

DIREITO E JURISPRUDÊNCIA

DOUTRINA

Contribuição para o Estudo das Águas Subterrâneas

JAIR TOVAR

1. CONCEITO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

O Código de Águas dedica um dos seus capítulos ao estudo das águas subterrâneas, fixando também, nos seus dispositivos, matéria de que já trata o Código Civil nos artigos 584 a 586, relativa à abertura de poços, constante da rubrica — do direito de construir — e enquadrada entre os chamados direitos de vizinhança.

Não há na lei qualquer definição do que se deva compreender por "águas subterrâneas", isso porque seu conceito aflora naturalmente à nossa percepção.

Como é fácil imaginar, as águas subterrâneas são aquelas que correm na parte inferior à superfície do solo e que não vêm a essa superfície *ex naturali causa*. (1)

A água subterrânea se opõe, em sentido físico, à água superficial.

Em nosso direito, desde que corram no subsolo, as águas são todas consideradas sob a mesma classificação genérica de "subterrâneas" — o que nem sempre acontece em outros países, onde se repartem em espécies distintas, sem embargo de serem reguladas por soluções idênticas — exceção feita das águas termais, minerais ou radioativas. (2)

As águas chamadas "subálveas", não obstante correrem no subsolo, distinguem-se com uma solução jurídica diferente, confundindo-se com as dos cursos d'água sob cujo álveo correm, formando por assim dizer parte integrante dêles.

As subterrâneas propriamente ditas são classificadas em "freáticas" e "circulantes", sendo aquelas as que se acham a pouca profundidade no sub-

(1) A lei italiana as conceitua como aquelas "artificialmente estratte dal sottosuolo".

(2) GILARDONI, *op. cit.*, vol. I n.º 488: "La categoria "acque soterranee" è generica e viene generalmente divisa in due grandi specie, quelle *freatiche* (velo sotterraneo a falde permanenti o discontinue) a quelle *subalvee* (soterranee per filtrazione dall'alto in basso o per affioramento dal basso in alto) e sottostanti al curso di un fiume e alle sue attinenze ed estensioni. Qualche autore aggiunge a queste due specie, quella delle acque capillari ormai esclusa in via tecnica generale e amessa solo per certi giacimenti geologici roccie non compatte, calcari fessurati, puddinghe)".

solo, enquanto as últimas escorrem a grandes profundidades, sem nenhuma relação com a superfície. (3)

Sob o ponto de vista da sua composição química as águas subterrâneas dizem-se "minerais" e "não minerais", passando a ter aquelas condição jurídica diferente.

2. PRINCÍPIO DOMINANTE EM RELAÇÃO À SUA PROPRIEDADE

No nosso direito o princípio em relação às águas subterrâneas é o que decorre da compreensão da propriedade, constante do artigo 526 do Código Civil, sem embargo das fundas restrições, que lhe têm sido impostas pela interpretação dos doutos e pelas exigências dos nossos dias, prescritas na lei.

O velho preceito — *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferiorum* — mereceu do nosso legislador civil a consagração que lhe proviera do direito romano através das sentenças de POMPÔNIO e de PAULO e dos aforismos hiperbólicos da glosa. (4) limitando-se sua extensão a não poder o proprietário do solo "opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha êle interesse algum em impedi-los".

Esse limite é, entretanto, o da *utilidade*, previsto na primeira parte, e não o da *interesse*, a que se refere a última parte transcrita daquele artigo do Código Civil. (5)

O Código de Águas acatou a regra da lei civil no tocante às águas, aceitando a orientação do direito anterior em tal sentido (6) e permitindo sua "apropriação", por meio de poços, galerias, etc., ao dono de qualquer terreno.

Todavia as limitações que, cada vez mais, vem sofrendo o princípio geral dominante, também se vão agravando no setor das águas subterrâneas, onde certas disposições do próprio Código Civil já nele estipulavam restrições à integral compreensão do domínio. (7)

Essas restrições foram algo desdobradas na lei específica e estão em sua grande parte reguladas no capítulo referente às águas subterrâneas.

Do exposto decorre afirmar que, em tese, as águas subterrâneas seguem a natureza da propriedade do solo, estando sob o domínio privado, se as terras forem particulares; e sob o domínio público, se assim acontecer com o solo.

Esse é o princípio aliás geralmente acatado pela orientação jurídica de todos os povos, embora em certos países se acentuem tendências para consi-

(3) PACELLI, *Le acque pubbliche*, n.º 161.

(4) "Est enim ejus usque ad coelum cuius est solum" — "Cujus est solum ejus esse debet usque coelum" — "Dominus soli dominus coeli et inferiorum" — "Dominus soli dominus de coelo usque ad inferos" — "Cujus est solum ejus est usque ad sidera usque ad infera".

(5) SÁ PEREIRA, *op. cit.*, ns. 9 e 10.

(6) LOBÃO, *Águas subterrâneas* § 1.º: "O domínio de qualquer prédio não se limita só à superfície; êle comprehende todo o ar perpendicular até o céu e tudo debaixo até os infernos".

(7) Arts. 584 a 586.

deração das águas subterrâneas entre os bens públicos, desde que elas se apresentem em circunstâncias especiais, relativas ao interesse coletivo.

3. RESTRIÇÕES AO PRINCÍPIO DOMINANTE NO TOCANTE ÀS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

Contra esse princípio dominante comprensivo das águas subterrâneas nossas leis estabeleceram restrições, algumas delas procedentes de tempos imemoriais e que já vigiam reguladas na Grécia radiosa das sete sábios.

Tais restrições são as seguintes, previstas no Código Civil e no Código de Águas:

a) a relativa a não permitir ao proprietário do solo quaisquer aproveitamentos que venham a prejudicar outros existentes nem derive ou desvie do seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares. (8)

b) a que proíbe expressamente quaisquer construções capazes de poluir ou inutilizar, para uso ordinário, águas de poço ou nascentes alheias, a elas preexistentes; (9)

c) a de abrir poço junto ao prédio do vizinho sem guardar a distância necessária ou tomar as precauções precisas para que ele não sofra prejuízo. (10)

Relativamente às precauções dessa última alínea, força é mencionar que o Projeto Valadão estabelecia uma distância de dois metros de poço a poço (11) nos prédios urbanos, e de quinze metros nos prédios rústicos, entre a nova escavação e os poços dos vizinhos, seguindo nesse passo a orientação do legislador espanhol (art. 19 da respectiva Lei de Águas). (12)

4. A ABERTURA DE POÇOS

O Código de Águas, como regra geral, confere ao dono de qualquer terreno a faculdade de apropriar-se, por meio de poços, galerias ou realizações semelhantes, das águas que existam debaixo da superfície do seu prédio.

Nossa lei não faz, como outras, distinção relativa à natureza desses poços. Costuma-se distinguir o poço, chamado comumente *ordinário*, do poço *artesiano*, conceituando-se em geral aquêle como aberto com o exclusivo intuito de atender aos usos domésticos ou necessidades ordinárias da vida sem que, para obtenção da água, se necessite de mecanismos ou artefatos aciona-

(8) Arts. 96 do Código de Águas e 585 do Código Civil. Esta restrição já se estabelecia no próprio direito romano, onde o princípio dominante do artigo 526 do Código Civil, tinha o mais generalizado acatamento, em harmonia com as regras já invocadas *usque ad coelum, usque ad inferos*. Assim, já a Lei I § 12 D. de *aq. pluv. arc.* estabelecia: "Qui in suo fondiens, fontem vicini averterit nil posse nec de dolo actionem si non animo vicini nocendi ferit, sed suum agrum meliorem facendi". Ver CARVALHO DE MENDONÇA, *Rios e Águas Correntes*, n.º 200.

(9) Arts. 98 do Código de Águas e 584 do Código Civil.

(10) Arts. 98 do Código de Águas e 585 do Código Civil.

(11) VALLADÃO (Alf.), *Dir. das Águas*, pág. 206, art. 108.

(12) MONTELLÁ Y ESCOFET, *Trat. de la Leg. de Águas*, n.ºs 41 e 42.

dos por motores elétricos, de vapor, vento ou animais, enquanto o artesiano é o resultante de escavações feitas no solo em sentido vertical, qualquer que seja sua profundidade, pelas quais a água sobe a nível superior ao da escavação.

Entende-se, outrossim, por *galerias*, as escavações feitas debaixo da superfície do solo e em direção horizontal ou quase horizontal, a fim de recolher águas que minem subterraneamente, com o intuito de seu aproveitamento, nos usos domésticos, agrícolas ou industriais. (13)

Aquela faculdade de apropriação está adstrita, como ficou dito, a que não prejudique os aproveitamentos existentes, nem derive ou desvie do seu curso natural águas públicas dominicais ou de uso comum, bem como as particulares.

Se tal prejuízo ocorrer, a administração competente poderá suspender a permissão contida na lei. (14)

O Código Civil chegava às mesmas conclusões, estabelecendo o princípio em forma negativa, de que “não é permitido fazer escavações que tirem ao poço ou à fonte de outrem a água necessária”. (15)

Divergem, porém, os dois Códigos no tocante à consideração do “prejuízo”, pois enquanto o primeiro suspende de modo radical as obras e os aproveitamentos, esse último concedia a permissão dêles, no caso de “apenas diminuírem o suprimento do poço ou da fonte do vizinho, e não forem mais profundos que as dêste em relação ao nível do lençol dágua”.

Há, evidentemente, nessas proibições previstas nos dispositivos legais a limitação do domínio do subsolo, a que nos referimos acima.

Não era assim no direito anterior, de acordo, aliás, com a propriedade *ad inferos* reconhecida ao senhor do solo.

LOBÃO reconhecia a faculdade de qualquer abrir, no seu prédio, novo poço ou fazer mina, embora cortando os veios de águas utilizados pelo vizinho, sem que esse tivesse o direito de obstar, “uma vez que faça no próprio interesse e sem ânimo de prejudicar, e uma vez que não haja sido constituída nenhuma servidão em contrário”. (16)

Presidia essa concessão do reinícola a velha regra se *non animo vicini nocendi, sed suum agrum melioreum facendi, id fecit*.

Sómente no caso de resultar da concessão falta de água em fonte pública, é que lhe restringia a faculdade. (17)

(13) MONTELLÁ e ESCOFET, *op. cit.*, n.º 42, *in fine*.

(14) Art. 96 e seu § único.

(15) Art. 585.

(16) Águas subterrâneas, §§ 3, 4 e 12.

(16) Idem, § 6.

(17) Idem, § 6.

Todavia, LOBÃO já reconhecia uma restrição contra o senhor do solo, no caso de a abertura do poço ou mina não ser feito em legítima distância (18), restrição essa que vai encontrar fonte primitiva numa lei de SOLON. (19)

Não havia, entretanto, uniformidade nas distâncias a observar, divergindo também a exigida para os simples valados da requerida para os poços; como ainda nenhuma distância se mandava observar (20), desde que prestada fosse "a caução de dano infecto". (21)

Disso resultou que o nosso Código também nada fixou sobre tal distância (22), deixando sua apreciação a critério do *arbítrio boni viri*, através das seguintes exigências: guardar a distância necessária e tomar as precisas precauções para que o vizinho não sofra prejuízo.

O Código de Águas, consignando o reconhecimento da regra tradicional, em matéria de águas subterrâneas, conferiu aos donos do solo o direito de se apropriarem delas por meio de poços, valados, galerias e outros trabalhos do homem, limitando êsse reconhecimento nas seguintes hipóteses: a) quando em consequência do aproveitamento venham a ser prejudicados outros aproveitamentos preexistentes; b) quando derive ou desvie águas públicas, sejam elas dominicais ou de uso comum, ou águas particulares.

5. ABERTURA DE POÇOS EM TERRENOS DE DOMÍNIO PÚBLICO

A lei faz depender de concessão administrativa a abertura de poços em terrenos de domínio público. (23)

O domínio público pode ser municipal, estadual ou federal, como, por outro aspecto, pode ser de uso comum, de uso especial ou de uso patrimonial.

Diante da nenhuma restrição no texto da lei, qualquer que seja o terreno subordinado a domínio público incide na exigência da concessão administrativa.

Parece, entretanto, que a intenção do legislador esteve orientada para sómente regular essa exigência com relação a terrenos públicos de uso comum, pois que tal se subentende em relação a terrenos das outras categorias.

A quem compete a concessão prevista na Lei?

Sempre à União, pelo seu órgão competente, que é o Conselho Nacional de Águas, ou a êste competirão simplesmente as concessões relativas aos terrenos do domínio público federal?

Na falta de outro texto legal, que regule mais explicitamente a hipótese, inclinamo-nos a pensar que esteja a faculdade conferida ao Conselho, em

(18) "Quando prodündigat habuerit tantum spatii relinquit".

(19) *Op. cit.*, n.º 15.

(20) LOBÃO, *op. cit.* § 17.

(21) CORRÊA TELES *Dout. das Ações*, § 214 e seguintes.

(22) Af. 97. — Ver em VALADÃO, *Dir. das Águas*, págs. 339 a 341 a etiologia do dispositivo. Ver, outrossim, a última parte do n.º 3 deste trabalho.

(23) *Código de Águas*, art. 101.

todos os casos, embora necessariamente tenha que consultar os poderes estaduais e municipais, quando ocorrer pedido incidente nos domínios respectivos.

E somos desse pensamento, tendo muito em conta a intenção evidente do legislador, consubstanciada na exposição de motivos do Ministro JUAREZ TÁVORA, por ocasião de apresentar ao Sr. Presidente da República o projeto convertido no vigente Código de Águas.

Aí se afirma: “A União foi atribuído o poder de autorizar ou conceder o aproveitamento da energia hidráulica, quer do domínio público, quer do domínio privado, enquanto que no anteprojeto, o poder concedente seria a União, o Estado ou ainda o Município, conforme a jurisdição, sob que estiver o respectivo curso d'água”. (24)

6. CONSTRUÇÕES CAPAZES DE POLUIR

O artigo 98 do Código de Águas regula que “são expressamente proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço ou nascente alheia, a elas preexistente”.

Trata-se de disposição que reproduz princípio já estabelecido no artigo 584 do Código Civil. (25)

Estão compreendidas na expressão “capazes de poluir ou inutilizar” todas as hipóteses que possam resultar em prejuízo das águas, alargando-se de tal modo, em relação aos poços, o preceito geral atinente às águas nocivas, onde se fala em “conspurcar ou contaminar as águas que não consome”. (26)

Como tivemos oportunidade de comentar, argumenta-se que se as águas pudessem vir a ser industrialmente aproveitadas, como, por exemplo, para a movimentação de um engenho, claro estaria que a preservação da hipótese não se enquadraria contra a corrupção, mas sim contra o prejuízo que poderia decorrer da diminuição de sua quantidade de volume; o contrário sucederia em se tratando de águas potáveis ou medicinais, pois ter-se-ia então em vista não a sua quantidade, mas a sua qualidade. (27)

E isso é precisamente o que sucede em relação aos poços, cujas águas são em regra destinadas ao que a lei determina de “uso ordinário”.

CARVALHO SANTOS dá os seguintes exemplos, que bem ilustram a proibição em exame: “Mesmo que a água se destine a irrigar uma plantação, não se poderá fazer obra, que importe em inutilizá-la para esse fim, como se, por exemplo, a contaminasse de alguma substância tóxica capaz de matar as plantações. Outros exemplos: se a água é potável, é proibido fazer um chiqueiro de porcos, onde passa a água; se a água é destinada a lavagem de roupa não

(24) Exposição de Motivos, que encaminhou o Projeto do Código de Águas.

(25) “São proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar para o uso ordinário a água do poço ou fonte alheia, a elas preexistente”.

(26) Código de Águas, art. 102.

(27) *Revista do Serviço Público*, n.º 66, pág. 112.

poderá ser feita construção que a suje, ou nela deixe alguma substância que possa alterar ou prejudicar a conservação da roupa" (28)

Dentro da compreensão do uso ordinário encontram-se as águas a que o Código específico se refere várias vezes como destinadas às primeiras necessidades da vida.

Sob a expressão "primeiras necessidades da vida" incluem-se as águas reservadas à bebida humana, à salubridade, assim como à rega de hortas e jardins e mesmo até, segundo muitos, para dessedentar animais.

Trata-se aqui de obedecer à função primacial que a água exerce na vida física e social dos homens. (29)

Há civilistas que, dando elasticidade ao seu conceito, entendem não caber a necessidade de ser absoluta e material, bastando que se mostre relativa e econômica. (30)

Sobre esse valor econômico da água, tem-se que considerar em alta monta aquilo que chamaríamos o "modificador do espaço".

Há, realmente, regiões onde a água está fora de ser apreciada por esse aspecto, dada a facilidade de sua apropriação. Noutras, porém, sucede o inverso.

Houve quem, com a responsabilidade de economista, afirmasse, tendo em conta a carência da água, que quem dela fosse dono também o seria de quem não a tivesse. (31)

EÇA DE QUEIROZ, nas *Notas Contemporâneas*, no Capítulo IV de sua carta relativa à inauguração do Canal de Suez, dá-nos sugestiva descrição da influência da água na fisionomia econômica dos povos.

E diz-nos jurista vizinho, a propósito: "Nas zonas sêcas, onde a agricultura se desenvolve à base exclusiva da irrigação, as águas representam "la sangre de la tierra y la vida de los campos", segundo expressão de COLMEIRO. (32)

7. SANÇÕES PREVISTAS

O legislador das águas estatuiu no artigo 99 do Código específico, que todo aquele que violar as disposições dos artigos antecedentes será obrigado:

- a) a demolir as construções feitas;
- b) a responder por perdas e danos.

(28) Código Civil Interpretado, vol. VIII, obs. 2 ao art. 584.

(29) Ver LOMONACO, *Inst. di Dir. Civ. Ital.*, vol. 3.º, pág. 381, edição 1894.

(30) MARCHI, in *Diz. di Dir. Privato*, de SCIALOJA, voce "acquedotto", § 2.º

(31) CHARLES GIDE, *Curso de Econ. Pol.*, pág. 683, apud MARIENHOFF. Nem outra coisa se pode concluir do que dizia o insigne ROMAGNOSI, quando afirmava que "con la sola interdizione dell'acqua e del fuoco presso gli antichi si denotava la perdita della vita sociale" (*Della condotta, delle acque*, § 315).

(32) MARIENHOFF, *Reg. y Leg. de las Ag. Pub. y Priv.*, n.º 8, pág. 67.

Os “artigos antecedentes”, relativos às águas subterrâneas são três: o *primeiro* — sómente permitindo o seu aproveitamento pelo proprietário do solo, desde que não prejudique aproveitamentos existentes, ou não derive ou desvie do seu curso natural águas públicas ou particulares; o *segundo* — vedando a abertura de poço junto ao prédio do vizinho sem guardar a distância necessária ou tomar as precauções para que ele não sofra prejuízo; o *terceiro* — proibindo construções capazes de poluir ou inutilizar para uso ordinário a água do poço ou nascente a elas preexistente.

Já no parágrafo único do artigo 96 do Código de Águas ficara estabelecido para a intercorrência do prejuízo ou diminuição das águas — a primeira hipótese — que a administração pública competente poderá suspender as obras e aproveitamentos.

Teve-se em mira, evidentemente, no modo por que é deferida essa faculdade, obras ainda em andamento.

No texto mais acima invocado está incluso o pressuposto de que as obras estejam concluídas.

Aquêles que com elas forem prejudicados poderão, em tal caso, solicitar da autoridade judiciária não só a demolição delas como ainda a reparação dos danos causados.

A ação administrativa, que está prevista simplesmente para a primeira restrição relativa a estarem ainda as obras em andamento, não seria admisível no caso de obras concluídas.

Incumbirá, pois, à autoridade judiciária apreciar o pedido de demolição, bem como, consequentemente, apurar as perdas e danos.

Sem necessidade do batismo especial de “demolitória”, como outrora se faria, a ação ordinária da nossa vigente lei processual é a atividade que se recomenda, uma vez integrada, no seu ingresso judicial, dos elementos necessários à comprovação da respectiva espécie. (33)

8. DESAPARECIMENTO SUBTERRÂNEO DAS ÁGUAS

Entre as regras relativas às águas subterrâneas o Código de Águas dispõe no seu artigo 100 que as correntes desaparecidas *momentaneamente*, formando curso subterrâneo, para reaparecerem mais longe, não perdem o caráter de coisa pública de uso comum, quando já o eram na sua origem.

Essa disposição está evidentemente talhada com imprecisão da linguagem.

Certo não foi intenção do legislador a de regular um eventual, raríssimo caso de desaparecimento *momentâneo* da corrente para ter curso subterrâneo; o que ele pretendeu dispor foi acerca do desaparecimento da corrente *em dado trecho*, passando a subterrânea e reaparecendo na superfície mais adiante.

O preceito legal em análise refere-se simplesmente às águas públicas de uso comum, porque, não sendo desse caráter, elas se enquadram entre as do-

(33) CORRÊA TELLES, *Doutrina das Ações*, § 84, nota 389 de TEIXEIRA DE FREITAS; NUNES DA SILVA, *Direito Processual*, n.º 92.

miniciais, construindo bem patrimonial do poder público, equiparadas, com esse caráter, às águas do domínio privado.

Só as águas públicas de uso comum é que podem correr através de terrenos patrimoniais privados ou públicos sem assumir-lhes o caráter patrimonial, pelo que se tornou necessário determinar na lei a continuação do seu caráter, pois do contrário passariam à qualidade de patrimoniais, como integrantes do subsolo em que corressem.

9. NASCENTE EM FÔSSO DIVISÓRIO

Estatui o Código de Águas que, emergindo a nascente de fôsso que divida dois prédios, pertença a ambos, isto é, aos proprietários de ambos.

Trata-se de determinação de caráter justo e equânime, que não veio senão reafirmar a sistemática do nosso direito, no tocante à consideração dos direitos de vizinhança.

Se a lei manda prevenir que pertença ao dono dos prédios confinantes a árvore cujo tronco estiver na linha divisória (34), pela mesma razão de eqüidade confere a propriedade da nascente, que emerge de um fôsso divisório, a ambos os confinantes.

Além disso, o preceito do Código de Águas é consectário daquele estabelecido no artigo 571 do Código Civil nestes termos: "Do intervalo, muro, vala, cerca, ou qualquer outra obra divisória entre dois prédios, têm direito a usar em comum os proprietários confinantes, presumindo-se, até prova em contrário, pertencer a ambos".

Nesse caso, o uso que o confinante fizer da nascente, que emergir do fôsso divisório, não deve prejudicar ou estorvar o exercício de iguais direitos por parte do outro confinante. (35)

O Código Civil sempre se refere a vala (arts. 571, 588 e 642), sem ter utilizado a expressão fôsso, preferida pelo Código de Águas.

Conquanto a expressão vala, no sentido vulgar pareça ter aplicação mais ampla do que fôsso, em sentido jurídico as duas se confundem, relativamente aos efeitos, que podem produzir.

10. AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS NO DIREITO ITALIANO

Na Itália, o assunto referente às águas subterrâneas é regulado nos artigos 92 a 106 do denominado Testo Único do Decreto n.º 1.775, de 11 de dezembro de 1933.

O artigo 93, no seu bojo, contém manancial que facilitou a disposição do artigo 96 do nosso Código de Águas.

(34) Art. 556.

(35) CLOVIS op. e vol. cits., obs. 2 ao art. 571; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, art. 951; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, vol. VIII, obs. 2 ao art. 571.

Ponto que foi sempre discutido no direito italiano com certo calor, no tocante às águas subterrâneas, é o que versa sobre se elas devem ser consideradas públicas ou privadas.

Sustentam uns, como GILARDONI, que são sempre públicas, enquanto outros, como PACELLI e GIANINNI, que tanto podem ser públicas como privadas.

De fato, o egrégio PACELLI em seu conhecido estudo da matéria, argumenta que, pela Lei n.º 2.595, de 18 de dezembro de 1927, foi delegada ao Governo a faculdade de estabelecer normas relativas à derivação e utilização das águas subterrâneas, correspondendo à manifestação em tal sentido da corrente doutrinária encabeçada por SCIALOJA e CHIRONI entre outros, do que resultou o Decreto de 11 de dezembro de 1933, a que já nos referimos, sendo nêle mantida a clássica distinção das aludidas águas em públicas e privadas, no Título II. (36)

Nesse corpo legal estão estabelecidas normas relativas às sondagens das águas subterrâneas, como previsto está o direito de preferência assegurado aos seus descobridores.

Se a água subterrânea não se reveste dos caracteres que a tornem pública, seu uso fica reservado ao proprietário do solo, compensando-se o descobridor, de acordo com a utilidade que ela oferecer.

São regulados princípios que dizem respeito às possibilidades de procura, descoberta, propriedade e uso das águas subterrâneas, sem esquecimento dos princípios gerais do direito, bem como da tutela do regime hidráulico da região.

Depois de considerar o assunto nos seus aspectos insinuantes, PACELLI conclui que a única diferença entre as águas superficiais e subterrâneas, no atinente à classificação de públicas ou privadas, reside no fato de que a publicidade das últimas está subordinada à efetuação de trabalhos para extração e funcionamento da aparelhagem, que as traga à superfície, onde tomam o aludido caráter, conforme a circunstância. (37)

Segundo o citado Decreto n.º 1.775, de 11 de dezembro de 1933, as águas subterrâneas só são consideradas públicas, quando tenham adquirido ou possuam capacidade para uso público e geral interesse.

CASTELLI-AVOLIO, reconhecendo ao lado das águas públicas as particulares, assim as distingue: "As águas privadas subterrâneas são aquelas destinadas aos usos agrários e às pequenas derivações; as águas públicas são as extraídas do subsolo, podendo ser concedidas para grandes derivações, as quais deverão ser inscritas no elenco das águas públicas e sujeitas em tudo às especiais prescrições de leis relativas a essas águas". (38)

O critério para a distinção não é o da profundidade em que elas se encontram, podendo ser públicas, "pela sua importância social" águas existentes

(36) PACELLI, *op. cit.*, n.º 164.

(37) *Op. e loc. cits.*

(38) CASTELLI-AVOLIO, *op. cit.*, n.º 187.

a poucos metros da superfície, no subsolo, e privadas aquelas que se achem a grande profundidade, sem possuírem aquela importância. (38)

Compreende-se bem que na Itália tenham as águas subterrâneas consideração quase tão importante como as águas superficiais, dada a carência de mananciais em certas regiões e em face das exigências de sua população densa e de sua indústria generalizada.

A riqueza hidráulica, na península itálica, pode até considerar-se exígua. (39)

Em consequência, prevalece o princípio segundo o qual o proprietário da superfície não pode usar da água subterrânea captável na zona do subsolo, de maneira e com meios tais que possam impedir o direito de outros nas zonas confinantes em relação ao lençol de água de que elas provenham. (40)

Outrossim, pelo direito italiano, aquêle que quiser abrir poço ou fazer trabalhos similares em sua propriedade, tem que observar uma distância do limite de sua propriedade, bem como praticar os trabalhos necessários que evitem prejudicar outros poços idênticos; e uma vez surgindo contestação entre os dois proprietários interessados, incumbe à autoridade judiciária conciliar da maneira mais equitativa possível os interesses de cada um, determinando inclusive as indenizações, que lhes possam ser devidas. (41)

A maior liberalidade da lei italiana, no tocante à faculdade de poder o proprietário da superfície abrir poços no seu terreno, é de natureza finalística, ao permitir a utilização das águas para "usos domésticos".

O uso doméstico é mais restrito que o uso normal, excluindo de sua compreensão quaisquer destinações de caráter industrial, bem como a faculdade de venda da água extraída, como a cessão dela a terceiros, por qualquer título, salvo ao seu descobridor, sendo necessário que sirva diretamente ao superficiário e sua família, com o que se exclui até o seu emprêgo na cultura de flôres e hortaliças para vender a terceiros ou para o exercício industrial de irrigação. (42)

11. ÁGUAS MINERAIS

As águas subterrâneas são encaradas sob os aspectos de "minerais" e "não minerais", conforme tenham ou não, em solução, certa quantidade de substâncias minerais.

As chamadas "água minerais" são reguladas em nosso direito por disposições especiais e não estão compreendidas na conceituação técnica do Código de Águas, relativa às águas subterrâneas, que formam o grupo das águas "não minerais".

De igual forma acontece em geral em outros países, como sucede na Itália, em que o Decreto n.º 1.775, de 11 de dezembro de 1933, exclui das ex-

(39) *Op. e loc. cits.*

(40) GILARDONI, *op. cit.*, vol. I, n.º 500.

(41) Idem, *op. e vol. cits.*, n.º 492.

(42) Código Civil Italiano, art. 573.

(43) GILARDONI, *op. e vol. cits.*, n.º 1.116.

pressões “águas públicas subterrâneas” as águas termais, as radioativas, bem como tódas as outras de natureza idêntica, reguladas por leis especiais. (44)

No Brasil, o chamado *Código de Águas Minerais* foi baixado pelo Governo por fôrça do Decreto-lei n.º 7.841, de 8 de agosto de 1945.

Néle se definem as águas minerais como sendo “aqueelas provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que possuam composição química ou propriedades físicas ou físico-químicas distintas das águas comuns, com características que lhes confiram uma ação medicamentosa”. (45)

Essas águas, quanto à composição química, são classificadas como:

- a) oligominerais;
- b) radíferas;
- c) alcalino-bicarbonatadas;
- d) alcalino-terrosas, distingindo entre elas as cálcicas e as magnesianas;
- e) sulfatadas;
- f) sulfurosas;
- g) nitratadas;
- h) cloretadas;
- i) ferruginosas;
- j) radioativas;
- k) toriativas;
- l) carbogosas. (46)

As respectivas fontes são classificadas, além do critério químico: quanto aos gases, em radiotaivas, toriativas e sulfurosas; e quanto à temperatura, em hipotermais, mesotermais isotermas e hipertermais: (47)

O estatuto das águas minerais faz referência às “águas potáveis de mesa” para considerá-las como sendo aquelas “de composição normal provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas, que preencham tão sómamente as condições de potabilidade da região”. (48)

O aproveitamento *comercial* dessas águas e das minerais é feito através do regime de autorização, sucessiva de pesquisa e lavra, quer sejam elas do domínio público, quer particular, sendo nesse caso reservadas ao proprietário do solo. (49)

Quando esse aproveitamento estiver sendo feito de modo a comprometer-las ou em desacordo com as condições técnicas e higiênicas previstas na lei respectiva, poderá ser interditado, até que sejam restabelecidas as condições satisfatórias de exploração. (50)

(44) CASTELLI-AVOLIO, *Leggi sulle acque e sugli impianti elettrici*, n.º 468: “Dall’azione dell’attuale legge, ossia della espressione di acque sotterranee pubbliche, vanno escluse le acque termali minerali e radioattive e tutte le alte acque regolate da leggi speciali”. Ver artigo 92 do “*Testo unico*”.

(45) Decreto-lei n.º 7.841, de 8 de agosto de 1945, art. 1.º

(46) Idem, art. 35.

(47) Idem, art. 36.

(48) Idem, art. 3.º — Veja-se, outrossim, o que dissemos sobre “águas potáveis” no estudo das “águas nocivas”, in “Revista do Serviço Público”, vol. 66, pág. 110.

(49) Idem, art. 4.º e § único.

(50) Idem, art. 18.

Sómente depois de prèviamente examinada e da expedição do decreto de autorização de lavra, é que se torna permissível a exploração comercial, seja a água mineral, quer termal, gasosa, potável de mesa ou destinada a fins balneários, não sendo suscetíveis dessa exploração as fontes sujeitas à influência de águas superficiais, que as possam poluir. (51)

Todo o regime de águas minerais está sujeito, particularmente, à fiscalização do Departamento Nacional da Produção Mineral (D.N.P.M.), subordinado ao Ministério da Agricultura, visto estarem elas, termais e gasosas e ainda as águas de mesa, (52) classificadas na consideração das jazidas minerais. (53)

12. DESENVOLVIMENTO DA CRENOLOGIA

Especialmente na Europa, o assunto referente à crenologia, ou seja o estudo das águas minerais, tem sido cuidado com interesse acentuado. (54)

O aproveitamento terapêutico das fontes hidrominerais é feito em geral por todos os seus países, de Portugal à Rússia através do estudo e da observação de eminentes hidrólogos, que deram ao hidroclimatismo europeu incontestável preeminência no mundo inteiro, não obstante na república norte-americana estarem surgindo, nos últimos tempos, magníficos trabalhos a respeito, a par de preparação metódica material e cultural, para melhores realizações nesse setor, dentro em pouco tempo.

Há, evidentemente, certa e louvável preocupação no tratamento dessa faceta, que a medicina social oferece, de tal modo a se organizarem, além dos trabalhos e estudos particulares feitos em cada país, até congressos internacionais de hidrologia e balneologia, como aconteceu em 1947, tendo por sede a Tchecoslováquia, país fartamente recomendado por suas famosas estâncias climáticas e hidrominerais nas regiões da Morávia, da Boêmia e da Eslováquia.

Relativamente às virtudes hidrotermais de cada região, há conhecimento hoje bastante difundido, de modo a que, por exemplo, na França se recomende Vichy como centro de atuação dos nutricionistas, Aix-les-Bains como dos reumatólogos, e Bourbon Lancy e Royat como dos cardiólogistas. (55)

No Brasil, o problema hidroclimático vem sendo tratado com altos e baixos; e assim, ao lado de possuirmos instalações hidrominerais superiores,

(51) Idem, arts. 25 e 26.

(52) "Entende-se por "água de mesa" aquela cuja composição ou cujas características não se afastem das águas potáveis regionais, cujo consumo não seja prejudicial à saúde" (Código de Minas, Decreto-lei n.º 1.985, de 9 de janeiro de 1940, art. 75 § único). A lei sómente permite que elas sejam objeto de comércio se tiverem expressa a menção "não mineral".

(53) Código de Minas, art. 3, n.º XI e 49 e Decreto-lei cit., art. 47.

(54) OLIVEIRA FAERINO, assim se pronunciou neste particular, no seu interessante trabalho *Aspectos da Crenoterapia na Europa e no Brasil*: "A civilização européia aperfeiçoou o hábito muitíssimo secular e empírico das termas, dando-lhe tudo que as ciências ensinaram nesta época profundamente técnica. Cientificamente amparada, a crenoterapia evoluiu de par com outros ramos da medicina prática" (pág. 16).

(55) Idem, idem, pág. 134.

materialmente, às do Velho Mundo, contam-se fontes apreciáveis sem o menor aproveitamento e exploração.

Conquanto não se reconheça à extensão do nosso solo riqueza correlativa no atinente a águas minerais, muito se poderá fazer em crenoterapia, farmacodinâmica e balneologia, com reflexos na economia nacional, se o problema fôr encarado cuidadosa e adequadamente.

Do Pará ao Rio Grande do Sul, há um movimento, cada vez mais interessado, no sentido do aproveitamento e exploração das águas minerais, sendo, como é sabido, Estado vanguardeiro dessa campanha o de Minas Gerais, seguido de São Paulo, Rio de Janeiro, Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Bahia e Paraná, que procuram cada vez mais industrializar a riqueza de suas águas minerais. (56)

SUMMARY

1. Subterranean waters and the provisions of both the Code of Waters and the Civil Code. Subterranean waters as opposed to surface waters.
2. The general concept of subterranean waters, according to the Brazilian legislation, embodies different categories. Finer distinctions are made by some foreign legislations. The mineral and the non-mineral waters.
3. Ownership of subterranean waters based on the principle *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferiorum*.
4. Restrictions to the principle quoted in item 3, contained in the Civil Code as well as in the Code of Waters, analyzed in detail.
5. The right to open wells, its regulation. The distinction between "ordinary" and "artesian" wells. The meaning of "galleries".
6. Restrictions to the opening of wells imposed by the Brazilian legislation of to-day as contrasted with superseded principles enformed by Colonial legislation as well as advocated by jurists of the past.
7. The opening of wells in public property, federal, state or municipal. The requirement of express administrative licence granted by the Federal Government through the National Council of Waters.
8. Constructions capable of polluting or damaging the water of wells or sources, prohibited. The matter discussed in detail. The notions of (1) "ordinary use" and of (2) "the first necessities of life".
9. Legal sanctions provided by the Code of Waters as regards the matter of item 8, discussed.
10. Streams that are partly subterranean. Legal provisions pertaining to them.
11. Sources that emerge from fosses or ditches dividing two properties. Their ownership according to the Code of Waters.
12. Subterranean waters in the Italian law. Legal provisions and doctrines minutely described and criticized.
13. Mineral waters as regulated by the Code of Mineral Waters, enacted in 1945. Their definition and classification. The supervision of the National Department of Mineral Production, an organ of the Ministry of Agriculture.
14. The developments of crenology in Europe. The problem of hydro-climatic centres in Brazil.

(56) Idem, idem, pág. 254: "As recentes estatísticas da produção brasileira, no setor da produção mineral, demonstram progressivo aumento na exploração das fontes medicinais. De 1.420.000 litros em 1911 passamos a 28.355.397 litros em 1946, o que representa um aumento de 1.900%, em números redondos".

Fôro Competente nas Ações e Execuções de Desquite

OLIVEIRA E SILVA

RUDES críticas tem sofrido o art. 142 do Código de Processo Civil que estatui, em tôdas as hipóteses de desquite e anulação de casamento, a competência do fôro em que reside a mulher.

Preceito injusto? Sim. Porque si a mulher prevarica e abandona, mali-ciosamente, o domicílio conjugal, escolhendo, por seu arbítrio outra jurisdição, precisará o cônjuge, injuriado com semelhante atitude, para propor o des-quite litigioso demandá-la no fôro da residência escolhida pela traidora dos deveres conjugais.

Cabendo ao marido, nos têrmos da lei civil, fixar o domicílio do casal, é imprudente a inovação do legislador que substitui tal domicílio, imanente ao poder marital, pela residência que a mulher elege, em seu capricho, para fôro do pleito que, muitas vêzes, promoverá o cônjuge sem culpa.

Alegar-se-á que, liminarmente, seria leviano afirmar-se qual o culpado ou não, no caso, por exemplo, de abandono que poderá ser voluntário ou forçado, ocorrendo êste último, quando o marido, por sevícia cu agressão moral, torna impossível a permanência da espôsa na habitação comum.

Impressionante o fato do legislador, num conflito de culpa entre marido e mulher, apesar de ser aquêle o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe o direito de fixar e mudar o domicílio da família (art. 233, III, do Código Civil), conceder a prevalência, na separação de fato, não ao cônjuge principal, porém ao que assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família.

Atitude sentimental do legislador, de proteção à mulher, pesando a circunstância de, com a separação de fato, ficar a espôsa, em norma, desprovida de recursos financeiros, obrigada a pleitear, do marido, uma alimentícia, enquanto o mesmo continua na direção e administração dos bens comuns.

O certo é que se privilegiou a mulher com a competência do fôro em que passar a residir, inocente ou culpada, estabelecendo o legislador, com semelhante preceito, a presunção de sua inocência.

Autora ou ré, a espôsa obrigará o marido a deslocar-se do próprio domi-cílio, para acorrer ao fôro em que propuser o litígio, a fim de promover a sua defesa e acompanhar, em todos os tempos, o processo, o que não deixa de cons-

tituir uma situação de passividade, estranha aos princípios do poder marital e à tradição da lei brasileira.

Nas ações de alimentos, como preceitua o art. 142 do Código de Processo Civil, o fôro competente é o da residência do beneficiário, no que existe alto sentido social e moral. Porque, aí, há uma obrigação, em potência, do devedor, no socorro urgente a pessoas do seu sangue ou ao outro cônjuge.

Não fôra tal providência e escaparia o alimentante facilmente, ao dever legal de suprir as necessidades do credor, dificultando, quando não impossibilitando a demanda, com o ocultar-se em pontos remotos do domicílio do reclamante.

Vejamos o que seja residência da mulher no âmbito nacional e internacional.

Se a mulher brasileira se desloca para o estrangeiro, casada no Brasil, ou não, com estrangeiro, é autora ou ré, numa ação de divórcio, torna-se competente, ali, o seu fôro de residência.

Segundo jurisprudência conhecida, o Supremo Tribunal Federal não homologará sentença de juiz estrangeiro, si as partes não oferecerem prova de sua residência no fôro do país da causa.

Examinemos outra hipótese em ação de desquite: a de residir a mulher em território estrangeiro, domiciliado o marido no Brasil. Qual o fôro competente para o litígio.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu em Acórdão de 13 de agosto de 1948, por sua 7.^a Câmara, caso igual ao daquela hipótese, com os fundamentos seguintes:

“A regra geral de competência é a do fôro do domicílio do réu, dispendo, entretanto, o legislador que se êle fôr domiciliado ou residente fora do país, a competência é a do fôro do domicílio do autor. Para que não se entendesse, porém, que, no caso do domicílio de réu no estrangeiro, passaria o fôro do domicílio ou residência do autor a ser sempre competente para toda e qualquer ação, a lei fêz a ressalva das normas especiais de competência, determinadas por critério diferente do que inspirar a eleição do fôro do domicílio ou residência — ações relativas a imóveis, à herança, etc.”

Conclui a citada decisão que, se o § 1.^º do art. 134 da lei processual regula a competência para as hipóteses do domicílio ou residência dos litigantes em território estrangeiro, “é evidente que a ressalva não abrange a norma do art. 142, relativa à ação de desquite, precisamente porque essa norma estabelece a competência pelo critério da residência”.

Curioso é que o Código Civil da Rússia permita, a qualquer dos cônjuges, a fixação do domicílio conjugal, no que se excetua da regra comum. Assentando o critério da instabilidade do lar, sua séde fica dependente ora da vontade do marido, ora da mulher...

Resta saber qual dos dois desígnios prevalecerá.

No Brasil, dentro da nossa tradição de ser o marido o chefe e representante da família, o art. 142 do Código de Processo, por sua injustiça, ofende esse direito, para beneficiar, em todos os casos, ao consorte que é, apenas, auxiliar nos encargos comuns.

Indagemos: se se trata de execução de sentença, no desquite litigioso ou amigável, a competência será sempre a do fôro do ajuizamento do desquite? se se opera a transferência de residência ou domicílio de um ou de ambos os cônjuges, continuará a ser competente o juiz da ação ou do desquite por mutuo consentimento?

Em face do art. 645 da lei processual, equiparam-se, em autoridade e efeitos, as sentenças, havendo litígio ou não, no que se relaciona à guarda e posse dos filhos do ex-casal, quotas para a sua criação e educação e alimentos à mulher.

A competência judicial, aí, se desloca para a do fôro da residência ou domicílio dos cônjuges e os dois o têm, diferentes, para o da nova residência da mulher.

Exemplifiquemos com o caso de uma sentença, em desquite amigável ou judicial, proferida pelo juiz de Santa Rita do Paranaíba, em Goiás, ou de Garanhuns, em Pernambuco. A mulher cu o marido, às vêzes por exercer função pública um do outro, se transfere para o Distrito Federal ou o Rio Grande do Sul. Surge questão a respeito da guarda de um dos filhos ou da quota alimentícia, já fixada, sobre a sua criação ou educação. Qual o fôro competente?

Si qualquer dos interessados precisasse pleitear, perante o juiz do seu desquite, a execução da respectiva sentença, estaria, antecipadamente fracaçado em seu objetivo.

Imagine-se o marido ou a mulher com domicílio no Distrito Federal ou São Paulo, que, para reclamar a posse de um ou mais filhos, o seu internamento em escola ou ginásio ou melhoria de pensão alimentícia, necessitasse custear despesas de transporte, além do afastamento de suas atividades profissionais, para, em homenagem ao fetichismo processual, bater-se pelos seus direitos perante o juiz do seu desquite, em Santa Rita do Paranaíba ou em Garanhuns!

Si, de acordo com o art. 142 do Código de Processo Civil, nas ações de desquite e nulidade de casamento, será competente o fôro da residência da mulher e, nas de alimentos, o do domicílio ou residência do alimentando, teríamos um impasse em matéria de obtenção de alimentos, quando o devedor da prestação continuasse a residir no fôro da sentença do desquite, isto é, a mulher com residência no Distrito Federal ou São Paulo, e o marido em Santa Rita do Paranaíba, em Goiás, ou na comarca pernambucana de Garanhuns!

Por que o impasse?

O ex-marido alegaria, invocando o art. 884, III e IV, da lei adjetiva, que compete a execução da sentença ao juiz da ação ou àquele que houvesse homologado a decisão exequenda.

Pode ocorrer outra hipótese no desquite litigioso ou amigável: os cônjuges, que lhe obtiveram a sentença, no fôro de Aracaju, em Sergipe ter passado a residir um dêles em comarca do Espírito Santo e outro no Paraná, sendo que ao ex-marido foram confiadas a guarda e posse dos filhos menores.

Qual o fôro competente, si se agita a questão do internamento de menores em colégio, da regulamentação das visitas aos pais, do direito que cada um disputa ao período de férias escolares? Lícito, ainda, falar-se na competência do juiz da sentença em Aracaju?

Aí se nos afigura prevalecer o fôro de residência do cônjuge a cuja guarda foram confiados os filhos menores, e onde o juiz encontrará elementos objetivos para decidir sobre todas as questões relativas à situação e bem estar físico, intelectual e moral dos menores.

O organismo humano não é máquina em sentido estrito; além dos desgastes comuns de ordem material, tem exigências fisiopsíquicas particulares. Requer descanso ou pausas renovadoras, alimentação conveniente conforme o tipo do trabalho, segurança contra acidentes, moléstias profissionais, e medidas ligadas ao proporcionamento do conforto espiritual e moral. Pede cuidados especiais dos que usam seus serviços, interessados, ao mesmo tempo, na conservação de sua capacidade para bom rendimento.

ARLINDO VIEIRA DE ALMEIDA RAMOS: *Mercado do Trabalho — Exame e desenvolvimento*, R.S.P., nov.^o 1950.