

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
FLÁVIA BOMTEMPO BOTTI**

SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL:

Quais são os deveres definitivos da Administração Pública?

Juiz de Fora

2018

FLÁVIA BOMTEMPO BOTTI

SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL:

Quais são os deveres definitivos da Administração Pública?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Na área de concentração sobre Direitos Humanos sob orientação da Professora Doutora Luciana Gaspar Melquíades Duarte.

Juiz de Fora

2018

**FOLHA DE APROVAÇÃO
FLÁVIA BOMTEMPO BOTTI**

SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL:

Quais são os deveres definitivos da Administração Pública?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Senso em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Professora Doutora Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Doutora Cláudia Maria Toledo da Silveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Doutora Patrícia Ferreira Baptista
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 26 de junho de 2018.

Dedico este trabalho à Humanidade.

AGRADECIMENTOS

Que satisfação chegar neste tópico! É momento de agradecer! Momento de olhar em retrospectiva e assistir de um lugar confortável a história que foi escrita neste capítulo de minha vida. Aqui compartilhando toda a minha subjetividade, utilizando-me de fontes diretas vindas do coração.

Quantos personagens compuseram as inúmeras cenas e quanta torcida esteve presente, na expectativa, às vezes sem nem entender o enredo. Mas ali, por mim, com o único propósito de me dar força. Que lindo! É hora de agradecer a todos vocês!

Em primeiro lugar, sempre, agradeço aos meus pais. Companhias estáveis e do mais alto astral. Sempre me propiciando um lar de alegria e acolhida, dia após a dia. É tanto amor que às vezes chegava ao excesso de zelo, de preocupação. Eu dizia: “está tudo bem, podem ficar tranquilos, não se preocupem comigo”. Mas eles sabiam que não estava tudo bem; estava difícil pra mim. Muito! Eles sabem o quanto. Provavelmente sentiram tudo o que eu senti, ou até mais. Porque eles não podiam fazer tudo o que eu podia, por ser minha a cobrança e a tensão. E eles não arredaram o pé. Sempre ali, sempre. Essa conclusão é também um alívio pra vocês, que eu sei. Se hoje recebo um título de “mestre”, nome tão imponente, é porque tive mestres que me antecederam e me possibilitaram esse caminho. Vocês são meus grandes mestres dessa vida.

Em segundo lugar, um agradecimento imenso a toda a minha família de sangue. Aos Bomtempos, aos Bottis... muito obrigada! A certeza do amor de vocês sempre me fez muito forte, convicta, poderosa. Minha autoconfiança enquanto pessoa do bem vem de vocês e isso é muito valioso pra mim. Eterna gratidão por esse ninho onde nasci e fui criada. Os finais de semana na Fazenda Pouso Alegre, sempre tão divertidos, limpavam qualquer sentimento de depressão que eventualmente me acompanhasse até lá. A união, o ambiente, as gargalhadas que tiramos com tanta facilidade do fundo do nosso ser, a natureza, a paz e o silêncio (quando todos estão dormindo) sempre me reciclaram... e nesse momento de intenso esforço isso ficou claro pra mim. Porto seguro, terra firme, fortaleza.

Um agradecimento muito especial às minhas queridas sócias, Marta e Maria Thereza, que sempre “seguraram as pontas” no escritório, compreendendo que meu ritmo teria de ser reduzido por um tempo. Vejo que essa atitude denota respeito a mim, mas também reverência à pesquisa acadêmica. Nosso querido BOMGRAN abraçou a causa, com todos os nossos seis braços, reconhecendo que a investigação científica tem o seu valor. Por vezes

carreguei minha tensão e insatisfação para nosso ambiente de trabalho, apesar dos meus esforços para despistá-las ou mesmo calá-las. Mas lá estavam elas, prontas para me ajudar, até mesmo quando eu não sinalizava qualquer pedido de ajuda. Nossa sociedade é um ciclo de curas e eu me sinto lisonjeada por fazer parte dessa roda linda de mulheres fortes, buscadoras, que sempre se superam, através da dedicação e do trabalho. Amo vocês! Parabéns e obrigada!

Aos demais amigos, que também compõem minha família de coração, pelo amor de sempre, carinho de sempre, alegria de sempre... tudo de bom sempre! Vocês são como uma bateria reserva pra mim! Quando me faltava energia, a encontrava em vocês... em uma experiência de mutualismo, de cooperação, de compartilhamento. Amigos que não estavam nem aí pra minha dissertação, outros que mal sabiam dessa minha fase, outros que valorizam, outros menos, outros que me diziam “não acabou esse trem ainda não? Não é possível”; “você vai desistir? Isso vai ser doídera, porque você nunca desistiu de nada!”; “70 páginas? Pra você? Ah, Flavinha, não acredito que você está assim por causa disso?!”; “às vezes é orgulho de apresentar algo que você não considera bom o suficiente... apresente o que você tem condições e pronto”; “você fala essas coisas mas sempre manda bem”. Sintam-se abraçados, com todo meu amor, meus queridos amigos, sou louca com vocês!! Cada um a seu modo reflete um pouco do que sou e me apresentam novas formas de me ver, de amar, de viver... vocês são lindos! Obrigada!!!

Uma reverência de joelhos para minha orientadora Luciana, minha querida professora, que tanto me ajudou a crescer nesse período. Nossas reuniões SEMPRE me promoviam uma espécie de renascimento. A cada encontro eu saía diferente do que chegava. Sempre mais aliviada, mais confiante, mais inspirada... enfim, a soma dessas emoções que por si só são imensuráveis. Sentia-me, ainda, extremamente acolhida. Um colo não físico... um colo de atenção, de reconhecimento das minhas dores, das minhas dificuldades, dos meus bloqueios... Com sua delicadeza, ajudava-me a desatar nó por nó, muitas vezes valorizando meus processos de dificuldade mais do que eu e também reconhecendo minha capacidade e potencial muito mais do que eu. Querida professora, ainda que fosse uma grande poeta, não caberia em palavras a gratidão que sinto por você. Eu te admiro muito... e te amo, do fundo do meu coração.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, meu agradecimento pela possibilidade mesma de ter feito parte deste programa de mestrado. Após minha graduação, a vontade de continuar frequentando esse campus lindo e esses corredores queridos funcionou como um ímã: como posso continuar frequentando esse lugar pelo qual

cultivo tanto apreço? Não queria me distanciar desse Universo de conhecimento, diálogo, debate, crítica, reflexão, nem tampouco dos facilitadores dessas atividades, meus amados professores, pessoas que me demonstraram estar ali mais pelo amor de estar ali do que por qualquer outra coisa. Isso me marcou. As exceções passaram como exceções que são. Frequentar esse espaço novamente foi motivo de entusiasmo, mas o cansaço foi inevitável... o ritmo era bem mais duro do que eu imaginava. Em compensação, as aulas eram bem diferentes e a interação do professores conosco, os alunos, me encantava. Aos professores, parabéns pelo trabalho! Elogiarei a todos na pessoa da Cláudia Toledo, uma pessoa tão bacana que simplesmente brilha em seu profissionalismo, traduzindo seu carinho pelo que faz em seriedade e dedicação. Professora, você me inspirou muito, obrigada!

Aos meus marotos colegas de turma, um abraço em cada um de vocês! Cresci muito com nossas aulas e nossos raros momentos de confraternização. É muito boa a percepção de que todos ao seu redor são “feras”, são pessoas capazes, competentes, inteligentes, determinados! Podemos conquistar o mundo, turma! ☺ Amadurecendo e persistindo, nossas chances de deixar um legado positivo para as próximas gerações só aumenta. Vamos juntos?

Agradeço muitíssimo ao programa, à Luciana, ao Marcelo e à Letícia, pela linda oportunidade do estágio docência. Gente, que realização! Aquela turma de 4º período, aquela sala 8, aquelas tardes preparando aula e aquelas noites de pura entrega à oportunidade de compartilhar o pouco que eu sabia, mas o muito que queria agregar. Aos alunos, todos queridos, meu carinho e gratidão pelo respeito e pela troca... espero que tenham aprendido pelo menos uma coisa: O Estado existe para proteger e promover Direitos Fundamentais... Lembram-se disso? Ah, ufa!

Ainda ao programa, à Luciana e a à Cláudia, pela oportunidade do Grupo de Pesquisa sobre Direitos Sociais, cujos encontros sempre foram importantes para mim. Reunidos com o intuito de fazer desenvolver o Direito enquanto ferramenta para alcance melhores condições de vida, para lograr patamares mais altos de Justiça... olha que altivez! Obrigada por me concederem essa honra, essa confiança! E através disso, novas pessoas, novas perspectivas, novas amizades! Obrigada!

Por fim, um sincero agradecimento e reconhecimento pela renovação desta oportunidade de conclusão do programa, graças à extensão do prazo que o Colegiado me concedeu. Gratidão!

Bom, agora que já agradei a todos, vou falar um pouco sobre mim... Prometo ser breve, só gostaria de registrar...

Em determinado momento eu me vi incapaz para escrever sobre o tema. Eu estava completamente bloqueada, estagnada, quando então me perguntei quem era eu para escrever sobre o saneamento básico. Afinal, por que esse tema? O que sei sobre isso? Quem sou eu pra escrever uma dissertação sobre isso? QUEM SOU EU?

Essa pergunta ressoou dentro de mim. Eu precisei descobrir. O percurso do mestrado coincidiu, em certa mediatemporal, com meu processo de autoconhecimento. E como sou muito intensa, queria descobrir logo, concluir logo, para então poder voltar a viver. Essa sou eu, descobri também. Par e passo, enquanto eu descobria quem eu era, consolidava também os conceitos e a abrangência do conhecimento acerca do tema. As coisas começaram a ficar mais leves com o tempo, depois de muitas idas e vindas, com muita força interior, concentração, reuniões do C.E.E.U (meu centro de amor mais puro), etc.

Hoje eu concluo com alegria essa etapa, com a convicção de que aprendi o bastante para me tornar autoconfiante, segura de minha capacidade intelectual e criativa, aliada à consciência de que apenas comecei.

Só um último registro, em homenagem a Deus, que entendo como sendo a energia perfeita, criadora de tudo o que é, manifesta em cada um de nós... Obrigada por confiar a essa individualidade tão importante *mister*. Que eu sempre me reconheça como instrumento de sua inteligência e bondade divinas.

“Dê o melhor que você tem”
- sr.ta pipa

RESUMO

Verificado o grande percentual da população brasileira carente de serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e águas pluviais, através de dados oficiais, concluiu-se preliminarmente pelo déficit prestacional do Estado brasileiro em relação ao saneamento básico. A partir disso, foi iniciada investigação acerca da localização do saneamento básico no ordenamento jurídico nacional, no intuito de se identificar a natureza jurídica do direito correlato, e então compreender o dever definitivo da Administração Pública quanto a sua efetivação. Nessa primeira etapa, foi promovida uma revisão de literatura sobre o tema, sobretudo no que concerne ao impacto do saneamento básico na saúde e na vida humanas e, ainda, uma compilação da legislação brasileira referente a esses temas. Toda a análise foi perpassada pela racionalidade que se extraiu do marco teórico, consubstanciado na doutrina do Pós-Positivismo Jurídico, cujo contributo se traduz em maior esclarecimento acerca da normatividade da Constituição, da estrutura das normas de direitos fundamentais – com especial enfoque para o núcleo essencial – e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e, em consequência, com o mínimo existencial. As fontes indiretas que compuseram esse arcabouço foram trabalhadas preponderantemente na perspectiva dedutiva e teve início pesquisa do tipo qualitativa. Como resultado, comprovou-se a fundamentalidade do saneamento básico, sua intersecção com o núcleo essencial do direito à saúde e seu consequente caráter mandamental, além dos comandos de aplicação imediata, por força constitucional, e de forma integral e universal, nos termos da lei específica. Enfrentada a questão orçamentária, consignou-se sobre o momento de aplicação da teoria da reserva do possível, a qual não se antecipa ao conteúdo do mínimo existencial, podendo fazê-lo apenas quando de comprovada de maneira cabal a escassez de recursos. Nesse sentido, foram apontadas alternativas à Administração Pública para viabilização de prestação conforme a Constituição, desmistificando o discurso de incapacidade e contribuindo para perspectivas mais otimistas de efetivação desse direito fundamental, extremamente essencial.

Palavras-chave: saneamento básico; direito fundamental; mínimo existencial; caráter mandamental; dever da Administração Pública.

ABSTRACT

Having verified the large percentage of the Brazilian population lacking services of water supply, sewage, solid waste management and rainwater, through official data, it was preliminarily concluded by the Brazilian State's deficit in relation to basic sanitation. From this, an investigation was begun on the location of basic sanitation in the national legal order, in order to identify the legal nature of the related law, and then to understand the definitive duty of the Public Administration regarding its effectiveness. In this first stage, a review of the literature on the subject was promoted, especially with regard to the impact of basic sanitation on human health and life, as well as the compilation of Brazilian legislation on these subjects. All the analysis was permeated by the intelligence that was extracted from the theoretical framework, embodied in the doctrine of Legal Positivism, whose contribution translates into greater clarification about the normativity of the Constitution, the structure of the norms of fundamental rights - with a special focus on the nucleus essential - and its relation to the principle of the dignity of the human person and, consequently, with the existential minimum. The indirect sources that composed this framework were worked mainly in the deductive perspective and qualitative research began. As a result, the fundamental right to basic sanitation, its intersection with the essential core of the right to health and its consequent mandamental character, has been proven, as well as the immediate application, by constitutional force, in an integral and universal manner, under the terms of the specific law . Faced with the budgetary question, it was recorded on the moment of application of the theory of the reserve of the possible, which does not anticipate the content of the existential minimum, and can do so only when the scarcity of resources is fully proven. In this sense, alternatives were proposed to the Public Administration to make provision possible according to the Constitution, demystifying the discourse of incapacity and contributing to more optimistic perspectives of the realization of this fundamental right, which is extremely essential.

Keywords: basic sanitation; fundamental right; minimum existential; mandamental character; of the Public Administration.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 – Percentual de domicílios sem saneamento básico no Brasil e nas regiões, em 2010.....	34
Gráfico 2 – Taxa de internação por DRSAl, por 100 mil habitantes, no Brasil e nas regiões geográficas, de 2003 a 2013	36
Gráfico 3 – Taxa de internação por hepatite A, por 100 mil habitantes, no Brasil e nas regiões, de 2003 a 2013; taxa de internação por diarreia, por 100 mil habitantes, no Brasil e nas regiões, de 2003 a 2013.....	37
Gráfico 4 – Taxa de internação por doença diarreica aguda (DDA) em menores de 5 anos, por mil habitantes, no Brasil e nas regiões, de 2003 a 2013	38
Gráfico 5 – Número de óbitos por diarreia e gastroenterite, por 100 mil habitantes, nas regiões Norte e Sudeste	38

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 – Indicadores operacionais de água por região (Norte e Sudeste), em 2015.....	35
Tabela 02 – Indicadores operacionais de esgoto por região (Norte e Sudeste), em 2015.....	35
Tabela 03 – Indicadores operacionais de resíduos sólidos por região (Norte e Sudeste), em 2015.....	35

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRASCO – Associação de Pós-Graduação em Saúde Coletiva

ASSEMAE – Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento

CONSANE – Conselho Nacional de Saneamento Básico

DRSAI – Doenças Relacionadas a Saneamento Ambiental Insuficiente

FMI – Fundo Monetário Internacional

OMS – Organização Mundial da Saúde

PLANASA – Plano Nacional de Saneamento Básico

PNS – Política Nacional de Saneamento

PNSB – Plano Nacional de Saneamento Básico

SFH – Sistema de Financiamento Habitacional

SINISA – Sistema Nacional Informação sobre Saneamento Básico

SUS – Sistema Único de Saúde

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	16
2 SANEAMENTO BÁSICO: UM QUADRO CONCEITUAL, SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO E UM RETRATO DA REALIDADE BRASILEIRA.....	23
2.1 Saneamento básico, saúde e vida: conceitos e inter-relações	23
2.1.1 O conceito de saneamento básico e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro	23
2.1.2 O saneamento básico e sua relação com a saúde humana	26
2.1.3 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro.....	29
2.1.4 O saneamento básico e sua relação com o direito à vida.....	31
2.2 A realidade brasileira: dados, competências e recursos	33
2.2.1 A efetiva prestação do saneamento básico e sua relação com morbidade e mortalidade no Brasil.....	33
2.2.2 A organização dos entes federativos e a destinação de recursos.....	40
3 AS LENTES PÓS-POSITIVISTAS: ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CORRETA COMPREENSÃO DO OBJETO DE PESQUISA.....	43
3.1 A normatividade do Direito	43
3.2 A lógica da Teoria da Argumentação Jurídica	59
4 A FUNDAMENTALIDADE DO SANEAMENTO BÁSICO	65
4.1 A essencialidade do saneamento básico para a dignidade humana	65
4.2 O saneamento básico como núcleo essencial do direito fundamental à saúde.....	71
4.2.1 A fixação do núcleo essencial do direito à saúde	75
4.2.2 O saneamento básico e o núcleo essencial do direito à saúde	77
5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DEVER-SER DO ESTADO BRASILEIRO	84
5.1 O saneamento básico como regra	88
5.2 Considerações sobre a reserva do possível.....	91
5.3 Sobre o controle da Administração Pública através do Poder Judiciário	103
6 CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

Vivendo em um país que ainda se enquadra em um patamar de subdesenvolvimento, são vários os aspectos em que se percebe a carência da nação. Subdesenvolvimento porque ainda é dada pouca importância aos direitos fundamentais, daí resultando a carência da população, em termos gerais, de dignidade humana.

Partindo-se dessa consciência, constatou-se ampla possibilidade de estudo e em prol dos direitos positivados no ordenamento brasileiro, cuja efetivação raramente corresponde à previsão.

Voltando-se a atenção para o direito à saúde, direito social de inequívoca fundamentalidade, deparou-se com uma realidade de intensa “judicialização”, que basicamente corresponde à busca pela concretização do direito à saúde, através do Poder Judiciário.

O direito à saúde é previsto na Constituição (BRASIL, 1988) como direito fundamental de acesso integral e universal. Assim, diante de eventual lapso prestacional de algum aspecto do direito à saúde por parte da Administração Pública, o cidadão interessado na persecução da efetivação de seu direito deposita sua pretensão à análise do órgão julgador, com o intuito de que seja imposto ao Estado a sua concretização.

A “judicialização da saúde”, como ficou conhecido, é fenômeno contemporâneo caracterizado pela propositura de um número expressivo de ações judiciais, por toda a extensão do território nacional, com o intuito de viabilizar a concretização do direito à saúde.

Muitos debates passaram a existir, considerando as dúvidas acerca dos limites do direito à saúde em si e também da competência do Poder Judiciário para apreciação dessas demandas.

Afinal, o direito à saúde é previsto repetidas vezes no texto constitucional, seja no rol dos direitos fundamentais (título II) e capítulo dos direitos sociais¹ (capítulo II), seja no título da organização do Estado (título III), nos capítulos da União (capítulo II), dos Municípios (capítulo IV), da intervenção da União sobre os estados membros e distrito federal e municípios (capítulo VI), além da previsão no título da tributação e do orçamento (título VI), através do capítulo das finanças públicas (capítulo II), seção dos orçamentos (seção II) e

¹TÍTULO II Dos Direitos e Garantias Fundamentais [...]

CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

no título da ordem social (título VIII), capítulo da seguridade social (capítulo II), seção específica da saúde (seção II). Nesta seção, é a dicção de dois de seus dispositivos legais:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Ainda conforme a Constituição (BRASIL, 1988), o direito à saúde relaciona-se com o direito à educação (art. 208, inciso VII), à assistência prioritária à criança, ao adolescente e ao jovem (art.227), além de outros, com destaque para os direitos sociais à alimentação, ao trabalho, à moradia, a proteção à maternidade (art.6º).

E, para além do texto constitucional, o ordenamento jurídico constitucional contempla o conteúdo de tratados internacionais ratificados e também legislação infraconstitucional que reforça o caráter da universalidade e da integralidade do direito à saúde.

Assim sendo, à primeira vista, a obrigação da Administração Pública é quase imensurável, devido à amplitude que o direito à saúde alcança no Brasil. Em contrapartida, sabe-se que os recursos são finitos e que existe uma gama de outros direitos fundamentais que também precisam ser atendidos.

Foi esse o dilema com o qual se deparou o Poder Judiciário ao ser instado ao julgamento das mais diversas demandas que diziam respeito ao direito à saúde, nesse contexto que restou denominado “judicialização da saúde”.

Em paralelo, a doutrina também se empenhou na compreensão dos limites do direito à saúde, a fim de compreender sobretudo os critérios de priorização de determinadas demandas em detrimento de outras, assim como dos limites da atuação do Poder Judiciário, diferenciando a conduta legítima de defesa dos direitos fundamentais das indevidas interferências na esfera da Administração Pública.

A maioria das ações judicializadas diz respeito a necessidades hospitalares (como internações e procedimentos cirúrgicos) ou medicamentosas (em que o cidadão-paciente busca angariar remédios para o tratamento que lhe fora prescrito). Ambas as hipóteses

retratam a necessidade de remediar um quadro em que a saúde já se encontra desestabilizada, ante o diagnóstico de algum tipo de patologia instalada.

Assim, emergiu como curiosidade a perquirição acerca das medidas de saúde que possuem um caráter preventivo. Afinal, garantir saúde é muito mais do que remediar quadro de doenças. Nesse sentido, a Constituição da Organização Mundial da Saúde conceitua que saúde é o “estado de completo bem-estar físico social e mental, não apenas a ausência de doenças” (OMS – 1946).

O saneamento básico foi o tema que primeiramente despertou o interesse para a pesquisa. Afinal, como a própria expressão já indicada, saneamento é básico, diz respeito às medidas necessárias para manter a salubridade do meio-ambiente, com o objetivo de limpeza, higiene e, conseqüentemente, para promoção da saúde do ecossistema e das comunidades dos seres vivos que lhes habitam.

Inobstante essa intuitiva essencialidade, a realidade brasileira ainda se apresenta bastante carente em termos de saneamento básico. São diversas as comunidades que não possuem sistema de abastecimento de água, que convivem com esgoto a céu aberto, que não contam com serviços de coleta de lixo etc.

Foi a partir dessa percepção preliminar que surgiu o ímpeto da pesquisa. Afinal, como o saneamento básico é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro? É reconhecido um direito ao saneamento básico no Brasil? Através de que configuração jurídica? Qual é, afinal, o dever definitivo da Administração Pública com relação ao saneamento básico no contexto jurídico brasileiro? Essas são as perguntas que caracterizam o problema recortado para a pesquisa.

Perseguir essa resposta pareceu inevitável, considerando que a situação da população desabrigada de estruturas mínimas de civilidade e dignidade é simplesmente inaceitável.

Para que os respectivos direitos (individuais ou coletivos) fossem alcançados, necessário se mostrou o estudo detido acerca do saneamento básico em si, para que então se pudessem analisar suas possibilidades de concretização.

Tal intuito estava ainda justificado considerando a parca literatura sobre o tema. No geral, poucas produções sobre o tema compõem o acervo do universo jurídico brasileiro. E, de toda a revisão promovida, viu-se que o estado da arte não contempla contribuições específicas acerca do direito ao saneamento básico, assim entendido como um direito que

possui uma natureza jurídica, uma estrutura própria, uma forma de interação com outros direitos.

Na literatura jurídica revisada, foram encontradas discussões acerca dos problemas de gestão das empresas concessionárias prestadoras dos serviços de saneamento básico; as especialidades das parcerias público-privadas; informações vazias de rigor científico.

Assim, considerando o objetivo central de compreender qual seria a obrigação definitiva da Administração Pública com relação ao direito a saneamento básico no Brasil, eram objetivos específicos a definição de saneamento básico e a compreensão acerca do tratamento jurídico dispensado ao saneamento básico. Para tanto, necessário ainda o estudo da relação entre o direito a saneamento básico e o direito à saúde e outros direitos fundamentais.

Conforme fica claro, a relação do saneamento básico com o direito à saúde foi desde o início reconhecida. A escolha do tema saneamento básico partiu de investigações sobre o direito à saúde, com influência decisiva da Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde e faz menções expressas ao saneamento básico.

Além disso, considerando o ímpeto da lei federal de prever diretrizes para o Sistema Único de Saúde (SUS), bem como regulamentar a sua estrutura e atribuições, restou positivado como um de seus objetivos a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico (art.5º, inciso II).

Essa relação com o direito à saúde foi investigada ao longo da pesquisa, de modo que não se abraçasse uma premissa sem que estivesse devidamente justificada. Nesse sentido, exsurgiu a importância do marco teórico, que conduziu a pesquisa, dando-lhe direção e cientificidade. Todo o arcabouço teórico capaz de contribuir com essa segurança adveio do paradigma do Pós-Positivismo Jurídico. A Teoria dos Direitos Fundamentais auxiliou na compreensão da natureza jurídica e da estrutura dos direitos postos sob análise, a Teoria da Argumentação Jurídica contribuiu para que a construção do raciocínio se desse de maneira objetiva, racional, pautada na lógica sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, impedindo que informações que não passassem por um crivo lógico e racional compusessem a construção dos argumentos aqui defendidos.

As outras obras selecionadas como referencial teórico contribuiriam, ainda, para o amadurecimento dos conceitos de normatividade constitucional, de dignidade da pessoa

humana, de núcleo essencial, de mínimo existencial e da própria leitura do Direito e da importância da pesquisa jurídica.

Portanto, a metodologia adotada para esta pesquisa qualitativa partiu do aprofundamento do marco teórico, cujos estudos foram engrandecidos com a participação em grupo de pesquisa sobre direitos sociais. A partir da leitura dos expoentes do pós-positivismo é que se iniciou a revisão de literatura sobre o saneamento básico e, o que foi consequência, também sobre o direito à saúde. As fontes de pesquisa utilizadas foram indiretas, tendo sido trabalhadas na perspectiva dedutiva preponderantemente.

Os materiais reunidos sobre saneamento básico contavam, em grande medida, com contribuições de outras disciplinas, como engenharia ambiental, por exemplo. Alguns puderam ser utilizados como forma de aprimoramento das informações, mas poucos trabalhos visaram este mesmo recorte.

O conteúdo sobre o qual mais se teve confiança para apoiar foi a legislação, considerando sobretudo a constituição e a Lei nº 11.445 (BRASIL, 2007), que trata especificamente sobre o tema ao dispor sobre as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

A princípio, a jurisprudência parecia também ser importante fonte propulsora da pesquisa. Mas, devido à pouca incidência do tema como aqui recortado no Poder Judiciário, essa fonte do Direito contribuiu com menos destaque.

A partir do estudo e sistematização do marco teórico, da legislação e da literatura aplicável, emergiram algumas hipóteses e algumas dúvidas, as quais foram de decisiva importância para o curso da pesquisa. Como hipótese principal, suscitou-se a pertença do saneamento básico como parte integrante do núcleo essencial do direito à saúde. Como dúvida correlata, perquiriu-se acerca da natureza jurídica do direito ao saneamento básico. Outra hipótese considerava a possibilidade de o saneamento básico representar um direito autônomo, que poderia, inclusive, contar em sua estrutura com seu próprio núcleo essencial.

O capítulo 1 teve como proposta situar o saneamento básico no ordenamento jurídico, na doutrina e na realidade brasileira. Com a proposta de oferecer, portanto, uma visão panorâmica, foram apresentadas as facetas através das quais o saneamento básico se constitui. Partiu-se do reconhecimento de que a matéria atinente ao saneamento básico não era suficientemente clara e que a pesquisa contaria, inclusive, com investigações sobre seu conceito e sua inserção no direito positivo brasileiro. Outro ponto explorado foi a relação das medidas de saneamento básico com o direito à saúde e à vida, considerando o impacto

negativo que a carência das estruturas e serviços repercutem na saúde e na vida humana. Em consequência disso, analisou-se também o direito à saúde no sistema jurídico do Brasil.

Após a sedimentação dessas questões conceituais e inter-relacionais sobretudo dos direitos ao saneamento básico, à saúde e à vida, passou-se à análise da efetiva prestação desses direitos, e principalmente com relação ao primeiro. Foram analisados dados que demonstram os impactos das medidas de saneamento básico em índices de morbidade e mortalidade assim como dados que demonstram o percentual de efetiva prestação, anunciando a extrema precariedade de determinadas regiões do país. O passo seguinte foi a verificação da competência dos entes federativos e a forma de organização entre eles desenhada pelo acervo legal, inclusive com considerações de ordem orçamentária. Se existe a obrigação de prestação do saneamento básico, através de que instrumentos o próprio Estado se propôs a fazê-lo? Através de quais entes e órgãos? A partir de quais recursos?

No capítulo 2, o intuito foi explicitar os contornos assumidos pelo marco teórico eleito, a fim de que estivesse justificada a perspectiva a partir da qual se analisava o objeto de estudo. Num primeiro momento, foram traçadas considerações acerca da normatividade do Direito – e especialmente da Constituição – no sentido de esclarecer sobre a relevância da positivação de um direito no ordenamento jurídico. Nesse sentido, as contribuições de Hesse (1991) foram cruciais para expor a importância do respeito ao cumprimento da norma, porquanto sua concretização se dá na realidade. Com a bagagem trazida por Dworkin (2011), explorou-se a vinculação dos aplicadores da norma ao ordenamento jurídico, repelindo atuações baseadas em critérios objetivos. Logo após, aprofundou-se na sistematização proposta por Alexy (2011b), através do estudo da estrutura das diferentes espécies de norma: regras e princípios, com enfoque específico nos direitos fundamentais. A aplicação dos princípios, por sua vez, exige a aplicação da máxima da proporcionalidade, que seria ferramenta segura para o necessário exercício da ponderação dos pesos dos princípios. O contributo trazido para corroborar a proposta de Alexy (2011b) foi o de Klatt e Mesiter (2014).

A fim de conceituar e identificar um direito fundamental, foram apresentadas as obras de Sarlet e Figueiredo (2008), que também contribuíram com o conceito de mínimo existencial, e também de Santos (2017), cuja obra sobre direitos fundamentais atípicos é marcada pelo conceito de dignidade da pessoa humana. Duarte (2011) coroou o entendimento sobre núcleo essencial.

Por fim, foi apresentada a Teoria da Argumentação Jurídica (2011a), cujo conteúdo inspirou todo o percurso da pesquisa, no sentido de fornecer os caminhos do discurso ideal e as possibilidades seguras de sedimentação de conclusões.

No capítulo 3, foi analisada a natureza jurídica do saneamento básico, perquirindo-se acerca de sua fundamentalidade. Nesse sentido, foram analisados os requisitos para que se possa compreender um direito como sendo fundamental. Após, foi analisada a relação do saneamento básico com o direito à saúde, investigando-se a forma como se inter-relacionam, sobretudo quanto ao núcleo essencial do direito à saúde. Foi então fixado o conceito do núcleo essencial do direito à saúde e analisada a pertinência saneamento básico dentro desse limite.

No capítulo 4, encerra-se a apresentação da pesquisa através das conclusões acerca dos deveres definitivos² da Administração Pública com relação ao saneamento básico, considerando as consequências inerentes aos direitos fundamentais. Nesse sentido, de maior relevo as conclusões que foram obtidas sobre núcleos essenciais e mínimo existencial. Analisou-se, ainda, o conceito, a aplicação e as implicações da reserva do possível, como instrumento de extrema relevância para a correta aplicação dos recursos públicos, primando-se por sua correta aplicação e consideração.

Por fim, foram apresentados tópicos importantes sobre o controle do Poder Judiciário sobre a Administração Pública, apresentando-se a relevância e a indispensabilidade de tal exercício, assim como a importância de um atuar correto, sob pena de desnaturação da separação dos Poderes como arquitetada constitucionalmente.

Após a leitura detalhada de todas as etapas da pesquisa e o contato com a forma na qual resultou, tem-se, em sede de conclusão, a apresentação de uma perspectiva externa sobre o caminho percorrido, apresentando-se as conquistas auferidas e as dificuldades apresentadas, além das limitações compreendidas neste momento e as perspectivas vislumbradas para a continuidade das futuras investigações sobre o tema.

² De acordo com Alexy (2011b), deveres definitivos opõem-se aos deveres *prima facie*. Considerando que o ordenamento jurídico prevê extensa gama de direitos, que por sua vez criam os correspondentes deveres, *prima facie* constituem-se todos como obrigação. Ocorre que, como se verá do estudo proposto, tais direitos são exigíveis em diferentes níveis e graus de concretização e somente após essa análise concreta é que se identificam quais são os deveres definitivos com relação a cada direito em análise.

2 SANEAMENTO BÁSICO: UM QUADRO CONCEITUAL, SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO E UM RETRATO DA REALIDADE BRASILEIRA

Com o intuito de registrar o estado da arte a partir do qual teve origem a pesquisa que neste estudo resultou, apresenta-se a revisão da literatura atinente ao tema, através dos tópicos seguintes.

2.1 Saneamento básico, saúde e vida: conceitos e inter-relações

Nas linhas seguintes, serão expostas as conclusões preliminares que advieram das investigações relativas ao saneamento básico, incluindo o seu conceito e sua relação com o direito à saúde e o direito vida, os quais seguem também conceituados.

2.1.1O conceito de saneamento básico e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro

O conceito de saneamento básico foi-se desenvolvendo ao longo da história, à medida em que as práticas e técnicas assim consideradas eram criadas e aperfeiçoadas.No Brasil, com a promulgação da Lei nº 11.445 (BRASIL, 2007) e, especificamente, a disposição de seu artigo 3º, tem-se que o saneamento básico é:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas; (BRASIL, 2007).

Desde então, portanto, entende-se o saneamento básico como os serviços, a infraestrutura e as instalações operacionais que dizem respeito, basicamente, à água potável, ao esgotamento sanitário e ao manejo dos resíduos sólidos e das águas pluviais. É, pois, o conceito de saneamento que vigora hoje no Brasil, sobretudo no que tange ao universo jurídico.

Antes da promulgação deste texto legal, inaugurou a disposição legislativa específica sobre o tema a Lei nº 5.318 (BRASIL, 1967), que instituía a Política Nacional de Saneamento (PNS) com a finalidade de propor diretrizes administrativas e técnicas para fixar ações governamentais para o saneamento básico, em harmonia com a Política Nacional da Saúde (art. 1º), cujo intuito abrangeria a atenção com abastecimento de água, fluoretação, destinação de dejetos, esgotos pluviais, drenagem, controle de poluição ambiental inclusive do lixo, controle de massas de água, de inundações e de erosões (art. 2º).

Vê-se que o conceito atual, traçado pela Lei nº 11.445 (BRASIL, 2007), é mais abrangente e bem especificado do que aquele veiculado pela Lei nº 5.318 (BRASIL, 1967), demonstrando o aprimoramento do conceito de saneamento básico.

Além do conceito propriamente, veiculado pela mencionada lei federal, outras considerações de relevo são trazidas pelo ordenamento jurídico. Na Constituição (BRASIL, 1988), encontram-se as seguintes citações expressas ao saneamento básico:

Art. 21. Compete à União:

omissis

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

omissis

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

omissis

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (BRASIL, 1988).

Infere-se do texto constitucional, portanto, que o saneamento básico é de competência legislativa e material comum de todos os entes federativos e possui relação com o desenvolvimento urbano e os programas habitacionais, cabendo à União a instituição de

diretrizes para o seu desenvolvimento e ao Sistema Único de Saúde (SUS) a participação na formulação da política e a execução das ações.

Verifica-se que referido direito, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, não possui *status* autônomo, porquanto previsto ora como necessário ao desenvolvimento urbano, de acordo com o artigo 21 da Constituição (BRASIL, 1998), ora como correlato ao direito à moradia, no artigo 23 do mesmo diploma legal, ou ainda como desdobramento do direito à saúde, em tópico próprio desse direito, ao ser prevista a competência do SUS para participar da política e da execução das ações de saneamento básico, nos termos do artigo 200 do mesmo texto normativo.

Entendeu-se pela ausência de uma categorização própria voltada especificamente para esse direito. Ao revés, ante a estrutura da Constituição (BRASIL, 1998), com a previsão do saneamento básico dentro do Título VIII sobre ordem social e da seção II destinada ao direito à saúde, constatou-se uma maior coerência sistêmica nessa relação.

Ademais, embora se reconheça a relevância do saneamento básico para o desenvolvimento urbano e o direito à moradia, existe uma transcendência. Em primeiro lugar, o direito ao saneamento básico não se restringe ao meio urbano, havendo regulamentação abrangente às áreas rurais, sem qualquer discriminação de menor importância relativa a essas áreas. Em segundo lugar, os impactos positivos e benefícios do saneamento básico não se restringem à moradia individual ou mesmo complexo de casas de determinada comunidade. Cite-se, como exemplo, a consequência intermunicipal/estadual do despejo de esgoto não tratado nos rios, afetando a qualidade da água e todo o ecossistema de núcleos urbanos e rurais por extensões incalculáveis.

Considerando que o direito ao saneamento básico diz respeito a prestações que envolvem a estruturação de processos capazes de captar e prover água potável; coletar, transportar e tratar o esgoto sanitário, o lixo doméstico e o lixo dos espaços públicos; drenar, transportar, reter e tratar as águas pluviais, identificou-se sua conformação como um direito de segunda dimensão e de terceira dimensão³, na medida em que promove a melhoria das condições de vida através de prestações positivas e também resguarda e preserva o meio-ambiente, respectivamente.

Quanto ao meio-ambiente, pode-se considerar que o efeito da ausência de sua preservação afetará, em grande medida, a saúde, em nível micro e macro, seja pela dispersão

³ Conforme categorização proposta por George Jellinek.

de vetores de doenças, seja pela poluição de bacias hidrográficas, seja pela contaminação de ecossistemas e, em qualquer caso, o impacto na vida humana.

Reconhece-se que a matéria afeta a outras tantas disciplinas, que se complementam em uma relação de interdependência. A título de exemplo, cite-se a engenharia ambiental, o urbanismo, a medicina. Em cada uma delas, a perspectiva para análise desses elementos terá diferente enfoque. Como é de se esperar, nesta pesquisa partiu-se de uma normativa jurídica e, especificamente, dentro de uma perspectiva constitucional.

Assim, embora seja inequívoca a correlação do direito ao saneamento básico com diferentes disciplinas, sua relação com o direito à saúde apresenta-se de maneira mais intensa para a perspectiva da qual se partiu, constituindo-se tal escolha como uma opção metodológica para análise do saneamento básico.

Fixou-se, então, por todas as considerações traçadas, a inequívoca relação existente entre saneamento básico e o direito à saúde, a partir da qual a matéria será analisada, apesar de se reconhecer com clareza a interdisciplinariedade dos temas.

2.1.2 O saneamento básico e sua relação com a saúde humana

Em análise da relação entre saneamento e saúde, Heller (1997) propõe uma retrospectiva histórica acerca das práticas de saneamento. Os dados que permeiam sua abordagem demonstram os impactos dos cuidados sanitários na saúde humana. Quando de sua análise, verifica que o desenvolvimento da compreensão sobre as necessidades de ordem sanitária acompanhou o próprio desenvolvimento do intelecto, da tecnologia e do patamar social e civilizatório da Humanidade. Tendo isso em conta, afirmou-se inicialmente sobre a mutabilidade do conceito de saneamento.

Aduz o autor que são reconhecidas evidências de hábitos sanitários na Índia há mais de 4.000 mil anos, através da presença de banheiros e esgotos nas construções e drenagem nas ruas; verificáveis a existência de sistemas de escoamento de água no Egito, de grandes aquedutos e cuidados com dejetos na cultura creto-micênica e de noções de engenharia sanitária na tradição quíchua (*apud*Rosen, 1994); também o povo judeu, conforme relatos do Velho Testamento, já dava importância ao uso da água para limpeza (*apud*Kottek, 1995) (HELLER, 1997, p.15).

O avanço das práticas sanitárias coletivas teria sido marcante na Antiguidade, que contava com aquedutos, banhos públicos e esgotos romanos, como a Cloaca Máxima⁴, construída ao fim do século VI a.C. (HELLER, 1997, p.16).

Ainda segundo Heller (1997), ao longo da história foi-se estudando a influência da fonte de água consumida pela população e a incidência de cólera (como o estudo de Snow em 1854), desenvolvendo-se a ideia acerca da importância do saneamento (como Chadwick) então com base na teoria miasmática. Em sucessão, a Era Bacteriológica foi constituída pelos estudos de Pasteur, Koch e outros cientistas (HELLER, 1997, p.16).

Defende o autor que a implantação de sistemas coletivos de saneamento iniciada no século passado apresentam progressivo reflexo positivo sobre a saúde, conforme se infere do decréscimo da mortalidade por febre tifóide após diminuição da parcela populacional sem acesso ao abastecimento de água (conforme pesquisa no estado de Massachusetts, EUA, entre 1885 e 1940); do aumento da expectativa verificada após melhoria dos serviços de abastecimento de água e esgoto (nas cidades de Lyon, Paris e Marselha – França – no século XIX); da involução da taxa de mortalidade por diarreia e gastroenterite ante o aumento da parcela populacional atendida com abastecimento de água (na Costa Rica, em estudo realizado em 1981) (HELLER, 1997, p.16).

Reportando o resultado de pesquisas realizadas por Briscoe (1987) em três cidades francesas entre 1816 e 1905, Heller (1997) apresenta que as intervenções ambientais podem prevenir cerca de quatro vezes mais mortes e elevar a expectativa de vida sete vezes mais que as intervenções de natureza biomédica, sugerindo um efeito multiplicador dos programas de abastecimento de água e esgotamento sanitário e efeitos de longo prazo superiores para intervenções ambientais sistêmicas em relação às intervenções médicas. Ainda, “as intervenções em abastecimento de água e esgotamento sanitário seriam ‘necessárias mas não suficientes’” (HELLER, 1997, *apud* Briscoe, 1987, p.20/21).

Sob a perspectiva da limpeza pública, considera-se a relação entre o acondicionamento, coleta e disposição dos resíduos sólidos e a saúde pública, conforme sustentado por Thocanoglous et. al. (1977), em obra de onde se extrai que Hanks (1967) teria

⁴ “Cloaca Máxima (em [latim](#): Cloaca Maxima) é um dos mais antigos [sistemas de esgoto](#) do mundo, construído na cidade de [Roma](#) para drenar os pântanos locais e remover os dejetos de uma das cidades mais populosas do mundo na época, despejando-os no rio [Tibre](#). O nome significa literalmente "Maior Esgoto" e, segundo a tradição, a Cloaca teria sido construída inicialmente por volta de 600 a.C. por ordem do [rei Tarquínio Prisco](#)”. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Cloaca_M%C3%A1xima. Acesso em 13 de fevereiro de 2018.

afirmado que “as autoridades sanitárias dos Estados Unidos estabeleceram uma relação entre 22 doenças e o inadequado manuseio dos resíduos sólidos” (HELLER, 1997, p.25).

As vias de contato entre lixo homem seriam, conforme Heller (1997, *apud* NAJM, s.d): o contato direto, o contato indireto (através do ar, da água e do solo), os vetores mecânicos (como moscas, baratas, roedores) até os alimentos e, por fim, os vetores biológicos (como mosquitos, roedores, suínos, moscas) diretamente em contato com o homem (HELLER, 1997, p.25). Com relação aos vetores, em pesquisa realizada no Cairo, Egito, teriam sido catalogados 56 espécies nos dois pontos de disposição final de lixo, com destaque para as pulgas, os carrapatos e as moscas sinantrópicas (HELLER, 1997, *apud* Daniel et. al, 1989. p. 26).

Posteriormente, mediante pesquisas realizadas em Ontário, Canadá, Heller (1997, *apud* Elliot et. al, 1993) reporta a conclusão acerca da influência de um stress ambiental⁵ no local onde se processa o lixo, fenômeno que seria capaz não apenas de macular o bem-estar senão também de ameaçar a existência de um organismo (HELLER, 1997, p.26).

Heller (1997, *apud* Ferreira, 1982) conclui que:

[a] experiência prática evoluiu para medidas e hábitos; estes para regras e leis e, finalmente, para a construção de um esboço, mesmo que incipiente, de uma atuação coletiva, constituindo a saúde pública (HELLER, 1997, p.15).

Assim, o que hoje se concebe como saneamento básico desenvolveu-se gradualmente acompanhando evolução humana. As pesquisas realizadas ao longo do tempo vêm sistematicamente demonstrando os impactos de tais ações na saúde da população, através de um caráter preventivo cuja pretensão é manter o ambiente salubre de modo a evitar a proliferação ou disseminação de doenças.

A relação entre saneamento básico e saúde apresenta-se evidente, ainda, de uma perspectiva lógico-racional, porquanto a promoção de todos esses serviços é inequivocamente essencial para que se tenha um ambiente propício ao bem-estar físico, social e mental. Apenas para que se exercite a reflexão, como se poderia conceber que a saúde dos seres humanos não seria afetada se não lhes fosse concedido acesso à água potável? Ou se os dejetos expelidos pelo próprio corpo remanescessem no ambiente de convivência, juntamente com o lixo de toda sorte produzido pelos núcleos familiares, escolares e profissionais? Ou ainda se não houvesse qualquer tipo de planejamento para que as águas das chuvas escoassem, impedindo

⁵ Definido na própria pesquisa como “um processo através do qual eventos ambientais ameaçam, prejudicam ou desafiam o bem estar ou a existência de um organismo e através do qual o organismo responde a essa ameaça (BAUM et. al., citado por ELLIOT et al., 1993) (HELLER, 1997, p.26).

que enchentes fossem provocadas, afogando a população nesse mar de sujeira? Seguramente, a saúde de toda a coletividade restaria afetada e, dessa forma, inquestionável a relação entre as prestações atinentes ao saneamento básico e o direito à saúde.

Saneamento é sinônimo de limpeza e, nesse sentido, sua promoção é fator indispensável e até mesmo indissociável à promoção e manutenção da saúde (BRASIL, 2017a, p.4).

Acrescenta-se que as políticas do setor não são aptas ao tratamento de nenhuma doença específica, senão visam à manutenção de ambiente digno e higienizado. Posta em inequívoca clarividência a relação entre saneamento básico e saúde, pertinente que se dedique também à elucidação sobre o conceito de saúde dentro de nossa ordem jurídico-social.

2.1.3 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, o direito à saúde é categorizado pela Constituição (BRASIL, 1998) como um direito fundamental social, previsto no “Título II” e “Capítulo II”, juntamente com os direitos a alimentação, moradia, trabalho, transporte, entre outros. Vem regulamentado no “Título VIII”, da ordem social – cujo objetivo é o bem-estar e a justiça sociais⁶ –, “Capítulo I”, da seguridade social, e por fim na “Seção II”, exclusivamente dedicada ao direito à saúde.

A Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990), trata de forma ampla as ações e os serviços de saúde, porquanto abrange aqueles prestados de forma permanente ou eventual, isolada ou conjuntamente entre pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado (art. 1º).

Estabelece, na mesma linha da Constituição (BRASIL, 1988)⁷, que o direito à saúde é fundamental, sendo dever do Estado prestar as condições indispensáveis para seu pleno exercício (art. 2º), através da redução do risco de doenças/agravos, dando condição de acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (§1º).

Elencam-se onze determinantes/condicionantes da saúde – quais sejam: alimentação, moradia, saneamento básico, meio-ambiente, trabalho, renda, educação, atividade física, transporte, lazer, acesso a bens e serviços essenciais – relacionadas como

⁶Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

⁷ Direito à saúde como direito fundamental (título II) social (capítulo II), previsto no artigo 6º da Constituição (BRASIL, 1988), juntamente com o direito à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, etc.

condições para se alcançar bem-estar físico, mental e social e afirma-se que os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do país (art. 3º).

O SUS é então definido como o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos públicos (art. 4º), sendo seus objetivos a identificação e divulgação de fatores condicionantes/determinantes da saúde, a formulação de política para promover as condições indispensáveis para o pleno exercício da saúde (conforme referido no art.2º, §1º), a assistência e as atividades preventivas para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 5º).

Acerca dos princípios que orientam os serviços à saúde, sob as diretrizes constitucionais trazidas pelo artigo 198 (BRASIL, 1988), defende-se a universalidade, a integralidade, a preservação da autonomia (integridade da pessoa), o direito à informação sobre a saúde do paciente, a divulgação do potencial dos serviços prestados, a utilização da epidemiologia para fixação de prioridades, a participação da comunidade, a descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo e, ainda, com ênfase para os municípios e a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde, a integração em nível executivo para ações de saúde, saneamento e meio-ambiente, a conjugação dos variados tipos de recursos dos entes federativos, a prestação de serviços em todos os níveis de assistência, a organização dos serviços públicos de forma eficaz, o atendimento especializado para vítimas de violência doméstica (art. 7º).

A lei acima esmiuçada trata sobre o direito à saúde e, em seu texto, muito se infere acerca do saneamento básico, sedimentando a relação entre essas matérias. O saneamento aparece, também, como determinante/condicionante da saúde, uma das atribuições do SUS e “a integração em nível executivo para ações de saúde, saneamento e meio-ambiente”⁸ seria um dos seus princípios.

As disposições retromencionadas ilustram a opção estatal por um direito à saúde considerado de forma ampla, sobretudo quando se consideram os princípios da universalidade e da integralidade. Em teoria, portanto, o direito à saúde no Brasil respeita o conceito de saúde proposto pela Organização Mundial da Saúde (OMS), qual seja: “estado de completo bem-estar físico social e mental, não apenas a ausência de doenças” (OMS, 1946).

2.1.4 O saneamento básico e sua relação com o direito à vida

⁸ “Integração em nível executivo” é expressão que se analisará adiante.

Das pesquisas de Heller (1997) já deduzidas nesta dissertação, verifica-se também a relação entre saneamento básico e a vida humana, considerando que a deficiência das medidas sanitárias promove não só quadros de doença como demonstram impacto também em indicadores de mortalidade. Já identificada a relação intrínseca entre saneamento básico e saúde, pertinente a apresentação da interação do direito à saúde com o direito à vida.

Situado o direito à saúde como direito fundamental social⁹, cujo propósito é a melhoria das condições de vida ou mesmo a preservação da vida, reconhece-se com clareza a relação entre esses dois direitos fundamentais. Em verdade, sempre haverá intercessão entre o direito à vida e todos os demais direitos fundamentais, porquanto a eficácia do direito à vida depende da harmonização de todos os outros direitos fundamentais (DUARTE, 2011, p.22).

O ponto de contato entre o direito à vida e o direito à saúde, especificamente, foi elucidado por Duarte (2011) ao esclarecer sobre a possibilidade de o direito à saúde contemplar medidas imperativas para a manutenção da vida. O primeiro teria conteúdo mais amplo e abrangeria o direito à vida (DUARTE, 2011, p.134). O traço divisor entre as prestações de saúde mais ou menos essenciais seria, portanto, a imprescindibilidade da medida para a manutenção da vida, cujas medidas correspondentes seriam chamadas demandas de primeira necessidade¹⁰, justamente, o núcleo essencial do direito à saúde (DUARTE, 2011).

[o] conteúdo mínimo do direito à saúde, que impinge ao ente público a sua proteção e promoção, consiste no direito à vida. Nesse aspecto, o direito *prima facie* à saúde já galga a almejada definitividade, necessária para determinar a sua existência e, assim, viabilizar a sua justicibilidade. As demandas sociais de saúde que disserem respeito, então, à proteção e preservação da vida, aqui denominadas de primeira necessidade, merecerão plena guarida em juízo, a despeito de seu custo e de sua previsão em diplomas normativos de políticas públicas (DUARTE, 2011, p.168).

Assim, fixou-se como premissa desta pesquisa um dos frutos da pesquisa de Duarte (2011): o direito à saúde é mais amplo do que o direito à vida, na medida em que o primeiro contempla tanto medidas que visam à preservação desta (as chamadas demandas de primeira necessidade) como medidas que visam a promoção da qualidade de vida (demandas de segunda necessidade). Com relação a essas últimas, portanto, não haveria relação direta

⁹ Conforme estrutura constitucional do Estado brasileiro.

¹⁰ Em contraposição estariam as demandas de segunda necessidade, que serviriam ao propósito de incrementar a qualidade de vida (Duarte, 2011).

com o direito à vida e constituir-se-ia na parte excedente ao núcleo essencial do direito à saúde¹¹.

Considerando-se a relação entre o saneamento básico e o direito à saúde e, compreendida a relação de sobreposição do direito à saúde em relação ao direito à vida, verifica-se a necessária relação entre o saneamento básico e o direito à vida.

Reporta Barcellos (2008) que mais de 1/3 da taxa de mortalidade mundiais e 80% das doenças decorreram da má qualidade da água ou falta de esgotamento, de acordo com dados levantados pela OMS dentre meados da década de 80 – constatação que elevou o saneamento como a medida prioritária em termo de saúde pública mundial.

No mesmo sentido, Heller (1997) pontua que o saneamento foi identificado como fator decisivo para a mortalidade infantil, ainda que considerada uma teia de outras determinantes. No estudo abordado, desenvolvido no Sri-Lanka, o saneamento foi representado pelo uso de fossa e seria impactado também por fatores culturais, educacionais e econômicos, conforme sua conclusão:

O status dos grupos minoritários resulta em pobreza, o que impede a família de possuir instalações sanitárias seguras, causando morte infantil. A mortalidade infantil no Sri-Lanka não é, portanto, simplesmente um problema médico, para ser assumidos pelos programas de saúde pública, nem tampouco é um problema econômico, que possa ser resolvido pela criação de empregos, mas é melhor que seja encarada como um problema de estrutura de toda a sociedade (HELLER, 1997, p.30).

Em atenção a esses fatores sociais, é de se acrescentar que os problemas relativos ao saneamento básico aparecem em maior medida nos países em desenvolvimento, considerando que sua infraestrutura e a prestação dos serviços em si são mais precárias do que nos países desenvolvidos. Contudo, sua importância é tamanha que “[m]esmo nos países desenvolvidos, a morbidade e a mortalidade por essas enfermidades ainda constituem importantes problemas de saúde pública, permanecendo os mesmos fatores de risco básico quanto à sua transmissão” (HELLER, 1997, p. 37, *apud* AVARINO & BOURGEOIS, 1993).

Assim, é notório o impacto do saneamento básico no direito à vida, o que o tornaria, conforme Duarte (2011), em uma demanda de primeira necessidade, integrante do núcleo essencial do direito à saúde.

2.2 A realidade brasileira: dados, competências e recursos

¹¹ Maiores considerações serão traçadas no Capítulo 3 desta dissertação.

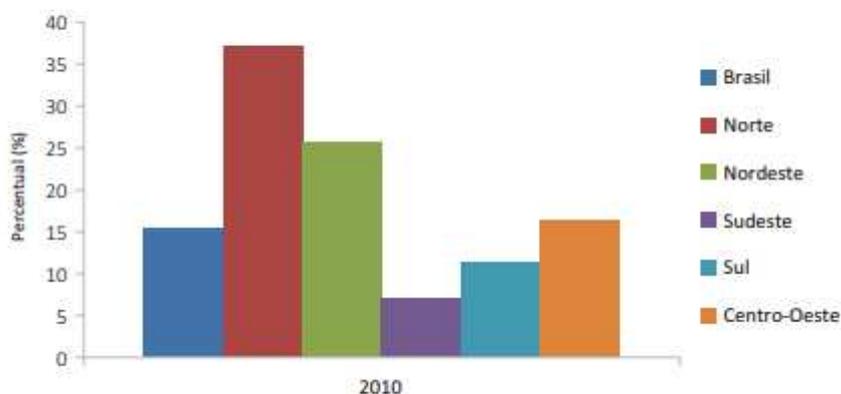
Neste momento volta-se o enfoque para a realidade verificada no Brasil. Buscou-se identificar a atual situação do saneamento básico no Brasil e os respectivos impactos na saúde e na vida dos cidadãos, além da forma de organização dos entes federativos em relação às políticas públicas e a disponibilidade de recursos destinada à concretização dessa prestação estatal.

2.2.1 A efetiva prestação do saneamento básico e sua relação com morbidade e mortalidade no Brasil

Conforme já anunciado na Introdução, partiu-se da premissa de que o serviço público de saneamento básico não é devidamente prestado. O ímpeto da pesquisa resultou, justamente, da impressão preliminar de que a prestação estatal em favor desse direito era insuficiente.

Verifica-se, com segurança, que o saneamento básico no Brasil, de fato, não é prestado de forma plena. De acordo com o IBGE¹², em 2010, aproximadamente 15% da população nacional não tinha abastecimento de água em rede, não contava com esgotamento sanitário e não recebia serviços de coleta de lixo. Na região Norte, especificamente, quase 40% vivem sem qualquer desses serviços.

Percentual de domicílios sem saneamento básico (abastecimento de água por rede geral, coleta de lixo e banheiros ligados à rede de esgoto), no Brasil e nas regiões, em 2010



Fonte: IBGE.

¹²Dados reportados pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2015).

O que se pretende demonstrar, mediante a evidenciação dessa deficiência, é o já abordado impacto do saneamento básico na saúde e na vida, especificamente com relação à população brasileira, a partir de dados oficiais.

As regiões com melhores condições de saneamento apresentam melhores condições de saúde e menores taxas de mortalidade e, de outro lado, nas regiões com infraestrutura e serviços precários, o quadro de saúde pública é pior e as taxas de mortalidade são maiores.

Investigou-se como os elementos componentes do conceito de saneamento básico se comportam e que efeitos geram, sendo eleitas para um quadro comparativo duas regiões do Brasil: a Região Norte e a Região Sudeste, justamente pela amplitude da diferença verificada entre elas, a fim de demonstrar, de forma clara, a diferença resultante das condições de saneamento básico na saúde pública e nas taxas de mortalidade.

Demonstra-se a realidade da prestação dos serviços relacionados com água, esgotamento e resíduos sólidos em separado e em cada uma dessas regiões, conforme dados do SNIS¹³.

Indicadores Operacionais de Água por Região	Norte	%	Sudeste	%
População total 2015	17.740.418		86.356.952	
AG001 - População total atendida com abastecimento de água	2.251.583	13%	24.095.136	28%
AG002 - Quantidade de ligações ativas de água (Ligações)	504.796	3%	7.624.371	9%

Indicadores Operacionais de Esgoto por Região	Norte	%	Sudeste	%
População total 2015	17.740.418		86.356.952	
ES001 - População total atendida com esgotamento sanitário	334.217	2%	22.933.633	27%
ES002 - Quantidade de ligações ativas de esgotos (Ligações)	84.058	0,47%	7.119.254	8,24%

Indicadores Operacionais de Resíduos sólidos por Região	Norte	%	Sudeste	%
População total 2015	17.740.418		86.356.952	
CO050 - População Atendida nos Municípios	9.988.914	56%	71.543.085	83%

¹³BRASIL, 2015.

os revelam que os serviços relativos a água e esgoto, que demandam um planejamento a nível de infraestrutura, representam percentuais baixos até mesmo para a região Sudeste, que é a melhor atendida em termos de saneamento básico comparativamente às demais regiões do Brasil.

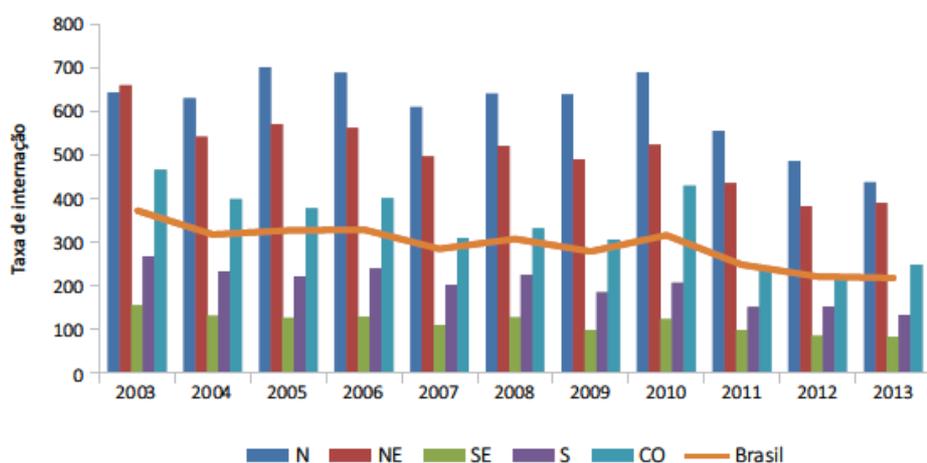
Impressionam os dados de que, na região Sudeste, apenas 28% da população é atendida com abastecimento de água e 28% com esgotamento sanitário. O que se dizer, então, da região Norte, em que apenas 13% do contingente habitacional é servido com abastecimento de água e tão somente 2% com coleta de esgoto?

Os números melhoram significativamente com relação à coleta de resíduos sólidos, cuja atividade não demanda tanta complexidade, mas, ainda assim, os serviços não alcançam toda a população. Conforme se infere, na região Norte, quase metade da população ainda não tem acesso a tal serviço.

Visto esse panorama de inegável carência quanto à prestação do saneamento básico, passa-se à apresentação de alguns dados que demonstram as já anunciadas consequências atreladas a tal tipo de negligência, relacionadas à saúde e à vida humana.

O gráfico abaixo (BRASIL, 2015, P.25) aponta a taxa de internação por “doenças relacionadas a saneamento ambiental insuficiente” (DRSAI) para cada uma das regiões brasileiras, assim como uma média nacional, no período de 2003 a 2013.

Taxa de internação por DRSAI, por 100 mil habitantes, no Brasil e nas regiões geográficas, de 2003 a 2013



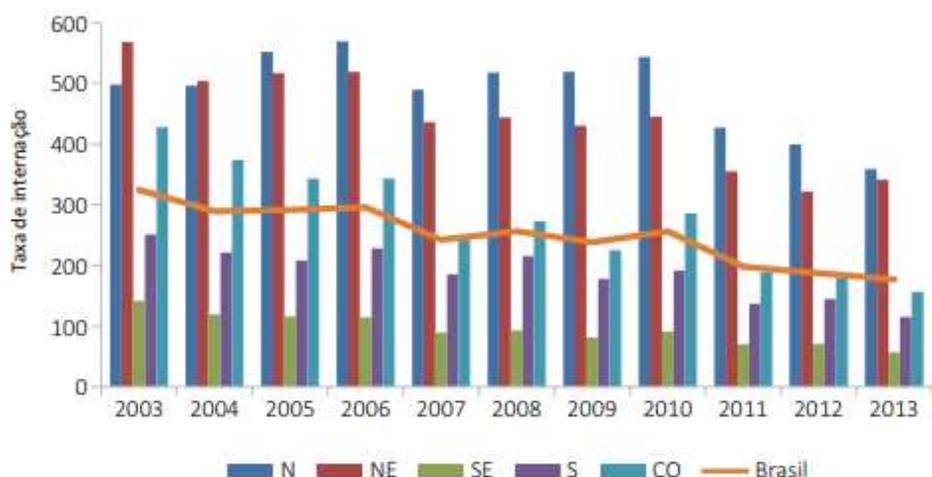
Fonte: SIH/MS.

Em análise realizada pela Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, donde se extraiu a imagem do gráfico, apontou-se que:

As DRSAs apresentaram um decréscimo de 41,8%, de 2003 a 2013, no Brasil. Essa redução pode ser resultado da expansão dos serviços de saneamento básico e da melhora de alguns indicadores, como redução da taxa de pobreza. Durante todo o período analisado, a Região Norte apresentou as maiores taxas, seguida pela Região Nordeste (Figura 15). Em 2005 e 2010, a taxa para a Região Norte atingiu o valor máximo de 700/100 mil habitantes. A Região Sudeste apresentou as menores taxas no período analisado e com redução significativa de 47,4%.

Abordando algumas doenças específicas, tipicamente provocadas pela precariedade dos serviços de saneamento básico, são os dados relativos a Hepatite A (BRASIL, 2015, p.27) e diarreia (BRASIL, 2015, p.29):

Taxa de internação por hepatite A, por 100 mil habitantes, no Brasil e nas regiões, de 2003 a 2013
Taxa de internação por diarreia*, por 100 mil habitantes, no Brasil e nas regiões, de 2003 a 2013



Fonte: SIH/MS.

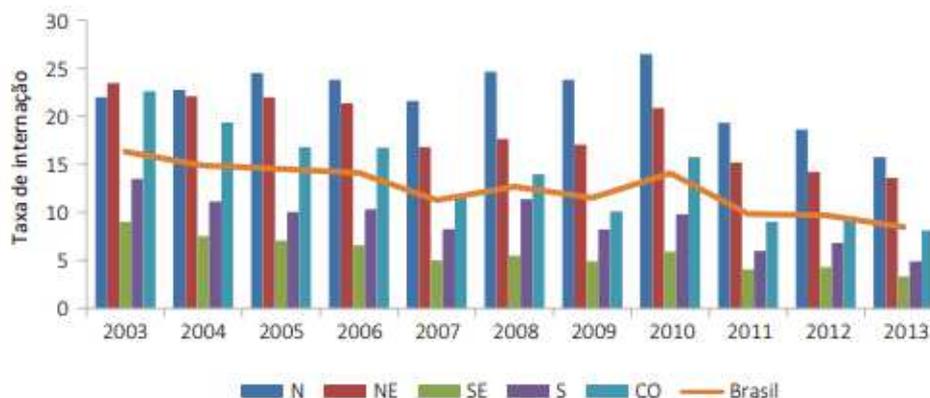
*Atualizado em 10/06/2014.

Constata-se que, em 2013, a taxa de internação por Hepatite A, na região Norte, ainda era de 02 para cada 100 mil habitantes. A doença é de veiculação hídrica, com maior prevalência nas áreas com condições sanitárias e higiênicas precárias (BRASIL, 2015, p.27), já que o contágio do vírus se dá pelo contato fecal-oral, através da ingestão de água ou alimentos contaminados ou de uma pessoa para outra (POTSCH; MARTINS, 2006).

O número de internações por diarreia em 2013 era superior a 350 a cada 100 mil habitantes para a região Norte, sendo que a média nacional contava com o também alarmante número de 200 internações. Entre crianças de até cinco anos, foram registradas no mesmo

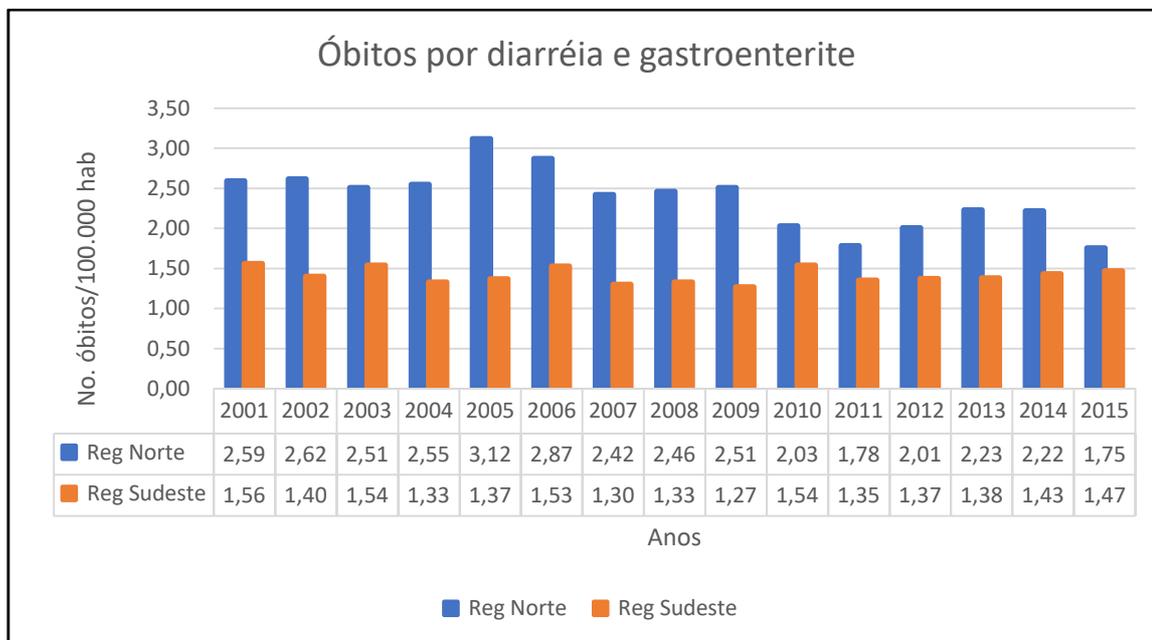
anomais de 10 casos, por mil habitantes, de doença diarreica aguda, sendo que na região a taxa foi de aproximadamente 17 (BRASIL, 2015, p. 31).

Taxa de internação por doença diarreica aguda (DDA) em menores de 5 anos, por mil habitantes, no Brasil e nas regiões, de 2003 a 2013



Fonte: SIH/MS.

Por fim, apresenta-se gráfico¹⁴ comparativo entre o número de óbitos ocorridos nas regiões Norte e Sudeste, alertando para o já pontuado impacto do saneamento básico na saúde a ponto de comprometer a vida humana.



¹⁴ Confeccionado pela própria autora, a partir do número absoluto de óbitos para cada uma das doenças apontadas, conforme informações da Sala de Apoio à Gestão Estratégica (SAGE) do Ministério da Saúde, através dos filtros: Situação de saúde>indicadores de mortalidade>doenças infecciosas e parasitárias>região norte e região sudeste. Disponível em: <<http://sage.saude.gov.br/#>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

A diferença quanto ao número de óbitos por diarreia e gastroenterite corroboram a importância do saneamento básico para a preservação da vida humana.

Reconhece-se que as regiões eleitas para a comparação não se distinguem tão somente em termos de saneamento básico, considerando que o desenvolvimento social é notoriamente maior na região Sudeste por diversos aspectos – destaca-se, por exemplo, a educação, o acesso a informação e o clima e a vegetação, que podem repercutir em diferentes tipos de contato com vetores de doenças.

Por esse motivo, deu-se especial destaque para as doenças diarreicas, cuja análise causal mostra-se mais segura, por não depender tanto de outros aspectos não relacionados a uma perspectiva de práticas sanitárias e higiênicas.

Conforme exposto na obra de Heller (1997), a intervenção através de melhorias no abastecimento de água ou no esgotamento sanitário resultou em redução percentual média na morbidade por diarreia em 22%, segundo o estudo de ERSEY et. al. (1985), que contou com o exame de 67 casos. Em pesquisa posterior (1991), avaliou-se em estudos mais rigorosos a redução mediana em 30% (HELLER, 1997, p.67/68).

Além disso, o indicador de morbidade por enfermidades diarreicas é empregado com maior frequência entre os indicadores, tendo especial importância para a saúde pública (HELLER, 1997, p.68), porquanto os instrumentos utilizados para sua determinação são válidos e confiáveis, tem capacidade de resposta a possíveis alterações nas condições de saneamento, o custo e a exequibilidade são positivos (HELLER, 1997, p.36, *apud* Briscoe et. al, 1986).

Por fim, Heller (1997) reproduz a afirmação de Briscoe et. al. (1986) no sentido de que as doenças diarreicas são a causa principal de morbidade na maioria dos países em desenvolvimento e que, mesmo nos países desenvolvidos, a morbidade e a mortalidade por essas enfermidades ainda constituem importantes problemas de saúde pública, permanecendo os mesmos fatores de risco básico quanto à sua transmissão (HELLER, 1997, p.37, *apud* AVARINO & BOURGEOIS, 1993).

A relação entre as doenças diarreicas e o conjunto de medidas reconhecido como sendo de saneamento básico pode-se inferir do estudo de Feachem (1983) apresentado por Heller (1997), o qual apresentou como intervenções para o controle da morbidade por diarreia em favor da proteção de crianças menores de cinco anos: abastecimento de água e disposição

de excretas, higiene pessoal e doméstica, higiene dos alimentos, controle de vetores, controle de moscas, vigilância, investigação e controle de epidemias (HELLER, 1997, p. 43/45).

Conforme se infere do raciocínio traçado neste tópico, inegável que a prestação dos serviços de saneamento básico no Brasil é deficitária e ainda ocasiona sérios problemas de saúde pública, sendo certo que ainda convivemos com um número significativo de óbitos em decorrência dessa insuficiente prestação estatal.

2.2.2A organização dos entes federativos e a destinação de recursos

Conforme já exposto, o texto constitucional atribui o saneamento básico como competência comum dos entes federativos.

Competência comum diz respeito à competência administrativa material de todos os entes federados (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) para atuarem de forma não excludente e em condição de igualdade, quer dizer, sem nenhuma relação de subordinação. Diferente é a competência exclusiva, quando o ordenamento jurídico incumbe a apenas um ente a competência para determinada função administrativa, excluídos de qualquer responsabilidade os demais.

A Lei nº 11.445 (BRASIL, 2007) trata das diretrizes nacionais relativas ao saneamento básico e à política federal do saneamento básico (art. 1º), estabelecendo como princípios dos serviços públicos relativos ao saneamento básico: universalização, integralidade, a prestação de todos os serviços relativos ao saneamento básico de forma adequada à saúde da população e ao meio-ambiente, com atenção eventuais peculiaridades locais/regionais, de forma articulada com outras políticas que se relacionam ao saneamento básico, com eficiência e de maneira sustentável economicamente, a partir de tecnologia que respeite a capacidade econômica do usuário, sempre através da adoção gradual de medidas, com transparência, controle social, segurança, qualidade e regularidade, além de integração com recursos hídricos e esforços em favor da moderação do consumo de água (art. 2º).

Os capítulos II a VIII abordam, respectivamente, o exercício da titularidade, o planejamento, a regulação, os aspectos econômicos e sociais, os aspectos técnicos, os órgãos colegiados no controle social.

O capítulo IX trata da política federal do saneamento básico, cujas diretrizes estabelecidas pela União circundariam a equidade social e territorial no acesso, a disponibilização de recursos para promover desenvolvimento sustentável, eficiente e eficaz,

incentivo a adequada regulação, utilização de indicadores epidemiológicos e de desenvolvimento social nas fases de planejamento, implementação e avaliação das políticas, melhoria da qualidade de vida, das condições ambientais e da saúde pública, o desenvolvimento urbano e regional, o atendimento à população rural dispersa, o fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico e a elegibilidade e prioridade das medidas¹⁵, a inclusão de bacia hidrográfica como referência para o planejamento, estímulo a serviços intermunicipais através de cooperação dos entes federados, estímulo à economia de água (art. 48).

A política federal do saneamento básico teria como objetivo o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a promoção de emprego e renda, a inclusão social; a priorização da população de baixa renda; a promoção de condições adequadas para população indígena, assim como para populações rurais e pequenos núcleos urbanos isolados; o investimento em favor da salubridade ambiental a partir de critérios como custo-benefício e maior retorno social; o incentivo ao planejamento, a regulação e a fiscalização; a autossustentação econômica e financeira dos serviços de saneamento básico, valendo-se inclusive de cooperação federativa; o desenvolvimento institucional do saneamento básico; o desenvolvimento científico e tecnológico; a diminuição dos impactos ambientais decorrentes das próprias ações de saneamento básico; o incentivo a equipamentos sanitários com reduzido consumo de água; a promoção de educação para economia de água (art. 49).

São apresentadas as condições para alocação de recursos públicos federais e alcance de financiamentos com recursos da União para iniciativas relativas ao saneamento básico (art.50) e, nas disposições finais, fala-se sobre o Regime Especial de Incentivo para Desenvolvimento do Saneamento Básico – REISB, cujo objetivo é estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos por meio da concessão de créditos tributários (art.54-A – dispositivo acrescentado através da Lei nº13.329 (BRASIL, 2016)).

O texto legal é repetitivo e prolixo, conforme se infere do grande rol de princípios coligidos para o saneamento básico e, depois, para elencar as diretrizes e objetivos da política federal do saneamento básico. Com relação a essa, é de se perquirir acerca da então nominada política nacional do saneamento, que não fora mencionada. Ademais, a frente será analisada a opção legislativa por eleição dos critérios de elegibilidade/priorização no artigo 48, inciso IX.

¹⁵ Seriam os critérios objetivos dispostos pela lei: nível de renda e cobertura, grau de urbanização, concentração populacional, disposição hídrica, riscos sanitários, epidemiológicos e ambientais (art.48, inciso IX).

Parte da lei é pragmática, oferecendo regras sobre como proceder com relação às questões atinentes ao modo de funcionamento dos serviços públicos de saneamento básico – a que não se ateu por distanciamento do recorte proposto.

Na linha do que se vinha desenvolvendo quanto à pertença do saneamento básico ao direito à saúde, é de se estranhar a previsão acerca da competência do Ministério das Cidades para coordenação do Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB ou PLANSAB), e não do Ministério da Saúde. De todo modo, é possível a conformação das previsões considerando que o mandamento constitucional institui a competência do SUS para participar da formulação/execução das ações.

O PLANSAB conta com disposição do Decreto nº 8.141 (BRASIL, 2013a) e foi aprovado pela Portaria Interministerial nº 571 (BRASIL, 2013b). O plano é apresentado pela Secretaria Nacional do Saneamento Ambiental, do Ministério das Cidades em documento que totaliza 220 páginas¹⁶.

Como resultado deste primeiro capítulo, restou assentado o conceito jurídico de saneamento básico, bem como a relação do direito a tal conjunto de serviços aos direitos à saúde e à vida. Para tanto, fixou-se a relação intrínseca entre saneamento básico e saúde humana. Apresentou-se, ainda, literatura jurídica concernente ao direito à saúde e sua relação com o direito fundamental à vida.

No que concerne ao Brasil, foram apresentados dados que comprovam a prestação dos serviços de saneamento básico, comprovadamente deficitária, assim como os impactos de tal insuficiência na saúde e na vida da população brasileira, inclusive através de análise comparativas entre regiões com melhores e piores indicadores de saneamento básico e, respectivamente, com menores e maiores índices de morbidade e mortalidade.

Assim, restou comprovada a premissa de que o saneamento básico é prestado de maneira insuficiente no Brasil. Se de um lado as disposições constitucionais e a legislação federal apontam para a obrigação do Estado brasileiro em prestá-lo de forma universal e integral, de outro, convivemos com um quadro extenso de doenças e também de mortes decorrentes da carência dos serviços relacionados a esse direito.

E, ainda, restou consignado um caminho para se compreender o direito ao saneamento básico dentro de nosso ordenamento jurídico, considerando a comprovada relação

¹⁶ Versão ano 2014 disponível para download no sítio eletrônico do Ministério das Cidades, disponível em http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab_texto_editado_para_download.pdf. Acesso em 25 de fevereiro de 2018.

com o direito à saúde e a interação desse direito fundamental com o direito fundamental à vida, que lhe compõe o núcleo essencial.

Portanto, no próximo capítulo, serão apresentadas as questões relativas ao marco teórico, cujo conteúdo orientou a pesquisa desenvolvida assim como responde por sua consistência científica, para ao final serem apresentadas as correlatas conclusões que deste estudo assim orientado resultaram.

3 AS LENTES PÓS-POSITIVISTAS: ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CORRETA COMPREENSÃO DO OBJETO DE PESQUISA

Todas as considerações tecidas no primeiro capítulo constituem a matéria-prima trabalhada na pesquisa que resultou nesta dissertação. O instrumento empregado para trabalhar com esse conteúdo consiste nas lentes da doutrina Pós-Positivista, a qual se passa a apresentar neste espaço.

A fim de esclarecer a importância deste capítulo, considere-se, como já sugere o título, a importância de se dedicar a determinado objeto uma lente específica. Ao mirar determinado conteúdo, inumeráveis são as perspectivas a partir das quais se pode analisá-lo. No caso presente, optou-se pelo espectro contemplado pelo Pós-Positivismo Jurídico, sobretudo pela Teoria dos Direitos Fundamentais.

3.1 A normatividade do Direito

Ordenamento jurídico é o conjunto normativo de determinada organização social, ou seja, o conjunto de normas que rege uma comunidade. Ele pode existir através de variadas formas e níveis de complexidade.

No caso do Estado brasileiro, este ordenamento consubstancia-se na reunião virtual de todas as normas veiculadas pelos diferentes tipos de instrumentos normativos, como a Constituição, os tratados internacionais incorporados, a legislação infraconstitucional, seja a nível federal, estadual ou municipal, as normas regulamentares de cunho administrativo, enfim, todas as normas que pairam sobre a nação.

Desde a contribuição de Kelsen (2003), a Constituição foi concebida como diploma normativo do qual as leis retirariam seu fundamento de validade, justamente por ser reputado como diploma normativo constitutivo da lei fundamental, sustentáculo do ordenamento jurídico.

A Constituição de um Estado, portanto, é o instrumento normativo de maior relevância jurídica, responsável por cristalizar os valores sociais mais caros a determinada comunidade e, nesse sentido, organizar juridicamente uma estrutura social com diretrizes que lhe sejam condizentes.

A partir dessa breve contextualização, passa-se à análise do impacto que a Constituição exerce (ou deve exercer) e como isso se concretiza. Afinal, ante ao abismo entre

a disposição jurídica e a realidade dos fatos em relação ao saneamento básico questiona-se acerca da força normativa da Constituição: qual é seu fundamento e seu alcance? Responder a essa indagação foi a proposta de Hesse ao escrever a obra “A Força Normativa da Constituição” (HESSE, 1991).

O autor parte das premissas de que existe um condicionamento recíproco entre a Constituição e a realidade político-social e que aquela contempla limites e possibilidades. Perquire, a partir disso, os pressupostos de eficácia da Constituição (HESSE, 1991, p.13).

Defende, primeiramente, que a concretização da norma se dá na realidade, porque somente a partir de sua vigência na realidade é que se pode reconhecer sua existência,¹⁷ descartando tanto o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, quanto a normatividade despida de qualquer elemento da realidade (HESSE, 1991, p.13/15). Assim, supera as concepções que compreendem uma divisão absoluta entre norma e realidade, em que as questões jurídicas, ademais, sempre sucumbiriam às questões políticas¹⁸.

Nesse sentido, a Constituição não representaria apenas aquilo que são as forças sociais e políticas, que seriam as principais condições fáticas de sua vigência (ser), senão também a busca por imprimir ordem e conformação a essa realidade política e social (dever ser) – esse último aspecto, denominado como pretensão de eficácia (HESSE, 1991, p.15).

A pretensão de eficácia, portanto, contemplaria um aspecto de interdependência com a realidade, na medida em que varia de acordo com a conjuntura contingencial, considerando-se as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais para sua realização e também nela interfere (HESSE, 1991, p.15).

Nada obstante, apesar desse condicionamento recíproco, a pretensão de eficácia da constituição é considerada também como elemento autônomo na medida em que a Constituição possui significado próprio no resultado das forças que gravitam no campo do Estado (HESSE, 1991, p.16).

Os limites da Constituição repousariam, justamente, em seus elementos históricos e condicionantes reais. É porque seria a partir desses elementos da realidade (reconhecidos como germe material) que se estruturaria a ordenação jurídica (através dos chamados

¹⁷Neste sentido: “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência” (HESSE, 1991, p.14).

¹⁸É o que expõe o autor acerca das proposições de Lassalle (1862), Jellinek (1900) e Sohm (s.d). O traço de semelhança entre os três seria a descrença na força normativa da Constituição, considerando que suas normas sempre estariam em serviços das forças políticas que se sobrepõem àquelas. Assim, a Constituição em verdade só serviria para legitimar as relações de poder, não dispendo de nenhum poder próprio (HESSE, 1991, p.09/11).

parâmetros racionais) em que se consubstancia a Constituição. Assim, novamente realçada a relação entre norma e realidade, comprova-se que este instrumento normativo não é puramente teórico, senão a forma em que se ajusta a matéria – este o limite da razão: porque qualquer pretensão de criar abstratamente a ordenação de um Estatal seria estéril (HESSE, 1991, p.16/17).

[A] razão possui a capacidade para dar forma à matéria disponível. Ela não dispõe, todavia, de força para produzir substâncias novas. Essa força reside apenas na natureza das coisas; a razão verdadeiramente sábia empresta-lhe estímulo, procurando dirigi-la (HESSE, 1991, p.16/17).

Assim, a Constituição será tão mais eficaz quanto mais capaz de direcionar a realidade atual se mostrar, pelo que “a norma constitucional somente logra atuar se procura constituir o futuro com base na natureza singular do presente (...) convertendo-se em ordem geral objetiva do complexo das relações da vida” (HESSE, 1991, p.18).

Essa adaptação inteligente da realidade e a força ativa da Constituição são elementos importantes para constituição de sua força normativa. Esse segundo elemento, denominado força ativa, diz respeito à capacidade de serem respeitadas as tarefas impostas pelo instrumento constitucional, através da efetiva realização do texto legal, à existência de orientação viável a fim de se concretizar a ordem disposta e, sobretudo, à vontade de concretização dessa ordem, compreendida como “vontade de constituição” (HESSE, 1991, p.19).

Essa vontade de constituição constitui-se a partir da compreensão de três aspectos: uma ordem inquebrável é uma necessidade e também um valor; essa ordem não se constitui tão somente pelos fatos; e a vontade humana é essencial para a eficácia dessa ordem¹⁹ (HESSE, 1991, p.19/20).

A força normativa da Constituição, portanto, desenvolver-se-ia quanto mais alcançasse corresponder ao presente. Nesse sentido, importante a previsão das possibilidades de adaptação, com a previsão inteligente de poucos princípios fundamentais. Ainda, para além do conteúdo, seu ótimo desenvolvimento está intimamente ligado com sua *praxis*. Para tanto, elenca-se a importância da vontade de constituição, da estabilidade e da interpretação

¹⁹ “[N]ós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento” (HESSE, 1991, p.20).

adequada, ou seja, aquela que concretiza o sentido da norma dentro das condições reais (HESSE, 1991, p.20/23).

Em sede conclusão às questões propostas para análise²⁰, expõe o autor que a constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica na medida em que a pretensão de eficácia depende dessa realidade e que, além de o instrumento normativo expressar a realidade, ordena-a e conforma-a (HESSE, 1991, p.24).

A constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca (HESSE, 1991, p.25).

As possibilidades e limites de sua força normativa recairiam sobre a correlação entre ser e dever ser, sendo certo que, quanto maior for a vontade de Constituição, menor serão esses limites²¹ e que em tempos de necessidade é que a Constituição prova sua força. Não se trata de ciência da realidade, nem é mera ciência normativa, havendo que se conscientizar sobre os limites do Direito Constitucional, na medida em que depende das ciências da realidade como História, Sociologia e a Economia (HESSE, 1991, p. 24/26).

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*)” [...] Compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa (HESSE, 1991, p.27).

Dworkin(2011, p.75) conceitua o Direito como um conjunto de “padrões que estipulam os direitos e deveres que um governo tem o dever de (*has a duty to*) reconhecer e fazer cumprir (*enforce*), ao menos em princípio, através de instituições conhecidas como os tribunais e a polícia”.

Aponta que a doutrina positivista toma parte do conceito de Direito e o utiliza sendo o todo, na medida em que leva em conta um modelo que considera apenas as regras, as

²⁰ Existe também uma força dominante do Direito Constitucional? Qual é seu fundamento e seu alcance (o limite da sua força)? Qual é o conceito de constituição jurídica? Qual é a definição de ciência do Direito? (HESSE, 1991, p.11/12).

²¹ “Conforme anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição” (HESSE, 1991, p.22).

quais entende como sendo normas mais simples, passíveis de serem identificadas em um “teste fundamental” através do qual supostamente se consegue aferir o que é ou não direito (DWORKIN, 2011, p.73/74).

Sustenta o autor a necessidade de se pensar o Direito de forma mais fiel à complexidade e à sofisticação da prática jurídica, isso porque, nem sempre as decisões judiciais operarão em exercício de subsunção da lei ao caso em análise. Nesses casos, considerados os “casos difíceis” os juízes expressariam sua discricionariedade, um padrão que seria considerado como não-direito para o tal teste, criação da própria teoria positivista (DWORKIN, 2011, p.73/74 e 127).

Segundo identifica, nessa doutrina a decisão é tomada em duas etapas: em um primeiro momento o julgador verifica o conjunto de regras aplicável, estipulando um limite dentro do qual o direito explícito se impõe; e, em um segundo momento, pode ser exercido um poder discricionário para legislar o que o Direito não alcança (DWORKIN, 2011, p.195).

Dworkin (2011, p.127) critica enfaticamente essa possibilidade, sustentando que “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. Demonstra que, nesses casos, estará afirmando que uma das partes já tinha determinado direito.

Ao verificar a incompletude manifestada pela impossibilidade de o modelo de regras suprir todas as decisões judiciais, identifica, ao observar como os juízes pensam, alguns padrões que não podem ser capturados pelo pretendido “teste fundamental do direito” (DWORKIN, 2011, p.113). Esses padrões Dworkin chama de princípios (DWORKIN, 2011, p.74).

No mesmo sentido de Hesse (1991), reconhece a necessidade de se reconhecer normatividade às disposições legais.

O direito não simplesmente enuncia o que os cidadãos particulares devem ou não devem fazer (oughtoughtnottodo). Além disso, o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (oughtto) tomar; determina que eles têm um dever (has a dutyto) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões(DWORKIN, 2011, p.78).

Ao afirmar tal posicionamento, enfrenta os argumentos de Hart sobre a obediência por motivo factual, considerada a proposta “teoria da regra social”. E tal compreensão, mais branda, de que os juízes devem decidir de determinada forma sem que tenham essa obrigação

é que se lhe reconhece o poder discricionário. Com isso não está de acordo Dworkin(DWORKIN, 2011, p.76/78).

Supera a teoria da regra social na medida em que existem obrigações que não se sustentam por regras sociais, já que: “é possível que os juízes tenham o dever de aplicar alguma regra ou princípio ao determinarem o que é exigido pelo Direito, apesar de nenhuma regra social indicar esse dever” (DWORKIN, 2011, p.101/102).

De outro lado, comprova que tradições e instituições não comprometem sua comunidade com alguma moralidade do dever, pelo que a teoria da regra social seria insatisfatória. As regras, por sua vez, representariam compromissos e aduz que, para que sua importância seja observada, sua natureza precisa ser reconhecida, o que por sua vez só ocorre quando se lhe diferencia dos princípios (DWORKIN, 2011, p.125):

[U]ma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso - que toma essa forma - entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perder-se ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios (DWORKIN, 2011, p.121/122).

Supera a teoria da regra social na medida em que “é possível que os juízes tenham o dever de aplicar alguma regra ou princípio ao determinarem o que é exigido pelo direito, apesar de nenhuma regra social indicar esse dever” (DWORKIN, 2011, p.103).

Além de discordar da possibilidade de se distinguir padrões jurídicos de padrões morais e políticos, defende que princípios consubstanciam-se também em Direito, pelo que precisam ser levados em conta e, ainda, que uma teoria sensata do direito demonstra a existência de regras e princípios (DWORKIN, 2011, p.93/96).

No caso dos princípios, anuncia que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. Será necessário avaliar todos os princípios conflitantes e antagônicos e chegar a um veredicto, e não simplesmente identificar um como “válido” (DWORKIN, 2011, p. 114).

Além de reconhecer sua importância, Dworkin (2011, p.93 e 102) afirma a normatividade dos princípios, na medida em que devem ser levados em consideração como uma obrigação dos juízes porque fazem parte do Direito.

Assim, toda a defesa de Hesse (1991) em favor da normatividade da Constituição encontra perfeita ressonância na proposta de Dworkin (2011), na medida em que o Direito não se limita à espécie de regras e que os princípios situam-se preponderantemente nas

Constituições. Quer dizer, as Constituições compõem-se majoritariamente de princípios; caso não lhes fosse reconhecida normatividade, estaria completamente enfraquecida a força normativa da Constituição.

Dworkin (2011) deixa como legado para a doutrina jurídica a superação do Positivismo Jurídico, ao comprovar que a limitação do Direito ao mero reconhecimento de regras não era suficiente, a uma porque limitava indevidamente o próprio conceito de Direito, como também legitimava condutas arbitrárias de juízes, ao não se basearem no Direito para julgar.

Essa nova doutrina, que ficou conhecida como Pós-Positivismo Jurídico, tem como premissa o reconhecimento da relação entre Direito e Moral, o que havia sido negado na doutrina precedente, para a qual a maior segurança do cidadão estaria nas leis postas. É a partir da constatação dessa relação que se reconhece espaço para os princípios, como sendo instrumento através do qual se cristalizam os valores sociais, morais da comunidade (SANTOS, 2017, p.1/2).

No mesmo sentido de Dworkin (2011), Alexy (2011b) contribui com a sistematização de seu pensamento, aprofundando a compreensão sobre esses padrões denominados princípios, demonstrando sua relação com as regras em termos conceituais e também no que diz respeito às consequências da previsão de uma ou outra espécie de normas.

Para a Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2011b), o elemento central consiste na distinção entre regras e princípios – diferentes espécies de norma, que lhes seria o gênero (ALEXY, 2011b, 85/87). Assim, seriam suas semelhanças:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição (ALEXY, 2011b, p.87).

Por outro lado, diferenciam-se sobretudo devido aos diferentes graus de generalidade, que é relativamente alto no caso das normas do tipo princípio e relativamente nas normas-regra. São apontados ainda critérios diferenciadores como: a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de surgimento (se se tratam de normas criadas ou desenvolvidas), o caráter explícito do conteúdo axiológico, a referência à ideia de Direito, a sua importância para a ordem jurídica, normas de argumentação ou de comportamento ou ainda razões para regras ou regras em si mesmas (ALEXY, 2011b, p.87/89).

Enfrentando-se as teses contrárias, que entendem pela impossibilidade de diferenciação de espécies de normas ou, ainda, que poderia haver mera diferenciação de graus, o autor filia-se à corrente que defende que regras e princípios são espécies diferentes, porquanto contemplados por uma diferença qualitativa, e não apenas quantitativa, gradual.(ALEXY, 2011b, p.88/90). O critério decisivo para sustentar tal posição seria a natureza dos princípios como mandamentos de otimização.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. (...) Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio (ALEXY, 2011b, p.90/91).

A distinção fica ainda mais nítida e a compreensão mais aclarada diante dos conflitos de regras ou colisão de princípios. No primeiro caso, existem duas soluções para o conflito: ou uma das regras é declarada inválida – exterminando-se a contradição – ou se adiciona uma cláusula de exceção a uma das regras de modo que a coexistência se torne possível (ALEXY, 2011b, p.92/93).

Assim, ou uma regra jurídica é válida ou não é; não há que se falar em graus. Necessariamente invalida-se uma das regras e o elenco de critérios para tanto é variado: superveniência, especificidade, importância no caso concreto.

No caso da colisão de princípios, em que a dimensão da validade já é pressuposta²², utiliza-se como ferramenta a dimensão do peso, através da qual se verifica a precedência de um princípio em face do outro sob determinadas condições, de acordo com os pesos que possuem. Essa precedência, portanto, não é absoluta, porque os interesses estão abstratamente no mesmo nível, mas essa técnica, também chamada de sopesamento, permite definir qual princípio possui maior peso em determinado caso concreto (ALEXY, 2011b, p.93/95).

Nas hipóteses de colisão, em que a conjugação dos princípios leva a uma contradição, um deles deve ceder porque restringe as possibilidades jurídicas do outro. Ao se

²² Porque só princípios válidos podem colidir. O exame da validade é antecedente. Se é constatada uma colisão entre princípios, pode-se inferir que ambos já foram anteriormente analisados e tidos como válidos.

propor à solução da colisão, tem-se como resultado a “fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro” (ALEXY, 2011b, p.96). A fórmula que ilustra essa compreensão é a seguinte: (P¹ P P²) C.

Traduzindo, existe a precedência (P) de P¹ em relação a P² sob as condições específicas C. Nessa relação de precedência concreta, P¹ passa a ser mandamento definitivo nas condições C (que recebem o nome de condições de precedência). Como desdobramento, tem-se ainda que C representa uma condição em uma relação de precedência e também um pressuposto do suporte fático de uma regra (R), que seria a seguinte: Aplica-se P¹ em detrimento de P² nas condições C (ALEXY, 2011b, p.97/99).

Essa regra (R) representa o resultado, a solução da colisão. Em outras palavras, chega-se a (R) pela aplicação da lei da colisão. E, para que não se olvide, as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro constituem o suporte fático dessa regra (ALEXY, 2011b, p.99).

Para que se proceda corretamente com relação ao sopesamento, fazem-se necessárias algumas etapas (cuja ordenação não é estanque). Em um primeiro momento, hão de ser fixados os princípios colidentes que podem ser hierarquicamente equivalentes em abstrato, bem como apontadas suas respectivas consequências jurídicas. Em um segundo momento, há de se estabelecer uma precedência de um em relação ao outro em determinado caso concreto. Para, em um terceiro e último momento, conhecidas as circunstâncias fáticas atinentes ao caso concreto, conclui-se pela precedência de um sobre o outro relativamente a esse suporte fático, o que resulta em uma regra (ALEXY, 2011b, p. 99/103).

A natureza da norma resultante desse processo é, em oposição às normas estabelecidas diretamente pela Constituição, de direito fundamental atribuída:

Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais (...) como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido (ALEXY, 2011b, p. 102).

Destaca-se, pois, a interação entre as normas que se põem em estudo. Em decorrência da colisão de normas do tipo princípio extraem-se normas do tipo regra. E, já no que concerne ao gênero, extrai-se a possibilidade de normas de direito fundamental advindas diretamente do texto constitucional ou da processo de sopesamento entre princípios relativos a direitos fundamentais.

É de se verificar que, diferentemente das regras, os princípios não contam com um mandamento definitivo. E isso se justifica porque os princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, sendo seu conteúdo definido como *prima facie* (ALEXY, 2011b, p.104).

As regras têm uma determinação de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, apenas perdendo seu caráter definitivo ante a inclusão de alguma cláusula de exceção²³ ou mesmo de sua invalidação (ALEXY, 2011b, p.104/105).

Os princípios formais indicam que as decisões devem ser tomadas pela autoridade competente, as quais devem ser seguidas e não relativizadas. Por isso o caráter definitivo das regras é bem mais forte, baseado na existência de decisões tomadas por autoridades legitimadas ou decorrentes de prática reiterada, hipóteses em que as condições fáticas já foram previamente analisadas. Diferentemente, no caso dos princípios, tem-se apenas um conteúdo *prima facie* porque haverá sempre a necessidade de fixação das condições de precedência. As regras alcançam esse patamar de definitividade porque conjugam tanto os princípios materiais que lhes embasam o conteúdo quanto os princípios formais que lhes caracterizam a legitimidade (ALEXY, 2011b, p.105/106).

[U]ma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior a um princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios *formais*”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras (ALEXY, 2011b, p.105).

Assim, regra e princípio somente terão o mesmo caráter *prima facie* se retirado qualquer peso ou invalidados os princípios formais que a compunham.

Além de se agruparem dentro do mesmo gênero (de norma), Alexy (2011b) também aproxima regra e princípio sob o conceito de razão, conforme se expressa: “Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houve o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas” (ALEXY, 2011b, p.106).

Vistas dessa perspectiva, essas normas consistiram em razão não só para orientar uma ação²⁴ mas também para a criação de outras normas, universais ou individuais. A

²³ De acordo com Alexy (2011b), que informa discordar de Dworkin (2011), as possibilidades de exceção não são enumeráveis e a sua inclusão pode ser motivada por um princípio.

diferença seria que, enquanto os princípios consubstanciar-se-iam em razões para regras, regras seriam razões para decisões, concluindo-se que princípios nunca são razões definitivas, mas fundamentos para regras, essas sim razões definitivas.

[O] caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra(ALEXY, 2011b, p.108).

Alerte-se, contudo, para uma compreensão sutil e muito relevante. Ainda que os princípios não sejam considerados como razões definitivas em si, podem também ser razões para decisões, isto é, para juízos concretos de dever-ser. Mas a justificação argumentativa apenas considera que, nesse caso, o princípio seria o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto (ALEXY, 2011b, p.107/108).

O que se verifica é a aplicação da lei da colisão, quer dizer, na prevalência de um princípio, sob determinadas circunstâncias, tem-se como regra a consequência indicada pelo princípio, o qual subjaz como fundamento.

Nesse sentido, faz-se menção ao que se chama de sistema diferenciado de regras, que seria a configuração assumida pelos princípios após se relacionarem com os limites dos mundos fático e normativo, perdendo-se sua marcada generalidade²⁵(ALEXY, 2011b, p.108).

Ante a natureza já explicitada dos princípios, dela decorre a máxima da proporcionalidade. Isso porque o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos (ALEXY, 2011b, p.116/118).

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da revitalização em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2011b, p.117).

²⁴ Como proposto por Raz (1975) – referência mencionada pelo próprio autor.

²⁵ Aspecto que, frise-se, não se restringe aos princípios. Há regras de conteúdo geral, o que acaba por gerar confusões conceituais. Para tanto, recorde-se que a generalidade não é o único critério de distinção entre regras e princípios, sendo certo que, para além daqueles já apresentados, o autor elenca ainda: conteúdo técnico x axiológico; fundamento de regras x fundamento ordenamento jurídico; são criadas x não precisam ser expressos; criados do geral para o particular etc. (ALEXY, 2011b, p. 109).

As máximas parciais ou submáximas da proporcionalidade seriam: a adequação dos meios para os fins visados; a necessidade desses meios considerando os que mais satisfazem um princípio e que menos prejudicam o colidente; e, por sua vez, a proporcionalidade estrita, que apontará para as condições jurídicas proporcionais, na busca pela harmonização dos princípios colidentes(ALEX Y, 2011b, p.118/120).

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2011b, p.118).

Entendendo-se que a máxima da proporcionalidade tem suas raízes no Estado Democrático de Direito e nos Direitos Fundamentais, teria potencial para irradiar sobre todos os ramos do Direito, pelo que sua estrutura racionalmente válida é defendida como de extrema relevância, sobretudo quanto à parte final, do sopesamento (KLATT; MEISTER, 2014, p.24/25).

E, considerando que os direitos fundamentais podem assumir a forma de princípios, que são mandamentos de otimização, a proporcionalidade seria o melhor método para solucionar racionalmente colisões entre objetivos de princípios contrapostos, porquanto “a tarefa de um aplicador do Direito é determinar, no caso concreto, a medida constitucionalmente imposta de realização de um princípio constitucional” (KLATT; MEISTER, 2014, p.25).

Essa estrutura de aferição representada pela máxima da proporcionalidade seria formal (ou seja, materialmente neutra), o que possibilitaria sua aplicabilidade universal. Como resultado desse procedimento, espera-se encontrar um objetivo e um meio legal para a atuação estatal (KLATT; MEISTER, 2014, p.26/27).

Um objetivo²⁶ é legal se juridicamente admissível e se condizente com o suporte fático concreto, enquanto um meio é legal se precisamente designado e juridicamente válido. Nesse sentido, um meio é adequado se capaz de fomentar o objetivo pretendido e, por sua vez, necessário quando, entre os meios adequados (inclusive aqueles pensados hipoteticamente),

²⁶Há dois tipos de objetivos legais: *valores coletivos absolutos* (princípios constitucionais que são prescritos forçosamente às autoridades estatais) & *valores coletivos relativos* (a própria autoridade estatal estipula para si), cujo pressuposto é a competência para definir objetivos; (KLATT; MEISTER, 2014, p.27). Neste último caso, cite-se a Administração Pública, com prerrogativas que abrangem certa discricionariedade, através do juízo de oportunidade e conveniência.

for o que interfere menos intensamente no direito fundamental contraposto (KLATT; MESITER, 2014, p.27/28).

Assim sendo, para a aferição da necessidade, é preciso determinar e – conforme o caso – comparar os efeitos do meio alternativo hipotético e do meio efetivamente empregado, tanto no que se refere à persecução do objetivo legítimo quanto à restrição do princípio constitucional (KLATT; MEISTER, 2014, p.27/28).

O núcleo central da proporcionalidade seria considerado, com unanimidade, o último nível de aferição, o sopesamento. Ainda, seria o método cuja racionalidade é mais controvertida. Isso porque essa etapa acaba sendo a bússola decisiva para a solução dos casos e, por sua maior complexidade, exige grande competência argumentativa (KLATT; MEISTER, 2014, p.30/31). Assim, se o aplicador do Direito não proceder de forma séria, é natural que, à margem da correta utilização do método, recaiam críticas.

O propósito do método do sopesamento é assegurar que os ônus advindos de uma intervenção estatal não seja desproporcional ao objetivo almejado. Quer dizer, quanto maior for a intervenção, maiores deverão ser os esforços argumentativos para sua justificação e também para afirmação do objetivo. Nesse sentido, seriam três fases de aferição, as quais garantem considerável racionalidade e transparência ao método decisório: a intensidade da interferência, a importância do fim perseguido e o resultado da conjugação de ambas (KLATT; MEISTER, 2014, p.31/33).

Em complementação, propôs-se a escala triádica representada por leve, média e grave²⁷ para classificação da intensidade da interferência e da importância do fim perseguido, para que, na última etapa, verifique-se o resultado a partir desses critérios a fim de verificar se a importância do objetivo perseguido justifica a interferência. Por fim, em situações de impasse, em que as primeiras fases de aferição resultam na mesma classificação (leve/leve; moderado/moderado e grave/grave), não se teria um resultado definitivo na terceira etapa, pelo que estaria aberta a possibilidade de discricionariedade, através de conformação pelo legislador (KLATT; MEISTER, 2014, p.33) ou outros agentes estatais competentes.

Em contribuição à teoria do sopesamento de Alexy, Klatt e Meister (2014), propõem novas ferramentas para que acresçam à estrutura, visando ainda maior racionalidade. Tratam-se dos pesos abstratos dos princípios e da segurança cognitiva das premissas.

²⁷ Embora a versão traduzida tenha eleito o termo sério, de acordo com a autora Cláudia Toledo a melhor tradução seria grave.

Como o próprio nome sugere, o peso abstrato dos princípios levaria em conta o significado que possuem independentemente do caso concreto e a relevância residiria no fato de que os princípios com peso abstrato maior possuiriam determinada “vantagem” sobre os demais, à medida que seu custo argumentativo seria menor. Assim, o tema conduz à distribuição dos ônus argumentativos e justificativos. (KLATT; MEISTER, 2014, p.33/35). “Quanto maior for o peso [abstrato] atribuído, tanto maior será a probabilidade de o direito fundamental sobrepor-se em um sopesamento” (KLATT; MEISTER, 2014, p.37), defende ainda o autor, como forma de superar a crítica de que o sopesamento poderia colocar em posição de igualdade princípios constitucionais e não constitucionais.

Já a segurança cognitiva das premissas empregadas em um discurso exigiria, quanto maior for sua interferência, maior a exigência quanto ao conhecimento técnico da matéria, maior esclarecimento sobre o caso em análise (KLATT; MEISTER, 2014, p.35).

Um argumento importante para a proporcionalidade, sobretudo nos níveis da necessidade e do sopesamento, é o assim chamado “nível de intensidade de controle”. Um controle rigoroso, pormenorizado, seria o *controle intensificado de conteúdo*; um controle de intensidade moderada seria o *controle de plausibilidade*; e um controle brando seria chamado de *controle à evidência*. O caso concreto determinará a intensidade desse controle, o qual deverá ser sempre fundamentado (KLATT; MEISTER, 2014, p.39/40).

Defende-se nesse trabalho, na esteira do que traçou Alexy (2011b), prevalênciado modelo de regras e princípios²⁸, cada qual em um nível. E, no caso das normas de direitos fundamentais, sua natureza poderá ser de regra, de princípio ou, ainda, de ambos os níveis, assumindo um caráter duplo de regra-princípio (ALEXY, 2011b, p.141).

Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos (ALEXY, 2011b, p.141).

Considerando que a composição de uma norma de direito fundamental do tipo norma-princípio se estrutura a partir de uma cláusula restritiva, é que se perguntar o motivo pelo qual ela precisa existir nesses termos. Quer dizer, porque o legislador formularia uma norma com tal estrutura?

A verdade é, não fossem essas cláusulas restritivas, estar-se-ia diante de direitos (aqueles afirmados através da norma-regra) irrestringíveis, sendo que em determinados casos

²⁸ Em detrimento do modelo puro de regras ou modelo puro de princípios.

essa não é a vontade política-social. Quer dizer, em determinados casos, a própria norma veicula os limites para que corresponda vontade da comunidade política. Há que se destacar, contudo, a exigência de que os princípios passíveis de integrar a cláusula de exceção tenham também *status* constitucional e vençam o filtro do necessário sopesamento (ALEXY, 2011b, p.142).

O conceito de direito fundamental em muito se relaciona com a garantia de um mínimo existencial, tendo origem na Alemanha a ideia de que existiria um direito fundamental às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade, ainda que naquele país não exista previsão expressa sobre direitos sociais de prestação positiva²⁹ (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.07/08).

De acordo com Sarlet e Figueiredo (2008, p.08), o princípio da dignidade humana teria iniciado sua construção quando da menção ao mínimo existencial, primeira vez, pelo jurista alemão Bachof, contemplando não apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de garantia social, considerada em termo de recursos mínimos para uma existência digna. Assim, o conceito abrange uma postura ativa no sentido de garantir a vida. O Tribunal Federal Administrativo da Alemanha amplia o esclarecimento sobre o tema, defendendo que por ser reconhecida como titular de direitos e obrigações, a toda pessoa autônoma devem ser garantidas suas condições de existência. Posteriormente, a atividade legislativa passa a incluir um direito a prestações no âmbito da assistência social. Por fim, o Tribunal Constitucional Federal germânico consagra o reconhecimento de um direito fundamental à garantia de condições mínimas para uma existência digna, o que, para a doutrina alemã, constitui o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito.

A aferição desse mínimo depende do espaço, do tempo e das condições socioeconômicas de cada Estado. Contudo, é traço pacífico que a efetiva garantia de uma vida digna transcende a mera sobrevivência física. Para Schroller, por exemplo, a existência digna depende da fruição plena dos direitos fundamentais, especialmente pleno desenvolvimento da personalidade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.09).

No Brasil, há controvérsia quanto à determinação do conteúdo do mínimo existencial. Na Alemanha, diferencia-se o mínimo fisiológico, de caráter existencial básico, garantidor do direito à vida e à dignidade da pessoa, além de um mínimo sociocultural, a

²⁹ O que de mais próximo se infere da Constituição alemã, conforme Sarlet (2008), é a proteção à maternidade e aos filhos e a proteção contra discriminação a mulheres e portadores de deficiência, sendo que muitos não os considera como direitos sociais.

partir do qual se defende um mínimo de inserção social, através dos princípios do Estado social e da igualdade material (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.10).

O mínimo existencial, portanto, representa um “conjunto de garantias materiais para uma vida condigna”, “incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre esse padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.10/11 *apud* Breuer).

Para que não se reduza o mínimo existencial ao mínimo vital – que protegeria a mera sobrevivência – deverá ser resguardada interpretação harmoniosa com as disposições constitucionais atinentes ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.11/12).

O mínimo existencial é defendido como direito fundamental ainda que não haja previsão expressa no texto constitucional, sendo entendido como decorrente da proteção da vida e da dignidade humana. No Brasil, merece destaque a garantia de uma existência digna como objetivo da ordem constitucional econômica (art.170) e todos os direitos sociais, cujos conteúdos contemplam algumas dimensões do mínimo existencial. A condição do mínimo existencial é de direito autônomo e à sua luz devem ser interpretados os direitos sociais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.12).

O mínimo existencial representa ainda o núcleo essencial de alguns direitos sociais³⁰, o qual merece blindagem a qualquer intervenção, seja do Estado ou da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.13). Uma elucidação taxativa sobre todos os elementos que compõem o mínimo existencial não seria possível aprioristicamente, o que não se recomenda nem mesmo ao legislador, porquanto a análise deve ser feita à luz das necessidades de cada caso concreto. Contudo, considera-se a possibilidade de uma espécie de roteiro para guiar os Poderes, que terão, em cada momento, o dever de fixar esses limites de forma interpretativa (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.14).

Conforme defendido por Duarte (2011) com base na Teoria dos Direitos Fundamentais, o núcleo essencial de um direito fundamental é o “limite dos limites”. Isso porque, considerando que os direitos fundamentais são passíveis de restrições – ante ao caráter *prima facie* que a condição principiológica lhes impõe – o limite para flexibilização de seu mandamento seria o núcleo essencial.

³⁰ Não seriam todos os direitos fundamentais, senão apenas os sociais, de acordo com Sarlet (2008). Segundo Toledo (2017), apenas dos direitos a saúde e educação.

Funciona, portanto, como uma barreira intransponível dentro da qual a essência de um direito fundamental resta protegida. Em inglês, a expressão que traduz essa ideia é “firewall”, que significa barreira de fogo.

A importância de tal conceito traduz a defesa dos direitos fundamentais, para que não sejam esvaziados, desnaturalizados e restem como que inexistentes ante eventual conflito com outros.

Uma vez reconhecida a natureza principiológica dos direitos fundamentais está sempre implícita a possibilidade de supressão dos mesmos em razão das condições determinantes. Em face disso, urge a garantia de um núcleo mínimo intransponível ao conteúdo desses direitos sob pena de tornar-se completamente inócua a proteção de direitos fundamentais. (DUARTE; 2016, p.11).

Sobre esse assunto, a doutrina se divide em dois grandes modelos: (1) a teoria absoluta, que defende a presença de um núcleo básico insuscetível de limitações de qualquer monta independente das situações e (2) a teoria relativa, que admite a possibilidade de oscilação do núcleo essencial de proteção dos direitos fundamentais. (DUARTE; 2016, p.12).

Reputa-se a teoria relativa como a mais adequada com a concepção pós-positivista, tendo em vista que, em situações de possíveis confrontos entre os conteúdos essenciais de direitos fundamentais ou entre postulados constitucionais, a teoria absoluta não forneceria mecanismos de solução adequados. Ainda, a teoria relativa possibilitaria melhor adaptação “à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas”(DUARTE; REIS, 2014, p.31).

Assim, o núcleo essencial é conceito de extrema relevância para a Teoria dos Direitos Fundamentais e ainda demanda maiores esclarecimentos a fim de que sua aplicabilidade seja mais bem compreendida. No presente trabalho, contribui-se para com esse intuito, densificando o conceito de núcleo essencial do direito à saúde, com enfoque no direito ao saneamento básico. O resultado dessa investigação resta materializado no capítulo subsequente.

3.2 A lógica da Teoria da Argumentação Jurídica

Todas as considerações aqui deduzidas inserem-se no discurso jurídico – que é entendido como um caso especial do discurso prático geral – já que são feitas referências jurídicas a questões práticas, buscando-se sempre a pretensão de correção, através de uma

fundamentação racional do enunciado normativo, contando também com condições ideais, dentro do espectro daquilo que é jurídico (ALEXY, 2011, p.211/216).

Como forma de sustentar a racionalidade das proposições com base no ordenamento jurídico – o que se consubstancia justamente na pretensão de correção do discurso jurídico – tem-se dois tipos de justificação: a justificação interna e externa (ALEXY, 2011, p.217/219).

No caso da justificação interna, também identificada como silogismo jurídico, parte-se de uma estrutura formal para a fundamentação jurídica através da exposição de todas as premissas utilizadas no discurso. Formulados de maneira explícita os pressupostos, tem-se maior consistência e segurança na elaboração de uma construção argumentativa.

Explicitando-se as regras da justificação interna, que têm por objetivo a satisfação do princípio da universalidade e, conseqüentemente, da justiça formal, tem-se basicamente o destacamento de uma norma universal (J.2.1) seguida de outras proposições relativas à realidade empírica (J.2.2), passando todas as premissas por um processo de concreção através das regras de uso das palavras (J.2.3) – a fim de não se deixar dúvidas acerca de seus respectivos conteúdos –, passando-se pelas etapas de desenvolvimento (J.2.4), que podem propiciar melhor elucidação quanto maior for o número de etapas (J.2.5) (ALEXY, 2011, p.219/226).

Assim, o objetivo da justificação interna é promover uma estrutura formal através da qual são expostas todas as premissas com as quais contou a construção argumentativa. Cria-se, como resultado do silogismo, um fato regrado. Essas premissas serão justificadas externamente, a partir da estrutura que se verá a seguir. Considerando o papel da justificação interna, tem-se certo que contribui para a racionalidade da argumentação, relativamente, é claro, à contribuição da justificação externa que lhe sucede (ALEXY, 2011, p.227).

Conforme sugerido, “o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna” (ALEXY, 2011, p.227). Por certo, o método de fundamentação varia de acordo com o tipo de premissa. No caso do Direito Positivo, há que se demonstrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico, enquanto as premissas empíricas contarão com os métodos próprios das ciências empíricas, inclusive a máxima da presunção racional. Por fim, todos os demais tipos de premissa (quer dizer, quando não se tratar de enunciado empírico ou regra de direito positivo) serão conduzidos a partir da teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 2011, p.228), um dos pilares do referencial teórico da presente dissertação.

A justificação externa (que quase se confunde com a teoria da argumentação jurídica) leva em conta seis grupos de regras e formas passíveis de análise lógica e com interconexão entre si, quais sejam: lei, ciência do direito, precedentes, razão, empiria e formas especiais de argumentos jurídicos (ALEXY, 2011, p.229).

A argumentação empírica é de extrema relevância, conforme se vê da diversidade de enunciados empíricos que aparecem nas formas de argumentação jurídica e também nas formas de argumentação da prática geral (como quando se referem sobre fatos singulares, ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos, estado de coisas, ciências naturais, ciências sociais, seja em tempo passado, presente e futuro), fazendo-se necessária cooperação multidisciplinar nas fundamentações jurídicas, sendo indispensável a possibilidade de migrar para o discurso empírico. Nesse sentido, reconhece-se também importância à ferramenta denominada regra de presunção racional, para os não raros casos em que não se pode obter o conhecimento empírico com a certeza desejável, sendo que muitas vezes é sobre ele que recai a controvérsia do discurso (ALEXY, 2011, p.230/231).

Os cânones de interpretação propõem-se à fundamentação das interpretações que se extraem das estruturas lógicas (de justificação interna). Os cânones de interpretação, por sua vez, podem se expressar através de distintas formas de argumento (ALEXY, 2011, p.231). Em outras palavras, os cânones são métodos de interpretação utilizados no processo de argumentação, os quais se extraem da estrutura lógica da justificação interna e se utilizam de diversas formas de argumento.

No caso do argumento semântico, vale-se do uso da linguagem para justificar, criticar ou mostrar uma interpretação admissível. Muitas vezes, faz-se necessário perquirir a validade de algumas premissas a partir do estabelecimento de fatos – o que denota a pertença dessa argumentação à argumentação empírica – e exige os denominados requisitos de saturação para a comprovação da validade dos enunciados das regras semânticas (ALEXY, 2011, p.232/234).

O argumento genético, por sua vez, leva em conta a vontade do legislador. Ocorre que, de igual forma, pode vir a carecer do requisito de saturação. “A fundamentação dos enunciados necessários para a saturação das formas do argumento genético é, às vezes, muito difícil e, com frequência, impossível” (ALEXY, 2011, p.236). Isso porque não se sabe exatamente precisar quem é o legislador e qual é o teor dessa vontade. Aqui, novamente, carece-se do estabelecimento de fatos, fazendo com que a argumentação genética também seja considerada um caso especial da argumentação empírica (ALEXY, 2011, p.234/236).

No caso dos argumentos histórico e comparativo, levam-se em conta, respectivamente, fatos que se referem à história do problema jurídico ou ao estado de coisas de outra sociedade (ALEXY, 2011, p.237).

O argumento sistemático estabelece uma relação lógica ou teleológica entre normas, fins e princípios ou, sentido estrito, apenas a relação lógica entre normas, sendo muito útil para indicar, por exemplo, contradições normativas. Por fim, o argumento teleológico analisa conceitos de meio e fim, vontade, intenção, necessidade, prática e fim, buscando detectar argumentos teleológico-objetivos de fins racionais, prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente (ALEXY, 2011, p.237/241).

A parte do argumento sistemático, todas as demais formas de argumentação jurídica estão sujeitas a impasses relativos a premissas empíricas, recaindo frequentemente sobre essas a discussão, pelo que, repete-se, é de suma importância a argumentação empírica no discurso jurídico.

Os cânones podem ser aplicados nos conflitos de normas, nas restrições ao campo de aplicação de determinadas normas e na fundamentação de normas que não são deduzidas diretamente da lei, sendo, pois, considerados como “esquemas de argumentos” que representam uma estrutura indicada para se conferir racionalidade em face do ordenamento jurídico. E, para que se alcance a racionalidade desse esquema, conta-se com o requisito de saturação, que pretende demonstrar todas as premissas, tornando o argumento completo. Comparando-se as formas, tem-se que, no discurso jurídico, a vinculação ao teor literal da lei e à vontade do legislador (argumento semântico e genético) têm maior peso *prima facie* em detrimento das demais formas de argumento, o que, contudo, poderá ser afastado mediante carga argumentativa suficientemente fundamentada³¹ a ponto de elidir essa prioridade (ALEXY, 2011, p.241/247).

Outro elemento de elevada importância para a justificação externa é a argumentação dogmática do Direito, assim entendida como “(1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação d Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo” (p.252), sendo que os número de 1 a 5 representariam justamente as condições que tal conceito de dogmática jurídica deve cumprir (ALEXY, 2011, p.247/256).

³¹ E quando é que existem motivos racionais? Isso também é uma questão de argumentação: “somente são motivos racionais os que possam justificar-se numa discussão jurídica racional” (ALEXY, 2011, p.245). Nesse sentido, desempenham papel decisivo os argumentos práticos de tipo geral, pelo que a argumentação prática geral se destaca na resolução do problema da hierarquia no âmbito da argumentação jurídica.

Esses enunciados podem ser de vários tipos, desde conceitos jurídicos genuínos (como contrato e ato administrativo), passando por outros conceitos (como falso), normas não extraídas de leis (mas compreendidas como dogmáticas pelos cientistas do Direito – como não cumprimento do contrato), descrições e caracterizações de estados de coisas e formulações de princípios. E as formas de fundamentação variam, em se tratando de enunciados que demandam justificação (em oposição àqueles que não são questionados pois estão de acordo com a opinião dogmática). Existe a fundamentação pura, que é aquela que conta apenas com enunciados empíricos ou também normas jurídico-positivas; e há também a fundamentação impura que, para além dos enunciados empíricos e das normas jurídico-positivas, conta também com premissas adicionais, cujos argumentos são práticos do tipo geral (ALEXY, 2011, p.256).

Disso se extrai, tanto para fins de fundamentação quanto de comprovação³², que na base de argumento dogmático haverá sempre um de cunho prático porque não podem derivar apenas das normas jurídicas vigentes nem somente de enunciados empíricos. Ainda que na escala existam vários argumentos dogmáticos, isso porque “[e]m algum momento, os enunciados dogmáticos acabam, e se fazem necessário outros argumentos. Como os enunciados dogmáticos têm conteúdo normativo, estes outros argumentos só podem ser argumentos práticos do tipo geral” (ALEXY, 2011, p.257).

No caso dos argumentos dogmáticos, podem ser comprovados sistematicamente através de duas formas, o que compõe um controle de consistência. Conforme se infere, a primeira, apesar de necessária, não é suficiente, fazendo-se necessária a dupla comprovação.

Questiona-se na comprovação sistemática em sentido estrito se os enunciados dogmáticos e as normas jurídicas são logicamente compatíveis entre si; na comprovação sistemática em sentido amplo, se as decisões a serem fundamentadas mediante enunciados dogmáticos e as normas jurídicas são compatíveis entre si segundo pontos de vista práticos de tipo geral (ALEXY, 2011, p.259).

Ainda, a relação que se faz entre a argumentação dogmática e a argumentação prática geral é a seguinte: embora esta seja a base daquela, a primeira não se reduz à segunda. “A dependência da dogmática em relação à argumentação prática geral evidencia que os

³²Fundamentação: ocorre quando um enunciado deriva de outros enunciados. Comprovação: ocorre quando se questiona se podem ser aceitos os enunciados apontados. “Os enunciados práticos do tipo geral constituem a base tanto da fundamentação quanto da comprovação dos enunciados dogmáticos” (ALEXY, 2011, p.257).

enunciados da dogmática não são, de modo algum, irrefutáveis” (ALEXY, 2011, p.260) – ou seja, não são dogmas, ao contrário do que o nome poderia sugerir.

E qual seria, então, a parte em que a argumentação dogmática excede a prática geral, se a ela não se resume? Em verdade, são de extrema relevância as contribuições da argumentação prática geral, as quais se inferem a partir de suas funções, tais como (i) a estabilização das decisões, considerando que a institucionalização da dogmática permite que a reprodução de decisões quando das mesmas questões práticas, requerendo, por outro lado, carga argumentativa suficiente para se sustentar uma decisão diversa das anteriores; (ii) o progresso dessas decisões, cujo influxo é facilitado devido à sistematização e organização que se seguem da estabilização; (iii) a descarga, através da possibilidade de aplicação de enunciados comprovados e aceitos, sem ter de voltar a se decidir sobre tudo; (iv) a técnica, que inspira a possibilidade de aprendizagem e reprodução didática da matéria jurídica; (v) o controle, através do controle de consistência; e, por fim, (vi) a heurística, que possibilita a análise e crítica do sistema de forma muito mais acessível (ALEXY, 2011, p.260/265).

Assim, no que diz respeito à dogmática jurídica, o fundamento do uso dos precedentes é o princípio da universalidade, que por sua vez tem sustentáculo no princípio da justiça formal. Também neste sentido, os precedentes só podem ser superados diante de suficiente carga argumentativa, conforme princípio de inércia de Perelman³³. A relação, portanto, é de estreita conexão: ao mesmo tempo em que os enunciados dogmáticos são incorporados aos precedentes, as decisões judiciais são aceitas pela dogmática jurídica (por se considerar o direito vigente) e isso se dá especialmente por conta das funções de estabilização, progresso e descarga – o que já não se vê na teoria prática geral.

³³ “uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso” (ALEXY, 2011, p.268).

4 A FUNDAMENTALIDADE DO SANEAMENTO BÁSICO

Reunido o quadro que fora composto pela conjugação dos elementos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, e polidas as lentes de enfoque do Pós-Positivismo, apresenta-se, neste momento, o desenvolvimento desencadeado pela pesquisa, pautada em compreensão jurídico-sistemática do direito ao saneamento básico, considerando a realidade brasileira.

4.1 A essencialidade do saneamento básico para a dignidade humana

Ao que se pôde verificar quanto à abrangência e essencialidade do saneamento básico para a saúde e a vida do ser humano, para além de sua explícita pertinência quanto a outros direitos fundamentais, como moradia e preservação do meio-ambiente, não restam dúvidas de sua relação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III), conforme se infere da Constituição (BRASIL, 1988) – o que Santos (2017) caracterizou como finalidade e justificação do exercício do poder do Estado³⁴ (SANTOS, 2017, p. 159).

De acordo com o autor, a dignidade da pessoa humana não seria um direito subjetivo autônomo, mas um princípio jurídico-axiológico fundamental que é fonte do sistema de direitos e garantias fundamentais constitucionais:

[c]onsiste no princípio jurídico-axiológico fonte dos direitos e garantias fundamentais do homem (...) fonte comum a todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, típicos e atípicos (...) norma jurídica que irá conferir unidade e coerência ao sistema jurídico-constitucional pátrio, especialmente ao subsistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais (SANTOS, 2017, p.157/159 e 164)

Passou-se, então, a avaliar a potencial configuração do saneamento básico como um direito fundamental. Isso porque, no sentido defendido por Sarlet e Figueiredo (2008), o direito fundamental caracterizar-se-ia por uma dupla fundamentalidade. Para além de um aspecto formal, correlato à pertença do direito ao texto constitucional³⁵, mais relevante seria

³⁴ “O Estado deve ser visto como meio para a realização dos fins da pessoa humana (...) o Estado passa a ser instrumento (meio) que deve garantir a proteção e a promoção dessa pessoa humana (fim), de sua dignidade e dos direitos a ela inerentes” (SANTOS, 2017, p. 159/160).

³⁵ De acordo com Sarlet e Figueiredo (2008), “expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados

seu aspecto material, perfeito quando da existência de compatibilidade/essencialidade para a concretização da dignidade – daí, inclusive, a justificativa para uma proteção jurídica especial, com normatividade reforçada (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 06).

Assim, considerando a comprovada relação entre o saneamento básico e o princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que a ausência de previsão específica daquele direito no Título II da Constituição (BRASIL, 1988), que trata “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”, não lhe impede de ter reconhecida sua fundamentalidade.

Também com o intuito de esclarecer sobre a existência de direitos fundamentais independentemente da previsão em rol específico do texto constitucional, Santos (2017) dedica especial atenção para a cláusula de abertura que a Constituição (BRASIL, 1988) contempla em seu artigo 5º, §2º³⁶, *in verbis*:

Art. 5º (...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De acordo com o dispositivo, fica claro que outros princípios e garantias fundamentais poderão advir do regime e dos princípios da própria Constituição e também dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Em análise específica, Santos (2017) discorre sobre a existência de três fontes para os direitos atípicos, quais sejam: o regime constitucional, os princípios constitucionais e os tratados internacionais. O regime constitucional diria respeito às normas do sistema constitucional vigente e, numa visão estrita, das normas que regulamentam o subsistema de direitos e garantias fundamentais; os princípios constitucionais referir-se-iam ao Título I da Constituição (BRASIL, 1988), denominado “Princípios Fundamentais”, com especial importância do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana; e os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário (SANTOS, 2017, p.107/108).

Na sequência, o autor enumera quatro possibilidades constitucionais de construção e identificação de direitos atípicos. Seriam, pois, as espécies de direitos fundamentais atípicos: os direitos fundamentais não enumerados, que seriam aqueles positivados na Constituição, mas fora do rol do Título II; os direitos fundamentais implícitos,

internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.06).

que podem ser extraídos do diploma constitucional embora não estejam previstos; os direitos fundamentais atípicos *stricto sensu*, de caráter residual, que são materialmente fundamentais mas não foram positivados ou não se extraem de outros que já o foram e, por fim, os direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais (SANTOS, 2017, p. 213/214).

O saneamento básico poderia ser considerado como fundamental não enumerado, na medida em que está positivado na Constituição (BRASIL, 1988)³⁷, porém fora do título II. Conforme aponta Santos (2017), tal espécie fundamenta-se nas duas primeiras fontes. Assim, para além das previsões explícitas, destinam-se, no sentido estrito, à proteção e proteção da pessoa humana, encontrando respaldo nos princípios fundamentais, com destaque para o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (SANTOS, 2017, p. 216).

É de se ressaltar que o saneamento básico não só serve para proteger ou promover a dignidade da pessoa humana como tem esses objetivos como seu próprio escopo. Nesse sentido, um dos exemplos citados pelo autor é, justamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (SANTOS, 2017, p. 216/2017), para o qual é dedicado o artigo 225 da Constituição (BRASIL, 1998).

Não obstante essas considerações possíveis acerca do saneamento básico enquanto direito fundamental não enumerado, reconhece-se que não há explícita previsão acerca do saneamento básico enquanto direito, senão menções ao saneamento básico em correlação com outros direitos. Assim sendo, melhor seria, em substituição, seu reconhecimento como direito fundamental implícito ao texto constitucional.

Santos (2017) cita Silva (2010) para explicar que os “direitos fundamentais implícitos, na maioria das vezes, são identificados como direitos subentendidos nas regras das garantias fundamentais” expressamente positivadas da Constituição (SANTOS, 2017, p. 226/227).

Nessa espécie, igualmente, tem-se como origem a primeira e a segunda fonte, quais sejam, o regime constitucional e o regime dos princípios, exigindo-se a demonstração de que o escopo do direito é proteger e/ou promover a pessoa humana (SANTOS, 2017, p. 227/228).

Alguns exemplos citados pelo autor são a garantia jusfundamental ao duplo grau de jurisdição, implícito ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa, e acesso à

³⁷ Conforme já mencionado e explicitado no capítulo 1, são três as menções ao saneamento básico no texto constitucional: como competência da União, em correlação às diretrizes de desenvolvimento urbano (art. 21); como competência comum aos entes federativos, quanto à promoção de programas habitacionais (art. 23); e como competência do SUS no sentido de formulação das políticas e execução das ações de saneamento básico (art. 200).

justiça (respectivamente, os incisos LIV, LV e XXXV do art. 5º da Constituição – BRASIL, 1988) e o direito fundamental ao sigilo de dados bancários, implícito ao direito à privacidade, ao direito à intimidade e ao direito ao sigilo de dados pessoais (respectivamente, os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição – BRASIL, 1988) (SANTOS, 2017, p. 229).

Assim, considerando que o direito à prestação do saneamento básico, enquanto menção expressa, pressupõe outros compromissos do Estado, seja na área do desenvolvimento urbano, das moradias ou as saúde, sendo que sua relação com o regime constitucional e o regime de princípios resta claro quando se analisa seu impacto nos direitos fundamentais como saúde, vida, moradia, meio-ambiente etc., tem-se que sua fundamentalidade é inegável que uma categoria adequada seria a de direito fundamental implícito.

Passando-se à quarta espécie de direito, que são os direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais, vê-se que não há um instrumento internacional específico sobre o saneamento básico que tenha sido ratificado pelo Brasil.

O que de mais próximo se localizou foi o Pacto de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais (1996), incorporado ao ordenamento brasileiro através do Decreto nº 591 (BRASIL, 1992), no qual há previsão da garantia de condições básicas necessárias ao desenvolvimento e manutenção da vida humana³⁸. Nesse sentido, afirmam Rabelo, Coelho e Pinheiro (2017, p.1, *apud* BRZEZINSKI, 2012, p.159):

³⁸ Veja-se o teor dos artigos 11 e 12, *in verbis*:

Artigo 11.º

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, adotarão individualmente e por meio da cooperação internacional as medidas necessárias, incluindo programas concretos: a) Para melhorar os métodos de produção, de conservação e de distribuição dos produtos alimentares pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo desenvolvimento ou a reforma dos regimes agrários, de maneira a assegurar da melhor forma a valorização e a utilização dos recursos naturais; b) Para assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se põem tanto aos países importadores como aos países exportadores de produtos alimentares.

Artigo 12.º

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

[a]lguns autores chegam a expor o posicionamento de que o direito à água estaria implícito no pacto de 1966, na medida em que não se poderia garantir efetividade a muitos dos direitos previstos na esfera internacional sem antes garantir o acesso mínimo à água.

Porém, considerando que não há menção expressa ao saneamento, ou ao menos uma atenção específica ao tema relativo a qualquer das vertentes que lhe compõem, concluiu-se que a melhor categorização seria, realmente, a denominada direito fundamental implícito. Aliás, de se reconhecer que no instrumento internacional seriam extraídas orientações/comandos acerca do saneamento básico também de forma implícita.

Por todo o exposto, concluiu-se que o saneamento básico seria um direito fundamental implícito. Inobstante a categorização do saneamento básico dentre as divisões didáticas elucidadas por Santos (2017), as quais visam o esclarecimento e a identificação da natureza de determinado direito, importa reconhecer com atenção primordial que o conteúdo do saneamento básico possui uma carga de fundamentalidade para o ordenamento jurídico brasileiro.

Um dos questionamentos que orientou esta pesquisa perquiria justamente se o direito ao saneamento básico era um direito fundamental e se era “autônomo”. Essa pergunta foi respondida, ao longo do amadurecimento da pesquisa, ao se compreender que o universo dos direitos fundamentais é muito mais complexo do que um modelo de tipo cartesiano em que seria possível delimitar precisamente o conteúdo e a fronteira de cada direito. Verificou-se que os direitos fundamentais representam, antes de tudo, uma conjugação. Conjugam-se e sobrepõem-se em seus conteúdos, em suas finalidades e, ainda mais evidente, em sua inter-relação de dependência.

No que concerne ao objeto de pesquisa, verificou-se a pertinência do saneamento básico com diversos direitos fundamentais, quais sejam: o direito à saúde, à vida, à moradia

2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o saudável desenvolvimento da criança; b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; c) A profilaxia, tratamento e controle das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença. (PACTO DE DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS E CULTURAIS, 1996).

(conforme Capítulo 1), o direito a uma cidade sustentável³⁹, nos termos da Lei nº 10.257 (BRASIL, 2001), em atenção à função social da cidade⁴⁰, ao meio-ambiente, conforme artigo 225⁴¹ da Constituição (BRASIL, 1998), entre outros tantos. A título de ilustração, inegável a correlação entre o direito à alimentação e o abastecimento de água potável ou entre os direitos à educação e trabalho a condições mínimas de higiene. Enfim, sendo um direito fundamental voltado para o atendimento de condições tão essenciais e básicas, de se reconhecer que necessário para o gozo de todos os outros direitos fundamentais.

Tais questões, embora de inegável engrandecimento, não tiveram o condão de modificar os rumos da pesquisa, considerando que, para além da correta categorização de um direito fundamental, mais relevante é a sua concretização.

Tendo esse objetivo em conta, porque o ímpeto de estudo sobre o saneamento básico surgiu justamente do inconformismo quanto à precariedade das estruturas e serviços atinentes ao tema, objetivou-se a compreensão do direito ao saneamento básico para que se pudesse analisar a forma através da qual o Estado deveria prestá-lo e quais eram, portanto, suas obrigações definitivas.

Assim, foi conclusão parcial da pesquisa que o direito ao saneamento é fundamental, que precisa ser prestado pelo Estado, inclusive sem necessidade de lei inferior, e que se relaciona, como não poderia deixar de ser, com vários outros direitos fundamentais, cujo resultado da soma é a proteção e promoção da pessoa.

Para este trabalho, portanto, a implicação mais importante desse reconhecimento é a aplicabilidade imediata⁴² do direito fundamental, por força do §1º do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988)⁴³.

³⁹Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

⁴⁰Disposta na Constituição (BRASIL, 1988), *in verbis*: Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

⁴¹Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴²Afirma-se neste trabalho a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, apesar de o tema não ser pacífico, conforme esclarece Toledo (2012, p. 235): “A característica de *autoaplicabilidade* dos direitos fundamentais não é ponto pacífico na doutrina, inobstante se identificarem tais direitos como aqueles indispensáveis à vida e dignidade humanas, de vincularem os três poderes do Estado, de as Constituições dos atuais Estados Democráticos de Direito, como a brasileira, em seu art. 5º § 1º,

Isso quer dizer que o direito fundamental traduz-se em um dever para o Estado, cuja obrigação precisa ser satisfeita independentemente de lei inferior (BARCELLOS, 2008, p. 807/809), porquanto a normatividade constitucional já torna exigível sua concretização.

A seguir, as considerações acerca do manuseio de tal direito dentro de nosso ordenamento, consideradas suas possibilidades e seus limites.

4.2 O saneamento básico como núcleo essencial do direito fundamental à saúde

Superado o questionamento sobre a possível autonomia do direito fundamental ao saneamento básico – seja porque se entendeu pela desnecessidade de tal precisa categorização, seja porque se compreendeu que nenhum direito fundamental é verdadeiramente autônomo, assim meramente nomeados aqueles previstos em separado em determinado rol – passou-se a investigar o direito ao saneamento básico em relação ao direito à saúde, cuja relação demonstrou-se mais intensa.

Nos estudos relativos ao direito à saúde, foi de grande importância a contribuição de Duarte (2011) quanto ao seu núcleo essencial, cujo legado merece ser explicitado para o desenvolvimento do raciocínio que fora traçado na presente pesquisa.

Uma vez que os direitos fundamentais, inclusive os sociais, são passíveis de restrição, já que precisam se conformar de maneira otimizada, imperiosa a previsão de um limite para tal restrição. Esse limite para a restrição de cada um deles consistiria em seu respectivo núcleo essencial, figura jurídica definida como ““limite dos limites” à restrição dos direitos fundamentais” (DUARTE, 2011, p.155).

Essa seria uma garantia para que nenhum dos direitos fundamentais seja completamente desintegrado ou, sob outra ótica, perca a sua normatividade. É através do núcleo essencial que se garante um *standart* mínimo de concreção de um direito fundamental (DUARTE, 2011, p.155).

Conforme já expresso nessa dissertação, Duarte (2011) propõe como núcleo essencial do direito à saúde o próprio direito à vida, quando cria o conceito de demandas de primeira necessidade, como sendo aquelas demandas de saúde imprescindíveis à manutenção da vida.

determinarem que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

⁴³Art.5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Em suas considerações, Duarte (2011) demonstra que o direito à vida consta na Constituição (BRASIL, 1988) como regra, de modo que o titular (ser humano) pode opor esse direito aos destinatários do dever correlato, que seria de preservação. Os destinatários seriam, por exemplo, os médicos, terceiros e, sobretudo, o Estado. Conclui a autora que, independentemente da corrente filosófica sobre a vida que se adote, sempre que a pessoa quiser, sua vida há que ser mantida. São apenas três as exceções autorizadas constitucionalmente: a pena de morte em caso de guerra declarada, o estado de necessidade e a legítima defesa.

Não se olvide que, consoante definição de Alexy (2002, p.87), “as regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não; se uma regra for válida, dever-se-á fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível”. Enquanto regra, portanto, o direito à vida precisa, necessariamente, de ser cumprido, salvo se for declarada como norma inválida. (...)

Como regra válida, portanto, e afora suas exceções (contempladas na teoria de ALEXY, 2002, p.87), **o direito à vida deve ser observado, parafraseando Dworkin (2002, p.39), “à medida do tudo ou nada”**. Assim, dada uma hipótese fática em que o indivíduo postula reconhecimento de seu direito à vida ao Estado, a única solução jurídica correta para a espécie será a que resultar na aplicação integral da regra (já que sua aplicação à medida do nada ficaria reservada para as hipóteses em que a regra não for válida). Sua preservação será, portanto, o núcleo essencial do direito social à saúde, enquadrando-se na hipótese de essencial do direito social à saúde, enquadrando-se na hipótese de Alexy (2002, p.485) de normas de direitos fundamentais que albergam direitos não apenas *prima facie*, mas definitivos, confundindo-se, portanto, com uma regra (DUARTE, 2011, p.160 – grifos acrescidos).

Não haveria que se falar, portanto, em núcleo essencial do direito à vida, porque sua natureza não é principiológica. Absolutamente sempre se deve garantir o direito à vida, havendo possibilidade de descumprimento dessa regra tão somente quando das hipóteses excepcionais previstas juntamente com a regra.

Assim, de acordo com o marco teórico adotado e a conclusão de Duarte (2011), a regra de preservação da vida (de natureza constitucional originária) tem de ser cumprida. Como consequência disso, todas as demandas de saúde que tocarem ao direito à vida, essa mesma regra se aplica. É por isso que a autora conclui que o núcleo essencial do direito à saúde é o direito à vida.

Para além do fundamento lógico/empírico de que a vida é um pressuposto para a saúde, tem-se o recém demonstrado fundamento jurídico/filosófico de que o titular tem o

direito à manutenção de sua vida. Assim se sustentam as demandas de primeira necessidade: na imprescindibilidade de todas as medidas voltadas à manutenção da vida como responsabilidade do Estado.

Nessa compreensão, o núcleo essencial do direito à saúde não se restringiria a cuidados básicos ou demandas emergenciais. O critério seria a manutenção da vida, independentemente das circunstâncias fáticas. Assim, ainda que diante de um tratamento complexo e de alto custo, em sendo essencial para a vida do paciente, há de ser custeado pelo Estado, por estrita obediência da regra constitucional que defende a proteção integral da vida.

Reconhece-se que, ante a preocupação com o direito fundamental à saúde, muitos esforços vêm sendo empenhados para sua compreensão. Barcellos e outros (2017), por exemplo, sinalizaram outra direção ao apresentar diferentes critérios que estariam sendo aplicados para a otimização da prestação do direito à saúde. Não restou claro o âmbito em que tais critérios estariam sendo implementados, se pelo Poder Executivo ou Judiciário.

Verificou-se, ainda, um desvio ao conceito de saúde proposto pela OMS, por ter sido reputado como de grande abrangência⁴⁴ e, pelo mesmo motivo, também a normativa constitucional⁴⁵ ao argumento de que a generalidade dificulta a apreciação do direito fundamental.

Nesta obra, optou-se pela consideração de saúde em seu aspecto de “normalidade orgânica funcional”. Nesse sentido, a saúde seria o “veículo através do qual o ser humano conseguirá completar sua integração social por meio do trabalho e de suas relações com os demais”⁴⁶ (BARCELLOS e outros, 2017, 458 *apud* HERNÁNDEZ; PERLLES; CRESPO, 2004, P.83).

Consignaram os autores que, ainda assim, seriam visíveis algumas complexidades, porque o conceito continua sendo multifacetário e complexo. Compilados os critérios, estariam divididos de acordo com determinadas doenças, grupos de pessoas e diferentes tipos

⁴⁴ Ante a concepção ampla trazida pela OMS, sua promoção não se esgotaria nas prestações sanitárias, envolvendo também conceitos como paz, moradia, educação, alimentação, renda, ecossistema saudável, recursos sustentáveis, justiça social e equidade (BARCELLOS e outros, 2017, p.458).

⁴⁵ A Constituição (BRASIL, 1988) garante o direito à saúde de forma mais abrangente do que as ações e serviços sanitários, porquanto também garante política que visem a redução do risco de doenças (art.196) (BARCELLOS e outros, 2017, p.459).

⁴⁶ Em contraposição, estaria “a saúde entendida como estado de plenitude psicofísica, em trono da qual se poderá estabelecer o estado ótimo vital das pessoas. Neste contexto, as ações públicas devem se orientar para o cumprimento deste objetivo, a fim de alcançar essa plenitude psicofísica da pessoa, sendo esse, em definitivo, o marco central do desenvolvimento e execução das políticas sanitárias” (BARCELLOS e outros, 2017, 458 *apud* HERNÁNDEZ; PERLLES; CRESPO, 2004, P.83).

de tratamentos. Por fim, o único critério procedimental diria respeito às exigências para fixação de prioridades (BARCELLOS e outros, 2017, p.460).

Apesar de se analisar essas contribuições com o merecido acatamento e reconhecer a importância do debate de ideias, concluiu-se que, do ponto de vista jurídico, a racionalidade converge para a tese de Duarte (2011), no sentido de que não importam, *a priori*, a “efetividade” a título de custo-benefício, senão o objetivo a que visam.

Isso porque, embora se reconheça que certo estranhamento nos assola, subjetivamente, ao se desconsiderar o critério utilitarista como primeiro ou principal, não é outra a resposta que se encontra no ordenamento jurídico, quando se propõe a uma interpretação sistêmica, lógica e racional. A preservação da vida é, afinal, o ponto de partida para um Estado que prima por equidade (DUARTE, 2011, p.171).

Verificou-se que, para a estruturação dos critérios propostos por Barcellos e outros (2017), em sede de premissa afastou-se o conceito de saúde proposto tanto pela OMS quanto pela Constituição (BRASIL, 1988). Embora o sistema desenvolvido tenha certa coerência e unidade, está fadado pelo vício admitido em sede de premissa, ao se reformular um conceito já sedimentado por considerar – antes mesmo de se propor uma análise racional do conceito tal como é – sua inexecutabilidade.

Ou seja, partiu-se da premissa de que o direito à saúde, tal como cristalizado no cenário internacional e também pelo sistema constitucional brasileiro é inexecutável, inalcançável e, portanto, deve ser reformulado. Essa conduta não condiz com a Teoria da Argumentação Jurídica.

Se é verdade que o conceito e a disposição do Estado em concretizar determinados direitos é de livre escolha democrática, a partir da qual se tem a possibilidade de constituição de uma ordenação jurídica, é também verdade que tal construção se dá a nível de discurso geral.

Ocorre que, no ponto em que se encontra, é inegável que nosso ordenamento jurídico já cristalizou determinados valores, cuja realização não podemos nos furtar através de uma distorção da vontade nele expressa.

Em primeiro lugar, por respeito às escolhas feitas pelas gerações anteriores, inclusive de todas as lutas pelo reconhecimento de determinados direitos, historicamente conquistados. E, ainda, pelo reconhecimento de que os instrumentos normativos têm de ser respeitados, sob pena de se perder a segurança jurídica.

Assim, considerar criteriosamente, sem distorções, os direitos já estabelecidos, é o ponto de partida para o discurso jurídico. Se for o caso de a nação desejar uma nova compilação de direitos, seja mais restritiva ou mais ampliativa, deverá logr -lo através do discurso geral, através de movimento político-democrático.

Não se pode concordar com a utiliza o de uma ferramenta, como o Direito, para desvirtuar a proposta da Constitui o (BRASIL, 1988), a fim de justificar, por exemplo, uma incapacidade do Estado. Pode-se, ao contrário, perquirir sobre sua eficiência, buscar os meios – inclusive já institucionalizados – para fiscalizar e cobrar uma conduta condizente com o ordenamento jurídico. E, se não for o caso de isso se mostrar possível ou almejado, será necessária uma articula o política para alterar o sistema jurídico brasileiro.

A argumenta o jurídica, repita-se, não pode ignorar os direitos já consolidados. Se foram positivados e, reconhecendo-se a inequívoca normatividade do texto constitucional, os direitos podem e devem ser concretizados na exata medida de sua previsão, a qual se extrai de interpreta o racional, seguindo-se os parâmetros da Teoria da Argumenta o Jurídica.

4.2.1 A fixa o do núcleo essencial do direito   saúde

Passa-se, ainda, a defender uma extensão do núcleo essencial do direito   saúde, em rela o ao que fora defendido por Duarte (2011) em sua pesquisa. Para além das medidas imprescindíveis para a manuten o da vida, assim considerada em sua perspectiva biológica, no sentido de sobrevivência, agregam-se os conceitos correlatos a uma existência digna⁴⁷.

A fim de repensar o conceito de núcleo essencial do direito   saúde, passou-se a trabalhar com o conceito de mínimo existencial, assim entendido como o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.10). Frise-se, desde logo, não se tratar de mínimo vital, o qual visa a mera sobrevivência. Nesse sentido, para além do direito   vida, há de ser harmonizado o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.11/12).

⁴⁷ A proposta de amplia o do conceito adv m da própria autora Duarte, orientadora desta pesquisa, considerando a evolu o e amadurecimento de seus estudos, cujas ideias, contudo, todavia não foram materializadas em nenhuma publica o. A presente ressalva   apresentada, ainda que informalmente (considerando que não há previsão da ABNT neste sentido), a fim de defender a originalidade da autoria da ideia de Duarte, fim precípuo das cita es. A autora desta disserta o, na condi o de orientanda, foi incentivada a desenvolver tal ideia por si, pelo que as constru es advindas dessa ideia inicial virão desacompanhadas de referência, por serem originárias desta pesquisa.

Nesse sentido, Toledo (2017, p. 114) também diferencia entre o mínimo existencial e o mínimo vital:

Este é relativo às condições *materiais* mínimas necessárias para a *sobrevivência* do indivíduo, ou seja, os pressupostos materiais imprescindíveis para sua *existência física*. No entanto, para a mínima formação do indivíduo como ser *humano*, indo-se além da satisfação de suas necessidades físicas e biológicas – as quais qualquer ser vivo possui –, deve ele ter condições elementares para a participação na vida *social e cultural* do país do qual é cidadão (TOLEDO, 2017, p. 114).

Para Sarlet e Figueiredo (2008), o mínimo existencial é um direito fundamental, ainda que não haja previsão expressa no texto Constitucional, assim interpretado em decorrência da proteção da vida e da dignidade humana, da existência digna como objetivo da ordem constitucional econômica (art.170) e, ainda, a partir de todos os direitos sociais, cujos conteúdos contemplam algumas dimensões do mínimo existencial. Ainda, a condição do mínimo existencial seria de direito autônomo e à sua luz devem ser interpretados os direitos sociais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.12).

O mínimo existencial representa ainda o núcleo essencial dos direitos sociais⁴⁸, o qual merece blindagem a qualquer intervenção, seja do Estado ou da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.13). Uma elucidação taxativa sobre todos os elementos que compõem o mínimo existencial não seria possível aprioristicamente, o que não se recomenda nem mesmo ao legislador, porquanto a análise deve ser feita à luz das necessidades de cada caso concreto. Contudo, considera-se a possibilidade de uma espécie de roteiro para guiar os Poderes, que terão, em cada momento, o dever de fixar esses limites de forma interpretativa (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.14).

Para Toledo (2017), contudo, o mínimo existencial para o atual contexto brasileiro comportaria um conteúdo mais restrito, consistente nos núcleos essenciais do direito à educação e à saúde.

No presente contexto socioeconômico nacional, entende-se que os direitos fundamentais sociais integrantes do conteúdo do mínimo existencial são os direitos à saúde e educação, mais especificamente, seu núcleo essencial. Isso porque tem-se como (i) interesse individual razoável, cuja satisfação (ii) não desequilibra o orçamento público (uma vez que este deve ser planejado mediante ordem de prioridade de investimento dos recursos financeiros), a garantia de educação no nível infantil e ensino fundamental e de um nível básico de assistência médica (TOLEDO, 2017, p. 115).

⁴⁸ Não seriam todos os direitos fundamentais, senão apenas os sociais, de acordo com Sarlet (2008).

Importante, ainda, a ressalva relativa à definitividade do mínimo existencial (em contraposição à qualidade de princípio *prima facie* dos demais direitos fundamentais, segundo Toledo), justamente por considerar que já é fruto de um processo de ponderação. É por ser considerado como definido que seria possível sua exigibilidade imediata.

O único fundamental social *definitivo a priori* é o *mínimo existencial*, que, por isso, não requer ponderação para sua determinação, mas goza de exigência imediata. E assim é por ser o mínimo existencial, conforme afirmado, a reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos, cujo núcleo essencial deve ser garantido judicialmente, por se apresentar como necessário para que se alcance grau elementar de dignidade humana, à qual todo indivíduo tem direito pelo simples fato de ser um indivíduo e não um objeto, como dito (TOLEDO, 2017, p. 113/114).

A partir de tais contribuições, concluiu-se que o mínimo existencial: i) visa a concretização de uma vida digna, para além da mera sobrevivência biológica; ii) é direito fundamental definitivo; iii) contempla o núcleo essencial do direito à saúde.

Especificamente com relação ao último ponto, por se considerar que o conjunto dos conteúdos representados pelos núcleos essenciais dos direitos sociais compõe o mínimo existencial, é de se inferir que o núcleo essencial desses direitos deve igualmente cobrir porção suficiente para uma vida digna e não apenas para uma vida de sobrevivência fisiológica.

Assim, não bastaria que fosse garantida a sobrevivência, considerando que o direito à vida defendido constitucionalmente é entendido como uma existência digna da pessoa humana. No que tange ao direito à saúde, portanto, o núcleo essencial não se limitaria às medidas imprescindíveis para a manutenção da vida em seu sentido bio-fisiológico, senão para a manutenção e promoção de uma vida digna, conforme princípio fundamental do Estado brasileiro da dignidade da pessoa humana.

Assim definido e aclarado, o núcleo essencial do direito à saúde consiste no direito à vida digna. E, demonstrada nesta dissertação a relação entre o direito ao saneamento básico e o direito à vida, concluiu-se que o saneamento básico compõe o núcleo essencial do direito à saúde.

4.2.2 O saneamento básico e o núcleo essencial do direito à saúde

Osaneamento básico repousa no núcleo essencial do direito à saúde porque, conforme se verificou da pesquisa, sua prestação impacta no direito à saúde a ponto de

comprometer seu núcleo essencial, na medida em que seus serviços públicos deficitários implicam em maiores índices de mortalidade.

Em princípio, a hipótese era de que todas as vertentes do saneamento básico estariam inseridas no núcleo essencial do direito à saúde, imaginando-se que todas as demandas seriam de primeira necessidade, quer dizer, teriam uma relação de imprescindibilidade com o direito à vida.

Contudo, da leitura de Barcellos (2008), emergiu uma dúvida, considerando sua propositura de uma divisão entre saneamento propriamente dito e medidas acessórias. No primeiro grupo estariam: a captação ou derivação da água, seu tratamento, adução e distribuição; esgotamento sanitário e efusão industrial enquanto que no segundo restariam os serviços de recolhimento e tratamento de lixo doméstico, drenagem e limpeza de rios e vales etc. (BARCELLOS, 2008, p. 813/814).

De acordo com a autora, a consequência jurídica da diferenciação seria que, às medidas compreendidas no primeiro grupo estaria sempre o Poder Público obrigado a prestá-las, ainda que eventualmente delegadas por concessão ou permissão, com prazo para o exercício seguinte, enquanto que para o segundo grupo haveria uma competência comum entre os entes federativos e, ante eventual omissão, o particular poderia ser obrigado a fazê-lo, através de decisão judicial (BARCELLOS, 2008, p. 813/814).

Barcellos (2008) não justifica nem a divisão proposta nem as diferentes formas de tratamento que viriam como consequência de cada um dos grupos. Pode-se afirmar com segurança que a competência é comum para qualquer das medidas relativas ao saneamento básico, não fazendo qualquer distinção nesse sentido a Constituição (BRASIL, 1988) e que, a menos que seja o caso de inadimplemento de determinado contrato de concessão/permissão⁴⁹, poderá o particular ser compelido a realizar as políticas relativas ao saneamento, porquanto tal obrigação é de responsabilidade do Estado.

Ainda assim, o contributo relativo à divisão impulsionou fossem verificados, em separado, os impactos das medidas de saneamento na saúde e na vida das pessoas. O resultado foi surpreendente e resultou, inicialmente, na superação parcial da hipótese inicial: nem todas as medidas têm impacto comprovado na vida das pessoas, embora todas o tenham na saúde.

⁴⁹Considerando que essas são as modalidades autorizadas para de contratação, por parte da Administração Pública, para a prestação indireta de serviços públicos conforme a Constituição (BRASIL, 1988), conforme comando do artigo 175, cuja dicção segue: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988).

Isso porque se verificou que as medidas relativas a água e esgoto, para além de surtirem impacto na qualidade de vida, sendo inegáveis os dados que demonstram sua relação com a morbidade, o mesmo pôde-se verificar, embora em menor escala, com relação aos índices de mortalidade.

Já com relação às medidas pertinentes aos resíduos sólidos embora se verificasse uma relação indireta entre maiores investimentos e menores índices de doenças, as pesquisas não são consistentes para afirmar sua relação com a mortalidade.

A título de exemplo, cite-se a pesquisa que levou em consideração os índices de câncer e má formação congênita próxima a regiões de lixão no município de São Paulo – SP. Embora a hipótese inicial indicasse a maior ocorrência desse tipo de debilidade ou mesmo mortalidade por conta da proximidade com o local de depósito de grande quantidade de resíduos sólidos, não se verificou, cientificamente, que a ocorrência se destacava em relação a outros pontos da mesma cidade (em que não havia tal destinação do espaço).

Resultado diverso foi verificado no que concerne à quarta vertente do saneamento básico, o manejo de águas pluviais. Isso porque, para além da Hepatite A, cujos dados já foram demonstrados, a leptospirose é doença comumente disseminada em decorrência de enchentes e uma das que mais ocasiona óbitos, perdendo apenas para diarreia e gastroenterite e outras doenças intestinais (SIQUEIRA; ROSA; BORDIN; NUGEM, 2017, p. 801).

Assim, somente com relação aos resíduos sólidos a relação direta com a mortalidade não restara explícita. Contudo, o marco paradigmático relativo ao núcleo essencial da saúde tampouco se baseia na condição de sobrevivência física de uma vida humana, senão de uma condição de vida digna.

Para Santos (2017) o conceito de dignidade da pessoa humana evoluiu historicamente para hoje ser reconhecido como “um atributo indissociável da pessoa, enquanto qualidade especial que exige um respeito diferenciado a toda e qualquer pessoa humana” (SANTOS, 2017, p. 137). Haveria, ainda, diferentes dimensões complementares entre si para compreensão desse conceito complexo.

A dimensão ontológica explicita a dignidade como uma qualidade intrínseca à pessoa, que é preexistente a qualquer especulação e que está sempre presente ainda que a pessoa não se porte de forma digna consigo mesma ou com os outros; diz respeito ainda ao legado kantiano da autodeterminação, através da capacidade de realizar suas próprias escolhas (SANTOS, 2017, p. 149/151).

A dimensão comunicativa e relacional dirá respeito à relação com o outro, através da qual há que se conferir dignidade a outro membro da comunidade humana, digno de respeito e consideração. Por sua vez, a dimensão histórico-cultural reconhece que o conceito de dignidade se constrói, amolda sedimenta com as alterações do tempo e do espaço, estando também em constante evolução (SANTOS, 2017, p. 152/153).

As dimensões negativa e positiva ou, ainda, protetiva e prestacional da autonomia da pessoa. Quer dizer, há que se resguardar a esfera de autodeterminação de qualquer interferência indevida ao passo que, de outro lado, há que se fomentar e promover o que for necessário a viabilizar essa autodeterminação, compromisso do Estado e da sociedade de um modo geral.

Em continuidade, a dimensão da dignidade da vida humana vem garantir que “toda e qualquer vida humana merece consideração e respeito, mesmo que o ser humano não possua capacidade de autodeterminação ou esteja fragilizada” (SANTOS, 2017, p. 154), com base nas contribuições de Habermas e Dworkin, que defendem a dignidade da vida humana em si pelo valor intrínseco que possui.

Por fim, a última dimensão é cunhada como fórmula do homem-objeto, através da qual se verificaria que o homem passou a ser tratado como objeto, como mero instrumento para realização de determinados fins, ante a constatação de violações reais e concretas da dignidade. A fórmula, que basicamente seria uma antítese da dignidade da pessoa humana teria a seguinte razão: “sempre que o ser humano for descaracterizado enquanto sujeito de direitos, então a dignidade da pessoa humana terá sido atingida e violada” (SANTOS, 2017, p. 156).

Verificou-se que as dimensões comunicativa e relacional assim como protetiva e prestacional relacionam-se com o saneamento básico de forma bastante direta, na medida em que, sendo corolário da dignidade da consideração do outro com respeito como um igual, um membro da raça humana, induz a pensar sobre as necessidades mais essenciais e compreender que outro ser humano também delas necessitará.

Assim, se é verdade que não se tem registros científicos da relação direta entre o manejo de resíduos sólidos e de águas pluviais e a mortalidade (o que satisfaria o critério de mínimo vital, porquanto afetaria o direito à vida em seu aspecto bio-fisiológico), é racional compreender que, na ausência de serviços de recolhimento de lixo ou de tubulações de escoamento de águas pluviais repercutiria, em pouco tempo, em um ambiente coletivamente

insalubre e inóspito, que geraria, além de desconforto, prejuízos a saúde que certamente seriam capazes de tirar a vida de boa parte da população.

Antes que se chegue a tal estágio, contudo, a dignidade muito antes restaria violada, porquanto o convívio com a sujeira, o odor e as possibilidades constantes de enchentes que fariam com que todo o lixo invadisse as casas, por si só, já representariam uma situação de indignidade considerado o patamar civilizatório já prevalente na organização social hodierna.

Com necessidades mais essenciais entende-se, inclusive, pela autodeterminação, atributo decorrente da nossa condição de ser racional. Assim sendo, lógica a conclusão de que tal merece proteção pela não interferência, assim como promoção das condições de exercê-la.

Ante o quadro hipotético ilustrado, de se reconhecer que a autonomia humana restaria bastante comprometida e que a sociedade não seria capaz de conduzir suas rotinas como hoje o fazem, não fosse pelo grau de salubridade que já se alcançou graças aos avanços sanitários. A título de exemplo, considere-se a possibilidade de não se ter água encanada em casa: como seria a rotina para, tão somente, cumprimento das necessidades de ordem fisiológica como lavar as mãos, urinar/defecar, tomar banho, escovar os dentes, cozinhar? Frise-se que essa é apenas a primeira das quatro vertentes abraçadas pelo saneamento básico.

Já no que toca às dimensões ontológica e da vida humana, relacionam-se com o saneamento através daquelas já citadas, considerando que a vida humana em si é digna de proteção e promoção, sendo a dignidade uma qualidade que lhe é intrínseca. Portanto, as prestações relativas ao saneamento básico, em todas às suas vertentes, devem ser prestadas a todos os humanos, valendo a ressalva de Santos (2017) quanto a tal abrangência, que não se limita sequer aos brasileiros ou naturalizados. É pela condição humana que tais serviços precisam ser concretizados.

A dimensão histórico-cultural vem nos alertar para o estágio atual da sociedade civil: majoritariamente dependente de instrumentos urbanos, dentre os quais se reconhece o saneamento básico. Com isso quer-se mostrar que não se imagina a vida humana atualmente sem a prestação das estruturas de abastecimento de água, tratamento de esgoto, manejo de resíduos sólidos e de águas pluviais.

Considerando que se organiza em sociedades complexas, vive-se em um ritmo bastante acelerado em relação a gerações passadas, nos concentra-se em um modelo de especialização em que cada pessoa desempenha uma pequena fração de todo o sistema de circulação e produção, resta bastante claro que as obrigações atinentes ao saneamento básico

não levadas a cabo de maneira individualizada, senão organizadas e prestadas por uma entidade coletiva.

A organização que emerge com primordial destaque é o Estado. Além disso – e, obviamente, o motivo principal – o sistema jurídico atribuiu ao Estado a competência para a concretização de tal direito. Conforme já esclarecido no Capítulo 1, é de competência comum dos entes federativos a prestação do saneamento básico. A abstenção em relação a tal dever, por tudo o que já restou comprovado, representa uma mácula à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, considerando a fórmula do homem-objeto, pode-se concluir por sua concretização quando da não prestação do saneamento básico. Isso porque, não sendo reconhecido o cidadão como sujeito de direitos digno de tal assistência básica, cujas repercussões na saúde são tão sérias a ponto de poder levar à morte, reputa-se como violada a dignidade humana, momento a partir do qual o homem teria passado a ser considerado como mero objeto.

Ao ensejo, de se relembrar que o objetivo fim do Estado é a proteção e promoção dos direitos fundamentais. Todo o restante, portanto, um meio para alcance dessa finalidade. Assim, na hipótese de um dos fins mais latentes do Estado (dignidade da pessoa humana) não estar sendo alcançado com o devido êxito, é de se perquirir sobre as razões para tanto. Seria o caso de uma má compreensão com relação à finalidade estatal? Seria uma confusão acerca dos meios para se lograr sua obtenção? Seria má gestão? Corrupção?

Conclui-se, então, que o saneamento básico, como um todo, é essencial para uma vida digna, senão porque:

- i) O saneamento básico, em todas as suas vertentes, propõe-se a propiciar um ambiente limpo, salubre, higiênico, sadio;
- ii) O saneamento básico possui intensa relação com a saúde humana, mas também com o direito à moradia e à função social das cidades;
- iii) O saneamento básico repercute de forma incontestável no meio ambiente, seja na perspectiva das bacias hidrográficas (sobretudo no que tange ao esgotamento), do solo (especialmente quanto ao tratamento do lixo nos depósitos denominados “lixões”) e mesmo dos ecossistemas de uma forma geral, impactados pelos desequilíbrios proporcionados pela ausência de planejamento para a conformação dos dejetos produzidos pela população.

Com essas considerações, cuja notoriedade do conteúdo se alcança por uma reflexão pessoal enquanto pessoa humana, concluiu-se que todas medidas relativas ao saneamento básico representaria grande impacto na condição de uma vida digna, embora algumas, até mesmo pelo maior investimento em pesquisas⁵⁰, já apontem de maneira incontestante a própria desintegração da vida, em seu aspecto biológico, em decorrência da precariedade das prestações de tal direito.

Portanto, considerando que o saneamento básico possui uma carga jurídica de fundamentalidade – o que naturalmente implica em uma inter-relação com os direitos fundamentais – e, especificamente com relação ao direito fundamental social à saúde, repousa inteiramente em seu núcleo essencial, considerando os impactos que todas as suas medidas repercutem na condição de uma vida digna para o cidadão, passa-se à apresentação das consequências jurídicas de tal constatação, notoriamente no que concerne à sua efetivação pelo Estado.

⁵⁰ De acordo com Heller (1997), a maior incidência seria das formulações que consideram o abastecimento de água e o esgotamento sanitário – e, ainda assim, seriam pesquisas incipientes (HELLER, 1997, p.20).

5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DEVER-SER DO ESTADO BRASILEIRO

Conforme já esclarecido, por expressa previsão constitucional, os direitos fundamentais têm aplicação imediata⁵¹. Contudo, ante a concepção de que os direitos fundamentais naturalmente se contrapõem, é de se reconhecer o desafio de acomodação e de efetiva possibilidade de concretização de cada direito fundamental.

A teoria do núcleo essencial, como também já elucidado, vem justamente com o intuito de delimitar um conteúdo mínimo de concreção de cada direito, para que nenhum deles seja desconsiderado, às vezes em detrimento da plena concretização de outro. Enfim, o reconhecimento de um núcleo essencial consiste justamente na proposta de um equilíbrio advindo da concretização mínima de cada direito fundamental.

Diferenciar o conteúdo do núcleo essencial em relação ao conteúdo que lhe excede tem como primordial característica o caráter mandamental. É dizer: o núcleo essencial tem natureza de regra, pelo que deverá ser cumprido, dentro da lógica de Dworkin (2011) do “tudo ou nada” na medida do tudo.

O conteúdo abarcado pelo núcleo essencial de determinado direito fundamental é dever definitivo do Estado, não estando sujeito a qualquer tipo de limitação. Ele deve ser cumprido, imposto através de seu caráter mandamental, sob pena de o Poder Público descumprir com seu dever. Como consequência de sua omissão indevida, poderá ser demandado e constrangido a fazê-lo.

Nessa seara, sequer cabe falar em máxima da proporcionalidade, porque se reconhece que, com relação a essa parte – o núcleo essencial – a Constituição (BRASIL, 1988) já instituiu como regra a obrigação de prestação pelo Estado, e não como princípio.

Diferente é o caso quando se está diante de um conteúdo (excedente ao núcleo essencial) cujo caráter é principiológico. A natureza de uma norma do tipo princípio é de mandado de otimização, pelo que se reconhece a necessidade de definir, no caso concreto, a exata medida de concretização da norma. Nesse exercício, são levadas em consideração a realidade fática, jurídica, econômica-financeira e social especificamente incidentes sobre aquele caso.

Nessas circunstâncias, portanto, o dever da Administração Pública não é previamente definido, mas construído no momento em que se analisa determinado objeto de

⁵¹Art. 5º § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

política pública. De se reconhecer que as formas do correspondente controle são mais complexas.

Defende-se, neste espaço, não ser este o caso do saneamento básico. Isso porque, invariavelmente, sua natureza e proposta são plenamente essenciais para um patamar de vida digna, possuindo estreita relação com o direito à vida nessa perspectiva da dignidade da pessoa humana, e, portanto, componente do núcleo essencial do direito à saúde.

Não remanesce, assim, qualquer dúvida acerca do caráter mandamental que o direito fundamental ao saneamento básico representa para o Estado brasileiro, pelo que deverá ser concretizado em absoluto e de imediato.

Não se concebe, considerando as disposições do ordenamento jurídico brasileiro, que comunidades estejam desassistidas de políticas públicas correlatas a tal direito, pelo que, na inércia da Administração Pública em promovê-las, poderá ser constrangida a fazê-lo através de decisão judicial.

Se, faticamente, não houver recursos suficientes para a prestação de tal direito tal como determina o sistema de Direito, caberá à Administração Pública comprovar sua insuficiência, aliás, a exata medida de sua incapacidade espaço-temporal.

Como hipótese, entretanto, vislumbrou-se que o Estado brasileiro tem condição de prestar absolutamente todas as medidas relativas ao saneamento básico, sem exceção. Explicita-se: a competência relativa ao saneamento básico é, como já demonstrado, comum, de modo que todos os entes federativos são igualmente responsáveis por sua concretização. Esse primeiro ponto aponta para a conjugação dos recursos de todos os entes em prol da satisfação de tal obrigação.

Ademais, o Brasil apresenta-se como um Estado constitucional de modelo social, comprometendo-se com uma série de direitos sociais e, para tanto, contempla também extensas disposições sobre obrigações tributárias, justamente para que seja possível concretizar os deveres contemplados pela Constituição (BRASIL, 1988).

Considerando ainda o formato de Estado Democrático de Direito, as normas não de ser cumpridas – sobretudo aquelas expressas na Constituição (BRASIL, 1988) – sob pena de desnaturação do atual formato em um Estado Absolutista (ou, minimamente, arbitrário). Tal compreensão serve para chamar a atenção à necessidade de concretização dos direitos positivados.

Um pressuposto importantíssimo para a efetivação de direitos é o devido direcionamento dos recursos para sua materialização. Nesse sentido, o orçamento público é um dos instrumentos democráticos de maior relevância. Veja-se:

Para regular o funcionamento da sociedade e garantir o bem-estar comum, é dever do Estado suprir as necessidades públicas, que se referem ao conjunto das obrigações a que se vinculou junto à sociedade, daí surge a necessidade do exercício de uma atividade financeira estatal, o que se faz por meio do orçamento público (OLIVEIRA; FERREIRA, 2017, p. 585/586).

Como elemento estrutural democrático, a peça orçamentária deve refletir, em última instância, o intento de concretização dos direitos e garantias fundamentais, por meio da efetivação das políticas públicas no uso eficiente dos recursos públicos. Nesse sentido, torna-se imperiosa a avaliação responsável no que tange à gestão orçamentária no contexto de seu real objetivo: um instrumento democrático fundamental para a garantia dos direitos fundamentais (OLIVEIRA; FERREIRA, 2017, p. 584).

Dissemina-se uma ideia de que não existe recurso para tudo e que o estado brasileiro não tem condições de satisfazer todos os compromissos assumidos constitucionalmente. Antes de mais nada, tal situação já denota a fragilidade do Estado Democrático de Direito brasileiro, na medida em que se intenta sustentar que a positivação, até mesmo a nível constitucional, não possui normatividade suficiente a ponto de que tais obrigações encontrem verdadeiro respaldo para sua concretização.

Conforme afirmou Barcellos (JUIZ DE FORA, 2017), em Aula Magna proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, existem leis que determinam direitos, mas não há a menor seriedade para cumpri-las, insurgindo-se justamente contra a falta de programação para cumprimento do que o ordenamento se “dispôs” a fazer. Aduziu ainda que existe um debate político para aprovação da lei e depois um debate político para aprovação do orçamento, sendo que tal distanciamento não se pode conceber porque o fato de a lei ser aprovada passa a não significar nada, já que ela não implica necessariamente a aprovação de orçamento para que seja cumprida.

A necessidade de satisfação dos direitos fundamentais é incontestável e, sobre o tema, que como visto, esbarra frontalmente no tema do orçamento público, Élica Graziane Pinto é enfática ao defender que sua eficácia depende de condições não só jurídicas, mas também econômicas, ambas de responsabilidade do Estado (PINTO, 2008, p. 15 *apud* BONAVIDES, 2003, p. 644).

Além desse inaceitável descompasso, há de se convir que a alegada insuficiência de recursos não passa sequer por um crivo crítico. Alega-se a falta de recursos sem que se

demonstre que o processo de alocação respeitou a ordem hierárquica de prioridades dentre as obrigações do Estado. Sobre o tema, é uma lição de Pinto (2008):

A alegada limitação de recursos e disponibilidades materiais – sob pena de afronta ao art. 60, §4º, IV da CF/1988 – não pode decorrer da ação do legislador ordinário, nem do Constituinte Derivado, se efetivamente o Constituinte Originário resguardou fonte de receitas para a seguridade social (art. 195) e assegurou percentual mínimo de gastos com educação (art. 212). E, de outro lado, embora o percentual mínimo de gastos com saúde tenha decorrido de emenda constitucional (EC nº 29/2000) posterior à instituição do FSE e mesmo da sua transformação em FEF, tal garantia material de consecução inscrita no art. 198, §2º não poderia ser pura e simplesmente reduzida – sob pena de retrocesso vedado constitucionalmente – sem que outras formas de custeio fossem adicionalmente criadas (PINTO, 2008, p. 525).

Forte, pois, é a posição do Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF no sentido de afirmar que os direitos sociais encontram tal grau de proteção constitucional que não se admite o manejo da atividade fiscal do Estado para mitigar a continuidade de sua prestação. Essa prestação, embora se efetive em níveis progressivos, não pode ser tomada como se fora programa de ação estatal que pode ser restringido ou relativizado (simplesmente contingenciado) – sem razoabilidade aferível diante dos pressupostos de fato e de direito do caso concreto – diante das despesas decorrentes da administração da dívida pública (PINTO, 2008, p. 526/527).

Defende-se com afinco que a razão de existir do Estado é a proteção e promoção dos direitos fundamentais. Ainda que se discorde (por se filiar a concepções diferentes sobre a gênese do Estado, por exemplo), há de se convir que esse é o discurso legitimador utilizado pelo próprio Estado. Não fosse o objetivo do Estado servir à nação em suas necessidades mais básicas, para que serviria?

Se, do ponto de vista *objetivo*, os direitos fundamentais constituem um conjunto de valores básicos, sob o prisma *subjetivo*, caracterizam-se como o estatuto jurídico dos cidadãos nas suas relações com o poder público e entre si (TOLEDO, 2012, p.226).

Assim, considerando que a realização dos objetivos do Estado, consubstanciados nos direitos fundamentais, depende de sua materialização no mundo físico, em que tudo se constrói através de recursos (materiais, humanos, etc.), inequívoca a necessidade de se priorizar o orçamento em favor da concretização dos direitos fundamentais e, a nível de regra, os seus respectivos núcleos essenciais.

5.1 Saneamento básico como regra

Ante toda a construção explicitada até aqui, ao saneamento básico há de ser prestado de forma plena e em caráter mandamental, porquanto seu conteúdo coincide com o núcleo essencial do direito à saúde, que por sua vez compõe o mínimo existencial. Isso quer dizer que todas as vertentes do direito ao saneamento básico devem ser atendidas, integral e universalmente, contemplando, pois: infraestrutura, instalações operacionais e serviços relativos ao abastecimento de água potável desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos medição; ao esgotamento sanitário, incluindo coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; à limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos incluindo coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; e, por fim, à drenagem e ao manejo das águas pluviais, através do transporte, detenção ou retenção para amortecimento de vazões de cheias, tratamento ou disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

A pergunta que ressoa, ansiosa, é: como fazer? Em primeiro lugar, há de se assentar a obrigação que a Administração Pública possui de satisfação de tal direito. Essa, portanto, a primeira grande conclusão da presente pesquisa, que representa, também, a conquista de um grande instrumento social para elevação do patamar civilizatório atual, considerando que esse direito fundamental ainda contempla níveis baixíssimos de concreção.

Em segundo lugar, não há que se mirar para a Administração Pública como sendo uma entidade incapaz de fazê-lo, presumindo sua insuficiência financeira ou sua incapacidade ou ineficiência. Afinal, se assim está previsto no ordenamento jurídico brasileiro – um sistema que possui uma lógica interna – o mais coerente seria presumir sua correção.

Em terceiro lugar, há que se cobrar a efetivação dessa obrigação. Quantas vezes já se terá afirmado que as obras de saneamento básico são por demais custosas e que o Estado não teria condições de concretizá-las? Quantas pesquisas, contudo, efetivamente demonstraram a impossibilidade de fazê-lo?

Portanto, deve-se encarar a Administração Pública como obrigada e, efetivamente, competente para a satisfação de tal direito. Defende-se que a obrigação existe e persegue-se, com otimismo, sua concretização. A palavra otimismo é aqui colocada criteriosamente. Não se trata de fantasia ou idealismo, mas de uma perspectiva consciente de que o orçamento público do Estado brasileiro é suficientemente provido de receitas para a concretização dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais.

O saneamento básico é fundamental e, apesar disso, não é prestado sequer em 10% (dez por cento) do que deveria. Apesar disso, a população convive comodamente com essa situação. Não se vê engajamento social para a alteração dessa realidade. Não se vê amplas discussões em qualquer dos Poderes sobre o tema. Por que não? Ao que se denota, a população ainda aceita a precariedade que lhe relega o Estado.

Num primeiro momento, em se reconhecendo que todo o direito fundamental ao saneamento básico possui caráter mandamental e possui cláusula de aplicabilidade imediata, faz-se necessária a previsão do custo total para instalação da infraestrutura necessária e dos instrumentos operacionais, além dos recursos (inclusive humanos) para a prestação dos serviços de forma universal e integral.

Tal compromisso não pôde ser assumido nesta pesquisa, considerado o recorte teórico e jurídico, que não envolve a previsão de custos com políticas públicas. Reside aqui assumida limitação.

Em um segundo momento, faz-se necessária a análise de todo o montante representado pela soma das receitas de todos os entes federativos, considerando a competência comum para fins de promoção do saneamento básico. No mesmo sentido, não se pôde alcançar tal informação, porquanto, apesar da Lei Complementar 131 (BRASIL, 2009) determinar a disponibilização sobre o orçamento da União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, a pesquisa não alcançaria tempo para uma investigação de rigor.

Considerando ainda a parca capacidade de avaliação criteriosa de dados de tal natureza, sem que se tenha formação ou mínima intimidade com o tema, bastou-se a conclusão à apresentação da obrigação do Estado quanto ao saneamento básico, de comprovada natureza fundamental, bem como demonstração das consequências de uma tal previsão no ordenamento jurídico.

Nada obstante, comprometida a pesquisa com o melhor esclarecimento possível sobre o tema, chama-se a atenção para uma percepção que Heller (1997) já anunciava na década de 90, concernente ao fato de que o saneamento básico se traduz em serviço que é, regra geral, remunerado pela população, diferentemente de outras medidas consideradas de atenção primária:

A argumentação econômica, empregada para privilegiar essas outras ações em detrimento das intervenções ambientais, equivocadamente considera os custos brutos dos programas de abastecimento de água e esgotamento sanitário e não seus custos líquidos. A comparação econômica correta seria obtida deduzindo-se, dos custos brutos dos sistemas de saneamento, os

valores já tradicionalmente pagos pelo serviço por parte da população, na forma de tarifas e taxas (HELLER, 1997, p.19, *apud* BRISCOE, 1984b).

Assim, é de se reconhecer que, embora o investimento inicial nas obras de infraestrutura e operacionalização seja alto, a remuneração pelo serviço regressará futuramente ao investidor, de modo que não de ser considerados seus custos líquidos.

Além dessa relevante constatação, porquanto os discursos comumente apresentam tão somente os custos brutos do investimento, o Estado abraça ainda a possibilidade de tal investimento ser compartilhado com instituições privadas. Um exemplo são as parcerias público-privadas (PPP), uma modalidade especial de concessão. As chamadas PPPs podem ser contratadas pela Administração Pública através da espécie administrativa, quando o particular promove as obras necessárias e exerce posteriormente a administração; ou, ainda, através da espécie patrocinada, em que o particular patrocina somente a infraestrutura então viabilizar administração ao Estado.

Para além de todo o exposto, relevantes as projeções positivas do binômio custo-benefício no que concerne aos investimentos em saneamento básico. Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas em 2010 apontou que a prestação desse serviço público representaria economia para o SUS, as empresas, o INSS e, ainda, maior renda para os trabalhadores e valorização imobiliária.

Isso porque o número de internações reduziria, assim como a frequência com que se computam os afastamentos ao trabalho (nesse sentido, destaque para as internações/afastamentos decorrentes de infecções gastrointestinais). Para além de melhorar a assiduidade ao trabalho, verificou-se a melhora também na produtividade do trabalhador decorrente de sua melhor qualidade de vida, o que viabiliza o crescimento proporcional de sua renda. Estima-se que, apenas em decorrência disso, os salários possam se elevar em 3,8% e que a valorização dos imóveis representaria média percentual de 18%, o que também retorna como ganho para as famílias.

Isso tudo para ilustrar os ganhos estritamente econômicos, porque na pesquisa restou consignado ainda que, havendo acesso universal ao saneamento, o número de internações reduziria em 25% e os índices de mortalidade em 65%, o que representaria o salvamento de 1.277 vidas.

Com tais considerações, resta sobejamente desmistificada a crença acrítica de que as obras relativas ao saneamento básico são por demais custosas, de modo tal que seja impossível ao Estado concretizar o respectivo direito.

Em contrapartida às limitações concernentes ao apontamento preciso dos custos representados pela satisfação plena de tal direito, assim como da monta total a que disporia o Estado hoje para tanto, foram despontadas reflexões de relevo acerca do orçamento público e da correta forma de apreciação de tal instrumento democrático e, além disso, foram introduzidas discussões importantes que mitigam a sempre alegada vultosidade dos recursos necessários para se concretizar as obras de infra-estrutura, operacionais e a prestação dos serviços em si, apontando-se ainda uma saída plenamente exequível consistente nas parcerias público-privadas.

5.2 Considerações sobre a reserva do possível

Apesar das saídas apontadas, que poderão inclusive conduzir as discussões acerca do saneamento para outros rumos, como os problemas relativos às PPPs, por exemplo, não se esquivava do necessário enfrentamento do contra-argumento recorrente concernente à reserva do possível.

Assim, considerando a possibilidade de a Administração Pública comprovar cabalmente sua impossibilidade de custear ou estabelecer parcerias para absolutamente para suprir toda a estrutura necessária à plena prestação do saneamento básico de forma integral e universal, ingressa-se (só então) na seara da reserva do possível.

Conforme extensivamente argumentado, a lógica da reserva do possível não se aplica ao conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais inerentes ao mínimo existencial, porquanto tal dever já é definitivo do Estado, não sendo passível de ponderação ou otimização em prol de sua concretização.

Por isso, apenas se cabalmente demonstrada a insuficiência de recursos para a implementação dos respectivos núcleos essenciais dos direitos fundamentais inerentes ao mínimo existencial é que se pode afastar a regra que impõe sua efetiva concretização.

Nesses casos, em que não houver recursos suficientes nem mesmo para suprir o núcleo essencial desses direitos, a solução é a aplicação de critérios éticos para a priorização de um direito em detrimento de outros. Nesse sentido, o parâmetro estabelecido nessa pesquisa também se pautou na contribuição de Duarte (2011).

A teoria sobre a “reserva do possível” também tem sua origem associada à Alemanha, quando na década de 70, ao se verificar que a efetividade dos direitos estaria condicionado às capacidades financeiras do Estado. Por sua vez, a disponibilidade estaria no

campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. A noção foi desenvolvida pela jurisprudência, que defendeu a ideia de razoabilidade, que em caso emblemático firmou a necessidade de comprovação da efetiva necessidade do cidadão, que não deveria ser beneficiado por assistência social se tivesse meios próprios de se garantir (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.17).

A partir disso compreende-se que a reserva do possível é formada, pelo menos, por uma dimensão tríplice composta pela disponibilidade fática dos recursos, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e a proporcionalidade da prestação (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.17).

A reserva do possível seria, ao mesmo tempo, um limite e uma garantia aos direitos fundamentais. Limite fático e jurídico e também garantia de uma concretização harmônica dos direitos conflitante, salvaguardando-se, pelo menos, seus respectivos núcleos essenciais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.18).

A Constituição não oferece os critérios para a tomada de decisão quanto à aplicação dos recursos, deixando tal incumbência aos órgãos políticos, considerando a influência da conjuntura socioeconômica global. E, se é verdade que a maior ou menor carência de recursos tem relação direta com a crise de efetividade dos direitos fundamentais, é também certo que “quanto mais diminuta a possibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação [através do] aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.18) e o próprio processo de administração das políticas públicas, com importância para o legislativo, a administração pública, o Poder Judiciário e o Ministério Público (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.18/19).

Sarlet e Figueiredo (2008, p.19) alertam para a urgente a necessidade de conscientização dos órgãos jurisdicionais acerca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, para o que é fundamental que a atuação da Administração Pública em geral seja pautada pela moralidade e eficiência.

Assim, a reserva do possível funciona não como um discurso retórico que visa esquivar a responsabilidade da Administração Pública, senão uma verdadeira ferramenta para reconhecer determinadas limitações e, de outro lado, trabalhar para que elas sejam analisadas eficientemente de forma a serem reduzidas, minimizadas.

Nesse raciocínio, o ponto crucial volta a ser a correta alocação dos recursos. Primeiramente, não de ser esclarecidas as prioridades institucionais, que, como já visto,

correspondem à concretização dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais integrantes do mínimo existencial. Após, a necessária clareza acerca de todo o montante disponível. Nessa fase, constatada eventual insuficiência para supressão de todas as prioridades, aí então se pode falar em reserva do possível. Não antes disso.

Então, constatada a necessidade de utilização desse instrumento, novo raciocínio lógico há de ser traçado. Não havendo recursos para todas as obrigações prioritárias, como proceder?

Nesse caso, tendo-se em conta que o critério prioritário já foi considerado à frente dos demais e, pela comprovada escassez de recursos, ele não pôde ser o único, são levados em consideração os chamados critérios éticos.

Conforme já antecipado, tais critérios reconhecem que, considerada a quantidade de demandas, pode existir escassez de recursos. O desafio que se coloca, assim, é o respeito ao princípio da igualdade, por se reconhecer que nem todas as pessoas terão seus pleitos atendidos. Busca-se a alocação justa de recursos (DUARTE, 2011, p. 200).

É necessário que fique claro o reconhecimento de que existe o conflito. Duarte (2011) apresenta como exemplos de conflitos entre demandas abraçadas pelo núcleo essencial do direito à saúde os atendimentos de emergência em UTI, a disponibilidade de ambulâncias e mesmo a distribuição de órgãos para transplante.

Ao jurista importa tal tarefa porquanto envolve diretamente a concretização dos princípios da igualdade e da justiça distributiva. Assim, negar a escassez significa relegar a solução do conflito ao acaso e “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério” (DUARTE, 2011, p. 201, *apud* AMARAL, 2001, p. 78).

Considerando que o saneamento básico vincula-se à preservação da vida humana, tem-se a difícil decisão entre quem vai viver e quem vai morrer. Para tanto, fazem-se necessários critérios éticos para orientar essa “decisão trágica”, conforme a denomina a doutrina. Critério significaria, então: “parâmetro para a alocação de recursos escassos que determinará o acerto, a justiça ou o equívoco, a antijuridicidade da decisão e deve ser conduzido por um juízo de ponderação” (DUARTE, 2011, p. 202).

Duarte (2011) expõe individualmente sobre cada dos “critérios éticos para alocação de recursos severamente escassos”, como os denomina, em continuidade aos estudos de Kilner (1990), quais sejam: do valor social, do grupo favorecido, dos recursos requeridos, das responsabilidades especiais, da idade, do benefício médico, da morte iminente, da

disposição e da responsabilidade, randomizado, da capacidade de pagar e, por fim, dos recursos experimentais e o critério do progresso científico.

O primeiro critério apresentado refere-se ao valor social da pessoa que apresenta uma demanda de saúde relativa ao núcleo essencial. Esse valor que possui diz respeito à renda, à formação educacional, ao serviço ocupacional que já teve ou virá a ter (DUARTE, 2011, p. 205).

Não se analisa o seu merecimento em termos morais, senão em termos de utilidade para a sociedade. A ideia seria escolher entre pessoas considerando os benefícios adicionais que podem oferecer em retorno, considerando o investimento que a ela a sociedade proporcionou. Útil seria aquele capaz de contribuir com o bem-estar dos outros, sendo um exemplo a preferência à vida de um médico à de um dependente químico (DUARTE, 2011, p. 206/207).

São algumas objeções a esse critério: de um modo geral, todos contribuem para a sociedade, de modo que todos deveriam ter retorno; seria antiética a escolha de pacientes; poder-se-ia questionar: quem contribuiu pouco por falta de oportunidade, talvez, deveria ter prioridade; ou ainda: para análise dessa contribuição, seria analisado o esforço pessoal, o resultado, ou ambos? Para se ter preferência, há que se ter salvado vidas (equivalência)?; Seria de grande dificuldade a sistematização desse banco de dados assim como sua coesa interpretação; Seria também impossível mensurar eventuais contribuições vindouras; E, no mais, a sociedade carece de pessoas com diferentes vocações sociais, e não apenas daqueles que ocupam o topo da utilidade; o utilitarismo teria tomado o lugar da dignidade; esta-se-ia diante de uma afronta ao art.3º, IV da Constituição (BRASIL, 1988) (DUARTE, 2011, p. 207/209).

O critério do grupo favorecido considera a preferência do membro de determinado grupo. São exemplos a proximidade da residência do paciente com o recurso escasso e a condição de veterano de guerra. No Brasil, o primeiro critério se aplica quanto aos transplantes de órgãos e tecidos, sendo relevante o critério tanto para a melhor preservação do recurso quanto para o estímulo da prática de doação, considerando que nas proximidades é mais fácil de ver a aplicação do recurso. Com relação aos veteranos de guerra, é pacífica a preferência quando se tratar de mácula à saúde decorrente da guerra; no que tange aos demais problemas de saúde, eventuais preferências se aproximariam ao critério do valor social, em se priorizando pelos préstimos que ofereceu à sociedade (DUARTE, 2011, p. 209/210).

São objeções ao critério da proximidade: não são todos os órgãos que perecem com facilidade, pelo que a aplicação do critério deveria se restringir àqueles recursos que realmente podem se perder (nesse sentido, Duarte (2011) afirma a inconstitucionalidade da Portaria do Ministério da Saúde nº 91/GM (BRASIL, 2001)); quanto ao controle e tratamento, poderia ser exigido do paciente que resida temporariamente nas proximidades dos pontos de tratamento, ao invés de serem simplesmente excluídos da lista de prioritários; afirma-se que o melhor receptor seria aquele que apresenta melhores condições de sobrevivência. Nesse sentido, deveriam ser considerados também os estrangeiros e não apenas os nativos, cogitando-se a hipótese de um banco internacional assim como de cotas percentuais para um e outro grupo. Considerando a disposição constitucional insculpida no artigo 5º, defende-se a inviolabilidade do direito à vida tanto dos brasileiros quanto dos estrangeiros residentes no país (DUARTE, 2011, p. 211/213).

Quanto aos veteranos de guerra, são as objeções: tratar-se-ia de uma condecoração, o que somente se aceita no caso de recursos abundantes; alguns grupos sociais são excluídos do ingresso às Forças Armadas, de modo que jamais alcançariam tal benefício (DUARTE, 2011, p. 211).

O próximo critério leva em conta a quantidade de recursos escassos requeridos, se muitos ou poucos, para garantia da vida. A primeira objeção ataca a matriz utilitarista do critério, que visa o atendimento do maior número de pessoas possível. Outra objeção diz respeito à desconsideração da qualidade dessa prestação, senão apenas da quantidade (DUARTE, 2011, p. 213/214).

Uma ramificação do critério do valor social, mais bem aceita, seria o critério das responsabilidades especiais, considerando-se a importância direta da vida em certos pacientes para outrem, que vivem sob sua dependência. Para a sociedade, existiria inequívoca utilidade a manutenção da vida da pessoa provedora de uma família, citando-se como exemplo as consequências da esfera da assistência social. Tal critério, contudo, não se harmonizaria com a regra constitucional de absoluta prioridade às crianças e adolescentes, de acordo com a qual os filhos teriam preferência em relação aos pais; nesse sentido, uma outra objeção argumenta que o sofrimento de pais serem salvos em detrimento da vida dos filhos seria maior do que o contrário (DUARTE, 2011, p. 215/216).

Considera-se a possibilidade de utilização desse critério quando temperado com algumas demarcações: tratar-se de pessoa indispensável, e não meramente especial; com condições reais de desempenho do *mister* após o tratamento médico; quando o não

salvamento pode trazer inúmeros prejuízos morais. Para tal avaliação seria necessária, ainda, a formação de um comitê com pessoas capacitadas para uma análise acurada dessas condições (DUARTE, 2011, p. 217).

O critério da idade conduz à preferência ou exclusão de determinados grupos pelo critério etário. Gira, basicamente, em torno da maior expectativa de vida de determinados pacientes em detrimento de outros. Nesse sentido, a objeção recai sobre o valor da vida em si, e não na soma de anos, cuja perspectiva nem mesmo em potencial traduz uma melhor utilização, proveito do bem jurídico vida que tem valor em si (DUARTE, 2011, p. 217/221).

Indo além, esse critério passa a interceder-se com outros, como o critério do benefício médico, do benefício social e do utilitarismo. É um exemplo a exclusão dos mais velhos para os casos de transplantes de rins e coração, considerando a baixa viabilidade do tratamento, que também é mais custoso; além do valor cultural dos mais novos para a sociedade, sobretudo considerada sua capacidade produtiva. Tal preterição consta da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.160/GM (BRASIL, 2014). Objeta-se, contudo, que os idosos representam grande contribuição para a sociedade, além, é claro, da objeção geral de que não se poderia valorar a vida por sua expectativa, considerando seu valor intrínseco. Outro exemplo seria a preterição de crianças no tratamento de hemodiálise, porquanto a falta de disciplina no tratamento reduz os índices dos bons resultados (DUARTE, 2011, p. 217/221).

Na contramão desses exemplos das crianças e dos idosos, contudo, estão as disposições constitucionais que lhes garante especial atenção, além dos respectivos estatutos, materializados através das Leis nº 8.069 (BRASIL, 1990) e 10.741 (BRASIL, 2003).

O critério do benefício médico diz respeito ao mérito do paciente e não de sua relação com outros pacientes. Isso porque seria verificado a partir da satisfação de padrões mínimos dos seguintes pontos: qualidade, longevidade e probabilidade do benefício. Para correta apreciação desses requisitos, o ideal seria a constituição de uma equipe médica capacitada, de modo que a decisão que visa honrar os princípios da igualdade e da justiça distributiva não seja baseada em parâmetros subjetivos. Essa, ainda, a razão das objeções que indicam as distorções nos diagnósticos médicos a fim de que menos pacientes disputem pelos recursos escassos e, ainda, a aplicação disfarçada do critério do valor social que através de impressões pessoais o médico poderia conferir aos pacientes. O critério do benefício médico tem o potencial de excluir o acesso daqueles que já seriam excluídos caso os recursos não fossem escassos (DUARTE, 2011, p. 221/224).

Através do critério da morte iminente, além de ser considerada a necessidade de recursos escassos, perquire-se sobre a urgência dessa necessidade. Entende-se como iminente previsão do evento morte dentro de dias ou semanas do diagnóstico. Esse critério levaria em conta o critério do benefício médico, na medida em que se afere a necessidade do tratamento assim como o critério utilitarista, pela verificação da quantidade de vidas que podem ser salvas (DUARTE, 2011, p. 225).

As objeções recaem sobre a impossibilidade de se proferir um diagnóstico preciso, da dificuldade de se prever o tempo de espera para tratamento que seja suportável ao paciente e da queda das chances de êxito quando da extrema iminência. Além desses obstáculos insuperáveis, têm-se ainda objeções quanto aos desvirtuamentos, promovidos por diagnósticos fraudulentos ou por manipulações do próprio paciente, acusando-se a possibilidade de agravarem propositalmente sua situação para alcançar preferência (DUARTE, 2011, p. 226/227).

Alguns casos delicados são ainda analisados: a maior urgência de um tratamento poderia interromper os cuidados de outro já em curso? Entende-se como aceitável tal situação apenas se este tratamento já não apresenta qualquer relevância para o paciente, o que já se apoiaria no critério do benefício médico. No mesmo sentido, qualquer paciente preterido, deverá estar em situação menos urgente e apresentar chances contundentes de sobrevida até que outro recurso esteja-lhe disponível. Desse raciocínio resulta a conclusão de que o risco iminente deve ser considerado de forma combinada com a elevada probabilidade de sobrevida. Ademais disso, qualquer conduta fraudulenta do corpo médico ou mesmo da instituição devem ser reprimidas com duras sanções. Por fim, de se reconhecer que a Portaria 1.162 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2006) prevê a conjugação dos critérios da urgência e da ordem cronológica, diferenciando ainda os riscos iminentes e muito iminentes de morte (DUARTE, 2011, p. 227/230).

O critério da responsabilidade aduz que os pacientes que não contribuíram para a contração das respectivas doenças têm preferência em relação àqueles que o fizeram. Assim, as chamadas vítimas inocentes gozariam de atendimento prioritário com relação aos recursos escassos. Tal escolha institucional privilegiaria aqueles que optam por uma vida de hábitos saudáveis, encorajando-os. Algumas objeções recaem sobre a dificuldade de se saber se a doença fora contraída mediante “culpa” do paciente e, ademais, se o mesmo possuía consciência dos riscos de determinada conduta. No mais, ao enfermo não deveria ser

direcionada punição, por parte da sociedade, senão compaixão e solidariedade (DUARTE, 2011, p. 230/234).

O critério da disposição, por sua vez, dirá respeito à aceitabilidade do paciente com relação ao tratamento, preferindo-se aqueles que desejam ser tratados. Em favor desse critério, por vezes até entendido como condição, está o princípio da autonomia (art.7º, incisos III, V e VI do texto constitucional), o respeito à dignidade da pessoa humana, sua individualidade e, ainda, o aumento da produtividade da aplicação dos recursos. As objeções dizem respeito às dificuldades de se obter tal decisão e da própria aceitabilidade de eventual recusa, defendendo-se por vezes a possibilidade de impor o tratamento por se considerar que opção diversa seria aceitar-se a pena de morte, veda em no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o acolhimento dessa manifestação de disposição deveria respeitar critérios éticos e jurídicos do paciente e da família, cogitando-se inclusive da formação de um comitê para análise das circunstâncias em concreto (DUARTE, 2011, p. 230/236).

Na ausência de outros, vê-se ainda a possibilidade de aplicação do critério randomizado, o qual se baseia em sorteio ou em ordem cronológica. A única base de justificação é o próprio direito à vida, sendo considerado por muitos como critério que efetivamente defende iguais condições para manutenção da vida, reconhecendo seu valor intrínseco, no sentido em que garante equidade para que todos possam alcançá-lo. Diferentemente dos demais critérios, as condutas do médico e do paciente tornam-se menos temerosas, por não influírem no critério, de modo que a relação entre ambos cresce em confiabilidade. Pelo mesmo motivo, cresce também a estabilidade e a cooperação social, devido ao abandono do clima de disputa pessoal entre os interessados no recurso (DUARTE, 2011, p. 236/238).

Algumas objeções recaem especialmente contra o critério randomizado cronológico no sentido de que, considerando as diferentes distâncias das pessoas aos centros de atendimento, a condição financeira poderia colocar alguns em desvantagem em relação a outros. Ademais, considera-se a negligência do médico que demora a incluir o paciente na lista, perquirindo-se acerca do correto momento para considerar essa fila de espera: seria a primeira consulta, o momento da descoberta da necessidade do recurso ou a efetiva inclusão na lista? Critica-se, ainda, o fato de que, após longa espera na fila, os tratamentos podem não se mostrar eficazes. Isso considerado, muitos preferem o sorteio ao critério cronológico (DUARTE, 2011, p. 239/240).

Outro critério seria o da capacidade de pagar, através do qual se poderia privilegiar os mais pobres, que não podem custear o tratamento de saúde necessário. Entretanto, a realidade demonstrou que sua aplicação ocorreu de forma contrária, de modo que as pessoas com potencial aquisitivo maior sempre tiveram mais acesso e prioridade, podendo inclusive viajar para outro país para gozar de um tratamento ou influenciar politicamente campanhas para arrecadação de recursos; os mais pobres, por sua vez, não contemplando essas oportunidades, apresentam expectativa de vida menor (DUARTE, 2011, p. 240/241).

São argumentos favoráveis à priorização daqueles que têm condição de pagar: considera-se que têm maior potencial para contribuir com a sociedade, enquanto o pobre tende a sobrecarregar a assistência social; já que a vida é igual para todos, algum outro critério há que existir; defende-se a liberdade, na medida em que aqueles que realmente querem bancar seu tratamento o fazem; observa-se a necessidade de potencial financeiro para custear todo o restante do tratamento; em geral, os pobres apresentam a saúde mais frágil e, por isso, seus tratamentos seriam mais custosos (critério dos recursos requeridos) (DUARTE, 2011, p. 240/242).

Contrariamente a tal critério, defende-se que a utilidade de uma pessoa em prol da sociedade não se mede por seu poder aquisitivo; que a liberdade só existe para aqueles que detêm recursos, não se podendo dizer o mesmo dos pobres; que a negativa de atendimento, sobretudo de urgência/emergência, por incapacidade de pagar, torna o valor da vida secundário à pecúnia; que vários tratamentos são arcados com dinheiro público, oriundo de tributação; que a continuidade do tratamento também deve ser garantida. E, em se reconhecendo que a incapacidade de pagar no mais das vezes decorre da injustiça social e que os bens devem ser distribuídos na sociedade, esse critério foi afastado, assumindo o Estado a responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde. A Constituição (BRASIL, 1988) garantiu, ainda, a convivência dos serviços públicos e privados de saúde (DUARTE, 2011, p. 243/246).

O critério dos recursos experimentais enfrenta dificuldades além de se saber quem dele se beneficiaria. Antes, depende da verificação se, de fato, tem o condão de salvar vidas, através da perquirição de seu potencial para ser eficaz assim como de suas possíveis complicações. Somente após é que se verifica o grupo ideal para dele se beneficiar. Com ele se misturam os critérios do benefício médico – na medida em que se espera direcioná-lo aos pacientes com melhor chance de resposta – assim como da morte iminente. Neste último caso,

da mesma forma que se poderia pensar que o paciente não tem nada a perder, tampouco se justificaria uma exposição à piora, caso o não apresente adequação mínima. Nesse sentido, indispensável que, através da máxima da proporcionalidade, se analise de forma consecutiva a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrito senso. No mais, imprescindível também o consentimento do paciente, quem também deverá reunir condições psicológicas para a tomada de decisão assim como para o tratamento em si. Por fim, um paciente pode ser preterido em favor de outro que esteja em uma zona de maior risco (DUARTE, 2011, p. 246/248).

Por fim, o critério do progresso científico, como ramificação do critério anterior, favorece aqueles pacientes que podem ser mais úteis na obtenção de respostas ao tratamento experimental, de modo que tal contribuiria para a ciência e, conseqüentemente, para a sociedade em geral. As objeções indagam sobre a possibilidade de se predizer de antemão quais pacientes podem oferecer informações mais valiosas e, de um modo geral, recaem também as críticas direcionadas ao critério do valor social (DUARTE, 2011, p. 247/248).

Fica claro que os critérios acima expostos levam em conta precipuamente os quadros de doenças já instalados, pelo que se passará a uma análise mais especificamente voltada para o saneamento básico, em comparativo. De todo modo, conforme conclui Duarte (2011, p. 251/252), mais de um critério pode ter sustentabilidade jurídica, importando a adequação técnica de cada um à situação concreta, excluindo, contudo, os critérios do valor social, dos recursos requeridos, da responsabilidade, da idade (para rejeitar os idosos), da capacidade de pagar e do progresso.

Analisando individualmente os critérios com base nesta pesquisa os resultados apontaram para a possibilidade de conjugação dos critérios do grupo favorecido, dos recursos requeridos, das responsabilidades especiais, da disposição e randomizado, nas condições que se explicita a seguir.

Através do grupo favorecido, poder-se-ia conceber a priorização de grupos que apresentam maior vulnerabilidade. A título de exemplo, é de se admitir que uma comunidade carente de saneamento básico em todas as quatro grandes vertentes receba atenção prioritária em relação a outra que já é abastecida com serviços de água e esgoto.

Pelo critério dos recursos requeridos, seriam priorizados os locais aonde o maior número de pessoas seria atendido com a mesma quantidade de recurso. Seguramente, uma das exigências é prestar o serviço com qualidade, o que não resta afastado pelo fato de ser alcançada maior quantidade de pessoas.

Com relação às responsabilidades especiais, considera-se a priorização absoluta das populações com altos registros de gravidas e lactantes, considerando que as crianças, sobretudo os bebês ainda lactantes são as vítimas mais fácil e fatalmente atingidas por problemas relativos à má qualidade da água, por exemplo.

Pelo mesmo raciocínio, plausível o critério da idade, no sentido de proteção especial das crianças, considerando os altos índices de mortalidade infantil devido à carência de saneamento básico.

O critério da disposição faz sentido na medida em que a população dos locais desabrigados de estrutura apropriada de saneamento básico podem se articular para clamar à Administração Pública a devida atenção.

Conforme resultados obtidos por Heller (1997), o aperfeiçoamento de práticas higiênicas – em especial a lavagem das mãos, a disposição de resíduos e a atenção ao lugar de defecar – possibilitaram a redução na morbidade por diarreia em até 33% (HELLER, 1997, p.28).

Assim, o engajamento da população vulnerável é de inegável importância para o bom desempenho da transformação social promovida pelo saneamento básico. A título de exemplo, outra situação conhecida é a de cidadãos que, embora tenham acesso a redes de água e esgoto, deixam de usá-las por se oporem ao pagamento das respectivas taxas de uso.

Nesse sentido, a ordem cronológica de inscrição poderia ser levada em conta (melhor do que na espécie de sorteio), como critério conjugado, para formação de um cadastro de comunidades interessadas.

Frise-se que todas as comunidades terão de ser assistidas, conforme já extensivamente defendido acerca da normatividade do direito fundamental ao saneamento básico. Tais critérios apresentam-se, contudo, como forma de respeitar a eventual necessidade de se valer da reserva do possível e, ainda. Tal raciocínio pode também ser aproveitado para ordenar as ações de eventual planejamento estratégico da Administração Pública, caso exista recursos para sua prestação integral.

O critério do valor social, realmente, não se aplicaria, considerando as dificuldades inerentes de uma avaliação comparativa entre pessoas, o que destoaria de nossos fundamentos constitucionais; ademais, no caso do saneamento básico não se tem casos de doenças em concreto, tratando de medida preventiva e abrangente a uma porção da população.

O critério do benefício médico e da morte iminente seriam de difícil aplicação nesse caso, mas poderiam servir, sem dúvidas, para contrastar eventuais demandas de saneamento básico com outras demandas pertinentes ao núcleo essencial do direito à saúde.

Por fim, o critério da capacidade de pagar e dos recursos experimentais e progresso científico restam esvaziados. No primeiro caso porque não se cogita de o cidadão arcar com a infra-estrutura das obras relativas ao saneamento básico, mas de pagar pelos serviços, o que atualmente não é ponto controverso. Com relação aos dois últimos, não se vê aplicação quanto ao objeto investigado.

Dentre os critérios entendidos como aptos a reger uma ordem de prioridade, entende-se que este seria o raciocínio adequado: dentre as comunidades que buscarem se inscrever em cadastro próprio (critério da disponibilidade + cronológico), serão analisadas aqueles que: i) não possuem qualquer tipo de assistência em termos de saneamento básico (critério do grupo favorecido); ii) possuem maior número de pessoas que serão impactadas positivamente com os benefícios (critério dos recursos requeridos); iii) com a maior concentração de gestantes, lactantes e crianças (critério das responsabilidades especiais e de idade).

Não se tem dúvidas de que o esforço para balancear todos esses propósitos seja significativo. Contudo, é através da dedicação sincera e da confiança de que é possível melhorar a realidade atual que se dá a transformação. Para tanto, indispensável um planejamento sério e acurado.

De se notar, por fim, a preponderância inegável do critério do número de pessoas atendidas, considerando que, estabelecido o critério de igualdade pela qualidade da vida humana em si, quanto mais vidas puderem ser salvas, melhor atendida essa finalidade precípua do projeto constitucional. Se por vezes esse critério indica uma visão utilitarista desapegada do *mister* de concretização dos direitos fundamentais, aqui funciona justamente de modo a promovê-los na maior medida possível, pelo que se mostra como critério bem-vindo e necessário.

Fora do núcleo essencial, a decisão recai preponderantemente sobre os poderes Executivo e Legislativo, na formulação de políticas públicas que pondere entre os bens jurídicos colidentes à luz da reserva do possível. O controle judiciário é possível, justamente sobre o peso atribuído a cada direito, através da máxima da proporcionalidade (DUARTE, 2011, p. 200/201).

5.3 Sobre o controle da Administração Pública através do Poder Judiciário

Todos os Poderes emanam da Constituição, pelo que todos, igualmente, retiram dessa norma fundamental sua autoridade assim como seus respectivos deveres. Em comparativo entre a Administração Pública e o Poder Judiciário, pontuam-se algumas considerações.

A Administração Pública conforma-se através de organizações estatais voltadas à função administrativa do Estado, materializada através das respectivas atividades administrativas cujo objetivo é gerir de melhor forma o interesse social. Embora não exista uma correspondência precisa entre os Poderes e as funções estatais, a função administrativa é típica⁵² do Poder Executivo.

O Poder Judiciário, por sua vez, teria a função jurisdicional como típica e, conforme trabalhado no capítulo anterior, submete-se à dogmática jurídica, à teoria da argumentação jurídica etc., recobrando-se uma postura racional através das decisões judiciais.

Embora essas esferas de poder possam ser, num primeiro momento, encaradas de formas distintas no que toca ao critério da racionalidade quanto ao discurso jurídico, considerando que a Administração Pública é historicamente marcada pela manifestação política, defende-se que, em grande medida, a Administração Pública deve ao ordenamento jurídico a mesma obediência que o Poder Judiciário.

Di Pietro (2008) investiga sobre o significado de administração, cujo resultado é o seguinte:

Administração é a atividade daquele que não é senhor absoluto, este, portanto, dependente de uma vontade externa (individual ou coletiva) vinculada ao princípio da finalidade “vale dizer que toda atividade de administração deve ser útil ao interesse que o administrador deve satisfazer” (DI PIETRO, 2008, p.82/83).

Assim é a pertinente compreensão da Administração Pública no que concerne aos seus limites e possibilidades. Toda a instrução é retirada do ordenamento jurídico, como o faz o Poder Judiciário.

⁵² O Poder Executivo é administrador por excelência, contudo, “todos os órgãos e agentes que, em qualquer desses Poderes, estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 13).

A Administração Pública, a serviço do Estado cujo objetivo precípua é a proteção e promoção dos direitos fundamentais atua precipuamente através do fomento de políticas públicas e completamente vinculada ao arcabouço jurídico, notoriamente guiado pelo Direito Constitucional.

Nesse sentido, Baptista (2016) defende a relação de interdependência entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo. Para além da sustentada relação de sobreposição do primeiro em relação ao segundo, defende a verdadeira inteiração de aprimoramento mútuo dos dois ramos.

Em uma ótica comparativa, afirma que o direito administrativo foi o mais fortemente alcançado pela nova ordem constitucional, demonstrando, de outro lado, que é preponderantemente através da Administração Pública, comprometida com os fins constitucionais, que o projeto constitucional se concretiza (BAPTISTA, 2016, p. 1941).

Para materializar o anseio constitucional, assim como os órgãos julgadores, os órgãos e entidades públicas administrativas também devem pautar-se pela Teoria da Argumentação Jurídica, na medida em que confere ferramentas de consistência lógico-racional justamente para essa tarefa interpretativa do ordenamento jurídico. Procedendo dessa forma é que se alcança a capacidade de não atuar de maneira arbitrária. Afinal, se o administrador público não é “senhor absoluto” não pode atuar conforme seu livre convencimento arbitrário. E, devendo seguir a “vontade externa”, deve ser capacitado para a tarefa de bem compreendê-la.

Conforme já sustentado anteriormente, existe um abismo entre a previsão normativa e a efetiva concretização de seu conteúdo material. Nesse sentido, a importância de um atuar escorreito por parte da Administração Pública, responsável imediata pela promoção e proteção dos direitos fundamentais:

O problema, que se estende durante todo o período de nossa recente história republicana, pode ser resumido como um descompasso doutrinário e institucional entre a nossa extensa declaração de direitos e aquilo que Gargarella chama de “casa de máquinas” da Constituição, ou seja, o espaço de operação real das instituições e concretização das promessas constitucionais. Dessa forma, muitas vezes, a extensão constitucional de direitos fundamentais ou as elaborações doutrinárias mais sofisticadas não encontram reflexo na prática burocrática cotidiana (BAPTISTA, 2016, p. 1947).

Não se confunda que essa obrigação retiraria a margem de discricionariedade eventualmente conferida ao administrador, para quem é resguardado o juízo de conveniência e oportunidade. O problema é que, historicamente, a atuação da Administração Pública vem

sendo quase plenamente revestida desses juízos, como se fossem legítimos em toda a qualquer circunstância, o que não é verdade.

Para se chegar à discricionariedade que lhe confere o ordenamento jurídico, todas as etapas anteriores de correta condução da vontade estatal materializada na constituição há de ser observada e, mesmo quanto aos atos reconhecidamente discricionários, indubitável que deverão ser justificados com base na máxima da proporcionalidade, porque um Estado Democrático de Direito tem o dever de fundamentar sua atuação.

Longe de se pretender afirmar a prevalência do Judiciário sobre a Administração Pública – até porque se está de acordo com Baptista (2016, p.1951) ao defender a concretização dos direitos fundamentais dentro da burocracia e porque acredita-se na lúcida divisão de competências – o intuito é tão somente afirmar que a mesma racionalidade que se espera e se cobra do primeiro é igualmente devida pelo segundo.

Portanto, reconhecendo-se que a Administração Pública retira sua legitimidade e a racionalidade de seu atuar da mesma fonte que o Poder Judiciário, conclui-se sem grandes dificuldades pela possibilidade de controle por parte deste último.

Aliás, conforme ensina Toledo, ao contrário de uma ingerência indevida, eventual necessidade de controle apresenta-se como verdadeiro dever de controle. Vejamos o excerto seguinte, que trabalha a relação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, cujo raciocínio aplica-se também ao Poder Executivo e também especificamente a Administração Pública:

O legislador pode afetar os direitos fundamentais mediante ação ou omissão, ultrapassando com isso as fronteiras de sua largadiscricionariedade, transformando-a em *arbitrariedade*. Nesse momento, deve atuar o Judiciário, na medida em que o *poder* do Estado é *um só*, seu *exercício* é que é *tripartido* para viabilizar a mais eficiente implementação de suas finalidades. E a finalidade maior de um Estado Democrático de Direito é a realização e garantia dos direitos fundamentais dos membros daquela sociedade (TOLEDO, 2014, p. 285).

A fim de exemplificar o exercício desse controle, bem como de verificar como a questão do direito ao saneamento básico vem sido tratada nos tribunais, a pesquisa contemplou também a análise de alguns julgados, a partir dos parâmetros descritos a seguir.

A análise de um caso singular é ainda bem-vinda considerando que essa ponderação entre os princípios definidores de competências não é possível de ser alcançada em abstrato (TOLEDO, 2014, p. 286). E, no caso em apreço, trata-se de direito social, categoria cuja justiciabilidade (exigibilidade judicial) é conquista ainda recente (TOLEDO, 2014, p. 278/279).

A pesquisa de julgados visou analisar os julgamentos ocorridos nos últimos cinco anos, portanto, desde 2013. Não foram muitos, em termos quantitativos, os resultados encontrados.

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do STF, através da expressão “saneamento básico”, foram anunciados apenas três julgamentos em que se reconheceu o instituto da repercussão geral. Nenhum deles, contudo, diz respeito ao tema aqui suscitado⁵³.

Com relação aos acórdãos em que tal repercussão não restou configurada, infere-se a negativa de análise das mais variadas questões atinentes ao saneamento básico por necessidade, segundo a argumentação do STF, de revolvimento de legislação infraconstitucional, sobretudo local⁵⁴. Perante o mesmo tribunal, a pesquisa sobre “saneamento básico reserva do possível” não apresentou qualquer resultado.

Na base de dados da jurisprudência do STJ, não foram rastreados acórdãos relativos a recursos repetitivos a partir da busca por “saneamento básico reserva do possível”. Três acórdãos foram localizados, todos de relatoria do Ministro Humberto Martins.

Os mais recentes, julgados em 2015, foram agravos regimentais, um em embargos de declaração e outro em recurso especial, tendo sido negado provimento a ambos⁵⁵. O recurso especial nº 1366331/RS, julgado em 16 de dezembro de 2014 pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça é pertinente ao objeto de pesquisa e, adentrando ao mérito, resultou o julgamento na seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO.VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMOEXISTENCIAL.

1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer

⁵³ O RE 847429 RG / SC - SANTA CATARINA diz respeito à possibilidade de delegação, mediante contrato de concessão, do serviço de coleta e remoção de resíduos domiciliares e sobre a natureza jurídica da remuneração do serviço de coleta e remoção de resíduos domiciliares prestado por concessionária, no que diz respeito à essencialidade e à compulsoriedade; o RE 600867 RG / SP - SÃO PAULO trata de imunidade tributária recíproca para sociedade de economia mista com participação acionária negociada em bolsa de valores; e, por fim, o RE 607056 RG / RJ - RIO DE JANEIRO versou sobre incidência de ICMS sobre o fornecimento de água encanada por concessionárias.

⁵⁴ Foram casos em que se interpôs agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, cujos provimentos foram negados. São exemplos os processos autuados sob os seguintes números: ARE 1076597 AgR / MG - MINAS GERAIS, ARE 1048745 AgR / SP - SÃO PAULO, ARE 1049883 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO, ARE 995814 AgR / SP - SÃO PAULO. 55AgRg nos EDcl no REsp 1533878 e AgRg no REsp 1475525. Não tendo sido analisado no mérito, restaram descartados por não demonstrarem utilidade à pesquisa.

consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública.

2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta.

3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública - limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente.

4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade.

5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado.

6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública.

7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reservadopossível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos. Recurso especial provido. (STJ, 2ª Turma, REsp 1366331 / RS, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, 16/12/2014).

Tendo explicitada a natureza e o objetivo da ação, passe-se à análise de algumas considerações do voto do ministro relator Humberto Martins, quanto a alguns assuntos já apresentados nessa dissertação.

Primeiramente, de se reconhecer que o Poder Judiciário, clamado ao controle de uma omissão da Administração Pública, reconheceu sua competência e, em diferentes instâncias, condenou o polo passivo da demanda, consubstanciado na Administração Direita, através da figura dos entes federativos, especialmente o Município de São Jerônimo, Rio Grande do Sul.

Nesse sentido, acertadamente reconhecida a omissão como indevida, aduziu que “o preceito de lei federal não pode ser interpretado como mera faculdade da administração pública” (BRASIL, 2014, p.7), no mesmo sentido defendido acima, de que a Administração Pública está vinculada às normas que compõem o ordenamento jurídico.

A teoria alemã da reserva do possível é levada em conta, reconhecendo-se que a insuficiência de recursos não pode se tratar de falácia. Pontua, contudo, sobre o dilema entre a efetivação dos direitos fundamentais e a disponibilidade de recursos nos seguintes termos:

O problema central é que as limitações orçamentárias vão de encontro à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que, em regra, realizam-se com a implementação de prestações positivas pelo Estado.

É justamente nesse ponto - da efetividade - que surge o principal desafio em matéria de direitos sociais, pois, sendo eminentemente prestacionais, demandam um conjunto de prestações positivas por parte do Poder Público. Tais direitos sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral.

Assim, é necessário buscar a conciliação entre a existência de limitações fáticas e a imperiosidade de efetivação dos direitos fundamentais. Por este motivo, arrisco-me a aprofundar na análise em torno do que seja a reserva do possível, qual o seu alcance e em que condições a tese pode ser alegada. Nesta tarefa, recorro-me ao direito germânico para constatar que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao buscar desenvolver a noção da "reserva do possível", firmou o entendimento de que esta apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice: a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) uma dimensão jurídica, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias e; c) por fim, na perspectiva de eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Feitas essas considerações, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez, que deve ser analisada com mais proficuidade. A escassez é "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha - de decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode traduzir-se na ausência de dinheiro para a prestação de educação de qualidade ou de serviços de saúde (BRASIL, 2014, p.8/9).

Ainda de acordo com o ministro relator, agora no tópico em que fala sobre a prioridade dos direitos fundamentais, são tecidas considerações acerca da existência de um núcleo de direitos que são inafastáveis, por representarem a própria finalidade do Estado. No mesmo sentido como argumentado acima, sustenta-se a diferença entre a reserva do possível e a má gestão do administrador:

Assim, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana - liberdades civis, direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde etc. - não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador (BRASIL, 2014, p.10).

Sobre o dilema, ao qual reconhece caráter real, de necessidade de concretização dos direitos fundamentais apesar da limitação de recursos, aduz sobre o mínimo existencial que precisa ser garantido, aduzindo expressamente que, *a priori*, a teoria da reserva do possível a ele não se opõe.

Esse mínimo existencial não pode ser postergado, devendo, portanto, ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido, abre-se a possibilidade para a efetivação de outros gastos não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais.

Por esse motivo, pelo menos *a priori*, a teoria da reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial. (BRASIL, 2014, p. 12).

Cuidou ainda a decisão de distingui-lo do mínimo vital, que seria o mínimo pra viver. Aduz que há de ser contemplada, ainda, uma dimensão sociocultural que assegure o mínimo de civilidade e convivência em um meio ambiente equilibrado.

O julgador aponta ainda a interrelação do saneamento com o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado, defendendo que o saneamento básico é pressuposto para o pleno gozo dos direitos à saúde, à vida e à própria dignidade da pessoa humana.

Defendendo a força normativa da constituição, argui sobre a impossibilidade de o legislador local inobservar as normas constitucionais e apresenta entendimento do tribunal do qual faz parte no sentido de que o Poder Judiciário pode se posicionar no sentido de exigir sua observância.

Conclui pela sobreposição do mínimo existencial em relação à reserva do possível, considerando que a previsão orçamentária deverá assegurar o mínimo existencial dos administrados e, colacionando julgados de relatoria do Ministro Benjamim Herman, frisa que a reserva do possível não poderá servir de escusa para um administrador relapso, insensível às situações de degradação humana, assim considerados aqueles que dão preferência à canalização dos recursos para satisfação das escolhas pessoais em detrimento da obediência às opções constitucionais.

O julgado analisado considerou a maioria dos pontos abordados nessa dissertação e, considerando a pesquisa realizada, consiste em um bom precedente para as próximas demandas que vierem a ser julgadas sobre o mesmo tema.

Em verdade, esse julgado surpreendeu positivamente, considerando que raramente se tem a oportunidade de apreciar uma decisão concisa em sua estruturação racional, atenta à

Teoria da Argumentação, e à Teoria dos Direitos Fundamentais, no que toca ao conteúdo material.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa tem sua gênese nos estudos do direito à saúde, a partir da qual se encontrou o tema do saneamento básico. A curiosidade para a compreensão desse direito emergiu de pronto, considerando que pouco se conhecia a seu respeito e a vivência cidadã fazia crer que sua concretização era parca.

Considerando a influência prévia do marco teórico aqui aprofundado, foi consequência natural a tentativa de categorizar o direito ao saneamento básico, perquirindo-se acerca de sua natureza jurídica. Afinal, como o considera o ordenamento jurídico brasileiro?

A consciência acerca da estrutura dos direitos fundamentais, conforme sistematização de Alexy (2011b), conduziu ao questionamento acerca da possível relação do núcleo essencial do direito à saúde com o saneamento básico, devido a duas considerações principais.

Primeiramente, já se tinha conhecimento das conclusões de Duarte (2011) sobre o núcleo essencial do direito à saúde, a qual resultou na diferenciação das denominadas demandas de primeira necessidade e demandas de segunda necessidade. Em segundo lugar, tinha-se uma ideia intuitiva de que o saneamento básico contemplava medidas de extrema essencialidade. Daí resultou, portanto, a primeira hipótese suscitada, que considerava a pertença do saneamento básico ao núcleo essencial do direito à saúde.

O fato de que tudo fazia muito sentido e que a resposta parecia estar evidente consubstanciou-se em um sinal de alerta. Prezou-se pela extrema cautela para o desenvolvimento da hipótese, com o intuito de que não se configurasse um enviesamento em favor de sua confirmação, o que reconhecidamente prejudica os resultados que se espera de uma pesquisa científica.

Observa-se, após a conclusão do trabalho, que essa preocupação chegou, em alguns momentos, a embaraçar o desenvolvimento da pesquisa, que por vezes se estancou por temor às conclusões precipitadas. Ao término desta trajetória, percebeu-se que não eram precipitadas, apenas mais óbvias do que possivelmente se esperava.

O tempo da pesquisa e sobretudo as reuniões de orientação foram essenciais para que algumas amarras da insegurança fossem desatadas. As leituras acerca da dignidade também foram de grande contributo para se reconhecer, com maior grau de certeza, a relevância que o saneamento básico representa para a vida humana.

Ainda, ao curso da pesquisa, muitas perspectivas então ocultas tornaram-se conhecidas, como a compreensão acerca da inter-relação e interseção inevitável entre os direitos fundamentais e o conseqüente esclarecimento acerca da impossibilidade de se delimitar precisamente a fronteira entre um e outro.

O conteúdo dos direitos fundamentais é, em certa medida, coincidente. Essa visão, contudo, não era clara ao início, o que parece se justificar pelo fato de que o histórico da formação educacional no Brasil tende à fragmentação e divisão, em sentido contrário à interdisciplinariedade. A ideia que se tinha acerca do direito à saúde era de que existia por si, sozinho, enquanto que os outros direitos, de igual forma, também contemplavam um conteúdo próprio e esparsos dos demais.

O amadurecimento dessa perspectiva jurídica, conseqüente da imersão filosófica sobre o tema dos direitos fundamentais, promoveu, contudo, a compreensão de que todos eles, em conjunto, integram a dignidade da vida humana. Em alguma medida e sob determinadas perspectivas, são possíveis divisões em que esses variados aspectos necessários para a sua concretização apresentam-se com maior destaque.

Concluiu-se que o conteúdo do direito ao saneamento básico não era exclusivo de si mesmo, o que, a princípio, se acreditava (que ele fosse considerado autônomo). De outro lado, o saneamento básico tampouco compõe o núcleo essencial do direito à saúde com a exclusividade que a princípio se imaginou. Em verdade, o conteúdo que se pode reputar como correspondente ao saneamento básico intersecciona também com o direito ao meio-ambiente equilibrado, à moradia, à educação, ao trabalho etc., em diferentes graus.

Uma das grandes conclusões da pesquisa foi a constatação da fundamentalidade do saneamento básico. O lastro primordial dessa ilação foi o princípio dignidade da pessoa humana, que se consubstancia no principal alicerce da república federativa do Brasil, conforme a Constituição (BRASIL, 1988). A consequência de maior relevo dessa inferência consiste na aplicabilidade imediata da qual se revestem as normas relativas a direitos fundamentais, independentemente de norma infraconstitucional.

Como forma de estudar a melhor forma de concretização desse direito, analisando sobretudo os dispositivos constitucionais que faziam menção explícita ao saneamento básico, concluiu-se por sua maior aproximação com o direito à saúde, considerando os comandos relativos à execução das políticas públicas correlatas.

Passos importantes e que talvez tenham consumido mais tempo do que o necessário – em consequência do receio das conclusões antecipadas – foram dados no sentido

de verificar a aproximação do saneamento básico com o direito à saúde e à vida, através dos dados que demonstram a relação indireta entre melhores prestações positivas de saneamento e menores índices de morbidade e mortalidade.

Tais constatações caminhavam em direção à confirmação da hipótese, ainda que no caminho alguns percursos e considerações não tenham sido a princípio imaginados. Afinal, se o saneamento básico tinha comprovada afetação no direito à saúde a ponto de atingir até mesmo o direito à vida, consolidava-se a ideia de coincidência com o núcleo essencial do primeiro.

Um desvio foi feito quando se suscitou a possibilidade de algumas medidas relativas ao saneamento básico respeitarem níveis de essencialidade diferentes, considerando os diferentes impactos que poderiam causar na saúde humana e, sobretudo, na vida.

Cogitou-se a possibilidade de apenas as medidas relativas a água e esgoto comporem o núcleo essencial do direito à saúde, na medida em que havia comprovado impacto na vida humana devido aos índices de mortalidade em decorrência da carência daqueles serviços. Isso porque não foram encontradas pesquisas capazes de afirmar com o mesmo grau de certeza que as medidas relativas ao manejo de resíduos sólidos e de águas pluviais era decisivo para ocasionar a morte.

Diante desse cenário, verificou-se outro desvio do conteúdo inicialmente estudado. Em verdade, ocorreu a reformulação de um conceito, no sentido de torna-lo mais abrangente. O núcleo essencial do direito à saúde, consubstanciado pelas chamadas demandas de primeira necessidade, foi repensado. É que se constatou que seu conteúdo se restringia às demandas que representavam o direito à vida em seu viés fisiológico. Considerando o posicionamento da doutrina acerca do mínimo existencial, compreendeu-se que a Constituição prevê a garantia da vida para além da mera sobrevivência, ou seja, prevê o direito a uma vida digna.

Considerando, então, a abrangência do conceito de forma que coincidissem com uma concepção de vida digna, nova análise sobre as medidas relativas ao saneamento básico foi investigada. A partir dessa compreensão, a conclusão acerca da essencialidade da demanda já não estava adstrita à fatalidade para a vida em seu aspecto físico. Eventual carência prestacional que representasse a ausência de dignidade humana seria o suficiente para que fosse considerado o respectivo serviço como pertencente ao núcleo essencial.

Diante desta reformulação do conceito do núcleo essencial do direito à saúde, concluiu-se que, inevitavelmente, todas as medidas relativas ao saneamento básico estão

diretamente ligadas ao conceito de dignidade da pessoa humana. Os serviços atinentes ao saneamento básico dizem respeito a higiene, salubridade, limpeza, o que não pode ser negado a nenhuma pessoa, sobretudo considerando o patamar civilizatório já alcançado a nível nacional e internacional.

Conforme restou consignado, o saneamento básico é conceito mutável, que vem se sedimentando ao longo da evolução histórica, justamente por ser relativo ao padrão de desenvolvimento da civilização humana. Hodiernamente, considerando toda a evolução já percorrida pela humanidade e a grande capacidade já alcançada para criação e concretização de tecnologias, serviços e entretenimento de alto nível de conforto, conclui-se que as medidas relativas a abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de lixo e águas pluviais é, indubitavelmente, essencial à dignidade humana. Assim sendo, o direito fundamental ao saneamento básico, cujo conteúdo coincide integralmente com o núcleo essencial do direito à saúde, há de ser concretizado integral e universalmente, justamente como prevê o ordenamento jurídico brasileiro.

O maior desafio que se previa enfrentar refere-se à capacidade orçamentária do Estado para a efetivação total e imediata do direito ao saneamento básico. Ao longo da pesquisa, contudo, tal receio restou aquietado de maneira lógica e racional. A capacidade econômica e financeira do Estado, em primeiro lugar, não deve ser presumidamente considerada insuficiente. Percebeu-se que existe uma retórica viciada no sentido de afirmar a incapacidade do Estado viabilizar saneamento básico, notoriamente com relação aos custos das obras de infraestrutura.

Ocorre que não foram encontrados estudos que traduzissem para dados objetivos os custos de um investimento suficiente para concretização desse direito fundamental. Essa é, aliás, uma limitação desta pesquisa, cujo recorte e metodologia não puderam alcançar a mensuração do que representa, objetivamente, a concretização plena do direito ao saneamento básico no Brasil. Assim, não se podendo afirmar com segurança razoável que a Administração Pública tem condições de fazê-lo, mas tampouco se pode afirmar que não existem condições para tanto.

Buscou-se, como mais modesta contribuição acerca desse tema, afastar o repetido discurso de insuficiência de recursos do Estado, como se fosse uma limitação real e, pior, que jamais pudesse ser ilidida. Tal estratégia foi traçada considerando que: i) a Constituição (BRASIL, 1988) contempla uma correspondência entre as receitas que garante e os deveres que se obriga ao Estado; ii) existem formas de se promover as obras de infraestrutura e

também os serviços com capital privado, através do regime de concessão; iii) eventual impossibilidade da Administração Pública há que ser cabalmente demonstrada.

Não obstante, considerando a possibilidade de restar verdadeiramente demonstrada a insuficiência do Estado para tanto, foram antecipadas considerações acerca da reserva do possível. Em um primeiro momento, essa teoria não se sobrepõe ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, considerando que correspondem ao mínimo existencial, garantidor de condições essenciais de existência digna. Contudo, ainda que com relação a esse nível, caso os recursos sejam severamente escassos, foram analisados critérios éticos para alocação dos recursos disponíveis.

Alguns critérios foram prontamente afastados, defendendo-se a prevalência de outros, sendo certo que o objetivo final e que terminou por cristalizar-se como melhor critério foi onúmero de assistidos por determinada obra de saneamento.

Outra limitação que também remanesce como sugestão para pesquisas posteriores, diz respeito à categorização prioritária entre as medidas relativas ao saneamento básico, as quais poderão ou não encontrar um paralelo com os critérios éticos listados. Vislumbrou-se essa possibilidade, mas já não havia mais tempo hábil para uma investigação consistente sobre o tema.

Com relação à parte excedente ao núcleo essencial do direito à saúde, a necessidade de otimização já é presumida e resolve-se através da máxima da proporcionalidade, a qual restou devidamente esclarecida no capítulo do referencial teórico. Em sede de desenvolvimento, o tema não voltou a ser explorado em termos mais concretos considerando que a conclusão anterior, de que o saneamento básico como um todo repousa junto ao núcleo essencial do direito à saúde, tornou-a desnecessária, considerado o presente recorte. Ao revés, consignou-se mais detidamente sobre os critérios éticos que visam a alocação mais coerente dos recursos severamente escassos.

A última seção foi dedicada à análise do exercício jurisdicional sobre a questão. Muito já se produziu nesse sentido e a intenção desta pesquisa não teve essa abordagem como foco, pelo que basicamente restringiu-se a demonstrar que a obrigação de vinculação ao ordenamento jurídico recai igualmente sobre a Administração Pública e sobre o Poder Judiciário, pelo que eventual controle faz-se totalmente possível nesses exatos termos.

A pesquisa pôde contribuir, primeiramente, para o amadurecimento de conceitos de vital importância para a Teoria da Argumentação Jurídica, como a estrutura dos direitos fundamentais, sobretudo o ainda pouco desenvolvido conceito de núcleo essencial.

Considerada sua relevância e, ainda, as consequências que de sua afirmação advém – que é o caráter mandamental de seu conteúdo – o resultado é de grande impacto para toda a sociedade, que pode contar com mais uma ferramenta para ver realizada sua dignidade humana.

Em segundo lugar, o grande contributo da pesquisa veio a ser o olhar dedicado ao saneamento básico, cuja abordagem na condição de um direito ainda é rara, como se aferiu em sede de revisão de literatura. Se existe pouco interesse político sobre o assunto, como empiricamente se contata, raras são, também, as manifestações da doutrina jurídica. Ou seja, trata-se de assunto relativamente pouco estudado, apesar de sua essencialidade.

Encarar o saneamento básico, abraçando todas as suas vertentes e propondo-se à análise de sua natureza jurídica não foi tarefa fácil, sobretudo devido à rarefeita literatura sobre esse tema, especificamente. Nada obstante, todo o processo se traduziu em experiência extremamente engrandecedora e deixa como contributos principais uma compreensão mais abstrata sobre os direitos fundamentais e a existência de um conteúdo uno comum a todos eles; a fundamentalidade do saneamento básico e seu caráter de regra; a obrigação imediata da Administração Pública de promovê-lo integral e universalmente – a menos que demonstre cabalmente qualquer parcela de incapacidade para fazê-lo, hipótese em que deverá se orientar um plano de ação através dos critérios éticos – sendo que todo esse exercício poderá ser controlado pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. – Brasil: Malheiros, 2011.

BARCELLOS. Ana Paula de Barcellos. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARCELLOS. Ana Paula de Barcellos; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport; FLORENTINO, Juliana; SOUZA, Sérgio de; BIANCO, Tércio. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. *Revista Direito GV*. São Paulo. V. 13 N. 2, pag. 457-483, mai-ago 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/70818/68267>> Acesso em: 23 mai. 2018.

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa. *Direito da Cidade*, v. 8, p. 1938-1960, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Decreto nº 591, 06 JUL.1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 07 jul. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Decreto nº 8.141, 20 nov. 2013. Dispõe sobre o Plano Nacional de Saneamento Básico - PNSB, institui o Grupo de Trabalho Interinstitucional de Acompanhamento da Implementação do PNSB e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 21 nov. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8141.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União* Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 131, 27 mai. 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 28 mai. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.318, 26 set. 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 27 set. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5318.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, 13 jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.080, 19 set. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.741, 01 out. 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.257, 10 jul. 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.445, 05 jan. 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 08 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.329, 01 ago. 2016. Altera a Lei no 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, para criar o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico - REISB, com o objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos, por meio da concessão de créditos relativos à contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 02 ago. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13329.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.160, 17 mai. 2014. Habilita propostas a receberem recursos referentes ao Programa de Requalificação de Unidades Básicas de Saúde (UBS) componentes Construção, Ampliação e Reforma. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 mai. 2014. Disponível em: <*Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 08 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. Análise de indicadores relacionados à água para consumo humano e doenças de veiculação hídrica no Brasil, ano 2013, utilizando a metodologia da matriz de indicadores da Organização Mundial da Saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. – Brasília: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2015/marco/12/analise-indicadores-agua-10mar15-web.pdf>>. Acesso em 06 de abril de 2018.

BRASIL. Ministério das Cidades. O saneamento Básico no Brasil (apostila). *Curso a distância de autoinstução – Planos de Saneamento Básico – Turma 3/2017*. Programa Nacional de Capacitação das Cidades. Brasília, DF, 01 out. 2017 a 11 dez. 2017.

BRASIL. Ministério das Cidades. Introdução à coleta de dados do SNIS – Água e Esgoto (apostila). *Curso a distância de autoinstução – Introdução à coleta de dados do SNIS – Água e Esgoto*. Programa Nacional de Capacitação das Cidades. Brasília, DF, 06 nov. 2017 a 11 dez. 2017.

BRASIL. Ministérios: Casa Civil, Fazenda, Saúde, Planejamento, Meio Ambiente, Integração Nacional e Cidades. Portaria Interministerial nº 571, 05 dez. 2013. Aprova o Plano Nacional de Saneamento Básico, cujo nome adotado, para efeitos de divulgação, será PLANSAB. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 05 dez. 2013. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab_texto_editado_para_download.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Aplicação web série histórica. Água e Esgoto Indicadores Agregados, Ano 2015, Regiões Norte e Sudeste, todos os prestadores, Indicadores Operacionais Água e Esgoto; Resíduos Sólidos Indicadores Agregados, Ano 2015, Regiões Norte e Sudeste, todos os prestadores, Indicadores Operacionais Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://app3.cidades.gov.br/serieHistorica/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração do Recurso Especial nº 1533878/RJ. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Município de Maricá; Companhia Estadual de Água e Esgotos - CEDAE. Brasília, 24 nov. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1533878&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1475525/RJ. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Município do Rio de Janeiro; Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 13 nov. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1475525&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1366331/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Município de São Jerônimo. Brasília, 19 dez. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1366331&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1048745 AgR/SP. Agravante: Condomínio do Edifício Crystal Tower. Agravado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Brasília, 19 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281048745%2ENUMER%2E+OU+1048745%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycag3m79>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1049883 AgR/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Marcelo da Silva de Souza e outros. Brasília, 06 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281049883%2ENUMER%2E+OU+1049883%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8lo4qt3>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1076597 AgR/MG. Agravante: Companhia de Saneamento Básico de Minas Gerais COPASA MG. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Interessado: Município de Guidoal. Brasília, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281076597%2EENUME%2E+OU+1076597%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y93efw7j>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 995814 AgR/SP. Agravante: Instituição Paulista Adventista de Educação e Assistência Social. Agravado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Brasília, 28 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28995814%2EENUME%2E+OU+995814%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8o7qw4e>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 607056 RG/RJ. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Condomínio do Edifício Paula. Interessado: Associação das Empresas de Saneamento Básico Estaduais – AESBE. Brasília, 21 dez. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28607056%2EENUME%2E+OU+607056%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y9a4v6c7>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 847429 RG/SC. Recorrentes: Liliane Denise da Maia; Marcondes Witt e outro (A/S). Recorridos: Município de Joinville; Ambiental Saneamento e Concessões Ltda. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 10 ago. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28847429%2EENUME%2E+OU+847429%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/j2h23bl>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 600867/SP. Recorrente: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP. Recorrido: Município da Estância Balneária de Ubatuba. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 10 fev. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28600867%2EENUME%2E+OU+600867%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/zqa58tb>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Inovações no Direito Administrativo: uma revisão dos alicerces teóricos do Direito Administrativo após os impactos do Pós-Positivismo Jurídico*. 1ª ed. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2016.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; REIS, Vítor Medeiros dos. Poder de polícia no estado democrático de direito: uma proposta de reconstrução teórica sob a égide do paradigma pós-positivista. *Direitos Fundamentais e Democracia IV: XXIII Congresso Nacional do Conpedi*. Universidade Federal da Paraíba (UFPB). João Pessoa, 05 a 08 nov. 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b303666e7e5da02c>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Serviços públicos e direitos fundamentais*. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GARCIA; Fernando e outros. Benefícios econômicos da expansão do saneamento brasileiro. Fundação Getúlio Vargas e Instituto Trata Brasil. 2010. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/TrataBrasil/trata-13-jul-beneficiosexpansaosaneamento>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

HELLER, Léo. *Saneamento e Saúde*. OPAS/OMS Representações no Brasil. Brasília: 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUIZ DE FORA. O direito constitucional e os poderes legislativo e executivo. Aula Magna da Dra. Ana Paula de Barcellos na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. 14 ago. 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KILNER, John. F. *Who lives? Who dies?: ethical criteria in patient selection*. Yale: Yale University Press, 1990.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. Tradução de João Costa Neto. In *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto Brasiliense de Direito Público. Ano 7, n. 01, jan/jun 2014. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/960/650>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. O orçamento público no estado constitucional democrático e a deficiência crônica na gestão das finanças públicas no Brasil. *Revista Sequêncian*. 76, p. 183-212, Florianópolis, ago. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00183.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

ONU. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*, 22 jul. 1946. Nova Iorque. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 23 mai. 2018.

PINTO, Élide Graziane. Seis vezes DRU: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais? *De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. n.11, p. 511-537, jul-dez 2008. Disponível em <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/120/Seis%20vezes%20DRU_Pinto.pdf?sequence=1>. Acesso em 23 mai. 2018.

RABELO, Humberto. COELHO, Raquel Oliveira; PINHEIRO, Ivens Chagas. O direito humano à água e ao saneamento básico e a sua (não) efetivação no direito brasileiro e no direito internacional. *Sítio Eletrônico Direito Diário*. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/direito-humano-a-agua/>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Direitos Fundamentais Atípicos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. rev. atual. eampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, 02 jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 01 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIQUEIRA, Mariana Santiago; ROSA, Roger dos Santos; BORDIN, Ronaldo; NUGEM, Rita de Cássia. Internações por doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado na rede pública de saúde da região metropolitana de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2010-2014*. Epidemiol. Serv. Saude, Brasília, 26(4):795-806, out-dez 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ress/v26n4/2237-9622-ress-26-04-00795.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

TOLEDO, Cláudia. Direitos Fundamentais - Conteúdo, Princípio da Proporcionalidade e Efetivação. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 27, p. 223-236, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=76&volume=>. Acesso em: 20 mai. 2018.

TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e conflito de competências. I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política – O futuro do constitucionalismo: perspectivas para a democratização do direito constitucional. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.p.278-292. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/301415854_Justiciabilidade_dos_Direitos_Fundamentais_Sociais_e_conflito_de_competencias>. Acesso em: 20 mai. 2018.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial – a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 n° 01, p.102 a 119 Fev/2017. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.