de forma universal, por protegerem apenas grupos específicos de pessoas.

2.1 Convenção dos Direitos da Criança (CRC)

A Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC) estabelece além de direitos negativos, direitos positivos como “right to a name, nationality, an adequate standard of living, health care, education, and voice”.¹⁴⁹ A importância deste tratado para o desenvolvimento do direito humano à água está no estabelecimento expresso e incontroverso do direito à água, como se vê do corpo do artigo 24 da Convenção:

Artigo 24

1. Os Estados Partes reconhecem à criança o direito a gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar de serviços médicos e de reeducação.

Os Estados Partes velam pela garantia de que nenhuma criança seja privada do direito de acesso a tais serviços de saúde.

2. Os Estados Partes prosseguem a realização integral deste direito e, nomeadamente, tomam medidas adequadas para:

(...)

c) Combater a doença e a má nutrição, no quadro dos cuidados de saúde primários, graças nomeadamente à utilização de técnicas facilmente disponíveis e ao fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em consideração os perigos e riscos da poluição do ambiente.¹⁵⁰

¹⁴⁷ U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, art. 14(2)(h), 18 de dezembro de 1979, 1249 U.N.T.S. 13.

¹⁴⁸ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: Na Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. *Natural Resources Journal*, v. 48, primavera, 2008, p. 439.

¹⁴⁹ “[o] direito a um nome, à nacionalidade, à saúde, à educação e à voz”. Tradução nossa. ENSALACO, Mark; MAJKA, Linda C. *Children’s Human Rights*. London: Rowman & Littlefield Publishers, 2006. p. 35.

¹⁵⁰ CRC. Disponível online em : <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>.

Todos os direitos protegidos pela Convenção dos Direitos das Crianças estão em conexão com quatro princípios fundamentais¹⁵¹. O primeiro deles é direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, garantido pelo artigo 6º da Convenção. Este princípio inclui o desenvolvimento físico, mental e emocional da criança. Para o respeito a este princípio, portanto, é preciso que o direito humano à água seja abarcado em toda sua intensidade, tal como se depreende do próprio texto da Convenção.

A relevância deste tratado para o direito humano à água transcende seu conteúdo. Com a adesão de 193 países¹⁵², é o tratado mais ratificado da história, já que apenas os Estados Unidos da América e a Somália não o ratificaram¹⁵³. Sendo assim, trata-se de um marco na história do consenso internacional em relação à importância do direito à água como parte do conteúdo do que é direito humano, ainda que restrito ao âmbito do direito da criança.

2.2 Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979 pela Assembleia Geral da ONU, obriga os seus Estados-parte a garantir que as mulheres desfrutarão “de condições adequadas de vida, particularmente em relação à habitação, saneamento, fornecimento de água e eletricidade, transporte e comunicação”¹⁵⁴.

A Declaração de Dublin também trata da proteção ao direito da mulher à água potável, ao deixar expresso em seu terceiro princípio o papel central que elas exercem “na provisão, manejo e salvaguarda da água”¹⁵⁵. Este princípio decorre da pressão por participação política das mulheres que, no caso dos recursos hídricos, justifica-se pelo papel que elas exercem na manipulação da água em seus afazeres domésticos e também na agricultura¹⁵⁶.

¹⁵¹ ENSALACO, Mark; MAJKA, Linda C. **Children’s Human Rights**. London: Rowman & Littlefield Publishers, 2006, p. 34.

¹⁵² Convenção sobre os Direitos da Criança.

¹⁵³ ENSALACO, Mark; MAJKA, Linda C. **Children’s Human Rights**. London: Rowman & Littlefield Publishers, 2006.

¹⁵⁴ CEDAW. Tradução nossa. Disponível online em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>.

¹⁵⁵ Declaração de Dublin, princípio número 3.

¹⁵⁶ RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia Política da Água**. São Paulo: Annablume, 2008. p. 81.

Portanto, a comunidade internacional acaba por reconhecer não apenas a necessidade de não exclusão da mulher ao acesso à água¹⁵⁷, mas também deixa expresso seu entendimento no sentido de que este grupo merece atenção especial, devido à importância de suas atividades no setor.

Apesar as convenções voltadas à criança e à mulher não serem instrumentos que tratem sobre direitos humanos de forma universal, eles efetivamente obrigam os estados a respeitar, proteger e promover os direitos humanos identificados em tratados, os quais incluem o direito à água¹⁵⁸. Veja-se as conclusões a que chega Schreiber sobre a importância destes tratados para a existência do direito humano à água:

The significance of these treaties in progressing the right to water rests not just in their inclusion of water provisions, but also in that they have been extremely successful instruments with 185 state ratifications of CEDAW and 193 States Parties to the CRC. [...] The lack of reservations in these two recent human rights treaties in relation to the right to water draws significant attention to the willingness of states to accept that there is a human right to water.¹⁵⁹

Portanto, apesar de não serem documentos universais, estes obrigam os Estados a respeitar, proteger e garantir os direitos humanos neles identificados, o que, como se pode ver, inclui o direito à água. Apesar de serem específicos, diante da enorme adesão que estes instrumentos tiveram na comunidade internacional – contando a CEDAW com 185 Estados-partes¹⁶⁰, e a CRC com 193 – podemos afirmar que a adesão é universal. Isso significa que quase toda a comunidade internacional reconhece que indivíduos vulneráveis como as mulheres e as crianças têm direito à água. Nesta seara, não nos resta outra conclusão lógica, senão a de que a água é um direito de todos.

¹⁵⁷ Sobre a não discriminação da mulher em relação à água, ver: FILMER-WILSON, Emilie. The human rights-based approach to development: the right to water. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Utrecht, v. 23, n° 1, p. 213-241, março de 2005, p. 234.

¹⁵⁸ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: Na Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. *Natural Resources Journal*, v. 48, primavera, 2008, p. 440.

¹⁵⁹ “O significado desses tratados em fazer progredir o direito à água repousa não só na inclusão de provisões de água, mas também no fato de que eles foram extremamente bem sucedidos como instrumentos, com 185 ratificações estatais do CEDAW e 193 Estados membros do CRC. [...] A ausência de reservas nesses dois recentes tratados de direitos humanos em relação ao direito à água atrai atenção significativa para a disposição dos Estados de aceitar que existe um direito humano à água.” Tradução nossa. SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: Na Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. *Natural Resources Journal*, v. 48, Spring, 2008. p. 440-441.

¹⁶⁰ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. *Natural Resources Journal*. v. 48, primavera de 2008, p. 440.

De outra razão, no mundo jurídico a simples lógica não é suficiente para o bom direito. Sem a assinatura e ratificação de instrumento legal vinculante pelos Estados, não há como cobrar o cumprimento de obrigações perante a ONU, sob a pena de ferir, imediatamente, a soberania deste Estado; e, mediatamente, o sistema de direito internacional como um todo.

B) O DIREITO COSTUMEIRO INTERNACIONAL

1. O papel do direito costumeiro internacional

O direito costumeiro internacional é outra fonte importante para a formação do direito humano à água. Primeiramente, deve-se analisar a possibilidade de entender o direito humano à água como um direito costumeiro próprio. A partir daí, mesmo se este ainda não foi reconhecido como tal, é preciso observar se as decisões existentes contribuem para a sua formação e conteúdo. Por formação, refere-se ao reconhecimento em âmbito internacional como um direito próprio; por conteúdo, entendem-se as obrigações e restrições que este direito virá a conter.

A formação de um direito costumeiro depende da existência de uma prática estatal que suporte a ideia de um novo direito e a presença de *opinio iuris*. Com estes requisitos presentes em relação a uma proteção aos seres humanos do direito à água, poder-se-ia afirmar que o respeito a este direito já pode ser cobrado dos Estados pela comunidade internacional. Para isso, devem-se analisar os referidos requisitos e a forma como o direito costumeiro é reconhecido pela comunidade internacional.

Estabelecer um costume é um momento importante nas relações internacionais. Isso significa que, a partir deste momento, uma determinada forma de atuação estatal é considerada de acordo ou contra o direito internacional, ou seja, a conduta esperada passa a ser lei na comunidade internacional. Torna-se uma fonte em si mesma de direito internacional.

Assim, a bem de definir quando uma maneira de agir deve ser considerada como um costume não é tarefa simples, requerendo um desenvolvimento extenso da doutrina sobre a matéria. Para tanto, a maioria da doutrina e das decisões dos tribunais internacionais

entendem haver dois elementos necessários para a criação do direito consuetudinário, quais sejam: a *opinio juris* e a prática geral dos Estados.

A *opinio juris* é o elemento subjetivo do direito costumeiro, sendo a manifestação – feita através de meios consideráveis, como os pronunciamentos dos órgãos estatais – da convicção do Estado¹⁶¹ de que a norma deve ser vinculante como lei. Este instituto é formado por presunção.

Já a prática geral do Estado se materializa no sentido de que "os Estados podem fazer ou deixar de fazer"¹⁶². Para que assim seja considerado, o ato ou a omissão precisam ser feitos por um órgão estatal, uma pessoa que represente o Estado ou até mesmo por particulares, nos casos em que o Estado apoia ou tolera a conduta praticada.

Além dos dois elementos expostos, o número de Estados coniventes – por terem apoiado ou tolerado certa conduta – também é importante para a criação de direito consuetudinário¹⁶³. Não existe precisão neste número, contudo. A análise deve ser feita caso a caso, porque alguns assuntos realmente só dizem respeito a alguns Estados, o que faz com que o apoio de todos os Estados nem sempre seja importante. Por outro lado, de acordo com R. Bernhardt, "forte oposição [...] exclui a formação de nova lei"¹⁶⁴.

De acordo com Ian Brownlie, a uniformidade – entendida como consistência na prática – também é um elemento do costume. Segundo este autor, não é necessária a uniformidade completa, mas uma “uniformidade substancial”¹⁶⁵. Este elemento se justificaria através de decisões¹⁶⁶ da Corte Internacional de Justiça, como no caso *Asylum*¹⁶⁷, em que o tribunal entendeu não ser possível reconhecer o asilo diplomático como um direito costumeiro, devido, em parte, à falta de uniformidade. Veja:

¹⁶¹ BERNHARDT, R. Treaties, Customary International Law. In: BERNHARDT, R. **Encyclopedia of Public International Law**. v. I, 2000, p. 900.

¹⁶² KAMMERHOFER, J. Uncertainty In The Formal Sources Of International Law: Customary International Law and Some Of Its Problems. In: **European Journal of International Law**, junho, 2004, p. 2.

¹⁶³ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 7.

¹⁶⁴ BERNHARDT, R. Treaties, Customary International Law. In: BERNHARDT, R. **Encyclopedia of Public International Law**. v. I, 2000, p. 900.

¹⁶⁵ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 7.

¹⁶⁶ Ver *Genocide Case, Fisheries Case, Asylum Case*. In: BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p.7.

¹⁶⁷ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p.7.

The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on different occasions; there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by other, and practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law.¹⁶⁸

No entanto, para este mesmo autor, a duração não é fator decisivo para a formação do costume como lei, pois diante da presença de consistência e generalidade, uma duração específica não é necessária¹⁶⁹. Isso não significa que a passagem do tempo deixe de ser relevante para a comprovação da generalidade e da consistência¹⁷⁰. Ou seja: apesar de não se exigir uma duração específica, a duração não deixa de ser importante para a formação do costume, pois é meio de prova dos outros elementos que compõem o costume da prática “provided the consistency and generality of a practice are proved, no particular duration is required: the passage of time will of course be a part of the evidence of generality and consistency”¹⁷¹.

Percebe-se desta análise que os países – tanto da *Civil Law*, através de suas constituições, quanto os países da *Common Law*, com suas decisões – se manifestam no sentido de proteger o direito das pessoas à água, mesmo que o façam através de outros direitos, já estruturados em âmbito internacional há mais tempo, como o direito à vida e o direito ao meio ambiente saudável e sustentável.

¹⁶⁸ “Os fatos trazidos à ciência da Corte demonstram tanta incerteza e contradição, tanta flutuação e discrepância no exercício do asilo diplomático e nas opiniões oficiais expressadas em diferentes ocasiões. Tem havido tamanha inconsistência na rápida sucessão de convenções sobre asilo, ratificadas por uns e rejeitadas por outros Estados, e a prática tem sido tão influenciada por considerações de conveniência política nos vários casos, que não é possível discernir em tudo isso qualquer uso constante e uniforme, aceito como direito.” Tradução nossa. In: BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p.7.

¹⁶⁹ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p.7.

¹⁷⁰ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p.7.

¹⁷¹ “Desde que a consistência e generalidade da prática restem provadas, nenhuma duração determinada é exigida: a passagem do tempo irá certamente ser parte da evidência de generalidade e consistência” Tradução nossa. In: BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p.7.

As constituições de muitos países¹⁷² protegem a água com a finalidade mediata de proteger a população. Essa defesa cria uma prática estatal uniforme, de forma que este requisito da formação de um direito costumeiro já pode ser observado.

Será, então, que o direito humano à água já existe no direito costumeiro? Será que, apesar de não podermos vincular os estados ao direito humano à água através dos documentos internacionais, podemos cobrar o respeito a este direito através do direito costumeiro internacional dos direitos humanos?

A análise da existência de um direito humano à água através do direito costumeiro passou a ter relevância com o desenvolvimento do direito ambiental como um ramo próprio do direito¹⁷³. É necessário considerar os direitos fundamentais previstos nas constituições e as interpretações das cortes nacionais a esse respeito. Se as constituições de um número considerável de países resguardassem a água com a finalidade mediata de proteger a população, essa defesa criaria uma prática estatal uniforme, de forma que um dos requisitos para haver direito costumeiro, qual seja a prática estatal, poderia ser observado. Isso significa que, através da proteção ambiental da água, poderíamos encontrar uma prática estatal no sentido de que a proteção da água é necessária para a vida das pessoas.

No entanto, apesar de em média 60 constituições referirem-se às obrigações ambientais, menos da metade se refere expressamente ao direito de seus cidadãos a um meio-ambiente sustentável¹⁷⁴.

2. Decisões judiciais de âmbito internacional

As fontes subsidiárias do direito internacional, na forma de decisões judiciais e os escritos de doutrinadores eminentes, também são abordados como indicativo de desenvolvimentos no campo do costume¹⁷⁵. Dentre as decisões, podemos dividi-las entre as

¹⁷² Quanto aos referidos países, ver: SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. *Water as a Human Right?* IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004, p. 42.

¹⁷³ SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. *Water as a Human Right?* IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004, p. 9.

¹⁷⁴ SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. *Water as a Human Right?* IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004, p. 9.

¹⁷⁵ HOWLEY, Jessica. *The Gabčíkovo-Nagymaros Case: The Influence of the International Court of Justice on the Law of Sustainable Development*. **Queenslan Law Student Review**. v. 2, n. 1, 2009, p. 3. Disponível online em: <<http://www.law.uq.edu.au/articles/qlsr/howley-qlsr-2-1.pdf>>.

ditadas pelas cortes nacionais em contraposição às concretizadas pelas cortes internacionais, pois as primeiras são necessárias para ajudar na formação dos elementos do direito consuetudinário; enquanto as outras precisam ser levadas em consideração por serem por si só fontes do direito internacional, conforme artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ICJ).

Dentro das decisões emitidas pelas cortes internacionais, é importante diferenciar as regionais das universais, por questões de relevância perante toda a comunidade internacional. As decisões capazes de reconhecer o direito humano à água como um direito universalmente reconhecido são as advindas da Corte Internacional de Justiça, já que ainda não existe uma Corte internacional de âmbito universal voltada para a proteção específica dos direitos humanos. Outra possibilidade, mais viável em termos práticos, é analisar as decisões das Cortes regionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos, e a Corte Africana de Direitos Humanos¹⁷⁶.

Com a presente monografia se restringe aos documentos universais, a decisão que será analisada é proferida pela Corte Internacional de Justiça, no caso *Gabcikovo-Nagymaros*, de 1997, que, apesar de não tratar especificamente sobre o direito humano à água, tem uma grande relevância para a sua formação, na medida em que reconhece o desenvolvimento sustentável como princípio.

Essa decisão demonstra a importância que um julgamento da Corte Internacional de Justiça tem perante a comunidade internacional, pois foi a partir dela que o princípio do desenvolvimento sustentável foi considerado princípio internacional. Por mais que o artigo 59 do Estatuto da Corte estabeleça que as decisões tomadas só vinculam as partes da lide, tem-se que a influência do entendimento dos membros julgadores vai muito além, produzindo efeitos reflexos inclusive em cortes nacionais¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Quanto a algumas decisões tomadas por estas Cortes regionais, ver: SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. *Water as a Human Right?* IUCN Environmental Policy and Law Paper n° 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004, p. 10-12.

¹⁷⁷ A título de exemplo, citamos as decisões *Sarei and Others v Rio Tinto Plc* (2002) 221 F. Supp 2d 1116, 1157 (Morrow DJ) [Sarei] e *Flores and Others v Southern Peru Copper Corporation* (2002) 253 F. Supp 2d 510, 520 (Haight SDJ) [Flores], tomadas por Cortes Norte-americanas, que se baseiam no caso *Gabcikovo-Nagymaros*. In: HOWLEY, Jessica. *The Gabcikovo-Nagymaros Case: The Influence of the International Court of Justice on the Law of Sustainable Development*. **Queenslan Law Student Review**. v. 2. n. 1. 2009, p. 3. Disponível online em: <<http://www.law.uq.edu.au/articles/qlsr/howley-qlsr-2-1.pdf>>. Sobre os caso, refere a autora: “On the judicial level, two courts in the United States have addressed Weeramantry’s *Gabcikovo* opinion in response to its use in argument. In the first case, the opinion was used in argument to evidence the existence of a right to life which could be impaired by environmental degradation.

O caso objeto da decisão atesta que é preciso reconciliar o desenvolvimento econômico com a proteção ao meio-ambiente. O uso da água encontra-se neste cenário, pois envolve um bem que, por ser econômico, envolve investimentos para a sua promoção como um direito. No entanto, o provimento de água gera impactos nem sempre sustentáveis, prejudicando não apenas a natureza, mas também as gerações futuras. Por ser a água também um bem social e cultural, esse resultado concerne à comunidade como um todo, sendo necessário cobrar do Estado a manutenção de medidas que visem a garantir um desenvolvimento sustentável. Através do reconhecimento desse valor como princípio do direito internacional pela Corte Internacional de Justiça, os Estados estão vinculados internacionalmente à obrigação de proteger a sustentabilidade, ainda que não reconheçam a existência do direito humano à água.

Essa decisão não garante a proteção dos seres humanos, por não tratar da água como direito humano, mas não deixa de ser imprescindível para a garantia da sustentabilidade das fontes de água, refletindo mediatamente na sociedade em que se insere.

A decisão do caso Gabcikovo-Nagymaros foi um marco para a normativa internacional, levando ao processo que culminou na relativa maturidade que se tem hoje em termos de desenvolvimento sustentável como objeto do direito internacional. A água passa pelo mesmo procedimento de aceitação e maturação. Por mais que muitos ainda não reconheçam o direito humano à água, já existem conflitos pelo mundo em torno desse assunto. Cedo ou tarde, os Tribunais Internacionais terão que se posicionar quanto ao assunto para trazer justiça ao caso concreto. A partir daí, o direito humano à água, mesmo sem suporte normativo vinculante a todos os países, terá uma boa base para evoluir¹⁷⁸.

Similarly, in the second case, the opinion was used as a basis to argue for the recognition of a human right to a clean environment, incorporating the right to life, health and sustainable development. While in both cases the rights were considered insufficiently determinate at international law to have attained the status of custom, it is nonetheless significant that Weeramantry's opinion is being used in legal argument before domestic courts to support the existence of environmental rights. It indicates a growing, albeit not yet conventional, acceptance of the rights at the domestic level and a consequential development of international environmental law encouraged by Weeramantry's views."

¹⁷⁸ Já no nosso hemisfério, a Corte Internacional de Justiça está em vias de analisar o caso Pulp Mills on the River Uruguay, o qual trata da disputa sobre o desenvolvimento econômico de um curso d'água no Uruguai. Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.) – ICJ. Disponível online em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=135>>.

Em âmbito regional, têm-se como relevantes as decisões tomadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁷⁹, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Corte Africana de Direitos Humanos. Com base nessas três instituições, examinaremos como o direito humano à água vem surgindo num âmbito internacional que, apesar de não ser suficiente para abranger a maioria dos países, já cria direito para grupos específicos de países, representando a prática concreta da intenção internacional de proteger o bem comum “água” aos seres humanos, como matéria referente aos direitos humanos, já que esta é a matéria de sua competência.

Uma vez que essas cortes regionais voltadas à proteção dos direitos humanos incluem a água como essencial para o respeito aos direitos humanos, podemos justificar ainda melhor a sua importância e encontrar uma abertura para que o direito humano à água obtenha um status de direito humano próprio.

¹⁷⁹ European Commission of the Danube Between Galatz and Braila (Fr., Gr.Brit. and Italy v. Rome), 1927 P.C.I.J. (ser. B) No. 14 (Advisory Opinion).

II – O DIREITO HUMANO À ÁGUA NOS DIAS ATUAIS

A) PANORAMA ATUAL

1. Conteúdo

1.1 Conceituação do Direito Humano à Água

O direito humano à água pode ser conceituado, com base nas fontes de direito internacional que temos hoje como:

The human right to water entitles everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses. An adequate amount of safe water is necessary to prevent death from dehydration, to reduce the risk of water-related disease and to provide for consumption, cooking, personal and domestic hygienic requirements.¹⁸⁰

Este parágrafo do Comentário Geral nº 15 é o mais próximo de uma definição do direito humano à água que temos hoje.

Acerca de seu reconhecimento efetivo com o status de direito humano, tem-se que, apesar de ter sido apenas recentemente reconhecido explicitamente como possuidor de status independente, é um pré-requisito para todos os outros direitos humanos.¹⁸¹

1.2 Natureza

Primeiramente, por ser um direito humano, o direito à água é universal e indivisível. Sendo assim, tal direito tem a natureza de qualquer outro direito humano, de forma que, por

¹⁸⁰ O direito humano à água permite que todos exijam água para uso pessoal e doméstico suficiente, segura, aceitável, acessível física e financeiramente. Uma quantidade adequada de água segura é necessária para prevenir morte por desidratação, para reduzir o risco de doenças relacionadas à água e prover para consumo, preparo de alimentos, necessidades de higiene pessoais e domésticas.” Tradução nossa. Comentário Geral nº 15, parágrafo 2º.

¹⁸¹ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. *Natural Resources Journal*, v. 48, primavera de 2008, p. 438.

serem esses interdependentes e inter-relacionados, devem ser tratados globalmente, “de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”¹⁸².

Dentro do conjunto de direitos humanos, o direito humano à água se enquadra nos direitos econômicos, sociais e culturais, como visto no capítulo anterior¹⁸³, tendo características próprias dos direitos humanos de segunda geração, tendo por característica marcante a necessidade de prestação positiva por parte do Estado, que deve tomar providências e efetivar políticas públicas para prover-lhes na maior medida possível para toda a população.

Hoje já é possível dizer que o direito humano à água é reconhecido internacionalmente¹⁸⁴, através da análise dos instrumentos jurídicos internacionais observados e da prática estatal (*state practice*). Essa conclusão não se baseia no desenvolvimento de novas normas, mas no “gradual desenvolvimento, reconhecimento e interpretação da interdependência de todos os direitos humanos, particularmente no seu relacionamento com o desenvolvimento sustentável”¹⁸⁵.

1.3 Terminologia

Com a evolução do direito humano à água, torna-se necessário que a sua terminologia seja adequada à tarefa imprescindível de prestar tutela aos seus protegidos. Para que tal se dê de maneira eficiente, é mister nesse campo, aliás como em todos os campos do direito, uma preocupação rigorosa com a nomenclatura e terminologias empregadas, posto que as ferramentas do direito não são outras que as palavras.

O direito humano à água vem evoluindo nos últimos anos, conforme os documentos no presente trabalho analisados. Diante dessa transformação recente, é preciso definir a terminologia e o conteúdo, referentes a este direito, nos dias atuais. Isso se justifica pelo fato de que uma melhor precisão sobre o conteúdo e os termos utilizados provoca a certeza

¹⁸² Resolução da Assembléia Geral, 2010.

¹⁸³ Conforme subtítulo 1.4.2.

¹⁸⁴ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 446.

¹⁸⁵ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 446.

necessária para que as partes que a ele se submetem possam comprometer-se com mais segurança.

Primeiramente, é preciso distinguir o direito humano à água do direito à água, de que tratam muitos livros e artigos. Água é um recurso social e ambiental. O termo “direito à água” não se refere apenas ao direito das pessoas, mas também às necessidades do meio-ambiente relativas a fontes de água, como rios, lagos, lagoas e aquíferos. Não se pode garantir o direito à água sem essa visão ampla do termo, pois isso comprometeria a abordagem baseada nos direitos (*rights-based approach*¹⁸⁶), que vê a água como um recurso essencialmente social. Isso significa que o cuidado ao meio ambiente é necessário para se garantir o direito à água.

Diante do reconhecimento deste direito, será necessário um planejamento de cuidado das fontes de água potável para que se garanta às gerações presentes e futuras o devido acesso à água. Tal necessidade é uma realidade, tendo em vista o aumento da população mundial, das quantidades de água utilizadas pelos seres humanos (o que inclui a agricultura), da poluição das fontes, da proteção aos demais seres vivos – que felizmente, vêm ganhando cada dia mais importância internacionalmente – tornam o adequado regramento ponto de partida para compreensão do direito ao desenvolvimento sustentável.

Portanto, uma maior integração entre os princípios ambientais e os princípios dos direitos humanos é imprescindível para que o direito à água seja garantido.

Por fim, devido à amplitude do tema, resolvemos abordar na presente monografia o direito humano à água, com o intuito de reduzir o objeto de análise ao escopo da proteção dos seres humanos, tendo estes, e não a água, como objeto de análise. Reconhecemos a importância de proteger a água para fins de garantir o direito humano à água. Contudo, pretendemos analisar os deveres e responsabilidades dos Estados em relação aos indivíduos que dele fazem parte e em relação aos outros Estados.

¹⁸⁶ “In a rights-based approach, every human being is recognized both as a person and as a right-holder. A rights-based approach strives to secure the freedom, well-being and dignity of all people everywhere, within the framework of essential standards and principles, duties and obligations. The rights-based approach supports mechanisms to ensure that entitlements are attained and safeguarded. Governments have three levels of obligation: to respect, protect and fulfil every right. [...] Rights are indivisible, interdependent and interrelated. The human rights-based approach focuses on those who are most vulnerable, excluded or discriminated against.” Disponível em: <<http://www.unfpa.org/rights/approaches.htm>>.

Por questões de respeito à soberania, essas obrigações devem advir da comunidade internacional e por ela serem cobradas. Toda esta análise é necessária, pois a existência dessas obrigações é imprescindível para garantir aos indivíduos a possibilidade de cobrança e a devida prestação de contas quanto ao respeito ao direito humano à água.

1.4 Direitos materiais

O conteúdo do direito humano à água está intimamente ligado ao desenvolvimento sustentável¹⁸⁷ e à gestão do meio-ambiente físico¹⁸⁸, tanto é que o Comentário geral nº 15 refere que a realização do direito humano à água deve ser sustentável¹⁸⁹, assegurando que este direito seja garantido para as gerações presentes e futuras¹⁹⁰.

Além de respeitar a sustentabilidade, o fornecimento da água utilizada pelos indivíduos deve ser “adequado”, como também dispõe o Comentário Geral nº 15¹⁹¹. Este documento estabelece que “a adequação da água não deve ser interpretada de forma restritiva,

¹⁸⁷ Sobre a relação entre recursos hídricos e desenvolvimento sustentável: “Sustainable development is the centerpiece and key to water resource quantity and quality, as well as national security, economic health, and societal well-being. The word sustainability implies the ability to support life, to comfort, and to nourish. For all of human history, the Earth has sustained human beings by providing food, water, air, and shelter. Sustainable also means continuing without lessening (Flint et al. 2002). Development means improving or bringing to a more advanced state, such as in our economy. Thus, sustainable development can mean working to improve human’s productive power without damaging or undermining society or the environment—that is, progressive socio-economic betterment without growing beyond ecological carrying capacity: achieving human well-being without exceeding the Earth’s twin capacities for natural resource regeneration and waste absorption”. *In*: FLINT, R. Warrant. The Sustainable Development of Water Resources. **Universities Council on Water Resources**. Issue 127, p. 41-51, fevereiro de 2004. Disponível online em: <http://opensiuc.lib.siu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=jcwre&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar_url%3Fhl%3Dpt-BR%26q%3Dhttp%3A%2F%2Fopensiuc.lib.siu.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1097%2526context%253Djcwre%26sa%3DX%26scisig%3DAAGBfm33iXVUTfDETexi-5zk7ZgJ3sbEmQ%26oi%3Dscholarr%26ei%3Dh2eWUMj9OYqk8gTZj4CwDg%26ved%3D0CCAQgAMoAjAA#search=%22http%3A%2F%2Fopensiuc.lib.siu.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1097%26context%3Djcwre%22>.

¹⁸⁸ SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. Water as a Human Right? IUCN Environmental Police and Law Paper nº 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004, p. 28.

¹⁸⁹ A definição de sustentabilidade pode ser encontrada: na Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, princípios 1, 8, 9, 10, 12 e 15; e na Agenda 21, nos capítulos 5.3, 7.27, 7.28, 7.35, 7.39, 7.41, 18.3, 18.8, 18.35, 18.40, 18.48, 18.50, 18.59 e 18.68.

¹⁹⁰ Comentário geral nº 15. parágrafo 11. “The manner of the realization of the right to water must also be sustainable, ensuring that the right can be realized for present and future generations.”

¹⁹¹ Comentário Geral nº 15, parágrafo 2º.

por mera referência a quantidades volumétricas e tecnologias”¹⁹², de forma que seu conteúdo deve variar conforme as necessidades de cada comunidade, por viverem seus indivíduos sob condições diferentes.

Apesar desta imprecisão quanto ao conteúdo do termo “adequado”, o Comentário reconhece três fatores que são aplicáveis a quaisquer circunstâncias. Para seu correto desenvolvimento, o conceito de adequação, no caso concreto, deve envolver como aspectos imprescindíveis: acessibilidade, qualidade adequada e quantidade suficiente. No entanto, são poucos os instrumentos internacionais que tratam de todo esse conteúdo normativo, constatando-se o grande caminho que sua plena interpretação tem ainda por percorrer.

A primeira vez que uma definição como essa apareceu em um instrumento internacional deu-se na Conferência de Mar del Plata, como visto no capítulo anterior, que apesar de não reconhecer os três aspectos essenciais ao direito humano à água, não o reconhece como um direito humano, apenas referindo-se a um “direito ao acesso à água segura e potável”.

Em seguida, com base no Plano de Ação de Mar del Plata, a Agenda 21, em seu capítulo 18, refere que “all peoples, whatever their stage of development and their social and economic conditions, have the right to have Access to drinking water in quantities and of a quality equal to their basic needs”¹⁹³.

Neste mesmo sentido, qual seja o de reconhecer os três aspectos constantes no conteúdo normativo do direito humano à água sem o seu reconhecimento como tal, tem-se a Declaração do Milênio, aduzindo que o suprimento de água própria para consumo humano não é apenas uma questão de qualidade, pois também inclui como elementos igualmente necessários a quantidade e o acesso a ela, de forma que seria necessário parar com a exploração não sustentável dos recursos hídricos¹⁹⁴.

Apesar desses instrumentos e convenções internacionais, o documento que melhor define esses três aspectos que fazem parte do conteúdo normativo do direito humano à água hoje foi o Comentário Geral nº 15 do Comitê da ONU sobre direitos econômicos, sociais e

¹⁹² Comentário geral nº 15, parágrafo 11.

¹⁹³ “[T]odos os povos, não importando seu estado de desenvolvimento e suas condições sociais e econômicas, têm o direito a ter acesso a água potável em quantidades e na qualidade equivalente a suas necessidades básicas”. Tradução nossa. *In*: Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001, capítulo 18.

¹⁹⁴ Declaração do Milênio. Disponível online em: <<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>>.

culturais. Devido à sua profundidade de abordagem em relação ao tema, servirá de base para especificarmos cada um desses aspectos, que será visto em detalhe logo a seguir.

Primeiramente, o elemento tratado será a quantidade. Tratada no Comentário Geral nº 15 através do termo disponibilidade, estabelece que o suprimento de água para cada pessoa deve ser suficiente e contínuo, para uso pessoal e doméstico. Dentre esses usos, normalmente se incluem a água consumida para beber, a necessidade sanitária pessoal, a lavagem de roupas, a preparação de comida, a higiene pessoal e doméstica. Além disso, a qualidade da água disponível para os indivíduos deve corresponder às diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS). Alguns indivíduos e grupos, porém, podem talvez requerer água adicional, o que é plenamente admissível em virtude de condições de saúde, climáticas ou de trabalho específicas.¹⁹⁵

Quanto ao aspecto qualidade, esta deve ser segura, o que significa que precisa estar livre de micro-organismos, substâncias químicas e riscos radiológicos que constituam uma ameaça à saúde¹⁹⁶. Além disso, o Comentário Geral nº 15 ainda refere que a água deve ter cor, odor e gosto aceitáveis para o uso pessoal ou doméstico¹⁹⁷.

Por fim, quanto à acessibilidade, essa é dividida em quatro dimensões pelo Comentário Geral nº 15. A primeira é a acessibilidade física (*physical accessibility*), a qual indica que este bem deve estar a uma distância acessível para toda a população:

(i) *Physical accessibility*: water, and adequate water facilities and services, must be within safe physical reach for all sections of the population. Sufficient, safe and acceptable water must be accessible within, or in the immediate vicinity, of each household, educational institution and workplace. All water facilities and services must be of sufficient quality, culturally appropriate and sensitive to gender, lifecycle and privacy requirements. Physical security should not be threatened during access to water facilities and services.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Comentário Geral nº 15. Parágrafos 12, (a).

¹⁹⁶ Comentário Geral nº 15. parágrafo 12, (b).

¹⁹⁷ Comentário Geral nº 15. parágrafo 12, (b).

¹⁹⁸ “(i) *Acessibilidade física*: A água, bem como centros de distribuição e serviços, devem estar dentro de um raio de alcance seguro para todas as parcelas da população. Água suficiente, segura e aceitável deve estar acessível, ou nas imediações, a toda e cada domicílio, instituições de ensino e local de trabalho. Todas as instalações de água e serviços relacionados devem ser de qualidade suficiente, culturalmente apropriadas e adaptadas ao gênero masculino ou feminino (em locais onde há grande distinção), ao ciclo de vida e a necessidades de privacidade. A integridade física não deve estar ameaçada no momento do acesso a localidades de distribuição e serviços de água.” Tradução nossa. Comentário Geral nº 15. Parágrafo 12, (c), (i) (Grifo original).

A segunda dimensão é a acessibilidade econômica (*economic accessibility*), que determina que a água, bem como instalações e serviços, devem ter preço acessível para todos. Os custos diretos e indiretos e as cobranças associadas ao fornecimento de água devem ser economicamente viáveis para o particular, não podendo comprometer ou ameaçar a realização de outros direitos do Pacto.¹⁹⁹

A próxima dimensão consiste na não discriminação (*non-discrimination*), estabelecendo que:

Water and water facilities and services must be accessible to all, including the most vulnerable or marginalized sections of the population, in law and in fact, without discrimination on any of the prohibited grounds²⁰⁰.

Está ressaltado inclusive que não pode haver discriminação dentro da jurisdição do Estado.

A última dimensão, mas não menos importante, é a acessibilidade de informação (*information accessibility*), que inclui o “the right to seek, receive and impart information concerning water issues”²⁰¹.

1.5 Direitos processuais

Direitos processuais são complementos necessários aos direitos substantivos, pois aqueles possibilitam a aplicação desses últimos²⁰². Em geral, pode-se encontrar muitos dos direitos processuais voltados aos direitos humanos na Declaração Universal de Direitos Humanos, que prevê, por exemplo, os direitos ao remédio jurídico efetivo (*effective remedy*)²⁰³, à liberdade de expressão²⁰⁴, à liberdade de associação²⁰⁵, direito de participar e

¹⁹⁹ Comentário Geral nº 15, parágrafo 12, (c), (ii).

²⁰⁰ “Água e instalações de fornecimento e serviços devem estar acessíveis para todos, incluindo os setores mais vulneráveis ou marginalizados da população, acessíveis de direito e de fato, sem discriminação sob nenhum motivo proibido”. Tradução nossa. Comentário Geral nº 15, parágrafo 12, (c), (iii).

²⁰¹ “[D]ireito de buscar, receber e compartilhar informações sobre assuntos concernentes à água”. Tradução nossa. Comentário Geral nº 15, parágrafo 12, (c), (iv).

²⁰² SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. *Water as a Human Right?* IUCN Environmental Policy and Law Paper nº 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004. 53 p. p. 30.

²⁰³ Declaração Universal, artigo 8º.

²⁰⁴ Declaração Universal, artigo 19.

²⁰⁵ Declaração Universal, artigo 20.

ser informado sobre os atos governamentais (*take part in government*)²⁰⁶ e direito à educação²⁰⁷. Da mesma forma, os tratados relativos aos direitos humanos com frequência codificam os direitos processuais, com o intuito de garantir a devida aplicação dos direitos substantivos ali protegidos.

Em relação ao direito humano à água, as principais garantias processuais que devem acompanhá-lo são os direitos do indivíduo: (a) à informação referente às atividades estatais em assuntos relacionados à água; (b) à participação na tomada de decisões relativas a assuntos relacionados à água; (c) de recorrer por dano ambiental sofrido, garantindo que as vítimas de violações a direitos humanos possam valer-se de medidas executivas significativas; e (d) à ação administrativa, obrigando o Estado a abster-se de ação que possa privar o indivíduo do direito à água²⁰⁸.

2. Obrigações: estatais²⁰⁹ e não estatais

Com o conteúdo definido, na medida do desenvolvimento atual da matéria, é possível discorrer sobre o procedimento e as obrigações relativos ao direito humano à água. Estes aspectos também são imprescindíveis, já que são esses que, na prática, concretizam as definições de terminologia, além de contribuir para a conceituação do direito em questão.

O Comentário n° 15 classifica a natureza e a extensão das obrigações substanciais (*substantive obligations*) associadas ao direito humano à água. As obrigações a que os Estados estão comprometidos são analisadas e classificadas, definindo natureza e extensão das obrigações substanciais associadas ao direito humano à água.

Enfatiza-se nesta análise a necessidade da realização progressiva (*progressive realization*) dos direitos previstos pela ICESCR; bem como a imediatividade do cumprimento

²⁰⁶ Declaração Universal, artigo 21.

²⁰⁷ Declaração Universal, artigo 26.

²⁰⁸ SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. Water as a Human Right? IUCN Environmental Police and Law Paper n° 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004, p. 31.

²⁰⁹ Para mais informações sobre a responsabilidade estatal, ver: SHAW, Malcolm N. **International Law**. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

de certas obrigações, sem relegar a segundo plano o reconhecimento dos limites estatais de recursos disponíveis (a limitação causada pelos recursos disponíveis pelo Estado)²¹⁰.

Em alguns aspectos, o direito à água pode mais especificamente ser caracterizado como uma necessidade ou uma reivindicação no corpo de um direito. Isso porque este direito é indispensável para a subsistência física do ser humano, diferentemente de muitos outros direitos explícitos no ICESCR.

Além de falar em cumprimento progressivo, o Comentário N° 15 também proíbe expressamente o retrocesso em seu parágrafo 19, respeitando apenas aqueles devidamente justificados e que tenham como objetivo a realização dos direitos previstos na ICESCR em sua totalidade, demonstrando que o Estado-membro está fazendo uso máximo de seus recursos disponíveis.

O Comentário n° 15 especifica ainda três categorias de obrigações: de respeitar, de proteger, de concretizar.²¹¹

2.1 Obrigação de respeitar (*Obligation to respect*)

Consiste em o Estado abster-se de interferir direta ou indiretamente no gozo do direito à água. Isso implica abster-se de se envolver em práticas que limitem ou neguem o acesso igualitário à “água adequada” (*adequate water*), ou interfiram arbitrariamente nos arranjos costumeiros ou tradicionais para a alocação dessa água, ou ainda diminuam ou poluam a água ilegalmente. Essa obrigação também inclui a proibição (abstenção) de atitudes que destruam ou limitem o acesso aos serviços ou à infraestrutura de fornecimento de água como medidas punitivas. Trata-se nesse caso de uma obrigação de natureza essencialmente negativa.

²¹⁰ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 65.

²¹¹ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 67-68.

2.2 Obrigação de proteger²¹² (*Obligation to protect*)

Requer que os Estados-membros previnam a interferência de terceiros sobre o uso/gozo do direito à água. Essa obrigação inclui a adoção de medidas, inclusive legislativas, voltadas à tentativa de impedir que terceiros neguem um acesso igualitário à água potável adequada.

Proteger também pode ser interpretado como prevenir, no sentido de que o Estado-membro deve evitar que terceiros que tenham controle ou operem serviços relativos à água comprometam a realização de um acesso igualitário, econômica e fisicamente viável à água em quantidade suficiente, de forma segura e aceitável.

2.3 Obrigação de concretizar (*Obligation to fulfill*)

Infelizmente, o Comentário Geral é silente no que tange à participação dos usuários nas operações e administração dos recursos hídricos. Atem-se tão somente à sua função de interpretação e desenvolvimento dos direitos albergados sob a égide do ICESCR.

Poder-se-ia afirmar que o direito humano à água engendra uma conotação passiva, uma vez que isenta de deveres seus beneficiários, que podem ou não se envolver com a administração dos recursos. Inexiste qualquer menção no Comentário a qualquer dever por parte dos usuários, não havendo sequer alusão à obrigação de conservar água, usá-la de maneira sustentável ou protegê-la.

Na visão de Salman²¹³, a responsabilidade quanto à água não deveria restar apenas sobre os ombros dos Estados:

²¹² Sobre a obrigação de proteger, ver: HOFFMANN, Julia; NOLLKAEMPER, André (org.). **Responsability to Protect**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2012.

²¹³ SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 74-75.

The issue surrounding the use and protection of water resources are complex, and responsibilities for such issues cannot be placed solely on the states. Individuals²¹⁴ should bear an equal, if not a larger, portion of such responsibilities. The failure of the General Comment to address this issue is unfortunate and can arguably be considered a shortcoming of the Comment.²¹⁵

B) PRIVATIZAÇÃO E DIÁLOGO DAS FONTES: CONSIDERAÇÕES

Diante da transformação que o ordenamento jurídico internacional vem sofrendo relativamente à evolução de um direito humano à água, devem-se analisar os problemas que esta mudança pode causar durante o período de transição entre o reconhecimento e a aplicação do novo direito.

Por mais que a natureza deste direito permita a evolução gradual da sua promoção²¹⁶ pelos Estados aos indivíduos – já que se trata de um direito econômico, social e cultural –, alguns problemas relativos a ele não condizem com a espera permitida aos Estados, detentores de grande parte das obrigações derivadas do direito humano à água. Isso não significa que as normas internacionais sejam inapropriadas ou incompletas. O que existe é uma dificuldade de conciliar a norma internacional, voltada a todas as Nações, à realidade de cada Estado.

O objetivo principal da criação desse novo direito é justamente proteger os seres humanos, de forma que é preciso atentar para as situações concretas, a fim de não gerar sérios desentendimentos, em nível doméstico e internacional. Para que o surgimento de uma nova garantia não prejudique a paz social, é preciso um cuidado especial, pois a mudança pode causar incerteza jurídica. Frente a esta problemática, o presente subcapítulo visa a apresentar algumas dúvidas geradas por esta transição, para então desenvolver possíveis soluções.

Além das dúvidas suscitadas pela não existência de documento vinculante relativo ao direito humano à água e pela presença de inúmeras cláusulas abertas nas quais há menção a este direito, outros problemas são causados na prática jurídica e política. Os cuidados com o

²¹⁴ Para um maior desenvolvimento da questão dos deveres do usuário, ver: SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p.75 e ss.

²¹⁵ “A questão acerca do uso e proteção dos recursos hídricos é complexa, e responsabilidades por essas questões não podem ser designadas apenas sobre os Estados. Indivíduos deveriam suportar uma igual, senão maior, porção dessas responsabilidades. A falha do Comentário Geral em não tratar dessa questão é lamentável e pode ser considerada plausivelmente uma insuficiência do Comentário.” Tradução nossa. *In*: SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004, p. 74.

²¹⁶ Trata-se aqui da realização progressiva de que trata o parágrafo 17 do Comentário Geral nº 15.

fornecimento de água potável existem em todos os países, envolvendo muitos atores (sociedade, governo, empresas privadas, consumidor) e diversas fontes jurídicas (criação de leis, contratos, constituição nacional, documentos internacionais), de forma que a interação entre eles provoca certamente atritos não condizentes com a paz social.

Como bem ensina Erik Jaime, o Direito da pós-modernidade caracteriza-se pela sua pluralidade, na qual, para que haja justiça, é preciso coordenação das leis no interior do sistema jurídico²¹⁷.

A intenção, portanto, está em avaliar situações abrangentes, o que justifica a restrição da presente pesquisa aos problemas que não são particulares a um Estado, quiçá a um grupo de Estados, que vivenciem estas experiências. A ideia é tratar de questões que podem surgir no Governo de qualquer Estado, seja hoje ou no futuro.

A globalização do mundo, como refere o mestre alemão, “é caracterizada pelo fato dos Estados não serem mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana. Os Estados estão cedendo grande parte de seus poderes aos mercados”²¹⁸. No contexto do direito humano à água, esta realidade se expressa na privatização do setor de tratamento e fornecimento de água aos cidadãos.

Assunto polêmico, já que 10% da população mundial tem seu abastecimento de água fornecido por empresas privadas. Apesar deste dado quantitativo, existem questionamentos sobre a própria compatibilidade da privatização com o direito humano à água.

O importante em relação ao mercado, de que trata Erik Jayme, neste caso, não é tanto o comércio internacional, pois este não é comum, devido aos poucos casos em que a água cruza fronteiras. Isso se deve inclusive à dificuldade de seu transporte. Uma maior ligação existe entre a privatização e investimento estrangeiro. Muito mais prático e racional que comercializar, é investir dinheiro no aprimoramento do abastecimento de água de um outro Estado. Este será, portanto, o foco do presente tópico.

É fato notório que o gerenciamento de águas é de extrema relevância para a concretização do direito humano à água. Além dos problemas específicos de certas regiões,

²¹⁷ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**, a. 88, v. 759, p. 24-40, jan. 1999, p. 29.

²¹⁸ JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (org.). **O Novo Direito Internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-20, 2005, p. 4.

como da Sudão e da Etiópia, que sofrem com a falta de água por questões naturais e de má gerência governamental, a gestão dos recursos hídricos encontra-se presente em todos os países, mesmo que de forma parca e não institucionalizada pelo Governo local²¹⁹.

Se a relação entre governo e sociedade já é complexa, com a privatização esse assunto de gestão de águas²²⁰ se torna ainda mais delicado. Ao se acrescentar o envolvimento estrangeiro, o conflito torna-se objeto do direito internacional. O premente reconhecimento do Direito Humano à Água não virá a simplificar este cenário, em termos jurídicos, mas trazer consigo a promessa de progresso aos indivíduos.

Como consequência, não se pode deixar de analisar o diálogo entre as diferentes fontes jurídicas dos ramos envolvidos: o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional do investimento estrangeiro.

1. A privatização e o investimento estrangeiro²²¹

Com o reconhecimento da água como um direito humano, cujas obrigações que desse direito derivarem podem ser cobradas pela comunidade internacional, quando existir um documento vinculante que o preveja ou caso se torne um costume internacional, os Estados serão obrigados a “maximizar o uso sustentável dos recursos de água para a população global”²²².

²¹⁹ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008. p. 431-478. p. 432.

²²⁰ Estes dois assuntos específicos têm em comum o desafio de lidar com o diálogo entre as fontes jurídicas que os envolvem. Tanto a gestão de águas quanto a privatização precisam de um mínimo de harmonia entre a legislação doméstica e a legislação internacional relativa às obrigações referentes ao provimento de água aos indivíduos. Além disso, ocorre com frequência a necessidade de financiamento privado para a promoção de abastecimento de água à população, envolvendo um diálogo entre os contratos, assinados por governo e empresa privada (nacional ou internacional), e a legislação (nacional e internacional).

²²¹ Não serão abordados problemas relativos a direito doméstico de Estados específicos, exceto quando necessário para a exposição de casos pertinentes ao desenvolvimento do presente trabalho.

²²² SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT [tratado bilateral de investimento] Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 433.

Embora o modo como os Estados perseguirão este objetivo será definido por eles mesmos, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional encorajam a privatização das utilidades sob domínio do Estado, baseados no conceito de água como um bem econômico²²³.

Apesar deste incentivo, aqui surge uma das grandes tensões relativas ao tema, qual seja, se esse bem pode ser privatizado. Há quem sustente que a água é um recurso tão precioso que a responsabilidade de seu provimento não poderia ficar a cargo de empresas que visam ao lucro através dessa atividade²²⁴.

Ainda, há quem defenda a impossibilidade de se privatizar, diante da dúvida gerada pelo Comentário Geral nº 15 ao utilizar o termo “bem público”²²⁵. Este termo, dependendo de sua interpretação, pode ser contrário à ideia de bem econômico, pois o conceito dado pela Economia entende que o bem público não é excludente, nem rival.

Ser um bem não excludente significa que as pessoas não são impedidas de utilizá-lo²²⁶, como é o caso da defesa nacional²²⁷ e de um show com fogos de artifício²²⁸. A ideia de bem não rival caracteriza-se pelo fato de o uso por uma pessoa não eliminar a possibilidade de que outro indivíduo possa utilizá-lo.

O fato de haver beneficiários que não arquem com os custos²²⁹, no entanto, esgota o interesse de investimentos privados, pois os poucos que pagam estariam financiando os consumidores não pagantes. Esta ideia fica clara com o exemplo do show de fogos de artifício dado por Mankiw: quem paga pelos fogos não são todos que a eles assistem. Os sócios de um clube, por exemplo, pagam para que na comemoração de ano novo fogos de artifício sejam lançados. No entanto, toda a cidade assistirá ao show. Assim, como convencer o pequeno grupo de pessoas a financiar algo destinado a todos?

²²³ Declaração de Dublin, princípio 4.

²²⁴ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. *Natural Resources Journal*. v. 48, primavera de 2008. p. 434.

²²⁵ FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. *Fordham Environmental Law Review*, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 551.

²²⁶ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução: Allan Vidigal Hastings. 3ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2008, p. 224.

²²⁷ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução: Allan Vidigal Hastings. 3ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2008, p. 226.

²²⁸ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução: Allan Vidigal Hastings. 3ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2008, p. 225.

²²⁹ WOUTERS, Jan; MEESTER, Bart de. The Role of International Law in Protecting Public Goods: Regional and Global Challenges. *LIRGIAD – Leuven Interdisciplinary Research Group on International Agreements and Development*. Working paper n. 1, dezembro de 2003. Disponível em: <http://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/archive/wp01.pdf>.

É claro que o presente exemplo pode ser influenciado pela cultura local, mas em termos econômicos, não existiriam muitos estímulos para que isso se concretizasse, a não ser que existisse uma ideia de propaganda do clube através desses fogos. Para a Economia, portanto, a água seria classificada como um bem não excludente, porém rival. Em termos técnicos, portanto, a água, em vez de ser um bem público, é um recurso comum.

Ao apreciar o Comentário Geral nº 15 em sua totalidade, ver-se-á que a água a ser garantida pelos direitos humanos não condiz com o conceito econômico de bem público. Em muitos parágrafos do documento, principalmente nos relativos às obrigações de terceiros, a interferência de outros atores, que não o Estado, está presente, não havendo qualquer restrição quanto à participação do setor privado na realização deste direito.

Sendo assim, interpretação econômica do termo “bem público” não condiz com o documento que trata com maior profundidade o tema do direito humano à água. Além disso, interpretar que a água seria um bem não excludente e não rival faria com que o texto contivesse contradições.

Conforme o artigo 31 (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²³⁰, esta interpretação estaria descartada, por ir de encontro ao contexto do instrumento jurídico em questão. Dessa forma, esta referência não gera impedimentos à ideia da privatização da água.

Segundo McCaffrey²³¹, se com este termo a água for entendida pelo Comitê Econômico, Social e Cultural como um bem econômico, ela estará sujeita à privatização; todavia, este termo pode ter uma maior abrangência, no sentido de “bem comum”²³², ou seja, recurso cuja propriedade é de todos. Seguindo esta segunda interpretação, a água não poderia estar sujeita à privatização, restando apenas ao Estado o dever de promover este recurso de forma.

No entanto, não se pode esquecer, como escrito no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006²³³ para o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (UNDP), que

²³⁰ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Tradução disponível online em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/5/53/Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Viena_sobre_Direito_dos_Tratados-.pdf>.

Artigo 31 (1): Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objeto e fim.

²³¹ FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. *Fordham Environmental Law Review*, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007. p. 551.

²³² FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. *Fordham Environmental Law Review*, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007. p. 551.

²³³ U. N. Development Programme, Human Development Report 2006, Beyond Scarcity: Power, Poverty and the Global Water Crisis 78 (2006). Disponível online em: <<http://hdr.undp.org/en/media/HDR06-complete.pdf>>.

“[w]ater may be a human right, but someone has to pay the capital investments and cover the operating costs – either users or taxpayers and government.”²³⁴

O direito humano à água requer um acesso sem discriminações, justo, suficiente e com um valor acessível para todas as pessoas, de modo a satisfazer suas necessidades pessoais²³⁵. Entretanto, tudo isso requer um financiamento, que tradicionalmente não se sustenta apenas com a participação do Estado²³⁶, sendo necessário o investimento privado. O setor privado é referido no Comentário como terceiro (*third party*), o que o coloca dentro do alvo da obrigação de proteger, que trata sobre a necessidade de prevenir a interferência de terceiros sobre o gozo do direito à água, etc²³⁷.

Diante das diferentes realidades dos países ao redor do mundo, existindo alguns cujos governos não têm condições de investir o capital necessário para promover água a seus habitantes²³⁸ através do dinheiro arrecadado, chega-se à simples conclusão de que o investimento privado é a solução existente para garantir o respeito ao direito humano à água. Sendo a privatização, independentemente de total ou parcial, a forma de maior atração de capital, encontra-se nesse processo uma solução possível para a realização do direito humano à água. Neste sentido, veja-se o que escreve McCaffrey:

The ESC Committee does not regard privatisation of water services as constituting a *per se* violation of the human right to water. This position seems realistic in view of global trends in the direction of privatisation, as well as enormous investment that will be required to meet the Millennium Development Goal, and that of Johannesburg Summit, of halving the number of people without safe access to clean water and basic sanitation by 2015. Nor does the Committee exclude charging for water supplied to households; it requires only that water be affordable- i.e., that the user in question be able to afford to pay for it.²³⁹

²³⁴ “A água pode ser um direito humano, mas alguém terá que pagar pelo capital investido e cobrir os custos operacionais – ou os usuários, ou os contribuintes e o Estado.” Tradução nossa. U. N. Development Programme, Human Development Report 2006, Beyond Scarcity: Power, Poverty and the Global Water Crisis 78 (2006). p. 78. Disponível online em: <<http://hdr.undp.org/en/media/HDR06-complete.pdf>>.

²³⁵ FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 557.

²³⁶ FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 557.

²³⁷ Para mais informações, ver parágrafos 24 e 33 do Comentário Geral nº 15.

²³⁸ A exemplo do Sudão e da Etiópia. *In*: SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, p. 431-478, primavera de 2008, p. 432.

²³⁹ “O Comitê ESC [Econômico, Social e Cultural] não considera a privatização de serviços de fornecimento de água como uma violação em si mesma do direito humano à água. Essa posição parece realista tendo em vista a tendência global no sentido da privatização, bem como o enorme montante de investimentos que serão necessários para alcançar o Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, bem como a Cúpula de Johannesburg, de diminuir pela metade o número de pessoas sem acesso seguro à água e a saneamento básico até 2015. Não exclui o Comitê a cobrança de água fornecida das residências; requer apenas que a água tenha preço acessível, i.e., que o usuário em questão tenha condições de pagar por ela.” *In*: McCAFFREY, Stephen. A

O envolvimento do setor privado com os serviços relacionados à água potável pode ser dividido entre a total privatização e as diversas formas de parcerias público-privadas²⁴⁰, nas quais o Estado “continua a ser uma das partes interessadas com algum controle neste setor”²⁴¹. Essas parcerias são particulares a cada sociedade, envolvendo relações jurídicas próprias de seu sistema legal, como os contratos de *leasing* e de *affermage*²⁴². Com as adaptações surgidas em cada realidade, situações ocorrem que talvez não estejam de acordo com as perspectivas de cumprimento do direito humano à água.

Assim, o que não deve ser permitido são situações como a de Cochabamba²⁴³, na qual a falta de transparência foi uma das razões para o fracasso da concessão²⁴⁴. O foco do cuidado, portanto, não deve estar em permitir ou não a atuação do setor privado, mas em como é feita a parceria entre esse e o setor público.

A história mostra, portanto, que assim como algumas situações de privatização dos serviços relacionados à água foram mal sucedidas, outras obtiveram sucesso. Tal é o caso do Reino Unido, em que, após um vertiginoso aumento dos preços, a privatização fez com que a água fosse mais acessível, de forma que foi possível diminuí-los posteriormente²⁴⁵. A diferença entre as privatizações do caso boliviano, que se deu de forma brusca, e do inglês, feito gradualmente, esteve na relação com o governo, pois o fator crucial para que a privatização seja bem sucedida é ter “good governance and the right institutional framework (i.e. an effective regulation)”²⁴⁶.

Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5, n. 1, p. 1-24, 1992.

²⁴⁰ FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 558.

²⁴¹ FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 558.

²⁴² No contrato de *affermage*, paga-se uma taxa ao operador para cada unidade de água produzida e distribuída. Para mais informações sobre esta figura jurídica, ver: K’AKUMU, A. Privatisation Model for Water Enterprise in Kenya. **Water Pol’y**, p. 539-545, 2006. *Apud*: FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 558.

²⁴³ Caso Cochabamba. *Apud*: SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 435.

²⁴⁴ FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 559.

²⁴⁵ FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 567.

²⁴⁶ “[B]om governo e o quadro institucional adequado (i.e. uma regulação efetiva)”. Tradução nossa. *In*: FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 567.

As situações concretas nos mostram que, diante da dificuldade do Estado em lidar sozinho com o fornecimento de água para todos os indivíduos que nele vivem, é prudente defender a privatização, desde que esta seja feita através de uma relação com o Governo que não provoque a violação do direito humano à água, seja através de discriminação por preços inacessíveis ou por desenvolvimento do sistema hídrico apenas em locais determinados (*cherry-picking*). Como já referiu McCaffrey, o próprio Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não considera a privatização uma violação *per se* do direito humano à água; nem exclui a cobrança pela água fornecida aos lares. Requer apenas que a água seja acessível, ou seja, que os usuários tenham recursos para pagar por ela²⁴⁷.

Entende-se, então, que o direito humano à água não é incompatível com a privatização, pois se trata de um bem econômico que pode ser quantificado e cobrado por seu uso. O que não pode ser aceito pela comunidade internacional são atitudes provenientes tanto do setor público quanto do setor privado que não estejam de acordo com a gradual realização deste direito.

O importante é resolver o problema de fornecimento de acordo com as dificuldades de cada região, conforme a Declaração de Dublin já deixou claro, em seu segundo princípio, já analisado previamente. Aquele princípio confirma a ideia de que à água deve ser atribuído o seu devido valor; que é necessário um parâmetro econômico para que seja distribuída, assim como quaisquer outros recursos promovidos dentro da sociedade.

O que não pode ocorrer é o abuso por trás da ideia de consumeirização. A preocupação com a mercantilização²⁴⁸ é patente em artigo de Marcus Faro de Castro, que ressalta a importância de juntar à análise econômica do Direito os valores da equidade e a proteção do vulnerável.

²⁴⁷ McCaffrey, Stephen. The Human Right to Water. **Fresh Water and International Economic Law**, p. 93-115. *Apud*: FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, p. 537-585, 2007, p. 552.

²⁴⁸ O autor define mercantilização nas seguintes palavras: “transformar um tipo de bem específico – por exemplo, um antibiótico, a água potável, serviços de educação, uma inovação tecnológica, um tratamento dentário, uma obra de arte – em mercadoria, ou seja, *uma prestação de utilidade à que corresponda uma prestação pecuniária [...]*”. CASTRO, Marcus Faro de. *Direito e Economia: contribuições para o desenvolvimento da doutrina dos direitos sociais, econômicos e culturais*. In: **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo III / Renato Zerbini Ribeiro Leão (coord.) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 302.

Isso significa que não se pode esquecer que, por mais que a água seja um objeto de consumo, o provedor não pode deixar de ofertá-la pelo não pagamento do consumidor. Cortar o fornecimento de água a devedores, assunto já discutido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro²⁴⁹, seria o exemplo concreto deste caráter especial.

Se todos contribuírem, há como financiar um sistema justo e igualitário de fornecimento de água. Contudo, no momento em que alguém deixa de pagar por falta de condições econômicas, o sistema deve ser capaz de arcar com essas situações sem deixar de prover água, na mesma lógica de solidariedade do sistema contributivo retributivo da previdência social, em que todos contribuem para garantir um mínimo a todos. Afinal, deixar de prover água é suprimir uma das fontes mais vitais do ser humano.

No entanto, em respeito à ideia de que a água é um bem econômico, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro entende ser possível cortar o fornecimento de água por inadimplência do consumidor, desde que haja aviso prévio e desde que não se trate de débitos antigos consolidados²⁵⁰. A fundamentação das decisões neste sentido é de que a água, por mais imprescindível que possa ser, não é um bem gratuito.

2. O diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Investimento Estrangeiro no que se refere ao direito à água

No momento em que as relações de comércio e de investimento atravessam os limites territoriais de um Estado, o direito internacional econômico passa a fazer parte das discussões que envolvem o fornecimento de água potável aos seres humanos. Essas situações são muito comuns pelo mundo. Os países que recorrem a relações internacionais para o desenvolvimento e até mesmo suprimento de água potável são comumente os menos desenvolvidos, possivelmente porque seus Estados não conseguem agir sozinhos.

²⁴⁹ Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro é no sentido de permitir o corte, nos seguintes termos: A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é legal a interrupção do fornecimento de água devido à inadimplência do consumidor, após aviso prévio e desde que não se trate de débitos antigos consolidados, porquanto a essencialidade do serviço não significa a sua gratuidade. Incidência da Súmula 83/STJ. (REsp 1250381/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 30/06/2011). Disponível online em: <www.stj.gov.br>.

²⁵⁰ REsp 1250381/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 30/06/2011.

Ao se restringir a presente monografia à questão da privatização, congruentemente, tratar-se-á apenas do diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Econômico referente ao Investimento Estrangeiro.

Vejam-se alguns aspectos dessa interação, a fim de entender como ocorre o diálogo entre as diversas fontes jurídicas envolvidas.

A contribuição do investimento privado para o desenvolvimento do sistema de fornecimento de água pode vir por meio de um investidor estrangeiro, envolvendo o direito internacional econômico na realização do direito humano à água.

Disso resultam alguns problemas, porque o surgimento de novos direitos, como o direito humano à água, que tenham relação com Acordos Internacionais de Investimento já existentes causa conflitos tanto para a realização do novo direito quanto para o devido cumprimento do Acordo estipulado entre as suas partes. Essa novidade pode, então, causar o que é chamado pelo Professor José Enrique Alvarez de *love-hate relationship*. Este termo simboliza a relação do investidor internacional, que primeiramente é bem recebido em um Estado, sendo encorajado a promover seu investimento. Porém, por motivos diversos, que no presente caso seria o reconhecimento do direito humano à água, o Estado entra em conflito com o investidor. O motivo do Estado para provocar o atrito seria a necessidade de também cumprir com as suas obrigações relativas aos direitos humanos.

A premissa básica dos Acordos Internacionais de Investimento é de garantir, no direito internacional, uma proteção adequada aos investimentos estrangeiros²⁵¹, de forma que, como em todos os tratados internacionais, especificam-se cláusulas que passarão a ser vinculantes a partir da ratificação²⁵². Sendo assim, as obrigações ali geradas são tão importantes quanto às provindas do direito internacional dos direitos humanos, pois não existe

²⁵¹ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. *Natural Resources Journal*. v. 48, primavera de 2008, p. 447-448: “The basic premise of an IIA is that foreign investment will be given adequate protection under international law. Like all treaties, every IIA specifies the explicit Articles that states agree to be legally bound to upon their ratification. While the exact content and title of the clauses may vary, the substantial obligation remains virtually the same in order to protect the interests of both contracting parties.”

²⁵² Em obediência à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Parte II, artigos 11 e 14. Disponível online em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/53/Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Viena_sobre_Direito_dos_Tratados-.pdf>.

hierarquia entre as normas internacionais, exceto pela superioridade dos direitos considerados *jus cogens*²⁵³.

No concernente ao direito humano à água, as cláusulas contidas nos Acordos Internacionais de Investimento podem gerar conflitos na aplicação dos regulamentos nacionais relativos às obrigações estatais de realização do direito humano à água²⁵⁴. Isso porque estes acordos estão muitas vezes submetidos ao direito internacional econômico do investimento estrangeiro, submetendo as cláusulas desses acordos ao regime de vinculabilidade dos tratados existentes entre as partes.

Neste contexto, tanto o acordo (em consonância com os tratados) quanto a regulamentação doméstica precisam ser respeitados, por observância ao princípio do *pacta sunt servanda*, previsto pela Convenção de Viena²⁵⁵, mesmo porque este documento prevê a impossibilidade de se invocar as disposições de direito interno para justificar a falha em cumprir com as obrigações previstas em tratados internacionais²⁵⁶. Sendo assim, existem menos obstáculos que impeçam a regulação por parte do Estado do investidor estrangeiro, quando da ausência de tratados bi ou multilaterais de investimento²⁵⁷.

O Estado envolvido neste conflito é signatário de ambos os instrumentos legais entretanto, de forma que, em condições ideais, deveria observar e respeitar por completo estes instrumentos, para não violar os direitos a ele relativos. Contudo, através do contrato de investimento, o Estado pode estar abdicando do controle sobre setores necessários para a realização do direito humano à água. Corre-se o risco de repassar a realização de obrigações que o próprio Estado assume ao investidor, ficando o ente estatal impossibilitado de tomar atitudes no sentido de realizar progressivamente esse novo direito²⁵⁸.

²⁵³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 137.

²⁵⁴ A exemplo, tem-se o caso: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*. Disponível online em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>>.

²⁵⁵ Convenção de Viena, Art. 26: “Todo tratado em vigor vincula as partes e deve ser por elas executado de boa-fé.” Disponível online em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/53/Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Viena_sobre_Direito_dos_Tratados-.pdf>.

²⁵⁶ Convenção de Viena, Art. 27 (1): “Um Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar a não execução de um tratado.” Disponível online em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/53/Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Viena_sobre_Direito_dos_Tratados-.pdf>.

²⁵⁷ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**, v. 48, primavera de 2008, p. 447.

²⁵⁸ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**, v. 48, primavera de 2008, p. 446.

É certo que o Estado não deixa de ser responsável pelo cumprimento de suas obrigações a partir do momento em que contrata com o setor privado. Então, para que o Estado consiga cumprir com seus deveres, é preciso cautela ao redigir os contratos com o investidor²⁵⁹, de forma a garantir que os passos requeridos pelo corpo de instrumentos jurídicos relativos ao direito humano à água possam ser observados.

Sendo assim, a realização do direito humano à água, conforme o Comentário Geral n° 15, depende de certas ações estatais muitas vezes conflitantes com acordos já existentes entre estes Estados e investidores mundo afora. Tem-se, portanto, um conflito de normas entre instrumentos legais constituídos em épocas diferentes e em âmbitos diversos do direito internacional.

De acordo com Amaral Júnior, “o diálogo das fontes é condição necessária para a ordem e a justiça do direito internacional ao enfatizar a coerência das normas que o integram”²⁶⁰. Através de uma perspectiva enfocada no pensamento filosófico ocidental que assemelha justiça à igualdade, cabe ao diálogo das fontes encontrar a norma que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais²⁶¹.

Erik Jayme aponta dois grandes eixos que norteiam o diálogo das fontes. O primeiro deles, a busca pela igualdade entre os Estados em uma sociedade globalizada, alçando ao mesmo nível todos os países, independentemente de região, raça ou cultura. O segundo eixo, a busca pela igualdade material e formal dos indivíduos no cenário internacional, fortalecendo a autonomia da vontade da pessoa humana.

Como ressalta Claudia Lima Marques, a teoria de Erik Jayme:

Evoluiu para frisar que o sujeito livre é aquele informado e protegido das pressões do mundo contemporâneo, daí a necessidade do direito de proteger os mais fracos, do Estado não se abster e proteger os vulneráveis, do direito ser instrumento de reequilíbrio de situações estruturalmente diferentes.²⁶²

²⁵⁹ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. *Natural Resources Journal*. v. 48, primavera de 2008, p. 446.

²⁶⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 139.

²⁶¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 139.

²⁶² MARQUES, Claudia Lima. Direito na pós-modernidade e a teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. (org.) **Faces do Multiculturalismo – Teoria – Política – Direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 27.

Diante da realidade da escassez de água enfrentada por tantos “cidadãos globais”, o segundo eixo da teoria de Erik Jayme empresta a estes desfavorecidos um abrigo aos olhos do direito internacional. Na medida em que cabe ao Direito proteger os mais fracos e vulneráveis, a interpretação dos conflitos entre o Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve pender, sempre que possível do ponto de vista jurídico, para a defesa do hipossuficiente.

O sistema internacional de investimento costuma ter cláusulas “padrão”, que são comuns aos acordos. Dentre essas, estão a cláusula sobre expropriação; a cláusula sobre *fair and equitable treatment*²⁶³ e a *umbrella clause*²⁶⁴, cujo conteúdo é essencial para a resolução dos problemas que surgem da interação entre os deveres do Estado (tanto de cumprimento do acordo com o investidor; quanto de realização do novo direito de ordem internacional – que foge do seu controle devido à concessão de parte da soberania) e a busca por lucro do investidor, que nada mais é que o resultado do acordo feito com o Estado.

O que se pretende dizer é que, através do acordo internacional de investimento, tanto o Estado quanto o investidor firmaram compromissos, dos quais resultam obrigações recíprocas. A partir do reconhecimento do direito humano à água por parte do Estado envolvido no acordo, este assume novas obrigações para com seus cidadãos. Aqui, podem surgir conflitos entre o conjunto de direitos e deveres do Estado e os direitos do investidor.

A expropriação, por exemplo, é uma figura importante, pois define em quais situações será permitida a interferência do Estado sobre o cumprimento do acordo, decidindo até que ponto o investidor estará no controle de seu investimento²⁶⁵. Quando a expropriação é direta, o Estado toma o controle da empresa, através de demonstrações concretas da perda do controle ordinário de propriedade²⁶⁶. A expropriação indireta é caracterizada por medidas governamentais que têm o efeito de “limitar a habilidade do investidor de realizar plenamente os benefícios econômicos do seu investimento”²⁶⁷. Esses dois tipos de expropriação são

²⁶³ Para mais informações, ver SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 455-459

²⁶⁴ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 459-463.

²⁶⁵ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 448.

²⁶⁶ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 449.

²⁶⁷ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 449.

permitidos, desde que haja motivos que as justifiquem. Para isso, devem ocorrer com a finalidade de proteger o interesse público²⁶⁸ e com a garantia de um “pagamento compensatório adequado e efetivo”²⁶⁹.

Frente à extensa duração dos contratos relativos à água, parece recomendável considerar a possibilidade de um futuro reconhecimento formal do direito humano à água nos contratos firmados hoje com investidores estrangeiros ou em acordos bilaterais de investimento²⁷⁰. Prever as consequências jurídicas resultantes de um possível reconhecimento deste direito – nem que seja apenas através da inserção de cláusula reconhecendo a necessidade de renegociação –, pode não ser fácil, mas não causa prejuízos a nenhuma das partes; muito pelo contrário: ela representa a intenção das partes, diminuindo as chances de conflito neste sentido.

Ao fim, resume Schreiber:

After all, if a state is responsible for any contracts that it enters into, then the obligation to take due consideration of the right to water in all such agreements should eradicate the current inequity and disproportionate Access to water that individuals currently face.²⁷¹

Tal é a sina dos tempos modernos. O Direito não pode ser visto de forma compartimentada, estanque. É dever do legislador, dos Estados e dos juristas levar em conta a complexidade de fontes e direitos inerentes à vida moderna, buscando sua compatibilização sem jamais olvidar o ponto central e o objetivo do ordenamento jurídico: o ser humano.

²⁶⁸ Quanto à interpretação de interesse público, ver decisão do caso *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID. *Apud*: SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 431-478.

²⁶⁹ SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 449.

²⁷⁰ Para maior aprofundamento do tema, ver: PETERSON, Luke Eric; GRAY, Kevin R. **International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration**. Disponível online em: <http://search.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf>.

²⁷¹ “Afim de contas, se um Estado é responsável por todos os contratos em que aquiesce, então a obrigação de tomar em conta o direito à água em todos esses contratos deveria erradicar a atual inequidade e acesso desproporcional à água que os indivíduos hodiernamente enfrentam.” Tradução nossa. SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 445.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso da água pelos seres humanos aumentou drasticamente durante o século passado, sendo esta a previsão de tendência para o futuro²⁷². Sobre esse aumento, podem-se atribuir dois fatores que, segundo Herbert A. Smith²⁷³, interagem continuamente: mudanças nos hábitos pessoais e progresso científico. Segundo ele, a demanda por água estimula a invenção²⁷⁴. Considerando a facilidade de obtenção de água, esta sempre aumentará a demanda.²⁷⁵

No entanto, existem no mundo cerca de 780 milhões de pessoas vivendo sem ter acesso a uma fonte melhorada de água, o que corresponde a uma a cada nove pessoas. Uma fonte de água potável melhorada é aquela que protege adequadamente a água da contaminação, em especial a que contém matéria fecal²⁷⁶. Tragicamente, mais de 3.4 milhões de pessoas morrem por ano devido a problemas relacionados à água²⁷⁷.

Cabe à humanidade esperar que este desenvolvimento tecnológico seja capaz de manter o uso da água sustentável. Felizmente, caminha-se neste sentido, mesmo porque esse desenvolvimento tecnológico – que para Smith, de certa forma, “consome água” – viabilizou um conhecimento sobre o mundo e sobre a amplitude da capacidade dos recursos hídricos existentes hoje, de forma que, a partir da consciência sobre a situação atual de das fontes de água do planeta, possa-se investir em pesquisas e projetos que visem não só a um melhor aproveitamento da água potável já existente, mas também à transformação de águas – hoje não consideradas úteis para fins de realização do direito humano à água – em fontes potáveis.

²⁷² McCaffrey, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5. n. 1, p. 1-24, 1992, p. 3.

²⁷³ McCaffrey, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5. n. 1. p. 1-24. 1992. p. 4.

²⁷⁴ McCaffrey, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5. n. 1. p. 1-24. 1992. p. 4.

²⁷⁵ McCaffrey, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5. n. 1. p. 1-24, 1992, p. 4.

²⁷⁶ “An improved drinking-water source is one that by the nature of its construction adequately protects the source from outside contamination, in particular with faecal matter.” Disponível em: <http://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/1278061137-JMP_report_2010_en.pdf>.

²⁷⁷ World Health Organization (WHO). (2008). Safer Water, Better Health: Costs, benefits, and sustainability of interventions to protect and promote health; Updated Table 1: WSH deaths by region, 2004. *Apud*: Water Facts: Water. <<http://water.org/water-crisis/water-facts/water/>>.

Este é o caso da tecnologia desenvolvida por Dean Kamen, chamada de Slinghot.²⁷⁸ A função desta máquina é transformar qualquer lugar em que exista umidade em água potável de nível farmacêutico²⁷⁹. Este aparelho é uma realidade e vem sendo testado desde 2003. Isso significa que a evolução chegou ao ponto de transformar qualquer água em potável.

Seguindo este caminho de inovação, será possível garantir água a todos os seres humanos, independentemente da região do planeta, sendo necessário apenas incentivo e investimento. Isso não significa, contudo, que o direito humano à água deixaria de ser menos importante dentro deste cenário ideal. Pelo contrário, a falta de garantia de água potável a todos os seres humanos seria ainda mais evidentemente absurda.

O que se quer demonstrar é que o direito humano à água precisa constar em um documento internacional universal capaz de criar lei entre as partes, de forma a assegurar que os Estados irão promover a garantia do direito humano à água. O problema, portanto, não está na falta de soluções, mas na falta de ações. Se a dificuldade encontra-se na promoção deste direito por alguns países, cabe aos seus respectivos governos explicar o porquê da sua impossibilidade de realizá-lo, em vez de postergar o problema. Mesmo porque: havendo metas, pelo menos os líderes de Estados Democráticos de Direito terão que responder por suas ações, ou omissões.

Portanto, o mais premente é tornar o direito humano à água *hard law*, pois o seu desenvolvimento obriga a sociedade internacional a responder pela situação destas pessoas que morrem por problemas relacionados à água. Havendo uma preocupação mais séria, um dos resultados colaterais será a propagação de novas soluções para uma utilização sustentável da água por todo o planeta. Isso porque a atenção legal e política traz consigo incentivos.

A descoberta de soluções tecnológicas para a melhora dos níveis quantitativos e qualitativos de água potável no mundo por si só não é capaz de garantir a realização do direito humano à água, pois a desigualdade inerente à sociedade continuará tendendo a discriminar o acesso aos seus recursos mais preciosos. Sendo assim, é preciso hoje aperfeiçoar o direito humano à água – que, como já visto, existe – para que os Estados, além de respeitar, engajem-se na proteção e na promoção deste direito, responsabilizando-se internacionalmente pelo não cumprimento de suas obrigações nesse sentido.

²⁷⁸ DIAMANDIS, Peter H.; KOTLER, Steven. **Abundance: the future is better than you think**. New York: Free Press, 2012. p. 89.

²⁷⁹ DIAMANDIS, Peter H.; KOTLER, Steven. **Abundance: the future is better than you think**. New York: Free Press, 2012, p. 89.

REFERÊNCIAS

Livros, artigos e periódicos:

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª ed. Rev. atual. amp. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2012.

BERNHARDT, R. Treaties, Customary International Law. *In*: BERNHARDT, R. **Encyclopedia of Public International Law**. v. I, 2000.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BROWNLIE, Ian (org.). **Basic Documents in International Law**. 6ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. Direito e Economia: contribuições para o desenvolvimento da doutrina dos direitos sociais, econômicos e culturais. *In*: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. (Org.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 291-312.

DIAMANDIS, Peter H.; KOTLER, Steven. **Abundance: the future is better than you think**. New York: Free Press, 2012.

FILMER-WILSON, Emilie. The human rights-based approach to development: the right to water. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Utrecht, v. 23, nº 1, março de 2005, p. 213-241.

FITZMAURICE, Malgosia. The human right to water. **Fordham Environmental Law Review**, New York, v. XVIII, 2007, p. 537-585.

FLINT, R. Warrant. The Sustainable Development of Water Resources. **Universities Council on Water Resources**. Issue 127, p. 41-51, fevereiro de 2004. Disponível online em: <http://opensiuc.lib.siu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=jcwre&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar_url%3Fhl%3Dpt-BR%26q%3Dhttp%3A%2F%2Fopensiuc.lib.siu.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1097%2526context%253Djcwre%26sa%3DX%26scsig%3DAAGBfm33iXVUTfdETexi-5zk7ZgJ3sbEmQ%26oi%3Dscholarr%26ei%3Dh2eWUMj9OYqk8gTZj4CwDg%26ved%3D0CCAQgAMoAjAA#search=%22http%3A%2F%2Fopensiuc.lib.siu.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1097%26context%3Djcwre%22>.

HANNUM, Hurst. The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. **GA. Journal of International and Comparative Law**. v. 25, 1995/1996, p. 287-397.

HOFFMANN, Julia; NOLLKAEMPER, André. **Responsability to Protect**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2012.

HOWLEY, Jessica. The Gabcikovo-Nagymaros Case: The Influence of the International Court of Justice on the Law of Sustainable Development. **Queenslan Law Student Review**, v. 2, n. 1, 2009. Disponível online em: <<http://www.law.uq.edu.au/articles/qlsr/howley-qlsr-2-1.pdf>>.

JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (org.). **O Novo Direito Internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-20.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**, a. 88, v. 759, jan. 1999, p. 24-40.

KAMMERHOFER, J. Uncertainty In The Formal Sources Of International Law: Customary International Law and Some Of Its Problems. In: **European Journal of International Law**, junho, 2004.

KIEFER, Thorsten; BRÖLMANN, Catherine. Beyond State Sovereignty : The Human Right to Water. **Non-State Actors and International Law**, v. 5, n. 3, 183-208, 2005.

LUNA, Sergio Vasconcelos de Luna. **Planejamento de Pesquisa: uma introdução**. 2ªed. São Paulo: Educ – Editora da PUC-SP, 2009.

McCAFFREY, Stephen. A Human Right to Water: Domestic and International Implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Georgetown, v. 5, n. 1, p. 1-24, 1992.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução: Allan Vidigal Hastings. 3ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Direito na pós-modernidade e a teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. (org.) **Faces do Multiculturalismo – Teoria – Política – Direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 21-36.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, a. 9, n. 34, abril-junho de 2004. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, p.97-123.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ªed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MOROSINI, Fábio. Globalização e Novas Tendências em Filosofia do Direito Internacional: a Dicotomia entre Público e Privado da Cláusula de Estabilização. In MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (org.). **O Novo Direito Internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 549-572.

PETERSON, Luke Eric; GRAY, Kevin R. **International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration**. Disponível online em: <http://search.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf>.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª ed. rev. e atual., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia Política da Água**. São Paulo: Annablume, 2008.

RIEDEL, Eibe. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Disponível online em: <www.mpepil.com>.

SALMAN, Salman M. A.; McINERNEY-LANKFORD, Siobhán. **The human right to water: legal and policy dimensions**. Washington, DC: The World Bank, 2004.

SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. Water as a Human Right? *In IUCN Environmental Policy and Law Paper*, nº 51. Gland; Cambridge: Thanet Press, 2004.

SCHREIBER, William. Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations. **Natural Resources Journal**. v. 48, primavera de 2008, p. 431-478.

SEITENFUS, Ricardo (org.). **Legislação Internacional**. 2ª ed. amp. e atual. Barueri, SP: Manole, 2009.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SHELTON, Dinah. Human Rights, Health and Environmental Protection: Linkages in Law and Practice. *In*: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. (Org.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 393-452.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and of Environmental Protection and the Absence of Restrictions on the Exercise of Recognized Human Rights**. *Revista IIDH*, vol. 13, 1991, p. 35-76. Disponível online em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/dtr/dtr3.pdf>>.

TULY, Stephen. A human right to access water? A critique of general comment nº 15. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Utrecht, v. 23, nº 1, p. 35-61, março de 2005.

VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. v. 43, n.1, Brasília, janeiro/junho de 2000. Disponível online em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292000000100010&script=sci_arttext>.

VASAK, Karel (org.). **Les dimensions internationales des droits de l'homme**. França: UNESCO, 1980.

WOUTERS, Jan; MEESTER, Bart de. The Role of International Law in Protecting Public Goods: Regional and Global Challenges. **LIRGIAD – Leuven Interdisciplinary Research Group on International Agreements and Development**. Working paper n. 1, dezembro de 2003. Disponível em:

<http://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/archive/wp01.pdf>.

Tratados, Convenções e outros:

Carta da Organização das Nações Unidas. Disponível online em:

<<http://www.un.org/en/documents/charter/>>.

Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

Convenção de Genebra I. Disponível online em:

<<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/365?OpenDocument>>.

Convenção de Genebra II. Disponível online em:

<<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/370?OpenDocument>>.

Convenção de Genebra III. Disponível online em:

<<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/375?OpenDocument>>.

Convenção de Genebra IV. Disponível online em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/380>>.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível online em:

<http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>.

Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Disponível online em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>.

Declaração do Milênio. Disponível online em:

<<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>>.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível online em:

<<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/direitos-do-cidadao/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>.

Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível online em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>.

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Disponível online em:

<<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>.

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Documento traduzido disponível online em:

<<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>.

Resolução 64/292 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

Disponível online em:

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94>.

Resolução 15/9 do Conselho de Direitos Humanos da ONU. A/HRC/RES/15/9. Disponível

online em: [http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/33/PDF/G1016633.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/33/PDF/G1016633.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/33/PDF/G1016633.pdf?OpenElement).

Resolução 16/2 do Conselho de Direitos Humanos da ONU. A/HRC/RES/16/2. Disponível

online em: [http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/124/85/PDF/G1112485.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/124/85/PDF/G1112485.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/124/85/PDF/G1112485.pdf?OpenElement).

Resolução 18/1 do Conselho de Direitos Humanos da ONU. A/HRC/RES/18/1. Disponível

online em: [http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/165/89/PDF/G1116589.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/165/89/PDF/G1116589.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/165/89/PDF/G1116589.pdf?OpenElement).