

águas subterrâneas

Cid Tomanik Pompeu

Consultor Jurídico da Presidência da Sabesp

1 – Introdução

A ausência de regulamentação tem feito com que a extração de água subterrânea, em todo o País, seja feita de forma desordenada e sem controle, o que certamente ocasionará o esgotamento e a contaminação de muitos aquíferos, com graves e irreparáveis prejuízos à população atual e às gerações futuras.

Com efeito, em termos de legislação e de administração de recursos hídricos, essas águas se encontram em completo abandono da parte dos poderes públicos. Enquanto em outros países se desenvolve, há muitos anos, extensa proteção às águas subterrâneas, com fiscalização sobre a abertura, utilização e fechamento dos poços, principalmente os artesianos, entre nós, após a distinção entre a propriedade do solo e do subsolo, ocorrida com o advento da Constituição de 1934, pode-se dizer que nada foi feito, em termos concretos, para disciplinar o uso dessas águas.

Tendo em vista ser controvertido o próprio conceito de água subterrânea, iniciaremos pelo seu exame para, a seguir, cuidar da evolução do instituto no direito estrangeiro e no brasileiro.

2 – Conceito

Denominam-se águas subterrâneas todas aquelas situadas em baixo da superfície da terra; "todas as que se encontram ou escorrem por debaixo da terra" (Marienhoff, *Régimen* . . . , pág. 451).

Abstraindo-se a questão referente à sua pureza, do ponto de vista químico ou bacteriológico, as águas subterrâneas podem ser consideradas minerais ou não, dizendo-se minerais as que têm em solução quantidade apreciável de substâncias minerais (Pacelli, *Le Acque* . . . , pág. 195). A doutrina e a jurisprudência universais costumam dividir as águas que estão debaixo da terra em subálveas, freáticas e subterrâneas ou circulantes. As subálveas derivam das correntes naturais e seguem a mesma natureza jurídica daquelas; são as águas que escorrem sob o leito ou álveo das águas superficiais (Astuti, *Enciclopedia del Diritto* . . . , "sub voce" "Acque"; Petrocchi, *Novissimo Digesto Italiano* . . . , "sub voce" "Acque"). Para outros, tais águas estão incluídas na classe das subterrâneas (Marienhoff, *Régimen* . . . pág. 452/3). As freáticas constituem os aquíferos mais próximos da superfície

da terra, e as subterrâneas ou circulantes são aquelas que correm a grandes profundidades (Pacelli, *Le Acque* . . . , págs. 186 e segs. Astuti, *Enciclopedia del Diritto* . . . , "sub voce" "Acque"; Petrocchi, *Novissimo Digesto Italiano*, "sub voce" "Acque").

As águas freáticas em geral emanam naturalmente à superfície e o ponto onde isso ocorre tem o nome de fonte, manancial ou vertente. O lugar por onde afloram as águas profundas, em geral em decorrência de obra do homem, recebe o nome de poço artesiano, proveniente de Artois, lugar da França, onde se atribui a descoberta do primeiro poço com essas características, embora também se confira tal primazia ao Oriente (Allende, *Derecho de Aguas* . . . , pág. 271).

No Brasil, as normas referentes à proteção sanitária dos mananciais, dos serviços de abastecimento público e controle de qualidade das respectivas águas, aprovadas pela Portaria nº 443/Bsb, de 3.10.1978, do Ministro da Saúde, no subitem 3.3., definem *manancial subterrâneo* como a parte de um manancial que se encontra totalmente abaixo da superfície terrestre, podendo compreender lençóis freáticos e confinados, sendo sua captação feita através de poços e galerias de infiltração, ou pelo aproveitamento de nascentes.

Diga-se, de passagem, que a utilização do termo *manancial* com o sentido de "todo corpo d'água utilizado para o abastecimento público de água para consumo humano", constante do subitem 3.2., da mencionada Portaria, merece reparos, pois, manancial, no campo hídrico, significa nascente de água, fonte, não devendo, portanto, ser utilizada a mesma palavra para designar, de maneira genérica, outros corpos de água.

Voltando, entretanto, ao assunto principal, podemos dizer que, sob o ponto de vista legal, são subterrâneas todas as águas que não sejam superficiais, pois, qualquer diferenciação hidrológica ou geológica que se faça a respeito das águas subterrâneas é irrelevante sob esse aspecto. Para a lei, a água que não é superficial ou meteórica é subterrânea, sem que caiba distinguir se esta é ou não corrente. O oposto de água superficial é água subterrânea (Marienhoff, *Régimen* . . . , pág. 451).

3 – Evolução histórica

Antes de se reconhecer a função social da propriedade, ao proprietário era atribuí-

do o *ius utendi et abutendi* da coisa, encontrando-se também em Lobão a afirmativa de que o "domínio de qualquer prédio não se limita só à sua superfície: ela compreende todo o ar perpendicular até o Céu, e tudo debaixo até os Infernos" (*Dissertação sobre Águas Subterrâneas*, § 1º). Esse entendimento provém do conceito romano de propriedade, chegado até nós através dos intérpretes da Idade Média. Afirmava Lobão, à sua época, que "a qualquer é lícito no seu prédio rústico ou urbano procurar água até o centro dele, abrir poços, valas ou minas, ainda que com isso corte veias das águas, que saiam no prédio vizinho, ou iam utilizar outro qualquer prédio; uma vez que isto se faça pelo próprio interesse, e para melhorar o seu prédio, sem dolo ou ânimo de prejudicar ao vizinho e uma vez que não haja alguma servidão em contrário" (ob. cit. § 4º).

Os Códigos Civis elaborados sob a inspiração do Código de Napoleão seguiram o princípio de que a propriedade do solo se estende ao subsolo, com tudo aquilo que nele se contém, e o proprietário pode fazer qualquer escavação que não cause dano ao vizinho (CC da Itália, art. 804; CC do Brasil, art. 526; CC de El Salvador, art. 569; CC da Nicarágua, art. 1.599; CC da Bélgica, art. 641).

Também a Lei de Águas da Espanha, de 1879, dispõe que pertencem ao dono de um prédio, em plena propriedade, as águas subterrâneas que nele tenha obtido por meio de poços ordinários; que todo proprietário pode abrir livremente poços ordinários para elevar águas dentro de suas terras, mesmo que com isso diminua as águas de seus vizinhos. Deverá, entretanto, ser guardada a distância de dois metros entre os poços nas áreas urbanas e quinze metros no campo entre a nova escavação e os poços, tanques, fontes e canais permanentes de vizinhos. Para os efeitos dessa lei são definidos como poços ordinários aqueles abertos com o exclusivo objetivo de atender ao uso doméstico ou às necessidades ordinárias da vida, e aqueles em que se emprega para extração de água outra força que a humana. (arts. 18 a 20).

O interesse geral, todavia, vem fazendo com que, aos poucos, o conceito de água particular seja restringido, aplicando-se, também nesse campo, a questão da função social da propriedade. Cite-se como exemplo o Texto Único Italiano, de 1933, que estatuíu serem públicas as águas subterrâneas extraídas artificialmente, sempre que aptas ao uso público; a pesquisa e extração dessas

guas estão submetidas a normas específicas, limitadoras do direito de propriedade (art. 92 e segs., conforme Busca, *Le Acque* . . . , págs. 19 e segs.).

4 — Direito moderno

No direito moderno, a extração de águas subterrâneas é, em geral, disciplinada pelo Estado, independentemente da sua classificação como pública, privada ou "res nullius." A lei francesa, relativa ao regime e à reparação das águas e à luta contra sua poluição (Lei nº 64-1.245, de 16.12.1964), dispõe que toda a instalação destinada a captar água subterrânea, para fins não domésticos, deve ser levada ao conhecimento da Administração e submetida à sua supervisão, nas condições definidas por decreto em Conselho de Estado; no decreto, deverá ser determinada a quantidade a partir da qual são aplicáveis as disposições da referida lei (art. 40).

A *Lei Geral de Águas do Peru* (Dec. nº 17.752, de 24.7.1969) estabelece que a outorga para a extração de águas subterrâneas está condicionada à não-produção de fenômenos físicos ou químicos, que possam alterar prejudicialmente as condições dos aquíferos ou da área superficial compreendida no raio de influência do poço, quando alcance terrenos de terceiros, ou, ainda, à não interferência em outros poços e fontes. A fim de que tais ocorrências sejam evitadas, cabe à autoridade de águas determinar a distância mínima entre a perfuração solicitada e os poços existentes, sua profundidade, e o caudal máximo que pode ser extraído pelo peticionário. Todo aquele que, por ocasião de estudos, explorações de minérios, de petróleo, ou com outro qualquer propósito, descobrir ou extrair águas, está obrigado a dar aviso imediato à autoridade de águas e a proporcionar-lhe a informação técnica de que dispuser, não podendo utilizá-las sem permissão, autorização ou licença (art. 62).

O *Código Nacional de Recursos Naturais Renováveis e de Proteção ao Meio Ambiente*, da Columbia, (Dec. nº 2.811, de 8.12.1974), classifica como subterrâneas as águas subúneas e as ocultas debaixo da superfície do solo ou de fundo do mar, que brotam em forma natural, com as fontes e mananciais captados no lugar do afloramento, ou que requerem, para sua extração, obras como poços, galerias filtrantes ou similares (art. 149). O dono ou possuidor tem direito de preferência no aproveitamento das águas subterrâneas existentes em seu prédio, de acordo com suas necessidades. Poderá, entretanto, ser outorgada concessão de aproveitamento de águas em terreno de terceiros, para usos domésticos e alimentação, quando ficar demonstrado não existirem águas em seu solo em profundidade razoável e quando a extração não contrariar condições estabelecidas no referido Código. As concessões são outorgadas sem prejuízo do direito de preferência do dono ou possuidor do terreno onde se encontram as águas, o qual poderá opor-se à solicitação se os seus direitos forem lesados, sempre que estiver fazendo uso das águas, ou se obrigue a fazê-lo em prazo fixado segundo o tipo e a natureza das obras

e, também, quando o caudal não exceder às necessidades do prédio (art. 151). Comprovado que as águas do subsolo de uma bacia ou zona se encontram em perigo de esgotamento, de contaminação, ou de perda natural progressiva, a outorga de novas concessões é suspensa, definitiva ou temporariamente. Nesse caso, pode ser decretada a caducidade das concessões já outorgadas, ou limitado o seu uso. A administração cabe executar as obras necessárias, por conta dos usuários (arts. 152 e 153).

5 — Direito brasileiro

O direito brasileiro sofreu grande evolução em matéria de propriedade do subsolo. A *Constituição de 1824* declarou ser garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigisse o uso e emprego da propriedade do cidadão, deveria ser ele previamente indenizado. A lei estabeleceria os casos em que teria lugar essa única exceção, bem como as regras para se determinar a indenização (artigo 179, nº 22).

A doutrina entende que, nesse período, prevalecia o sistema demanial ou regaliano, em que as minas e jazidas eram de propriedade do príncipe, pois se seguia a legislação colonial (cf. Antonio Chaves, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, sub voce "Código de Mineração."

A *Constituição de 1891* já admitiu restrições ao uso do subsolo e estatuiu que o direito de propriedade era mantido em toda a sua plenitude, ressalvada a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização, e que as minas pertenciam ao proprietário do solo, salvas as limitações que fossem estabelecidas por lei, a bem da exploração desse ramo de indústria (art. 72, § 17).

Com a reforma constitucional de 1926, o referido dispositivo, além de receber algumas modificações na redação, sofreu alteração no sentido de que as minas e jazidas mineiras necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existissem não poderiam ser transferidas a estrangeiros (letra b).

Adotando os princípios estabelecidos na *Constituição de 1891*, o *Código Civil*, com vigência a partir de 1917, estatuiu que a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos empreendidos a altura e profundidade tais que não tenha ele interesse em impedi-los. (art. 526).

Dentro desse conceito de propriedade, os artigos 584 e 586, do Código em apreço, dispuseram no sentido de proibir construções capazes de poluir ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço ou fonte alheia preexistentes. Não lhes pode, igualmente, ser retirada a água necessária, sendo aceita, todavia, a diminuição do suprimento, contanto que não sejam feitas obras mais profundas em relação ao lençol de água. A violação desses dispositivos resulta na obrigação de demolir as construções feitas e responder por perdas e danos.

Seguindo a tendência da época, a *Constituição de 1934* separou a propriedade das minas e demais riquezas do subsolo da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento industrial (art. 118). O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, ainda que de propriedade privada, passou a depender de autorização ou concessão federal, na forma da lei (art. 119). As autorizações ou concessões deveriam ser conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvando-se ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros (art. 119, § 1º). A nacionalização progressiva das minas e jazidas minerais, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País, seria regulada por lei (art. 119, § 4º). A exploração das minas em lavra, ainda que transitariamente suspensa, não dependeria de concessão ou autorização (art. 119 § 6º).

Embora sancionado durante a vigência da Constituição de 1891, emendada em 1926 e mantida e alterada pelo Decreto nº 19.398, de 11.11.1930, o *Código de Águas* (Decreto nº 24.643, de 10.7.1934) foi publicado no D.O.U. de 20 do mesmo mês e ano, já, portanto, na vigência da Constituição de 1934. Esse Código, adotando o conceito de propriedade vigente na época, previu a intervenção da Administração com a finalidade de impedir aproveitamentos prejudiciais de águas subterrâneas. Assim, segundo tal Código, o dono de qualquer terreno pode apropriar-se por meio de poços, galerias, etc. das águas que existem debaixo da superfície de seu prédio, contanto que não prejudique aproveitamentos existentes nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares. Se o aproveitamento das águas subterrâneas prejudicar ou diminuir as águas públicas dominicais ou públicas de uso comum ou particulares, a Administração competente poderá suspender as ditas obras e os aproveitamentos. Ao dono do prédio é vedado abrir poço junto ao prédio do vizinho, sem guardar distância necessária ou tomar as precisas precauções para que ele não sofra prejuízo. Tal como disposto no art. 584, do Código Civil, o Código de Águas proíbe construções capazes de poluir ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço ou nascente alheia, a elas preexistentes. Também como estatui o Código Civil (art. 586), segundo o Código de Águas, aquele que violar tais disposições é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos. As correntes que desaparecerem momentaneamente do solo, formando curso subterrâneo, para reaparecer mais longe, não perdem o caráter de coisa pública de uso comum, quando já o eram na sua origem e a abertura de poços em terrenos de domínio público depende de concessão administrativa (arts. 96 a 101).

O Art. 5º, do *Código de Águas*, inclui entre as águas públicas de uso comum todas aquelas situadas nas zonas periodicamente assoladas pelas secas, nos termos e de acordo com a legislação especial sobre a matéria. A Lei nº 4.869, de 1.12.1965, (art. 6º), declarou públicas de uso comum as águas subterrâneas cuja captação, na área da SUDE-

NE, for realizada exclusivamente por entidade pública federal. O acesso a esses poços é assegurado por servidão pública de atravessadouro e passagem (art. 5º § 2º).

A constituição de 1937, no art. 143, conservou as mesmas disposições da anterior, com pequenas alterações de redação.

Em 1938, o Decreto-lei nº 852, de 11 de novembro, manteve o *Código de Águas* e o adaptou à *Constituição de 1937*, sem, entretanto, dispor sobre águas subterrâneas.

A *Constituição de 1946*, nos artigos 152 e 153 tratou de forma semelhante, cumprindo assinalar, todavia, que o aproveitamento dos recursos minerais passou a depender de autorização ou concessão federal, na forma da lei, independentemente de se revestir de caráter industrial, conforme prescrevia a segunda parte do artigo 143, da Carta de 1937.

A *Constituição de 1967*, no artigo 161, manteve a disciplina estatuída na anterior, assegurando, entretanto, ao proprietário do solo, não mais o direito de preferência para a exploração, mas a participação nos resultados da lavra, fixada em quantia igual ao dízimo do imposto único sobre minerais (§§ 2º e 3º, do art. 161), exceto nos casos em que a exploração constituir monopólio da União, quando a indenização será regulada por lei (§ 4º, do art. 161).

A *Emenda Constitucional nº 1* de 17.10.1969, que deu nova redação à *Constituição de 1967*, manteve, no art. 168, com pequenas modificações de redação, as disposições no art. 161 acima comentado.

Prosseguindo o exame da evolução das normas relativas aos recursos do subsolo no direito brasileiro, chegamos ao Decreto-lei nº 227, de 28.2.1967, alterado pelo Decreto-lei nº 318, de 14.3.1967, que deu nova redação ao *Código de Minas* (Decreto-lei nº 1.985, de 29.1.1940), agora denominado *Código de Mineração*. Esse texto, modificando a definição constante do anterior (§ 1º, do art. 1º), considerou *jazida* toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da Terra, e que tenha valor econômico; e *mina*, a jazida em lavra, ainda que suspensa (art. 4º).

Enquanto o *Código anterior* incluía entre as jazidas apenas as *águas minerais, termais e gasosas*, (art. 3º), o atual, além destas (Classe VIII), incluiu no elenco do artigo 5º as *águas subterrâneas*, prevendo a edição de lei especial para discipliná-las (art. 10, inciso V). Por esta razão, o *Regulamento do Código* (aprovado pelo Decreto nº 62.934, de 2.7.1968) deixou de dispor a respeito dessas águas, repetindo, apenas, que a matéria seria regulada por lei especial (inciso IV, do art. 15).

Essa lei, entretanto, até a presente data não foi editada.

Com isso, uma vez que o art. 168 da *Constituição vigente* estabelece constituírem as jazidas e minas propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento industrial, e que o § 1º, desse artigo, declara depender de autorização ou concessão federal, na forma da lei, a exploração e o aproveitamento das minas e jazidas, e, ainda, que o *Código de Mineração* incluí, na categoria

das jazidas, as águas subterrâneas, estas somente poderão ser exploradas ou aproveitadas mediante autorização ou concessão federal, na forma da lei.

Tendo em vista que, para efeito de aproveitamento industrial dos recursos existentes no subsolo, a propriedade deste é distinta da do solo, e que a exploração e o aproveitamento das águas subterrâneas depende de concessão ou autorização federal, na forma da lei, entendemos que tais águas são *res nullius*, somente exploráveis mediante as referidas outorgas.

Verificando a gravidade da situação, os Ministros das Minas e Energia e do Interior, em 1977, baixaram a Portaria Interministerial nº 195, de 26 de maio, criando Comissão para, no prazo de 90 (noventa) dias, estudar e sugerir normas disciplinares para a perfuração de poços profundos e utilização de água subterrânea, tendo em vista coibir a atividade desordenada de perfuração de poços e de uso adequado da água.

A comissão em apreço entregou seu relatório em 1978, mas, até a presente data, nenhuma norma foi baixada.

6 — Conclusão

Do exposto pode-se concluir que, enquanto outros países vêm procurando disciplinar o uso das águas subterrâneas de forma a protegê-las e a regular a sua extração, encontramos, até agora, frente a dispositivos legais superados ou incompletos.

De fato, é sabido que o *Código Civil* e o *Código de Águas*, respectivamente de 1916 e 1934, não mais atendem às necessidades de regulamentação das águas subterrâneas, e que o *Código de Mineração*, que as incluiu entre as jazidas sob o controle da Administração, até agora não foi complementado no tocante a esses recursos hídricos.

Levando em conta, ainda, a unidade do ciclo hidrológico, entendemos que o controle das águas subterrâneas, no âmbito federal, deveria ser cometido ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica — DNAEE, e não ao Departamento Nacional da Produção Mineral — DNPM, aplicador do *Código de Mineração*, ambos do Ministério das Minas e Energia.

Com efeito, abstraindo-se as águas classificadas como minerais, que dispõem de Código próprio (Decreto-lei nº 7.841, de 8.8.1945) e que são supervisionadas, administradas e fiscalizadas pelo DNPM, as demais águas subterrâneas estariam, a nosso ver, melhor situadas sob a égide do DNAEE, pois a esse órgão compete planejar, coordenar e executar os estudos hidrológicos em todo o território nacional, bem como supervisionar, fiscalizar e controlar os aproveitamentos das águas que alterem o seu regime, e fazer cumprir o *Código de Águas* e a legislação específica, relativa à água, no campo de sua atuação (Lei nº 4.904, de 17.12.1965, Decreto nº 75.468, de 11.3.1975 e Portaria nº 234, de 17.2.1977, do Ministro das Minas e Energia).

A oportunidade para essa reformulação é excelente, pois o Diretor Geral do DNPM acaba de designar Grupo de Trabalho com o

encargo de, no prazo de noventa dias, fornecer subsídios para a inserção de modificações no vigente *Código de Mineração* (Portaria nº 41, de 7.3.80).

Urge, todavia, que providências sejam tomadas pela União, a quem, nos termos da letra "i", do inciso XVII, do artigo 8º, e parágrafo único desse mesmo artigo, compete legislar privativamente sobre águas, pois, a ausência de regulamentação tem feito com que nossos recursos hídricos subterrâneos sejam indevidamente exauridos e contaminados, com graves e irreparáveis prejuízos atuais e futuros.

BIBLIOGRAFIA

ALFREDO VALLADÃO — *Direito das Águas*, Rev. Trib., 1931.

ANTONIO CHAVES — *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 1977, sub voce "Código de Mineração".

CARLO PETROCCHI — in *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., UTET, Torino, sub voce "Acque", 1957, vol. 1.

CID TOMANIK POMPEU — *Regime Jurídico da Polícia das Águas Públicas* — 1 - Polícia da Qualidade, CETESB, SP., 1976; *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 1977, sub voce "águas" e "águas subterrâneas"; *Regime Jurídico da Concessão e Uso das Águas Públicas*, in Rev. de Direito Público 21/160.

FRANCESCO PACELLI — *Le Acque Pubbliche*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 1934.

GUIDO ASTUTI — *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958, sub voce "Acque", vol. 1º.

GUILLELMO ALLENDE — *Derecho de Águas con Acotaciones Hidrológicas*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1971.

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR — *Tratado de Direito Administrativo*, Vol. V, Forense, Rio, 1968.

MANOEL DE ALMEIDA SOUZA DE LOBÃO — *Tratado Prático e Compendiário das Águas*, (*Dissertação sobre águas subterrâneas*), Imprensa Nacional, Lisboa, 1835.

MARIO BUSCA — *Le Acque nella Legislazione Italiana*, UTET, Torino, 1962.

MIGUEL S. MARIENHOFF — *Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas*, publicação da Academia Nacional de Direito e Ciências Sociais de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos-Aires, 1971.