

**TUTELA JURÍDICA DA ÁGUA, DIREITO E DESENVOLVIMENTO: DA TEORIA
PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN À TEORIA DA COMUNICAÇÃO DE
RAFFAELE DE GIORGI**

**PROTECTION JURIDIQUE DE L'EAU, DROIT ET DEVELOPPEMENT: DE LA
THEORIE PURE DU DROIT DE HANS KELSEN PAR LA THEORIE DE LA
COMMUNICATION DE RAFFAELE DE GIORGI**

Alana Ramos Araujo¹

Luciano Nascimento Silva²

RESUMO

O fundamento II da Lei nº 9.433/97, conhecida como Lei de Águas Brasileira, consiste na água como um bem público dotado de valor econômico. Excluíram-se da norma outros valores que a água possui, tais como social, ambiental, cultural, e que já foram reconhecidos em documentos jurídicos internacionais. Assim, a valoração econômica da água revela a unilateralidade do modelo de tutela jurídica desta que, em virtude do impacto social que gera, suscita a necessidade de análise à luz do Direito com vistas para contribuir com a reflexão sobre o Desenvolvimento. Desta forma, a pesquisa objetiva analisar o valor econômico da água através da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e da Teoria da Comunicação de Raffaele De Giorgi e apontar o papel do Direito para o Desenvolvimento. A pesquisa é de caráter descritivo, apoia-se em método indutivo, e, abalizada numa reflexão teórica, subjaz um percurso metodológico bibliográfico-documental, por meio de uma proposta holística, levando em consideração o viés multifacetado da água e a policirise que nasce da relação sociedade/água. O trabalho parte do pressuposto de que o valor econômico da água consiste numa estratégia política de natureza ideológica ultraliberal que foi alçada à categoria de norma para que possa ser utilizada como mecanismo de dominação.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela jurídica da água; Valor econômico da água; Teoria Pura do Direito; Teoria da Comunicação; Desenvolvimento.

RÉSUMÉ

Le fondement II de la Loi nº 9.433/97, connu sous le nom de Loi de L'Eaux Brésilienne, constitué de l'eau comme un bien public dont la valeur économique. Ont été exclus de cette loi, des autres valeurs de l'eau tels que social, environnemental, culturel, et qui ont été

¹Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UFPB. Mestre em Recursos Naturais pela UFCG. Professora do curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau, na qual leciona Direito Constitucional, Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Bacharela em Direito pela UFCG. Contato: ara.alanapb@gmail.com

²Pós-doutorando em Sociologia e Teoria do Direito no *Centro di Studi sul Rischio (Dipartimentodi Studi Giuridici) della Facolta' di Giurisprudenza dell'Universita' Del Salento*, Lecce, Itália – CSR/FG/UNISALENTO (2013/2015). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC (2004/2009). Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo – USP (2001/2003). Professor Adjunto no Centro de Humanidades da Universidade Estadual da Paraíba – CH/UEPB (2011). Docente Colaborador no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ/CCJ/UFPB (2013-2016). Contato: lucianonascimento@hotmail.com

reconnus dans les instruments juridiques internationaux. Ainsi, l'évaluation économique de l'eau révèle la partialité de cette protection juridique qui, en raison de l'impact social qu'il crée, soulève la nécessité de revoir à la lumière du Droit afin de contribuer à la réflexion sur le modèle de développement. Dans ce cas, la recherche vise à analyser la valeur économique de l'eau à travers de la Théorie Pure du Droit de Hans Kelsen et de la Theory de la Communication de Raffaele De Giorgi et souligner le rôle du Droit au Développement. La recherche est de nature descriptive, elle c'est basé sur la méthode inductive et sur une réflexion théorique, sous-tend un chemin méthodologique bibliographique-documentaire, à travers d'une proposition globale, en tenant compte de multiple sense de l'eau et de la policirise qui est né de la relation société/l'eau. Le travail partie de la présupposition de que la valeur économique de l'eau est une stratégie politique de nature idéologique ultra-libérale qui a été soulevée à la catégorie de la norme de sorte qu'il peut être utilisé comme un mécanisme de domination.

MOTS-CLES: Tutelle juridique de l'eau; La valeur économique de l'eau; Théorie pure du droit; Théorie de la communication; Développement.

1 INTRODUÇÃO

A tutela da água no ordenamento jurídico brasileiro realiza-se por meio de variados comandos normativos, sendo que neste trabalho será privilegiada a Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997, cognominada Lei de Águas Brasileira, que consiste na norma geral que prevê a política pública de concretização do direito à água.

Nesta norma geral, tem-se que a água é um bem público dotado de valor econômico, em cujo fundamento vê-se com clareza que o aspecto econômico da água é tratado com primazia em relação a outros valores que a água possui, conforme atestam declarações e documentos jurídicos internacionais.

Ocorre que esta preferência normativa por construir o espaço econômico da água não inclui no sistema jurídico diversas contingências sociais, resultando que a norma geral referida não logra êxito em solucionar ou dar respostas satisfatórias a estas demandas do sistema social.

Vê-se que na relação sociedade/água surgem comunicações conflitivas, contingências mal ordenadas que o comando da norma geral, uma vez limitado pelo valor econômico da água, não é capaz de abarcar e de reorganizar. As relações podem ser da ordem de: usos múltiplos como abastecimento humano, dessedentação de animais, indústria, cultura, lazer, psicultura, agricultura, higiene, usos simbólicos, matriz energética, conforme a própria norma. Só que desta relação surgem comunicações como: poluição, escassez, uso

insustentável, desperdício, distribuição desigual, desabastecimento humano, morte de animais, devastação, consumo inconsciente, precificação que gera exclusão, danos.

Neste cenário, a valoração econômica da água pela norma geral mostra-se insuficiente para resolver tais contingências, considerando-se que a precificação da água não satisfaz a toda esta vasta comunicação que deriva da relação sociedade/água. Eis que surge como necessário internalizar para o Direito toda esta contingência social. A comunicação social ali apontada precisa ser transformada em comunicação jurídica. Isto se dará pelas plataformas próprias do Direito: norma e jurisprudência.

Esta internalização revela-se de cardeal importância no pensamento de Niklas Luhmann para quem o Direito é indispensável para imunizar a contingência e para equilibrar a comunicação social. Como a norma analisada é insuficiente, pois determina uma visão unitária para o valor da água, qual seja, o econômico, faz-se como apontamento que o Direito brasileiro será capaz de harmonizar estas contingências se a norma geral for reformulada no seu fundamento pela autoridade estatal legítima ou pela jurisprudência.

Para Raffaele De Giorgi, partícipe e seguidor das ideias de Luhmann, esta questão ficou em aberto na Teoria Pura do Direito (TPD) de Hans Kelsen, carecendo de complementação, em melhores termos, de relegitimação por meio do fundamento sociológico contingencial da jurisprudência. Assim, para Raffaele De Giorgi, este mosaico de comunicações sociais conflitivas são internalizadas para o Direito por meio da manifestação judicial ao considerar como fundamento de legitimação a própria contingência.

Diante destas considerações preliminares a respeito do tema, indaga-se: como interpretar o valor econômico da água estabelecido na Lei nº 9.433/97 ante o Direito e o desenvolvimento?

Em busca de soluções a este problema, objetiva-se com a pesquisa analisar o valor econômico da água previsto na Lei nº 9.433/97 a partir da teoria pura do direito construída por Hans Kelsen, tendo em vista que no escorço metodológico kelseniano, a norma geral que dota a água de valor econômico é válida, pois emana da autoridade estatal competente, tem imperatividade, deve ser cumprida e interpretada como ato de vontade geral e abstrato ao qual o aplicador da norma – o juiz – irá gerar o seu ato de vontade particular.

Ainda objetiva-se, com base nas observações realizadas a partir da TPD, proceder-se à análise do valor econômico da água com base na Teoria da Comunicação na qual inserem-se Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, apontando-se, ao final, as perspectivas para o Desenvolvimento a partir do papel do Direito.

Do exposto, este trabalho, situado no campo das Ciências Jurídicas e Sociais, transita nas áreas do Direito de Águas³, Teoria do Direito, Sociologia do Direito e Desenvolvimento. Por meio destes ramos do plano jurídico-gnosiológico a tutela jurídica da água será analisada numa proposta holística, levando em consideração o viés multifacetado⁴ da água e a policirise⁵ que nasce da relação sociedade/água.

Abalizado numa reflexão teórica, de cunho descritivo, o trabalho percorre o objeto de estudo através do método de abordagem indutivo, de modo que subjaz a investigação de um aspecto particularizado da Lei nº 9.433/97 em vistas de construir afirmações de cunho geral sobre esta norma. Este caminho metodológico acosta-se à literatura pertinente sendo utilizados como marcos teóricos a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e a Teoria da Comunicação de Raffaele De Giorgi como substratos fundamentais para a análise do objeto pretendido – o valor econômico da água e sua interação com o Direito.

A pesquisa mostra-se de relevância acadêmica no sentido de contribuir com os esforços dos pesquisadores aqui aventados e, assim, promover a reflexão na comunidade científica; além disso, revela-se de importância social com vistas a demonstrar o papel de destaque que desempenha o Direito na reorganização das contingências sociais mal ordenadas e na concretização e promoção do desenvolvimento, levando-se em consideração que o percurso empreendido na pesquisa ilumina a ciência jurídica dotando-a de um papel de envergadura para o desenvolvimento nas suas múltiplas dimensões: econômica, social, ambiental.

Para promover uma visão *a priori* sobre a estruturação do trabalho, apresentam-se as partes que o compõem: o trabalho está dividido em seções, sendo que a seção 2 trata da tutela jurídica no Brasil, de modo a esboçar uma visão geral a respeito da água no ordenamento jurídico brasileiro; a seção 3 trata da análise propriamente dita do valor econômico da água na TPD e na Teoria da Comunicação; a seção 4 é destinada a revelar o papel de importância que o Direito possui para o desenvolvimento através de uma tutela jurídica da água ordenada a realizar o aspecto econômico, social e ambiental do desenvolvimento; na seção 5 são apresentadas as conclusões finais a que chega este trabalho.

³Como um ramo que alcançou autonomia em relação ao Direito Ambiental, conforme apontado por Granziera, 2006 e Pompeu, 2009.

⁴No sentido utilizado por Paulo de Bessa Antunes (2012). Ele indica que a água é um bem que agrega mais de um sentido na conjuntura social.

⁵Termo utilizado por Corte e Portanova (2013) para se referir aos diversos fatores que influenciam na crise da água.

2 TUTELA JURÍDICA DA ÁGUA NO DIREITO BRASILEIRO

Água, lei, gestão e sociedade são partes de um todo complexo, geralmente problemático, cujo processo de evolução, no Brasil, passou por lentas e sucessivas fases para se chegar à atual configuração de escassez, regulamentação e descentralização das decisões.

Quando a visão paradigmática da água era a da abundância dos corpos hídricos brasileiros, a regulamentação era parca, distanciada das questões socioambientais (CAMPANHOLE; CAMPANHOLE, 2000), tanto assim que a disciplina jurídica e administração das águas do Brasil sob a égide do Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934, notadamente conhecido como Código de Águas, era voltada essencialmente para “disciplinar o aproveitamento industrial das águas e, de modo especial, o aproveitamento e exploração da energia hidráulica” (MILARÉ, 2009, p. 483), tendo em vista a corrida pelo desenvolvimento industrial do país neste momento histórico cuja economia deixava de ser marcadamente agrícola.

Todavia, foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que abriu horizontes para uma gestão hídrica sistemática, integrada e descentralizada através do artigo 21, inciso XIX que determina a competência da União para instituir o sistema nacional de gerenciamento dos recursos hídricos, revelando a intenção do legislador constituinte de instituir um novo modelo de gestão hídrica no país.

A determinação constitucional mencionada foi regulamentada em nível infraconstitucional com a edição da Lei Ordinária nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997, a qual instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH).

Numa visão global, o modelo de gestão hídrica brasileiro está ancorado na seguinte estrutura: Título I que traz a PNRH, cujos quatro capítulos estabelecem os fundamentos, os objetivos, as diretrizes gerais de ação e os instrumentos da gestão; Título II, que contempla o SINGREH, sendo dividido em seis capítulos que tratam dos objetivos e da composição do sistema, bem como dos órgãos incumbidos de executar a política hídrica; ao final, nos Títulos III e IV a lei em comento prevê infrações e penalidades e disposições gerais e transitórias, respectivamente.

Cabe, neste interregno, fazer uma breve contextualização da gênese da Lei nº 9.433/97, cujo processo de gestação produziu reflexos diretos no modelo de gestão cunhado neste documento jurídico.

A política hídrica brasileira foi erguida com base na administração francesa da água (D'ISEP, 2010) a qual, no direito comparado, é considerada “uma das experiências de gestão da água potável e de saneamento da água servida mais bem sucedidas da Europa ocidental” (MACHADO, 2003, p. 31), “sobretudo no que se refere ao envolvimento de distintos grupos sociais na definição das formas de regulação do acesso e uso da água” (OCDE, 2003, apud MARTINS, 2008, p. 86).

O modelo francês de gestão de recursos hídricos é regulamentado pela Lei nº. 64-1.245, a qual “permitiu a implantação de um sólido e pioneiro sistema de gestão” (RAMOS, 2007, p. 14) aperfeiçoado pela Lei nº. 92-3 (LANNA, PEREIRA, HUBERT, 2002, p. 118) e orientado pelo Código Francês do Meio Ambiente que determina: “Art. L. 210-1 – *L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général*”⁶.

A importação deste modelo para a realidade brasileira veio num cenário político, econômico, social e ambiental de grande complexidade, revelando profundas desigualdades sociais e estagnação econômica (SACHS, 2003), depleção do meio ambiente natural, internalização da tendência mundial à mercantilização dos espaços da vida social, em especial através do discurso ambientalista, e dos recursos naturais, destacando-se, neste íterim, a água (QUERMES, 2006).

Assim, o novo marco regulatório antecitado, em atenção às pressões econômico-ambientais introduzidas pela Agenda 21, confeccionada na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), chamada Eco-92 ou Rio-92, erigiu um modelo de gestão hídrica marcado pelos “mecanismos de mercado” (SILVA, 2010, p. 145), com “elementos claros de regulação econômica voltados para a formação de um mercado de águas” (NETO, 2009, p. 57) dentre os quais o valor econômico da água, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos e a outorga pelos direitos de uso dos recursos hídricos.

Este modelo, portanto, carece de uma investigação no que tange à valoração econômica da água, a qual imprime reflexos diretos no desenvolvimento; esta investigação, diga-se, sob o olhar da ciência jurídica em articulação com a ciência social, cuja interseção aglutina potencial para dar ao desenvolvimento perspectivas para a sua realização.

⁶ Tradução livre: A água faz parte do patrimônio comum da nação. Sua proteção, seu desenvolvimento e o seu uso, em respeito ao equilíbrio natural, são de interesse geral.

3 O VALOR ECONÔMICO DA ÁGUA EM HANS KELSEN E EM RAFFAELE DE GIORGI

Antes de passar à análise do valor econômico da água na TPD e na Teoria da Comunicação, é importante demarcar os pressupostos do trabalho. Nesta pesquisa, valor econômico da água entende-se como uma estratégia política de “natureza ideológica ultraliberal” (CAUBET, 2006, p. 213) alçada à categoria de norma para que possa ter validade jurídica, status de obrigatoriedade, caráter vinculante e imposição de cumprimento utilizada como mecanismo de “dominação” (FERRAZ JÚNIOR, 2003).

A Lei nº 9.433/97 determina no artigo 1º, inciso II que a “água é um bem público, dotado de valor econômico”. Considerando o sentido do valor econômico da água acima apontado, a norma hídrica em tela descortina um modelo de gestão hídrica predominantemente voltado para a utilização da água como um recurso para o desenvolvimento econômico, inobstante ser assaz comum na literatura a compreensão de que “a Lei nº 9.433/97 coloca o Brasil entre os países de legislação mais avançada do mundo no setor de recursos hídricos” (PORTO; PORTO, 2008, p. 6) e que a finalidade da política das águas “é orientada pelo direito humano universal de acesso à água” (D’ISEP, 2010, p. 226).

De fato, o modelo de gestão hídrica brasileiro tem como objetivo “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água” (LEI Nº 9.433/97, ART. 2º) e “o efetivo exercício dos direitos de acesso à água” (LEI Nº 9.433/97, ART. 11), todavia não é o que se observa através da “posição econômicoideológica adotada pelo Estado” brasileiro na formulação desta política hídrica (NETO, 2009, p. 57).

Com efeito, até mesmo a escolha da nomenclatura adotada pela política hídrica revela esta posição econômicoideológica vez que a água é o elemento natural (GRANZIERA, 2001) e o recurso hídrico é a água voltada para a finalidade de bem econômico (POMPEU, 2006).

Neste diapasão, a política de águas contempla uma profunda mudança paradigmática no que concerne ao valor da água (GRAF, 2010), dando a esta a primazia do valor econômico (MUSSETTI, 2001) sobre outros valores fundamentais tais como social, ambiental, humano, ético, cultural.

Assinale-se que este paradigma economicista da água reverte-se em consequências que comprometem a democratização efetiva dos direitos de acesso à água, tendo em vista que a política nacional de recursos hídricos possui “um importante papel diretivo, na medida em

que indica valores e decisões políticas que devem ser consideradas no gerenciamento dos recursos hídricos em nosso país” (IRIGARAY, 2003, p. 118), influenciando o tipo de relação que os grupos envolvidos na gestão – Poder Público, usuários econômicos e sociedade – devem manter com a água.

Além disso, “como não há nada, na lei, que garanta o abastecimento gratuito das populações, especificamente carentes, as concessionárias de água pretenderão ser legitimadas a só entregar água a quem por ela pagar” (CAUBET, 2006, p. 213).

Neste ponto, insta ressaltar que “uma das maiores críticas feitas à PNRH, como também às demais legislações hídricas em nível mundial, se dá ao fato de elas não definirem o direito ao acesso à água” (HENKES, 2008, p. 134) e com isso “a lei afronta a dignidade das pessoas: não se pode prescindir do uso da água para a sobrevivência diária” (CAUBET, 2006, p. 147).

Com base nestas linhas gerais sobre o valor econômico da água, passa-se a seguir a analisar este objeto de estudo na perspectiva da TPD de Hans Kelsen e da Teoria da Comunicação de Raffaele De Giorgi.

3.1 A ANÁLISE COM BASE NA TEORIA PURA DO DIREITO

Hans Kelsen, filósofo e jurista austríaco, do período de 1881 a 1973, desenvolveu uma obra vasta na área do Direito dentre as quais se destaca a Teoria Pura do Direito, na qual o autor defende o purismo do Direito e realiza um percurso metodológico de estudo deste, determinando assim uma nova epistemologia jurídica que veio a despontar como um marco no positivismo jurídico.

Em Kelsen (1986) o Direito foi alçado à categoria de ciência tendo como objeto de estudo a norma, de cujo esforço resultou uma pormenorizada investigação desta, particularmente da norma jurídica, dando luz a uma teoria normativista do Direito.

A contribuição de Kelsen para o positivismo jurídico e para a epistemologia jurídica é incontestável e o estudioso do Direito não deve ficar à margem dos ensinamentos deste profícuo pensador e propositor do Direito.

Neste trabalho, além de mencionar outras obras, será privilegiada a obra Teoria Pura do Direito que será utilizada como base para a análise da Lei nº 9.433/97, no que tange ao

valor econômico da água, buscando-se descrever como há que se interpretar este conteúdo normativo à luz da Teoria Pura do Direito.

De acordo com Kelsen (1986), requisito básico da norma é a sua validade, a qual determina a sua existência. Esta norma jurídica válida – portanto, existente – consiste no sentido da vontade expressa pelo legislador ou pelo aplicador do Direito – autoridades estatais competentes para tanto – que é o ser da norma. Como consequência, a norma consiste no dever-ser – expressão da vontade do ser – e sua eficácia é dada pelo seu cumprimento ou aplicação quando descumprida.

A norma, portanto, é um sentido. Ela não tem um sentido. Quem tem um sentido é o ser da norma que é a vontade do legislador ou do juiz. Neste modelo kelseniano (1986) tem-se que aquele que ordena algo é quem fixa uma norma e, portanto, quer algo; aquele ao qual algo é imposto, deve algo. Neste sentido, a autoridade estatal, seja na atividade legiferante seja na atividade de interpretação do Direito, expressa uma vontade por meio da norma que poderá ser geral, abstrata e condicional, para o caso da norma estatuída pelo legislador, ou individual, concreta e incondicional em sendo determinada pelo aplicador do Direito.

Esta norma, geral ou individual, conforme Kelsen (1986) possui um objeto, qual seja: a conduta humana. Assim, a norma é criada e dirigida para reger uma conduta humana ou alguma situação com ela conexas. Desta forma, tendo a norma como objeto a conduta humana, possui como função a imposição de uma conduta fixada previamente. Aqui, ressalta o próprio Kelsen (1986), entenda-se imposição por prescrição, autorização, permissão ou revogação. Na função de impor uma conduta que seja uma ação ou uma omissão, a norma pode vir a prescrever algo, autorizar algo, permitir algo ou revogar algo.

Esta norma, no modelo kelseniano (1986) tem quatro validades: a validade temporal que é dirigida a um determinado tempo; a validade espacial que é dirigida a uma determinada territorialidade; a validade pessoal que se dirige a destinatários – de forma geral e condicional ou particular e incondicional; a validade material/objetivo, no que tange ao conteúdo da norma associado à conduta humana, tal como a norma dirigida à conduta econômica das pessoas.

Kelsen (1998a) afirma ainda que a validade do Direito está circunscrita ao sistema de normas obrigatórias, que constituem um dever-ser, que impõe o dever de obediência e cumprimento e também a aplicação da norma pelo poder competente. Neste interim, para Kelsen, a eficácia da norma está jungida ao seu cumprimento efetivo, pois a eficácia é a condição de validade da norma.

Tratando especificamente da validade material/objetiva da norma, que exprime o conteúdo da norma associado à conduta humana, vale ressaltar o papel que os fatos sociais possuem na teoria normativa de Kelsen. Para a teoria jurídica deste autor o Direito é um “sistema de normas válidas. O seu objeto são as normas gerais e individuais. Ela considera fatos apenas na medida em que eles sejam, de um modo ou de outro, determinados por normas [...] Neste sentido, a teoria também pode ser denominada teoria normativa” (KELSEN, 1998a, p. 235).

Esta, portanto, é a plataforma de base para a jurisprudência normativa que se ocupa das normas jurídicas que são o produto do processo criador do Direito, cujo processo é compreendido pelas normas gerais, que são abstratas e a todos impostas; e pelas normas individuais, que são particulares e executáveis ao caso concreto.

Ante este panorama geral sobre a norma na teoria kelseniana, insta passar a discorrer sobre a pureza proposta pelo autor para o Direito (1998b).

De acordo com a Teoria Pura do Direito (TPD) (KELSEN, 1998b), a norma é um esquema de interpretação. O ato – conduta humana – só se torna jurídico à luz da norma que lhe dá esta qualidade, vez que a norma mesma já decorre de um outro ato jurídico emanado da autoridade estatal – aí o fundamento do positivismo jurídico em Kelsen.

O conteúdo de um acontecer fático, nos termos da TPD, coincide com o conteúdo de uma norma tida como válida. Assim, a norma é o bloco fundamental para a convolação do fato social em ato jurídico. O que dizer então dos fatos que não coincidem com a norma? Há que se aguardar uma incorporação legislativa? Fazem-se estes questionamentos já à luz de uma análise das contingências sociais em torno da água e que não estão normadas.

Revisitando, ainda, o que foi dito sobre a validade da norma, na TPD Kelsen tratando do domínio de validade material exemplifica que este pode ser “econômico, religioso e político” (KELSEN, 1998b, p. 10). Kelsen afirma que este domínio é ilimitado, na medida em que pode regular qualquer aspecto da conduta dos indivíduos. Que dizer, portanto, da norma que podendo ser mais abrangente, limita ao máximo determinado assunto conexo com a conduta humana? Mais especificamente: que dizer de uma norma geral que podendo regulamentar outros valores que a água possui – leque mais amplo de conduta humana – limita-se a determinar o valor econômico da água – leque menos amplo de conduta humana?

Para Kelsen (1998b, p. 51), o objeto da ciência jurídica são as normas jurídicas e “a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”, do que resulta que “os comportamentos humanos só são conhecidos

mediatamente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulados por normas” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 92).

Isto revela que a conduta humana, seja individual ou em interação social só interessa ao Direito, na TPD, se possuir correspondência prévia com a norma, se constituir conteúdo de uma norma jurídica. Neste sentido, a TPD concentra a sua “visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser [...] Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas” (KELSEN, 1998b, p. 72).

Aí nota-se uma limitação da TPD: ela abrange fatos que são conteúdos de normas, levando em conta que a categoria estruturante do Direito é a norma. O que dizer dos fatos não abrangidos pelas normas? Como se dará a interpretação de uma norma que limita e não abarca a realidade social?

Surge assim a necessidade de interpretação. Kelsen não deixou sem resposta a questão da interpretação. Na sua TPD ele elabora a plataforma de interpretação, afirmando que o juiz tem que fixar o sentido das normas (1998b, p. 245). Assim, o “órgão interpretante define-lhe o sentido. Definir, do latim *finis*, significa estabelecer limites, fronteiras. Essa definição, diz Kelsen, é produto de um ato de vontade. Trata-se de um “eu quero” e não de um “eu sei”” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 255).

Nesta perspectiva, na atividade interpretativa, o juiz tem de dar o sentido da norma individual que irá aplicar na decisão judicial. Mas, com base em que o juiz irá fazer esta interpretação? De acordo com a TPD o intérprete autorizado pela competência estatal irá fazê-lo tomando como base a norma geral que é abstrata e condicional, uma vez que “a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (KELSEN, 1998b, p. 246).

Afirme-se, ainda, que a TPD, nesta atividade interpretativa, impende ao jurista um comportamento de frio intérprete da norma positiva, independentemente do valor ético da norma; a TPD, portanto, busca eliminar a confusão corrente entre o problema do valor do Direito e da validade do Direito, sendo o mérito de Kelsen distingui-los (BOBBIO, 2008).

Para Kelsen, “quando um órgão se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, por exemplo, o juiz quando determina o sentido de uma lei no processo de aplicação, produz um enunciado normativo” que é vinculante e está na base de sua discussão da hermenêutica, da sua atividade interpretativa (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 254).

Neste aspecto da atividade de interpretação, a TPD revela o que Kelsen chamou de teoria da moldura do Direito, segundo a qual a norma superior tem o caráter de uma moldura a preencher pelo aplicador, considerando-se que o estabelecimento ou “fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre [...] sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas” (KELSEN, 1998b, p. 246).

Desta afirmação, infere-se que o método da TPD é dedutivo, tendo em vista que no processo de criação do Direito pela via do ato de vontade individual ao qual corresponde a norma concreta deduz-se a partir do ato de vontade do qual deriva a norma geral.

Ante este panorama geral da TPD, retomando parcialmente o problema de pesquisa apontado na introdução do trabalho, indaga-se: como interpretar o valor econômico da água determinado na Lei nº 9.433/97? A busca por esta resposta remete a um percurso na plataforma básica da TPD aqui apontada. Assim, para proceder-se à análise da Lei nº 9.433/97, no que concerne o valor econômico da água, considerar-se-á: a validade, o sentido, o ato de vontade, o objeto, a função, o conteúdo e o método de interpretação da norma.

A Lei nº 9.433/97, norma válida porque emanada por um processo criador de expressão da autoridade estatal legiferante conforme a competência que a Constituição da República Federativa do Brasil lhe outorga, é um sentido. O valor econômico da água nela estabelecido é, pois, um sentido. Este sentido aponta para a direção da valoração da água de modo econômico, em vista da precificação e mercantilização deste bem da vida.

Este sentido, que é o dever ser, é determinado por um ato de vontade que é o próprio ser. Este ato de vontade, conforme Kelsen, fixa algo e quer algo. Com base nesta afirmação interpreta-se que aquele que fixou o valor econômico da água quis que esta fosse um bem de valor mercadológico, suscetível à política de preços e acessível aos que por ela podem custear. Em contrapartida, ao cidadão foi imposto o dever de adquirir a água a preços de mercado em razão do valor econômico que ela possui, seja no que tange à água bruta – líquida – seja no que toca aos serviços de captação, tratamento, distribuição e abastecimento.

No que concerne ao objeto, Kelsen afirma que o objeto da norma é a conduta humana. No caso do valor econômico da água, a Lei nº 9.433/97 é conduzida à conduta humana de cunho econômico, do ponto de vista do mercado. Todavia, na relação sociedade/água não é exclusiva a utilização econômica da água; a própria Lei nº 9.433/97 prevê os usos múltiplos da água, tais sejam: agricultura, indústria, pecuária, piscicultura, lazer, abastecimento público, matriz energética, usos simbólicos e dessedentação de animais.

Todos estes usos, por vezes, geram no seio social, conflitos, especialmente se a água não estiver disponível a todos. Como a eficácia da norma, na TPD, é determinada pelo cumprimento da mesma e é condição de validade desta, observa-se que o valor econômico da água revela-se eficaz, uma vez que cumprido, porém não é suficiente para resolver toda a demanda conflitiva que se produz em torno da água. Exemplificando esta afirmação, pode-se pensar numa determinada comunidade que não possui abastecimento público de água, é de baixa renda, entrando na escada da miséria, e não possui recursos para adquirir a água. De acordo com a TPD, basta o cumprimento da norma para a sua eficácia. Mas, num caso trivial como este no cenário brasileiro, só a eficácia como condição de validade não é suficiente para cobrir juridicamente a demanda social.

No que diz respeito à validade, Kelsen afirma que a norma possui uma validade material/objetiva que diz respeito ao conteúdo da norma associado à conduta humana e diz que este conteúdo é ilimitado, podendo versar sobre uma infinidade de possibilidades. Neste ponto, observa-se que a Lei nº 9.433/97 limitou, privilegiando, o valor da água ao econômico, e, por assim fazer, excluiu da norma aquela infinidade de possibilidades apontada, tais como: valor social, moral, ético, ambiental, de dignidade humana, de direito humano, simbólico, cultural.

Ressalte-se que estes valores já foram reconhecidos em outros documentos jurídicos internacionais, como por exemplo a Resolução n.º 64/292, de 28 de julho de 2010, editada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e no constitucionalismo latino americano, nos casos das Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) (CORTE, PORTANOVA, 2013).

O “acesso a esta substância fundamental às formas de vida foi reconhecido no cenário internacional, mas carece de aplicação concreta. Por enquanto, o direito à água é muito mais um princípio do que um fato” (RIBEIRO, 2008, p. 125) e isto se dá particularmente porque “omitir o valor social e cultural que também possui a água [...] se torna perigoso por conta da confiança irrestrita que se possa dar a um único enfoque, deixando de lado as possíveis consequências e repercussões em outros campos” (CONCHA, 2012, p. 44).

Assim, incluir o valor econômico da água na norma e excluir os demais valores do tecido jurídico faz surgir a necessidade de “frisar que a água, antes de tudo, possui valor social. Deste modo, foi totalmente esquecida a questão do suprimento de água à população que não poderá pagar pela mesma em quantidade e qualidade condizentes com as condições de vida em sociedade” (CAUBET, 2006, p. 215).

Não reconhecendo estes outros valores que a água, por sua utilidade, possui, a Lei nº 9.433/97 na valoração econômica da água acaba por se mostrar insuficiente para abranger toda a conduta humana que surge desta relação sociedade/água: poluição, desperdício, uso insustentável, distribuição desigual, desabastecimento humano, morte de animais, devastação, consumo inconsciente, precificação que gera exclusão, danos.

Ipsa facto, a água é uma “dimensão aglutinadora de conflitos jurídicos, sociais, econômicos, ambientais, políticos e éticos. O problema da escassez hídrica é oriundo – dentre outros – do modelo excludente de desenvolvimento econômico” (BARBOSA, 2008, p. 1).

Todavia, como a TPD inclui na preocupação do Direito a conduta humana que é normada, então toda a conduta humana derivada da valoração econômica da água está abrangida pela norma; entretanto, a conduta humana surgida dos demais valores atribuídos socialmente à água está fora do conteúdo normativo da Lei nº 9.433/97.

Neste ponto, faz-se uma indagação: como buscar solucionar esta questão à luz da TPD? Kelsen responderia que à luz da atividade de aplicação do Direito, por meio do ato de vontade individual e executável ao caso concreto, através da autoridade judicial. Esta conclusão poderia levar à ilusão de que o intérprete poderia internalizar toda esta demanda social em torno da água. Contudo, é neste ponto que a TPD encontra o seu limite. Ela não vai tão longe, tendo em vista que a ação do intérprete aplicador do Direito está circunscrita a uma moldura, à moldura do Direito, inviabilizando que o juiz alcance o sistema social para fundamentar a sua interpretação/aplicação e o seu ato de vontade.

É precisamente isto o que a TPD deixa em aberto, no dizer de De Giorgi (1998). Corroborando esta afirmação, obtempera-se que o principal desafio da TPD decorre de questão metodológica: “como isolar a norma jurídica das intenções subjetivas que a acompanham? Como isolá-la dos condicionamentos sociais, eles próprios constituídos de fenômenos empíricos dotados, por sua vez, de significado dependente de outras?” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 93).

Não é possível fazer este isolamento. Nem é possível este purismo pretendido por Kelsen na TPD no caso em tela. A análise do valor econômico da água nesta perspectiva deixa latente isto. Porém, não basta afirmar as insuficiências da TPD, há que se propor alguma saída, uma luzerna na escuridão da insuficiência: neste trabalho, este luzeiro é a teoria da comunicação de Raffaele De Giorgi que relegitima a TPD e aglutina novos olhares que levam a uma interpretação em maior conformidade com a complexidade do objeto jurídico, conforme se verá a seguir.

3.2 A ANÁLISE COM BASE NA TEORIA DA COMUNICAÇÃO: A RELEGITIMAÇÃO DO MODELO KELSENIANO

Raffaele De Giorgi, filósofo e sociólogo, é professor titular de Teoria Geral do Direito e Sociologia do Direito da Universidade de Lecce, Itália e diretor do “*Centro di Studi Sul Rischio*”⁷, fundado em parceria com Niklas Luhmann na Universidade de Lecce.

Tendo sido influenciado e desenvolvendo diretamente trabalhos em coautoria com Niklas Luhmann, De Giorgi tem diversos trabalhos acadêmicos no campo da teoria do direito e da sociologia jurídica, destacando-se, aqui, a sua obra *Scienza del Diritto e Legittimazione. Critica dell'Epistemologia Giuridica Tedesca da Kelsen a Luhmann*, de 1998⁸, que será utilizada como base para a análise do objeto pretendido no trabalho: o valor econômico da água determinado na Lei nº 9.433/97.

Nesta obra, De Giorgi (1998), dentre outros temas, apresenta com singular detalhamento o seu pensamento sobre a epistemologia jurídica, apresenta as conquistas epistemológicas alcançadas por Hans Kelsen com a sua TPD e, neste ponto, indica de forma crítica e consistente as insuficiências da TPD para responder à dinâmica social, cuja crítica é feita não no sentido de rechaçar a TPD e os escritos de Kelsen, outrossim, no sentido de relegitimar o esforço metodológico empreendido pelo autor austríaco.

Para De Giorgi (1998), o positivismo jurídico constitui um processo de fragmentação da razão – em evolução à razão universal e unidade de sentido pespegada pelo direito natural – que causou um processo de desagregação social, no sentido de que o corpo social passou a ser formado pela junção de indivíduos indiferentes, pelas diferenciações, aumentando em grau indeterminado a complexidade do sistema social. Neste ponto, entenda-se por desagregação, conforme exemplifica o autor, por: divórcio entre esfera pública e esfera privada, na distinção entre sociedade civil e Estado, na fragmentação dos sistemas de ação, na diferenciação das razões dos sistemas sociais, na separação do concreto, reduzido a assunto privado.

Em meio a esta crescente e indeterminada complexidade do sistema social, urge como necessário encontrar caminhos e instrumentos eficazes para viabilizar a coexistência social, que, a partir do projeto jurídico burguês da modernidade implica uma convivência de estruturas diferenciadas. Para tanto, De Giorgi (1998) obtempera que a coexistência social

⁷Tradução livre: Centro de Estudos sobre o Risco.

⁸A obra consultada para a construção deste trabalho foi a tradução feita para o espanhol pela Universidade Iberoamericana, na coleção teoria social. A obra no original em espanhol intitula-se *Ciencia del Derecho y Legitimación*.

somente se revelará possível num sistema social de coesão formal destas estruturas diferenciadas, tal seja: um sistema de abstrações, por meio das quais a sociedade irá igualar a diversidade utilizando-se de tais abstrações as quais o autor qualifica como formas de dominação.

Estas abstrações possuem coesão no direito positivo, o qual, para De Giorgi “*es un sistema construído por uma estrutura en la que, a través de procesos regulados, se aíslan determinadas formas del actuar y se fijan como válidas*”⁹ (1998, p. 18). A norma, portanto, é um processo de decisão, de seleção e de escolhas, ligadas ao possível e ao tempo, definida por um processo formal que lhe confere validade e, conseqüentemente, existência.

O que merece destaque é que a norma com tais requisitos é o que De Giorgi cognomina de norma contingente. Assim, ele define que contingência é a possibilidade do diferente, é a “*continua potencialidad inmanente de transformación, hipótesis sobre lo real, elisión de la necesidad; contingencia es incertidumbre, miedo; es producto de la diferenciación, es separación, ruptura. El derecho positivo es contingencia vuelta norma*”¹⁰ (1998, p. 18).

Desta forma, para esmiuçar esta noção da contingência, segue explicação do próprio autor:

A contingência é pressuposto da complexidade do sistema: o direito se pressupõe por si e, assim, é uma máquina histórica. Se diferenciação significa independência do ambiente que existe na simultaneidade, um sistema diferenciado dispõe de um excesso de possibilidades. O problema desse sistema então, é a sua auto-delimitação. O direito moderno se auto-delimita através da auto-organização. Legislação e decisão jurídica são formas desta auto-organização (DE GIORGI, 1997, p. 4).

Assim, o direito é um sistema contingente e, como tal, precisa legitimar a contingência para poder operacionalizar a complexidade do sistema social, de modo que unindo o conjunto de sentidos dentro do universo do possível venha a estabelecer este conjunto de sentidos como a razão jurídica, através das abstrações da norma.

Todavia, De Giorgi afirma que “*el obstáculo es la contingencia*”¹¹ (1998, p. 20), tendo em vista que é um desafio para o direito positivo legitimar toda a contingência havida por existente a partir do processo de desintegração social cunhado pela modernidade. E como

⁹Tradução livre: “É um sistema constituído por uma estrutura na qual, através de processos regulados, são isoladas e fixadas como válidas determinadas formas de ação”.

¹⁰Tradução livre: “contínua potencialidade imanente de transformación, hipótese sobre o real, elisão da necessidade. É a incerteza, a dúvida, medo; é produto da diferenciação, é separação, ruptura. O direito positivo é esta contingência alçada ao plano normativo”.

¹¹Tradução livre: “O obstáculo é a contingência”.

superar este obstáculo? De Giorgi entende que somente poderá ser superado o obstáculo da contingência quando for elaborado um modelo segundo o qual validade da contingência seja, além da sua própria existência gerada pela atividade legiferante ou pela decisão judicial – como propõe a TPD –, seja também uma “*verdad normativa no contingente de la ‘razón jurídica*”¹²” (1998, p. 20). Isto implica que o modelo reclamado por De Giorgi seja um instrumental para que a contingência, uma vez normada, tenha o condão de determinar uma unidade de sentido como sendo a razão jurídica por meio da abstração normativa.

Neste mister, para o autor italiano em menção, o mérito de Hans Kelsen consiste particularmente em desatar o nó da epistemologia jurídica, através de uma teoria do direito como sistema autônomo e tendo a validade como pressuposto de existência da norma. Assim, De Giorgi defende que a definição do direito como um sistema autônomo, no plano teórico, foi um marco na epistemologia jurídica, conquistando a legitimação formal do Direito, na perspectiva da sua validade (1998).

Contudo, De Giorgi assevera que a partir deste ponto é que reside a insuficiência da TPD de Kelsen: a própria autonomia do sistema jurídico serve para ocultar o processo real de produção da norma, que para De Giorgi é ideológico, é um processo que reflete a ideologia da sociedade burguesa de então, cuja ideologia fragiliza, assim, a ideia de pureza da teoria kelseniana. Para De Giorgi, a TPD não legitima o Direito como concretização de sentido da razão jurídica. Isto significa que a TPD não consegue estabilizar o sistema do direito positivo que, imerso no ordenamento jurídico, é um sistema dinâmico e, portanto, carece a todo momento de ser reorganizado, reequilibrado, pois está sempre sofrendo as interferências das contingências sociais.

Assim, enfatize-se que para De Giorgi (1998) a conquista de Kelsen foi a legitimação metodológica do Direito, tendo como pressupostos a existência e a validade; porém, De Giorgi enxerga aí a limitação da TPD, pois ele defende que há necessidade de uma legitimação teórica do Direito, que tenha como pressuposto a validade, mas também a contingência como sentido da razão jurídica, daí a relegitimação do modelo kelseniano na teoria de De Giorgi.

Ainda em De Giorgi, a contingência normativa consiste numa estratégia global que se revela como projeto repressor da sociedade burguesa e que o estudo sobre esta estratégia constitui o esforço teórico de Niklas Luhmann que elaborou uma teoria do direito como teoria da repressão do direito positivo no sistema social (1998, p. 23).

¹²Tradução livre: “Verdade normativa não contingente da “razão jurídica””.

Destas breves e gerais linhas sobre o pensamento de De Giorgi quanto ao Direito, cabe passar-se a analisar o valor econômico da água na perspectiva deste autor e de sua teoria.

Conforme aduzido anteriormente, um dos fundamentos da Lei nº 9.433/97 é o valor econômico da água. Numa perspectiva Luhmanniana (1989a), cujo entendimento é fonte de inspiração da teoria de De Giorgi, sendo o Direito um sistema inserido no sistema social, porém um sistema autopoietico, autorreferente, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, observa-se que a expressão da norma: *água é um bem público dotado de valor econômico* exprime um conteúdo limitado quando confrontado com a realidade observada no seio social.

A dotação da água de valor econômico, conforme visto, implica dizer que a água tem um valor mercadológico, mercantil, comercial e, por conseguinte, submetida a uma política de preço e apreensão pelo poder econômico. Esta comunicação materializada no sistema social causa vibrações da ordem de perturbação, pois: quantos dos destinatários desta valoração econômica da água gozam de condições econômicas para serem por ela abrangidos? Se não são prestigiados por estas condições, o que pode se originar disso?

Em primeiro lugar, esta valoração econômica da água faz surgir uma comunicação que pode ser expressa em: uso racional da água, redução do desperdício, investimento na gestão hídrica, conscientização dos usuários e comunidades, injeção de dinheiro na economia brasileira, controle da poluição, para citar algumas.

Até aqui, a comunicação opera bem. Opera em conformidade com a norma. Contudo, quando a comunicação passa a operar em descompasso com o Direito positivo, que se pode esperar? A indagação coloca-se de evidente pertinência, no sentido de que se a água foi privilegiada por um *status* econômico pela norma, não há que causar estranheza que esta comunicação irrite a ordem social e a ordem jurídica e demande por uma legitimação contingencial.

Como disse De Giorgi (1998), a contingência tem um lado ruim: é quando ela é utilizada como mecanismo de repressão da sociedade. Claro está que a valoração econômica da água à burguesia interessa e a ela atende as suas aspirações de lucro, apropriação de bens comuns e dos meios de produção e acumulação de riqueza.

Com isto, comunicações conflitivas inevitavelmente irão surgir neste cenário de contingências mal ordenadas: conflitos pelo uso da água; degradação; escassez; desperdício; crise de abastecimento; sede; fome; miséria e morte.

Diante deste quadro, como o valor econômico da água irá reorganizar o sistema jurídico? Não é possível. Com base em De Giorgi (1998), é necessário internalizar para o

Direito toda esta contingencia social, seja através da norma abstrata, seja por meio da decisão judicial. O cerne da interpretação à luz de De Giorgi é que, não sendo a norma satisfatoriamente contingente, como o Direito é um sistema de cognitividade aberta poderá internalizar estas contingências por meio da ação do juiz que, ao interpretar o Direito em meio a esta panaceia de contingencia social, tem a tarefa de reestabelecer o sistema tendo como base a própria contingencia social.

Para dotar esta argumentação com uma melhor visualização, basta citar alguns dados que expressam esta contingencia mal ordenada: o serviço de água potável no Brasil caracteriza-se por graves desequilíbrios e por *déficit* na prestação, considerando-se que existem “12 milhões de residências no país sem acesso à rede geral” de abastecimento de água (PNSB, 2008, p. 37).

Além disso tem-se que dos 5.565 municípios brasileiros apenas 45% - equivalente a 52 milhões de habitantes de um total de 190.732.694 (IBGE, 2010) pessoas! – possui abastecimento de água satisfatório, entretanto, os outros 55% dos municípios restantes possuem abastecimento deficitário (ANA, 2010).

Ressalte-se ainda que “no Brasil, reduziram-se os investimentos públicos (com base no PIB) em ações visando a ampliação do acesso à água” (HENKES, 2008, p.153).

Diante destas contingencias sociais o papel do Direito é de destacada importância no sentido de internalizar esta comunicação de estresse para que possa ser reestabelecida no sistema jurídico que opera funcionalmente fechado; assim, caberá ao Estado-lei ou ao Estado-juiz a incumbência de se reorganizar a si mesmo por meio dos seus próprios instrumentos – norma e decisão judicial – demonstrando a plausibilidade da autopoiese do Direito pretendida por Luhmann (1989a).

Esta reorganização do sistema social pelo sistema jurídico dá-se num processo de legitimação teórica da contingência permitindo que deste processo surja uma não contingência como sentido e como valor, como bem elabora De Giorgi (1998). Em melhores termos, a internalização ao Direito de outros valores que a água possui – social, ambiental, ético, cultural – além do econômico, transforma o que antes era contingencia em não contingencia, ocasionando que estes outros valores passem a ser a razão jurídica do valor da água ao lado do valor econômico.

Esta é, indubitavelmente, a contribuição da teoria da comunicação ao desenvolvimento através do Direito por meio de uma relegitimação do pensamento kelseniano esboçado na TPD. Veja-se, em seguida, este tema desenvolvimentista de forma mais detalhada.

4 PERSPECTIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO

A revisão crítico-reflexiva das teorias desenvolvimentistas de alhures que marcaram meados do século XX (VEIGA, 2008) já não admite a visão restritiva de “um modelo depredador de crescimento e de padrões tecnológicos guiados pela racionalidade da maximização do benefício econômico de curto prazo, o qual despeja os seus custos sobre os sistemas naturais e sociais” (LEFF, 2006, p. 241), pois o desenvolvimento nas suas múltiplas dimensões está infastavelmente imbricado nas chamadas “soluções triplamente ganhadoras” (SACHS, 2003, p. 63) tais são as questões social, econômica e ambiental.

Ipsa facto, a pedra angular do desenvolvimento deve estar sedimentada na “interação do econômico com o não-econômico (...) no horizonte de aspirações da coletividade em questão” (FURTADO, 2003, p.102-103), na consideração dos valores dentro da teoria econômica (SALOMÃO FILHO, 2012).

É neste sentir que o modelo teórico de gestão hídrica brasileiro mostra-se vulnerável e limitado, pois supervaloriza o viés econômico do desenvolvimento em detrimento de outros valores fundamentais da água, pois esta “além de ser um insumo indispensável à produção, e um recurso estratégico para o desenvolvimento econômico (...) É ainda um bem cultural e social indispensável à sobrevivência e à qualidade de vida da população (GRAF, 2000, p. 31).

Assim, os grandes desafios dos recursos hídricos passam pela compreensão político-ideológica do desenvolvimento (VICTORINO, 2003), tendo em vista que “é impossível se conceber desenvolvimento em toda a sua dimensão sem acesso à água, podendo-se até mesmo afirmar que onde não há água dificilmente poderá o homem se desenvolver em sua plenitude” (XAVIER, IRUJO, NETO, 2008, p. 11),

Destaque-se, portanto, que a política pública brasileira de água doce carece de um espírito mais humanizador – não se confunda com antropocêntrico, este marcado pela centralização, apropriação e dominação da natureza em coroação às necessidades variadas da humanidade conforme a perspectiva do paradigma social dominante (EGRI; PINFIELD, 1998) – tendo em vista que “em qualquer escala de valores, as considerações de ordem humanitária devem primar sobre as de ordem econômica ou financeira. Acima, bem acima do mercado estão os seres humanos” (TRINDADE, 1999, p. 322).

Desta forma, “*in view of the given social situation a change of consciousness is necessary, a new ethics, a new environmental ethics*”¹³ (LUHMANN, 1989b, p. 139), que venha a integrar e fazer interagir o sistema econômico, político e social na cognitividade jurídica; assim, que a abstração normativa venha a aglutinar todos estes espaços do ambiente social para gerar uma nova comunicação, uma comunicação que equilibre a contingência social.

Com efeito, “o acesso básico deve ser reconhecido como um direito político, econômico e social fundamental e inalienável, que é ao mesmo tempo individual e coletivo” (PETRELLA, 2002, p. 132) e, malgrado esta premissa esteja clara e bem delimitada na literatura, a Lei nº 9.433/97 traz um marco regulatório e um modelo teórico de gestão açambarcado por um leviatã¹⁴ econômico que dificulta a execução de ações voltadas para a garantia do direito de acesso à água no Brasil.

É de relevo consignar que não se pretende aqui negar a validade e a importância da face econômica do desenvolvimento nem da utilização de instrumentos econômicos na legislação de administração da água. O que se quer, outrossim, é propor uma análise abrangente, crítico-reflexiva sobre o caráter fortemente unilateral do modelo de gestão hídrica brasileiro, descortinando seus limites, de modo a relacioná-lo com a realidade social e buscar a correspondência entre o fato e a norma.

Nesta seara, o papel do aplicador do Direito é de destaque. Para elucidar a magnitude desta afirmação, mencione-se, como exemplo, que o Ministério Público de Poço de Antas, localizado no Estado da Paraíba, impetrou uma ação civil pública contra a Companhia de Água e Esgotos da Paraíba (CAGEPA) em virtude da constatação de irregularidades no abastecimento de água deste município, sendo que a justiça determinou à população o não pagamento da conta de água, pois o fornecimento desta é precário, mesmo na zona urbana, cuja situação é agravada em razão de que em algumas localidades do município a água só é distribuída 2 (duas) vezes por mês (NÓBREGA, 2012).

Ante este caso concreto, vivifica-se a análise de que a contingência normativa – valor econômico da água –, nos termos da TPD, urge ser relegitimada pela contingência social – valor social, cultural, ambiental, ético da água –, nos termos da Teoria da Comunicação, para que o Direito possa efetivamente contribuir para o desenvolvimento do país nos aspectos

¹³ Tradução livre: “Tendo em vista a atual situação social, é necessária uma mudança de consciência, uma nova ética, uma nova ética ambiental”.

¹⁴ No sentido cunhado por Hobbes (1651). Na afirmação em tela, entenda-se leviatã econômico como a posição ideológica adotada pelo Estado brasileiro na política pública de gestão da água.

econômico, ambiental e social, através da jurisprudência que se revela de importância central neste processo.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, verificou-se que o problema apresentado – como interpretar o valor econômico da água ante o Direito e o desenvolvimento – encontrou respostas por meio da abordagem analítica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e da Teoria da Comunicação de Raffaele De Giorgi.

A Teoria Pura do Direito revelou que o normativismo kelseniano e o fundamento de validade da norma não são suficientes para restabelecer a dinâmica conflitiva social em torno da água, uma vez que o valor econômico da água contido na Lei nº 9.433/97 aponta num sentido unilateral de aplicação do Direito à organização social, qual seja: no sentido econômico, cujas premissas baseiam-se na precificação da água, na mercantilização da água e, conseqüentemente, desemboca num rio de exclusão em que a parcela da sociedade que não pode arcar com os custos econômicos da água resta privada em quantidade e qualidade deste recurso vital e indispensável para a manutenção da vida.

Constatou-se ainda que a conclusão de que a Teoria Pura do Direito não é suficiente para interpretar o valor econômico da água de forma satisfatória ao sistema social demanda uma saída, uma estratégia que possa conduzir o Direito a dar as respostas que satisfaçam a sociedade. Neste ponto, observou-se que a Teoria da Comunicação, representadas por Niklas Luhmann e com destaque a Raffaele De Giorgi, possui um viés de relegitimar a Teoria Pura do Direito mostrando que não é somente a norma o único instrumento capaz de reequilibrar as contingências mal ordenadas da sociedade.

De fato, a Teoria da Comunicação configura-se como uma estratégia em que o Direito como um sistema social cognitivamente aberto, absolve, inclui as contingências sociais mal ordenadas em torno da água – desperdício, crise de abastecimento, exclusão, conflitos, uso insustentável, sede, miséria, morte –, para dentro do sistema jurídico, que funciona operacionalmente fechado por meio da norma e da decisão judicial, e que utiliza a própria contingência como fundamento de decisão através da legitimação de outros valores que a água possui: social, ético, cultural, simbólico, ambiental, fazendo do Direito uma mecanismo de importância cardinal para a convivência social.

Tais constatações levam ainda a considerar que o Direito operando cognitivamente aberto para incluir as contingências sociais por meio da legitimação de outros valores da água – não normados –, além do valor econômico que já é estabelecido em norma, solidifica a tutela jurídica da água como um sistema fundamental para contribuir com o desenvolvimento no Brasil, tomando em conta que o desenvolvimento abrange o aspecto social, ambiental e econômico da sociedade.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande – RS. XI. N. 58. out. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172>. Acesso em: 13 jul. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. **Atlas Brasil**: abastecimento urbano da água: panorama nacional. Brasília: Ana, Engecorps, Cobrape, 2010. Disponível em: <<http://atlas.ana.gov.br/Atlas/downloads/atlas/Resumo%20Executivo/Atlas%20Brasil%20-%20Volume%201%20-%20Panorama%20Nacional.pdf> . Acesso: 15 jul. 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei Federal nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. **Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9433.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

_____. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Declaração do rio sobre meio ambiente e desenvolvimento** (1992). Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/carta-da-terra> >. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

_____. **Programa nacional de saneamento básico 2008**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb2008/default.shtm>> Acesso: 15 jul. 2014.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil. Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices**. São Paulo: Atlas, 2000.

CAUBET, Christian Guy. **A água, a lei, a política e o meio ambiente?** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CONCHA, Luis Carlos Buob. **Direito à água**: entendendo seus componentes econômico, social e cultural como fatores de desenvolvimento para os povos indígenas. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos. V.1. N.1. jan. 2004. São Paulo: 2004. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo17.php?artigo=17,artigo_03.htm>. Acesso em: 14 jul. 2014.

CORTE, Thaís Dalla; PORTANOVA, Rogério Silva. A evolução do tratamento jurídico das águas: direito humano e patrimônio comum da humanidade. In: **Direito ambiental II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. – Florianópolis: FUNJAB, 2013.

DE GIORGI, Raffaele. **Ciência del derecho y legitimación**. Colección Teoría Social. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. Direito e modernidade. In: **Revista**. N.º 35 Ano 19. dez. 1997. Disponível em: <[Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Sequencia_numero35/De_Giorgi_Direito_e_modernidad e.html](http://Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Sequencia_numero35/De_Giorgi_Direito_e_modernidad_e.html)>. Acesso em: 13 jul. 2014.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

EGRI, Carolyn P.; PINFIELD, Laerence T. As organizações e a biosfera: ecologia e meio ambiente. In: CLEGG, Stewart R. [et al]. **Handbook de estudos organizacionais**. São Paulo: Atlas, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA. MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE E DE L'ÉNERGIE. **Code de l'environnement**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074220>>. Acesso: 15 jul. 2014.

FURTADO, Celso. **Raízes do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos estados sobre as águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas – aspectos jurídicos e ambientais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos estados. In: **R. CEJ**, Brasília. N. 12. p. 30-39. Set./Dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/356>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2001.

HENKES, Silviana Lúcia. **As decisões político-jurídicas frente à crise hídrica e aos riscos: lições e contradições da transposição do rio São Francisco**. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Curitiba-SC. 2008. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0871-T.pdf>>. Acesso: 17 jun. 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1651. São Paulo: Martin Claret, 2006.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueneu. **A gestão sustentável dos recursos hídricos no Brasil: um direito humano fundamental ?** Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Curitiba-SC. 2003. Disponível em: <www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0636.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

LANNA, Antônio Eduardo Leão; PEREIRA, Jaildo Santos; HUBERT, Guilles. Os novos instrumentos de planejamento do sistema francês de gestão de recursos hídricos: II – reflexões e propostas para o Brasil. V.7. N. 2. Abr/Jun 2002. In: **Revista Brasileira de Recursos Hídricos (RBRH)**. Disponível em: <http://www.abrh.org.br/novo/arquivos/artigos/v7/v7n2/v72_07doisnovosfinal.pdf>. Acesso: 17 jun. 2014.

LUHMANN, Niklas. Law as a social system. In: **Northwestern University Law Review**. HeinOnline. V. 83. Nw. USA: 1989a.

_____. **Ecological communication**. Chicago: University of Chicago, 1989b.

MACHADO, Carlos José Saldanha. A gestão francesa de recursos hídricos: descrição e análise dos princípios jurídicos. In: **Revista Brasileira de Recursos Hídricos (RBRH)**. V. 8. N. 4. 2003. Disponível em: <<http://www.abrh.org.br/novo/detalha.php?id=202&t=A+Gest%3o+Francesa+de+Recursos+H%EDdricos%3A+Descri%E7%E3o+e+An%Elise+dos+Princ%EDpios+Jur%EDdicos>>. Acesso: 18 jun. 2014.

MARTINS, Rodrigo Constante. Sociologia da governança francesa das águas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS)*. V. 23 N. 67. junho/2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v23n67/07.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção jurídico-ambiental dos recursos hídricos**. Leme: De Direito, 2001.

NETO, Deraldo Dias de Moraes. **A natureza jurídica da cobrança do uso dos recursos hídricos: taxa ou preço público?** Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA. 2009. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2144>. Acesso em: 18 jun. 2014.

PETRELLA, Ricardo. **O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

NÓBREGA, Wanja. Justiça suspende pagamento das contas de água em Pocinhos; Cagepa vai recorrer. In: **Portal Correio Online**. 2012. Disponível em: <<http://portalcorreio.uol.com.br/noticias/justica/ministerio-publico->

estadual/2012/12/13/NWS,217738,40,397,NOTICIAS,2190-JUSTICA-SUSPENDE-PAGAMENTO-CONTAS-AGUA-POCINHOS-CAGEPA-RECORRER.aspx.>. Acesso em: 14 jul. 2014.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de águas no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PORTO, Monica F. A.; PORTO, Rubem La Laina. Gestão de bacias hidrográficas. In: **Estudos Avançados**. São Paulo. V. 22. N. 63. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142008000200004>. Acesso em: 18 jun. 2014.

QUERMES, Paulo Afonso de Araujo. **Contradições nos processos de participação cidadã na política nacional de recursos hídricos no Brasil**: análise da experiência dos comitês de bacia. Tese (Programa de Pós-Graduação em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília-DF. 2006.

RAMOS, Marilene. **Gestão de recursos hídricos e cobrança pelo uso da água**. 2007. Disponível em: <<http://www.eclac.org/ddisah/noticias/paginas/9/28579/CobrancaPelousoda.pdf>>. Acesso: 18 jun. 2014.

RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia política da água**. São Paulo: Annablume, 2008.

SACHS, Ignacy. **Inclusão Social pelo Trabalho**: desenvolvimento humano, trabalho decente e futuro dos empreendedores de pequeno porte. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Jairo Bezerra. **As tramas da questão hídrica**: uma análise da transformação da água num bem público dotado de valor econômico e dos comitês de bacia hidrográfica no Brasil. Tese (Programa de Pós-Graduação em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba. Paraíba, 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos humanos e desenvolvimento: evolução e perspectiva do direito ao desenvolvimento como um direito humano. In: _____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamons, 2008.

VICTORINO, Valério Igor P. Monopólio, conflito e participação na gestão dos recursos hídricos. In: **Ambiente & Sociedade**. V. 6. N. 2. Jul./Dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2003000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 17 jul. 2014.

XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; IRUJO, Antonio Embid; NETO, Otacílio dos Santos Silveira. **O direito de águas no Brasil e na Espanha: um estudo comparado**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_16260-544-5-30.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.