

A DOMINIALIDADE E A GESTÃO DAS ÁGUAS: INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.290 DO CÓDIGO CIVIL.

Fernanda Aparecida Mendes e Silva

Professor da Faculdade de Direito Milton Campos.

Introdução. O Código de Águas de 1934. As águas na Constituição de 1988 e a Lei 9.433/97. O Plano Nacional de Recursos Hídricos, publicado em março de 2006. O artigo 1.290 do Código Civil de 2002: inconstitucionalidades. Conclusão. Bibliografia.

Introdução Apesar das modificações sofridas desde o Decreto 24.643/1934, denominado Código das Águas, não houve consideração destas pelo legislador, no atual Código Civil. Na regulamentação do Direito de Vizinhança, o Código Civil a trata como de domínio privado, além de possibilitar o seu uso, para consumo do seu proprietário, sem nenhuma ressalva. Apenas impede que este obste o seu curso natural, após usá-la para seu consumo.

No entanto, a Constituição da República já havia modificado a classificação quanto à dominialidade prevista no antigo Código das Águas. Complementarmente, outras leis de cunho específico foram criadas, para dar um tratamento mais publicista e atual à água, que se tornou um bem raro e precioso.

Este estudo tem como finalidade tratar da inconstitucionalidade existente no artigo 1.290 do Código Civil, além de retratar o seu descompasso com as legislações específicas e com o próprio princípio da socialidade.

O Código de Águas de 1934

O Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, também denominado Código de Águas, teve como objetivo regular, de maneira mais consentânea com a realidade da época, o uso e aproveitamento das águas no Brasil. As considerações preliminares dizem da necessidade de atualização do seu tratamento, tendo em vista incentivar e controlar o uso industrial e suprir as exigências do ramo de energia hidráulica. Nota-se, aí, um interesse de incentivar o desenvolvimento (crescimento) econômico, utilizando-se dos recursos hídricos presentes no Brasil.

Nesta época, as águas eram consideradas recursos naturais renováveis. Acreditava-se que ela jamais sairia do planeta, mas apenas mudaria o estado em que poderia ser encontrada (líquido, gasoso ou sólido), além dos diferentes locais (emergentes, subterrâneas e nas geleiras). Sendo assim, o importante era proporcionar o desenvolvimento industrial e agrícola do país, principalmente, incentivar a produção de energia elétrica.

Neste Decreto, as águas poderiam ser de dominialidades diversas : públicas, de uso comum ou dominicais; águas comuns e águas particulares.

O artigo 2º diz que são águas públicas de uso comum:

- a) os mares territoriais, nos mesmos incluídos os golfos, baías, enseadas e portos;
- b) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis e fluviáveis;
- c) as correntes de que se façam estas águas;
- d) as fontes e reservatórios públicos;
- e) as nascentes quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o caput fluminis;
- f) os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou fluviabilidade;

Também considerava-se públicas todas as águas situadas em zonas periodicamente assoladas pelas secas. Em seu parágrafo 3º excetua que "não compreendem na letra b deste artigo, os lagos ou lagoas situadas em um só prédio particular e por ele exclusivamente cercado, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso comum". E, em seu artigo 3º elenca a característica da perenidade como essencial às águas públicas, excetuando as secas de "estio forte". E, em seu artigo 4º excetua que mesmo tornando-se não navegáveis em algum trecho, as águas descritas na letra b não deixarão de serem públicas. As águas dominicais estão no artigo 6º, como aquelas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem de uso comum ou comuns. Na dominialidade pública, as águas poderiam ser da União, dos Estados e ou dos Municípios, conforme artigo 29. As águas comuns estão elencadas como as correntes não navegáveis ou fluviáveis. As águas particulares estão indicadas como sendo as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns. Estas águas poderiam ser utilizadas pelo dono do prédio, satisfazendo suas necessidades de consumo, não podendo o mesmo impedir o curso natural pelos prédios inferiores. E, quanto às águas subterrâneas, o dono de qualquer prédio poderia, pelo artigo 96, apropriar-se por meio de poços, galerias, etc, das águas que existissem debaixo da superfície do seu prédio contanto que não prejudicassem o aproveitamento existente nem derivasse ou desviasse de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares .

Nota-se, no entanto, que a essência que norteava a época era a busca do desenvolvimento. Tanto o é, que em seus artigos 139 a 201, está regulamentado o uso da água para a produção de energia hidroelétrica. E, na primeira parte, trata das relações entre particulares, no que diz respeito ao uso das águas particulares, públicas e comuns. Não há qualquer preocupação quanto à preservação da água, exceto as ressalvas de não poluição. Acreditava-se que era inesgotável.

As águas na Constituição de 1988 e a Lei 9.433/97.

É notório que, somente à partir da Constituição de 1988 houve uma preocupação quanto à preservação do meio ambiente, tendo em vista a manutenção da qualidade de vida humana. Anteriormente, as legislações existentes sobre bens ambientais tinham única e exclusivamente a intenção de controlar o uso econômico destes. À partir de então, constatou-se que as águas não são inesgotáveis (renovável), já que, mesmo as existentes no estado líquido, nem sempre podem ser consumidas pelo homem, sem maiores complicações para sua saúde.

Com base nesta constatação, a Constituição da República de 1988 dispôs de forma diversa sobre a dominialidade das águas. Em seu artigo 20, III diz ser da União "os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais". E, no artigo 26 inclui entre os bens dos Estados "as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obra da União".

Em momento algum há menção de águas comuns e particulares. Pelo contrário. Várias vezes há a preocupação com a preservação dos bens ambientais, sendo princípio da ordem econômica a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" (art. 170, VI). Daí conclui-se que, buscou-se a construção de uma ordem econômica, na qual a existência humana digna é assegurada, tendo como um de seus princípios a preservação do meio ambiente e o controle do uso dos bens ambientais.

Para regulamentar o uso que se poderia ter da água, indicou como competência privativa da União legislar sobre águas, energia e demais matérias, conforme artigo 22, IV da Constituição da República. E, em seu artigo 21, XIX diz ainda competir à União "instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso".

Cumprindo esta obrigação de regulamentar o uso da água, surgiu a Lei 9.433 de 8 de janeiro de 1997, a qual instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Logo no seu primeiro artigo, diz: A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I- a água é um bem de domínio público".

Em todo o seu texto trata a água como sendo um bem de domínio público de uso comum de todos, excluindo a existência de águas dominicais, águas comuns e particulares.

Neste sentido, afirma ANTUNES:

"O principal aspecto que pode ser compreendido destes princípios é que a nova concepção legal busca encerrar com a verdadeira apropriação privada e graciosa dos recursos hídricos".

MACHADO explica que esta disposição legal da água como um bem de domínio público, de uso comum do povo, na Lei 9.433/97, modifica toda a dominialidade das águas, sob à luz da Constituição da República. Primeiramente, enfatiza que a água representa o direito à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sendo assim, é bem de uso comum do povo. E explica esta condição como sendo a impossibilidade de apropriação privada, condicionado o seu uso à concessão ou autorização (outorga) pelo Poder Público, de forma motivada e fundamentada pelo órgão gestor. O autor ainda afirma a extinção de águas públicas dominicais, tendo em vista que este bem essencial à vida não pode ser alienável .

Esta lei cuida de organizar um sistema para administração das águas. Apresenta objetivos e instrumentos. Como primeiro objetivo apresenta "assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos".Dentre os instrumentos estão os Planos de Recursos Hídricos, que poderão ser por bacia hidrográfica, por Estado e da União. Estes são "planos diretores que visam fundamentar e orientar a implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos e o gerenciamento dos recursos hídricos". Também prevê o enquadramento dos corpos de água em classe, segundo os usos preponderantes da água; a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos, a cobrança pelo uso de recursos hídricos e o sistema de informações sobre Recursos Hídricos.

O artigo 1º da Lei 9.433/97 enumera os fundamentos, e dentre estes está o uso múltiplo das águas e a preferência para o consumo humano e a dessedentação de animais, no caso de escassez da água. E, de forma a instrumentalizar todos os fundamentos e objetivos, os Planos de Recursos Hídricos serão utilizados. Nestes, terá sempre a indicação dos usos preferenciais, tendo em vista a necessidade de satisfazer, primeiramente, as necessidades básicas da população.

No entanto, muitos autores parece apresentar opinião contraditória sobre o assunto. SILVA estuda a proteção legal das águas fazendo referência à

Constituição Federal, ao Código Civil, ao Código de Águas e à Lei 9.433/97, além de um breve histórico legislativo. No entanto, o autor admite a existência de águas públicas e privadas. Admite a legitimidade do Código Civil e do Código de Águas de 1934 no que tange ao tratamento das "águas particulares". Diz que:

"Destaca-se, ainda, que as águas estão sujeitas ou a regime de direito público ou a regime de direito privado. As águas sujeitas à regime de direito privado estão disciplinadas, basicamente, pelo denominado 'Direito de Vizinhança'".

O autor cita o artigo 1.290 do Código Civil, e o trata como constitucional, admitindo-se a existência de águas particulares. Porém, o autor faz uma ressalva sobre o uso destas águas, citando o art. 68 do Código de Águas, o qual dispõe sobre inspeção e autorização administrativa para as águas comuns ou particulares. Ainda ressalta, com base nos ensinamentos de Alfredo Valadão, que a autorização é a forma de se conceder um direito que já havia de forma potencial aos ribeirinhos.

Pode-se concluir, pelos autores estudados até então, que não há um consenso sobre a extinção das águas particulares e comuns. Muitos admitem sua existência ao direcionar o seu regramento ao Código Civil e ao Código de Águas de 1934. Esquecem-se, inclusive, de analisar o princípio da socialidade, o qual representa um dos pilares da interpretação do Código Civil de 2002.

O Plano Nacional de Recursos Hídricos, publicado em março de 2006.

O Plano Nacional de Recursos Hídricos foi elaborado com base na Lei 9.433/97, tendo como principal objetivo dar um tratamento gerencial às águas do Brasil, de forma a proporcionar o direito à vida a todos os cidadãos. Para tanto, não levou em conta apenas as áreas em que se localizam as bacias hidrográficas. Considerou como de grande importância as áreas carentes deste recurso, denominadas de Situações Especiais de Planejamento (SEP).

"O PNRH vem ao encontro dessa ação estratégica e as bases conceituais para a sua construção estão alicerçadas nos fundamentos, nos objetivos e nas diretrizes gerais de ação, previstos na Lei Federal nº 9.433/1997, destacando-se: a ratificação da dominialidade pública das águas; a prioridade para o consumo humano e para a dessedentação de animais em situações de escassez; os usos múltiplos das águas; seu valor econômico; a bacia hidrográfica como unidade territorial para implementação da política; a descentralização e a participação social no processo de gestão; a utilização integrada e sustentável da água; os conceitos de integração e articulação, tanto do ponto de vista dos processos socioambientais quanto políticas e institucionais".

Mais adiante refere-se à base jurídica e institucional do modelo de gestão de recursos hídricos vigente no Brasil:

"As águas brasileiras encontram-se repartidas entre as que integram o domínio da União e as que pertencem aos estados e ao Distrito Federal.

Persiste com a União a competência privativa para legislar sobre águas, cabendo aos estados legislar em matéria de seu poder-dever de zelar pelas águas do seu domínio, assim como a competência comum, juntamente com a União, o Distrito Federal e os municípios, para registrar, acompanhar e fiscalizar a exploração de recursos hídricos em seus territórios".

Nota-se, claramente, que a Lei 9.433/97 foi implementada com o Plano Nacional de Recursos Hídricos, abrangendo todas as águas do Brasil, sejam emergentes, fluentes, subterrâneas etc. A intenção é a estipulação de metas para o alcance, até 2.020, de melhores condições de acesso à água de boa qualidade por todos os cidadãos. Por isso, independe se as águas estão ou não inseridas em uma propriedade privada. O interesse sobre estas sobrepõe barreiras de propriedades privadas. A água representa o direito à vida, e não pode ser inserida como propriedade privada. A Constituição Federal indicou competência da União legislar sobre águas, e ela o fez - Lei 9.433/97, implementando-a em um de seus instrumentos - Plano Nacional de Recursos Hídricos.

O artigo 1.290 do Código Civil de 2002: inconstitucionalidades.

Artigo 1.290: O proprietário de nascente, ou do solo onde caem águas pluviais Primeiramente é importante esclarecer os pilares da interpretação do Código Civil de 2002: eticidade, operabilidade e socialidade. Pelo primeiro paradigma, deve-se entender a busca do ideal comportamento pelos homens, conforme afirma ROSENVALD. O segundo representa a efetividade dos direitos. A terceira sugere uma mudança do paradigma do Código de 1916, para o qual o indivíduo era o centro das preocupações (acreditava-se que se cada pessoa tiver todos os seus direitos satisfeitos, logo toda a sociedade estaria realizada. No entanto, este modelo fracassou, instalando-se uma sociedade egoísta. A socialidade representa a busca de uma finalidade para toda a satisfação de direitos de uma pessoa, tendo em vista o todo em que esta está inserida .

Ao aplicar os paradigmas expostos ao artigo 1.290 do Código Civil, é possível concluir que: pela eticidade, não poderia ser admitido o uso das águas até a satisfação do consumo do proprietário do solo onde caem as águas pluviais ou existem nascentes. Deve-se respeitar um grau de prioridades no uso das águas. Quanto ao paradigma da socialidade, vê-se o disparate na designação, como propriedade privada, de uma fonte de vida. Jamais poder-se-ia considerar uma

nascente de água como uma propriedade privada. A água é primordial à manutenção da vida. O direito de propriedade sobre um bem desta espécie não tem finalidade. Significa a manutenção do ideal do antigo Código, em que a satisfação exclusiva dos direitos de cada indivíduo poderia, ao final de tempos, ensejar a satisfação de toda a sociedade.

Apesar de estar explícita a inconstitucionalidade deste artigo, ao permitir a propriedade privada sobre uma fonte de água e dar a possibilidade para que o proprietário utilize as águas para sua satisfação, sem qualquer limite ético e social (inobservando a Lei 9.433/97), os civilistas e administrativistas afirmam a legalidade deste dispositivo.

DINIZ explica o dispositivo dizendo que:

"O proprietário de uma nascente pode, portanto, utilizar-se dela para atender a todas as suas necessidades, sem, contudo, desviar o curso das sobras, que são desfrutadas pelo dono do prédio inferior ou pelo povo".

Da mesma forma, afirmam outros doutrinadores civilistas: VENOZA admite a dominialidade particular da nascente. No entanto, faz uma ressalva quanto a utilização exclusiva pelo seu "proprietário". Cita o artigo 94 do Código de Águas de 1934, o qual diz que "o proprietário de uma nascente não pode desviar-lhe o curso quando da mesma se abasteça uma população". Afirma o autor:

"Evidente o alcance social da norma. Por tais regras se percebe que a utilização da água de nascente pelo proprietário não pode ser absoluta".

ROSENVOLD também afirma:

"É certo que as águas pluviais lhe pertencem, assim como as nascentes que brotam em seu terreno, porém o prédio inferior também faz jus a essas águas. Realmente contraria a prudência a conduta do proprietário superior que egoisticamente impeça o curso natural das águas remanescentes aos prédios inferiores, desviando as sobras, desperdiçando recursos valiosos e escassos, mesmo depois de ter atendido às suas necessidades"

Nota-se, que, mesmo admitindo os civilistas que não poderá haver um desperdício das águas, não tomam conhecimento da Lei sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos, a qual elenca fundamentos, objetivos e instrumentos, os quais indicarão a prioridade no uso dos Recursos Hídricos. Estas prioridades serão

elencadas tendo em vista a realidade de cada região, de cada corpo hídrico, sendo todos, de domínio público de uso comum do povo. Para sua utilização, deverá ser observado o disposto na Lei 9.433/97 e nos Planos de Recursos Hídricos das Bacias Hidrográficas, dos Estados e do Plano Nacional de Recursos Hídricos.

A Constitucionalização do Direito Civil deve ser seguida também quanto à dominialidade dos Recursos Hídricos. A modificação deste dispositivo do Código Civil se faz necessária e urgente. O Plano Nacional de Recursos Hídricos (2006-2.020) está pronto, devendo ser cumprido, assim como os Planos regionais, sob pena de estar fadada ao fracasso a política brasileira (tão elogiada mundialmente) de gestão dos recursos hídricos.

Conclusão

Faz-se necessária a conscientização da existência da Lei 9.433/97, a qual regulamenta a gestão dos recursos hídricos brasileiros. Esta mesma lei enfatiza a modificação constitucional da dominialidade das águas, não podendo entender a divisão das águas, na Constituição, como sendo apenas referente às águas de domínio público.

Pela própria essência da água, deve-se primar pela observância constitucional e infra-constitucional, extinguindo qualquer entendimento individualista da sua apropriação e uso contrário ao estatuído em Planos diretores.

Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 682.

BRASIL, Código Civil (2002) Código Civil Brasileiro. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Centro Gráfico, 2002.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 15 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 979-980.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 4º vol., 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos Hídricos: direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 362-363.

PLANO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Síntese Executiva - português. Ministério do Meio Ambiente; Secretaria de Recursos Hídricos. Brasília: MMA, 2006. site: <http://pnrh.cnrh-srh.gov.br>. Consultado em 02 de outubro de 2006, às 12:30.

PRIEUR. Michael. Droit de l'envinement, 3ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 635-641

ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Direitos Reais, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais, vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

VENOZA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, vol V, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.