

PUBLICIZAÇÃO DA PROPRIEDADE DAS ÁGUAS E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Eduardo Coral Viegas
Promotor de Justiça/RS

INTRODUÇÃO

A importância das águas é indiscutível para a sobrevivência da humanidade, mas passou a ser realmente percebida quando esse recurso ambiental¹ já não mais vinha sendo encontrado em abundância naqueles locais onde, tradicionalmente, a sua falta nunca fora sentida antes.

Estima-se que, hodiernamente, mais de 1 bilhão de pessoas não disponha de água suficiente para o consumo e que, em 25 anos, cerca de 5,5 bilhões estarão vivendo em locais de moderada ou considerável falta de água².

Vale registrar, ainda, que aproximadamente 97% da água do planeta é salgada – de praticamente nenhum aproveitamento para o consumo humano –, e que, dos 3% de água doce, cerca de 2% estão situados em estado de gelo, nas calotas polares, e que o 1% restante ainda conta com grande parte no subsolo, sendo porção considerável em camadas bastante profundas.

¹ A água é um recurso ambiental, consoante estabelece o art. 3º, V, da Lei Federal nº 6.938/81, que dispõe o seguinte: “*recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.*”

² Introdução ao Gerenciamento de Recursos Hídricos, SÉRIE: Sistema Nacional de Informações Sobre Recursos Hídricos, CD nº 2, elaborado pela Agência Nacional de Águas (ANA) em parceria com a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

As razões da crescente escassez de água são muitas. Inegavelmente, contudo, a poluição ambiental é o seu principal fator, na medida em que, ao longo da história de desenvolvimento dos povos, e sobretudo a partir da Revolução Industrial, a preocupação da humanidade centrou-se fundamentalmente na produção, sem maiores cuidados com a preservação do meio ambiente e, conseqüentemente, de seus recursos. Tanto assim é que, hoje, a maioria dos principais rios que banham cidades importantes, independentemente do Continente onde se situam, são considerados tecnicamente poluídos, o que decorre, dentre outros, da falta de saneamento básico, do lançamento dos resíduos industriais diretamente nas águas correntes, do despejo nestas também de produtos tóxicos utilizados na agricultura.

No Brasil, há farta legislação visando à *compatibilização do desenvolvimento sócio-econômico com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*, finalidade precípua da Política Nacional de Meio Ambiente (art. 4º, I, da Lei Federal nº 6.938/81), inclusive com previsão de rigorosos sancionamentos penais e administrativos aos responsáveis por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente³. O que falta, todavia, é a aplicação efetiva do ordenamento vigente pelos operadores do Direito e, além disso, intenso investimento público e privado não apenas na preservação ambiental, mas também na recuperação daquilo que já foi degradado e que ainda pode ser, mesmo que parcialmente, reconstituído.

Par e passo à poluição ambiental, a escassez de água potável – objeto de nosso interesse específico – decorre do aumento irracional e desenfreado da população mundial, sendo certo que as pessoas possuem necessidades infinitas, e que os recursos – sejam de que espécies forem – são limitados, o que não é diferente em relação às águas.

Na medida em que um maior número de pessoas passa a consumir água, e ainda aumenta a poluição dos recursos hídricos, é inevitável que a escassez se ampliará, estimando-se, por isso, que, no Século XXI, a água potável terá a mesma importância – dada a incidência da lei da oferta e da procura – que o petróleo teve no Século XX, e, o que é pior, a elevados custos, tornando-se algo de uso elementar e indispensável em produto elitizado, que estará ao alcance de poucos, os quais, por incoerência do sistema, terão sido os maiores causadores dessa situação,

³ Destaque-se, em especial, a Lei Federal nº 9.605/98.

posto que os detentores do capital são os proprietários das indústrias poluidoras, das embarcações que geram derramamentos de óleo, etc.

É nesse contexto que se deve principiar o debate sobre qual tratamento foi dispensado pelo novel Código Civil/2002 à propriedade das águas, bem que se afigura mais valioso do que a maioria dos tradicionais bens móveis, imóveis e semoventes, na medida em que, sem as primeiras, será muito difícil o exercício do uso e gozo dos demais, tornando-se “letra morta” as *faculdades* de que trata o art. 1.228, *caput*, do Código Civil/2002⁴.

Na primeira parte, será analisado o tratamento dado à matéria pelo Código Civil de Beviláqua, pelo Código de Águas e pela Constituição Federal de 1988, enquanto o segundo segmento enfocará a questão à luz do novo Diploma Civil e a compatibilidade deste com o ordenamento jurídico pátrio vigente.

I – DA PROPRIEDADE PRIVADA À PROPRIEDADE PÚBLICA DAS ÁGUAS.

O movimento das codificações – iniciado no Século XVIII, que deu origem ao Código Napoleônico, em 1804, e, a partir daí, espalhando-se para os demais países que adotaram o sistema do direito romano-germânico – teve como princípio a completude da lei codificada, de tal modo que não poderia haver lacunas⁵.

Com base nessa orientação principiológica, o Código Civil Brasileiro do início do Século XX procurou, no tocante aos limites da propriedade privada, não deixar margem a qualquer dúvida, estabelecendo o seu art. 526 que:

⁴ O art. 1.228, *caput*, do novo Código Civil dispõe: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” O correspondente no Código Civil de 1916 previa: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

⁵ Tomando-se a discussão travada em torno da codificação do direito na Alemanha, importa transcrever o pensamento de Thibaut (defensor da codificação), nas palavras de Norberto Bobbio, em sua obra “O Positivismo Jurídico Lições de Filosofia do Direito” (São Paulo: Editora Ícone, 1995, pp. 58-59): “Thibaut prossegue ilustrando os dois requisitos fundamentais que uma boa legislação deve apresentar, isto é, a perfeição formal e a perfeição substancial. A legislação deve ser perfeita formalmente, isto é, deve enunciar as normas jurídicas de modo claro e preciso; e deve ser perfeita substancialmente, isto é, deve conter normas que regulem todas as relações sociais.”

“A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.”

O princípio geral da propriedade imobiliária adotado pelo Código Civil vigente até 11 de janeiro de 2003 estava clarividente – mesmo utilizando-se as técnicas mais simples conhecidas em hermenêutica –, consistindo na premissa de que a propriedade do solo abrange a do sobre e a do subsolo.

Interessa-nos, no campo de estudo do domínio das águas, o solo e o subsolo, pois é neles que as águas ficam depositadas.

Não havendo maiores dúvidas em torno de que o solo é a face visível do terreno, torna-se prudente explicitar que o *“subsolo, enfim, é o ‘infera’ dos romanos, consistindo nas substâncias que existem nas vísceras da terra, como os minerais, as pedras, as águas, etc.⁶”*

Vê-se, pois, que, estando as águas integradas ao subsolo, pertenciam ao titular do bem, já que o limitador da profundidade não excluiu a porção do terreno compreendida entre a superfície e o alcançamento das águas, em razão da inegável utilidade destas para o proprietário, ainda que potencial, configuradora de seu interesse jurídico na coisa até aquela camada subterrânea.

O Código de Minas veio a destacar a propriedade do solo e subsolo sempre que existirem minas. Mas, deixando-se de lado essa hipótese – por não ser do nosso interesse neste campo de debate –, é possível afirmar que, baseado na Codificação de 1916, o senhor do bem poderia explorar como suas – e de fato eram – outras riquezas localizadas no subsolo, como a água, no tempo em que viesse a tomar conhecimento delas, ou que lhe fosse mais interessante.

Nesse sentido, merece transcrição a seguinte passagem extraída de doutrina abalizada: *“Suponha-se que no subsolo haja qualquer daqueles materiais, cuja exploração, nos termos do Código de Minas, não está sujeita ao regulamento relativo à exploração das minas. Pode o proprietário do solo não estar explorando a retirada desses materiais, mas nem por isso deixa de lhe pertencer o subsolo, onde eles se encontram, por que aí existe patente o*

⁶ J.M. Carvalho Santos, em sua obra “Código Civil Brasileiro Interpretado – Volume VII” (7ªed, Freitas Bastos, 1961, p. 297).

*seu interesse em impedir que outrem venha a fazer a exploração. Interesse econômico, que é o mais característico dentre todos os demais.*⁷”

O Código de Águas⁸ é instituto superveniente – datando de 10 de julho de 1934 –, e disciplinou, em seus três primeiros capítulos, as águas públicas, as comuns e as privadas, mantendo, desse modo, a possibilidade de que o domínio das águas esteja nas mãos de particulares.

Segundo o Estatuto, foram mantidas as raízes principiológicas do art. 526 do Código Civil, com o acréscimo de que serão privadas as águas se não estiverem classificadas como comuns ou públicas, *verbis*:

“Art. 8º - São particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas públicas ou as águas comuns.”

Após essa fase, a tendência da legislação brasileira, inclusive no plano constitucional, foi a da publicização do domínio das águas, culminando com a extinção da propriedade particular desse bem pela Constituição Federal de 1988⁹.

Consoante o Texto Constitucional, as águas são bens da União¹⁰ ou dos Estados.

A grande inovação consistiu na disposição que 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 obras da União;”* (art. 26, I), na medida em que aquelas de propriedade da

⁷ J.M. Carvalho Santos, op. cit. pp. 311-312.

⁸ Decreto nº 24.643/34.

⁹ Virgínia Amaral da Cunha Scheibe, em notável artigo intitulado “O Regime Constitucional das Águas” (Revista de Direito Ambiental nº 25, pp. 209-210), leciona: *“Outro aspecto significativo, na disciplina constitucional das águas, é a extinção da propriedade privada sobre elas, consoante o salientado por significativo segmento doutrinário, em face da previsão de propriedade somente da União e dos Estados, sobre todos os corpos d’água, derogando, pois, o Código Civil e o Código de Águas, no que diz com o ponto. Vale dizer que, sob a ótica daqueles doutrinadores, consoante a nova disciplina, o proprietário da terra não é mais proprietário dos recursos hídricos (superficiais ou subterrâneos) nela existentes, permanecendo, entretanto, na condição de utente e seu detentor e administrador. Administrador da coisa pública, diga-se, pois, no atual regime, a água é um bem público, bem de uso comum do povo, na clássica definição civilista.”*

¹⁰ *“Art. 20. São bens da União: III – 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 território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;”*

União não diferem muito da previsão feita pelo art. 4º, II, da CF de 1969¹¹.

Analisando-se sistematicamente a Carta Magna, é possível afirmar que a retirada das águas da titularidade privada para sua inclusão integral como próprio estatal¹² está associada com o princípio regente na Lei Maior de 1988 de que a propriedade, embora assegurada¹³, atenderá sua função social¹⁴.

E nada mais importante do que as águas – bens cuja escassez é cada vez maior e consistem em necessidade de todos –, de tal sorte que elas não podem ser mantidas nas mãos de alguns, mas do Estado, que deverá garantir a sua distribuição isonômica, com isso evitando, no mínimo, uma sociedade menos injusta e desigual¹⁵.

II – O NOVO CÓDIGO CIVIL E O REGIME DAS ÁGUAS.

O novo Código Civil¹⁶ entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003 com a missão de, como “constituição do homem comum” – expressão de Miguel Reale –, introduzir no cenário pátrio modificações substanciais na vida diária dos brasileiros.

Extraí-se do pronunciamento de Miguel Reale – Coordenador-Geral do Projeto de Lei do Código Civil –, feito na sessão de 29/11/2001, como membro da Academia Paulista de Letras¹⁷, que o início da elaboração do Texto Civil é anterior a 1975, pois foi nesse ano que o Presidente Ernesto Geisel o submeteu à apreciação da Câmara dos

¹¹ Trata-se, na verdade, de nova Constituição – já que o texto foi integralmente reformulado –, e não de simples emenda constitucional à CF/67, sendo que esta Emenda serviu apenas como forma de outorga.

¹² Maria Luiza Machado Granziera, em sua obra “Direito de Águas” (São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 90), discorre sobre o tema com autoridade e de forma taxativa, nos seguintes termos: “No que se refere à caracterização da água como bem público, importa mencionar, logo de início, que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou definido que todas as águas pertencem à União ou aos Estados, incluído o Distrito Federal, conforme sua localização.”

¹³ Art. 5º, XXII.

¹⁴ Art. 5º, XXIII.

¹⁵ A Constituição Federal dispõe o seguinte: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

¹⁶ Lei nº 10.406/2002.

¹⁷ Pronunciamento intitulado “Visão Geral do Novo Código Civil”, e publicado no início da obra “Novo Código Civil Brasileiro” da Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição.

Deputados – como Projeto de Lei 634-D¹⁸ –, com base em trabalho de uma Comissão formada por sete membros. No Congresso Nacional, o Projeto contou com mais de mil emendas na Câmara dos Deputados e de quatrocentas no Senado Federal, e, ao longo de mais de três décadas, foi consideravelmente atualizado, sobretudo em razão da superveniência da Constituição Federal de 1988.

O tratamento dispensado pelo novo Código à abrangência do direito da propriedade imobiliária não sofreu maiores alterações – salvo semânticas – no que tange com a regra geral de que a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, até a altura e profundidade úteis ao seu exercício (art. 1.229¹⁹).

A novidade da legislação ora em vigor vem prevista no art. 1.230, *caput*, assim redigido:

“A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.”

Pode-se dizer que ocorreu, na realidade, não uma inovação material, mas apenas formal, tendente a compatibilizar o Código Civil à legislação em vigor.

Com efeito, as *jazidas* e *minas* já estavam separadas do solo por força do Código de Minas²⁰, pertencendo à União, consoante o art. 176 da CF/88; os ditos *demais recursos minerais* também são de titularidade da União, nos termos do art. 20, IX, e 176 da CF/88, o mesmo se dando em relação aos *potenciais de energia hidráulica* (art. 20, VIII) e os *sítios arqueológicos* (art. 20, X).

Nem tudo, entretanto, é perfeito, e o Código Civil de 2002 deixou de incluir no rol do art. 1.230 as águas²¹, possibilitando uma

¹⁸ O Projeto final aprovado tomou o nº 118/84.

¹⁹ O art. 1.229 do novo Código tem a seguinte redação: *“A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las”*, tendo o seu correspondente, no Código de 1916, no art. 526, como já se viu.

²⁰ Decreto-Lei nº 1.985/40 e alterações posteriores.

²¹ Acrescente-se, pois normalmente é objeto de dúvida, que as águas, com exceção das minerais – as quais contam com regramento próprio e não são objeto do presente estudo –, não se enquadram no conceito de recursos minerais, tanto que a própria Constituição Federal trata das águas e dos recursos minerais em dispositivos diversos (águas são tratadas no art. 20, III, e 26, I, enquanto os recursos minerais vêm referenciados no art. 20, IX, e 176). Se os recursos minerais englobassem as águas ditas comuns, todas elas seriam de propriedade da União, por força dos arts. 20, IX, e 176 da CF, o que não se

interpretação precipitada – se focalizada apenas no recente Texto, mas ignorando-se a cláusula aberta final do dispositivo, para viabilização integral da análise pretendida, – de que estas acompanham a propriedade privada por força do art. 1.229, tal como ocorria com o Código Civil de 1916.

Todavia, devemos visualizar o direito a partir da teoria do ordenamento jurídico, fruto do pensamento kelseniano, enfatizando-se as características da *unidade e coerência* de tal ordenamento.

Assim, o conjunto de leis deve formar a unidade de um sistema jurídico, o qual há de ser, necessariamente, coerente, possibilitado o afastamento da incidência daquelas normas que impliquem incongruência, como, por exemplo, reconhecendo-se a inconstitucionalidade de lei infraconstitucional posterior e conflitante com a Lei Maior.

Nesse contexto, é certo sustentar que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico conduz à ilação de que não há mais águas de propriedade privada no Brasil.

Devemos encontrar, então, no sistema, uma solução razoável de conjugação dos arts. 1.229 e 1.230 do Código Civil com os arts. 20, III, e 26, I, da Constituição Federal.

O art. 1.230 do Código Civil prevê a cláusula final aberta de que a propriedade do solo não abrange *outros bens referidos por leis especiais*.

Surge o questionamento: qual é a abrangência dessa regra de extensão?

O critério usual para se definir se uma lei é especial exige sua diferenciação em face da lei geral, aplicando-se o princípio de que a *lex specialis derogat legi generali*.

Segundo Carlos Maximiliano²², “*Ainda hoje se alude, a cada passo, à distinção clássica entre ‘Direito comum’ e ‘Direito singular’ (‘Jus commune’ e ‘Jus singulares’). O primeiro contém normas gerais, acordes com os princípios fundamentais do sistema vigente e aplicáveis universalmente a todas as relações jurídicas a que se referem; o segundo atende a particulares condições morais, econômicas, políticas ou sociais, que se refletem na ordem jurídica, e por esse motivo subtrai determinadas classes de matérias, ou de pessoas às regras do Direito comum, substituídas de propósito por disposições*

compatibiliza com a outorga de propriedade também aos Estados, nos termos do art. 26, I, da CF.

²² “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 18ª ed, Rio de Janeiro, 2000, pp. 228 e 229.

de alcance limitado, aplicáveis apenas às relações especiais para que foram prescritas.”

E, mais adiante, o mesmo autor elucida: “*Enquadram-se no Direito Especial o Código Comercial, o Penal, o Rural, o Florestal, o das Águas (grifou-se), o Aduaneiro e o de Contabilidade Pública; as leis sobre a responsabilidade do Chefe de Estado e demais funcionários, sobre minas, estradas de ferro, patentes de invenção, acidentes de trabalho, impostos, trabalho de mulheres e menores, e outras.”*

No caso, o art. 1.229 do Código Civil estabelece a regra geral da propriedade privada, como já visto, ao passo em que existe uma *lei especial* tratando apenas dos recursos hídricos que dispõe sobre a propriedade destes, de forma diferenciada da *lei geral*, e em estrita compatibilidade com a Lei Maior.

Sucede que, passados muitos anos desde a entrada em vigor da Constituição Federal atual, que não recepcionou a legislação infraconstitucional nos pontos em que estabelecia a propriedade privada sobre as águas, em 08 de janeiro de 1997, veio a ser publicada a Lei nº 9.433, instituindo a Política Nacional de Recursos Hídricos, a qual foi assentada nos fundamentos de que trata o art. 1º da Lei, sendo o primeiro deles a disposição categórica de que “*a água é um bem de domínio público*”, cristalizando-se, por meio da legislação infraconstitucional, aquilo que a Lei Magna já havia instituído, ou seja, a publicização integral da propriedade das águas.

Desse modo, tomando-se por base os princípios usuais acerca da relação entre a lei geral e a lei especial, conclui-se que o art. 1º, I, da Lei nº 9.433/97 insere elemento especializante em relação ao art. 1.229 da Lei Civil Geral, acrescentando o bem *água* ao rol do art. 1.230, *caput*, deste último Diploma.

Veja-se que as águas poderiam ter constado ao lado dos demais bens expressamente elencados no art. 1.230, *caput*, do Código Civil, pois, anteriormente à edição dele, já havia previsão legal – tanto em norma constitucional quanto infraconstitucional *especial* – destacando a propriedade das águas da propriedade do terreno. E se o fizesse, o legislador teria sido sistemático e atribuído aos recursos hídricos o seu real e destacado valor. Mas acabou sendo assistemático porque buscou na Constituição Federal os demais bens que arrolou no aludido dispositivo, mas deixou de fazê-lo no que toca às águas, ficando a dúvida do porquê disso.

Observe-se que o Código Civil não necessitava ter feito a ressalva expressa de que a lei especial poderia excluir a regra geral do seu art. 1.229, pois tal decorre dos princípios universais da hermenêutica jurídica.

Inobstante, uma interpretação teleológica dos arts. 1.229 e 1.230 do Novo Código evidencia a intenção da norma.

Lecionando sobre a interpretação teleológica, Carlos Maximiliano ensina o seguinte²³:

“Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou ‘finalística’; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, ‘teleológica’. O hermenêuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.”

Efetivamente, a *ratio legis* não foi a de listar os bens destacados do solo, mas declarar a existência desses bens – no que inovou se compararmos o novo e o velho Código Civil –, citando alguns exemplos e instituindo, com a cláusula aberta final, que se trata de rol não-exaustivo.

Mas deve ficar bem claro que, quando o Código Civil dispôs que *a propriedade do solo não abrange outros bens referidos por leis especiais*, não estava impondo que somente estas poderiam ampliar a listagem já incrustada nessa Lei.

A afirmação justifica-se pelo fato de que a lei ordinária – no caso o Código Civil – não pode excluir os critérios para solução de antinomias no direito interno, segundo os quais o conflito de normas se resolve pelos critérios *hierárquico*, *cronológico* e de *especialidade*.

Em razão disso, estando uma matéria disciplinada por lei ordinária e por norma constitucional de forma diversa, prevalece a regra prevista na Lei Maior, pois está em nível mais alto, independentemente da ordem cronológica. Vigê a máxima: *lex superior derogat legi inferiori*.

Da mesma forma, se estamos frente a leis gerais estabelecidas pelo mesmo órgão em momentos distintos, a norma editada por último se

²³ Op. cit, pp. 151 e 152.

sobrepoê²⁴, dada a cronologia, como assenta o princípio: *lex posterior derogat legi priori*.

Destarte, não é apenas uma lei especial que pode majorar a lista de exceções do art. 1.230 do Código Civil, como também a Constituição Federal e a lei geral posterior, e nada disso necessitaria constar na Lei Civil, pois decorre do sistema de interpretação do Direito.

No caso, a essência da norma questionada estará preservada se a interpretarmos em conformidade com a lei especial e a Carta Política, afirmando-se que as águas também constituem exceção à regra do art. 1.229 do Código Civil, e equiparando-se-as, para tal fim, às *jazidas, minas e demais minerais, potenciais de energia hidráulica e monumentos arqueológicos*, tudo na forma do art. 1º, I, da Lei nº 9.433/97, e arts. 20, III, e 26, I, da Carta Magna, e pertencendo à União ou aos Estados, de acordo com a hipótese.

CONCLUSÕES.

À guisa de remate, podem-se extrair algumas conclusões, que comportam a seguinte ordenação:

a) Como o Direito evolui juntamente com as transformações sociais, adaptando-se à realidade fática, a primeira codificação civilista brasileira instituiu como regra em nosso sistema a propriedade privada sobre as águas, o que estava de acordo com as circunstâncias da época, quando a água era produto abundante na natureza. Com a sua escassez, decorrente sobretudo da poluição ambiental e do brutal aumento da população ao longo do último Século, obrigou-se o legislador constitucional de 1988 a publicizar integralmente as águas, pois só assim poderia o Estado ter um maior controle sobre as mesmas, possibilitando-lhe, ao menos, evitar a superveniência de uma sociedade ainda mais injusta e desigual em razão da possível concentração das águas nas mãos das elites.

b) A publicização acarreta uma série de conseqüências, como, por exemplo, o condicionamento do acesso às águas – inclusive e especialmente por meio de poços artesianos, cada vez mais freqüente na

²⁴ Maria Helena Diniz, na obra “Conflito de Normas” (3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 34) refere que: “Na lição de Hans Kelsen, se se tratar de normas gerais estabelecidas pelo mesmo órgão em diferentes ocasiões, a validade da norma editada em último lugar sobreleva à da norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz.”

atualidade –, em relação ao proprietário do imóvel, à outorga do poder público, até mediante cobrança, na forma dos arts. 11 a 22 nº 9.433/97.

c) O novel Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, repetiu a regra geral do Código de Beviláqua no sentido de que a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, até a altura e profundidade úteis ao seu exercício (art. 1.229). Inovou, contudo, ao excepcionar tal regra, dispondo que “*A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais*” (art. 1.230, *caput*).

d) Foi assistemático o legislador, inobstante, ao deixar de incluir no rol do *caput* do art. 1.230 o bem mais precioso de todos – pois sem ele não subsiste vida no planeta –, qual seja, a água, quando deveria tê-lo feito, já que os bens que arrolou estavam, juntamente com as águas, todos eles excluídos da propriedade privada pela legislação precedente ao novo Código Civil. Por que, então, enumerar alguns e não outro na mesma situação, e justamente o de maior importância?

e) Visualizando-se o direito com base na teoria do ordenamento jurídico, a partir da qual o conjunto de leis deve formar a unidade do sistema, que há de ser coerente, prevalece a regra constitucional e legal especial da extinção da propriedade privada das águas no Brasil. Assim, as águas podem ser agregadas à lista do art. 1.230, *caput*, da Codificação Civil

f) Enfim, melhor seria que o Congresso Nacional fizesse uma revisão geral do Código Civil de 2002, expungindo-lhe as imperfeições – tal como feito nos últimos anos no tocante ao Código de Processo Civil, mas sem a mesma demora, que é sempre prejudicial sobretudo à segurança jurídica –, e que, nesse esforço revisor, viesse a incluir as águas no rol das exceções – à regra geral - de que trata o art. 1.230, *caput*, da Lei Civil, sistematizando-a e afastando qualquer discussão possível sobre o tema. Até que isso seja feito, no entanto, o próprio ordenamento jurídico continuará a manter íntegra a disciplina da dominialidade pública das águas.