

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

MARCELO BENACCHIO

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-089-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. 3. Direito
Constitucional . I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil apresenta uma interessante perspectiva de um futuro ligado ao passado, contudo renovado pela compreensão seus institutos basilares por um paradigma iluminado pelos valores e princípios presentes na Constituição Federal.

Não é possível abandonar os aspectos culturais desenvolvidos ao longo do tempo e hauridos pelo direito civil pátrio a partir de suas raízes portuguesas, sabidamente fundadas em fontes do direito romano. Não obstante, ao lado dessa tradicional metodologia, como também ocorreu em sistemas europeus, imperioso a consideração do projeto de sociedade contido na Constituição da República.

Os tradicionais institutos jurídicos das obrigações, dos contratos, dos direitos reais, da família e das sucessões sofreram o influxo direto das normas constitucionais formando o fenômeno do chamado direito civil constitucional, enquanto nova metodologia para aplicação de institutos tão antigos e centrais na vida social.

Nos elementos patrimoniais e não patrimoniais do regime jurídico de direito civil é imprescindível a consideração dos princípios constitucionais para a funcionalização do direito privado no atendimento da dignidade humana dos participantes da relação jurídica e, também, pela utilização da função social, a consideração de seus efeitos a toda sociedade.

A autonomia privada iluminada pela raiz constitucional da autodeterminação das pessoas redundando em novas perspectivas estruturais e funcionais do contrato. A família, enquanto local de realização da dignidade humana, igualmente sofre a recongnição dos poderes e finalidades que lhe são basilares.

A propriedade, na compreensão de seu acesso, as necessidade de moradia e compatibilização dos interesses de proprietários e não proprietários repercute em novas possibilidades desse instituto tão debatido ao tempo da Revolução Francesa.

Todas essas questões foram objeto dos percucientes debates, fundados nos estudos ora publicados, havidos no GT de Direito Civil Constitucional no XXIV Congresso do CONPEDI sob o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade realizado de 11 a 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

O ponto comum entre os estudos é a metodologia de direito civil constitucional permitindo novas miradas para os institutos de direito civil na perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais acerca dos direitos da personalidade, autonomia privada, direitos da mulher, contrato, responsabilidade civil, nome, posse, propriedade, privacidade e entidades familiares, entre outros.

A obra publicada foi produzida por diversos professores e alunos de várias instituições nacionais representando profunda pesquisa e a vanguarda no instituto jurídico objeto da temática de cada capítulo.

Com os agradecimentos e cumprimentos ao coautores, sejam todos muito bem vindos ao presente livro, a cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez - Unoesc

Prof. Dr. Marcelo de Oliveria Milagres - Miton Campos

Porf. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DOS RECURSOS HÍDRICOS SOB O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NUMA ABORDAGEM DE DIREITO E ECONOMIA

THE CONTRACTS OF PURCHASE AND SALE OF WATER RESOURCES UNDER THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW IN AN APPROACH OF LAW AND ECONOMICS

**Oksandro Osdival Gonçalves
Jose Patricio Pereira Melo**

Resumo

A questão surge sobre os fatos que aconteceram na região do Cariri, no Estado do Ceará, Brasil, onde têm contratos de compra e venda da água. Esse regime existe desde 1854, mas não está sob a lei constitucional brasileiro, que reconhece a água como bem público insuscetível de contratação de tal maneira. O texto enfrenta o problema do direito constitucional, especialmente através da política nacional sobre os recursos hídricos com uma abordagem de direito e economia. Como conclusão, a regra constitucional deve ser aplicado, uma vez que a água é propriedade pública, que permitem a mitigação dos direitos de propriedade particular, bem como a lei da região do cariri e do Ceará.

Palavras-chave: Direito de propriedade, Análise econômica do direito, Direitos fundamentais, Direito de acesso a água

Abstract/Resumen/Résumé

The matter arises on the facts that happened in Cariri region, in the Estate of Ceara, Brazil, where have water use buy and sell contracts. This regime exists since 1854, but it is not under the brazilian constitucional law, which recognizes the water as public property unsusceptible of hiring in such way. The text faces the problem from the constitutional law, especially trough the national politics about water resources with a law and economics approach. As a conclusion, the constitutional rule should be applied, since the water is public property, that permit the mitigation of the particular property rights as well the law of the cariris region and the Ceara.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Property law, Law and economics, Fundamental rights, Rights to access to water

1 INTRODUÇÃO

O objetivo central deste trabalho é analisar a particular questão envolvendo o domínio das águas das fontes do Cariri frente à efetividade da norma constitucional brasileira de 1988, pois, mesmo as águas sendo de domínio público, conforme preceitua art. 20 e art. 26 da Constituição, há um regime privado das águas das fontes naquela região, reproduzindo um sistema que vigora desde 1854 até nossos dias.

Através de contratos privados, com registro em cartório, as águas foram e são comercializadas, seja como parte integrante da propriedade (álveo), ou somente o uso das águas, em horas, numa modalidade particular de comércio que, para além de confrontar a eficácia da Constituição Federal, traz a necessidade de aprofundar os contornos e consequências jurídicas desses contratos, à luz do Direito e da Economia.

Este artigo é resultado de uma pesquisa teórica, bibliográfica, com estudo de caso sobre o contrato de compra e venda de uma propriedade, “com 39 horas e nove minutos de água da nascente Luanda, de 22 em 22 dias”. O contrato de compra e venda se deu entre particulares, onde o vendedor é possuidor por herança, com certidão lavrada em cartório.

A escritura objeto da análise foi lavrada no cartório de imóveis de Barbalha, comarca de Barbalha, região do Cariri, Ceará, em 1993, no valor de Cr\$ 20.000.000,00, registrado e escriturado no livro 134 fls. 122 do protocolo 1-B, p. 95, nº 9282, livro 2M, fls. 275.

O trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma. No segundo tópico aborda-se o regime jurídico das águas no direito pátrio, onde se destaca a passagem do regime privado para um regime público de dominialidade, bem como sua edificação à qualidade de direito fundamental.

O terceiro tópico enfrenta o tema da água como direito de propriedade, sua natureza jurídica de bem móvel ou imóvel. Neste ponto insere-se a análise econômica do direito para enfocar o direito de propriedade e sua regulação. Demonstra-se que a atribuição de direitos de propriedade é essencial para reduzir os custos de transação e para definir regras formais de atribuição de direitos fixando-se, assim, as regras do jogo. De outro lado, existem regras informais, também relevantes, que precisam ser consideradas e avaliadas no processo de decisão.

No quarto tópico aborda-se o histórico e o regime jurídico dos contratos de aquisição das águas das fontes e nascentes no Cariri, demonstrando-se que existe um regime de contratação que vem desde 1854, e que ainda é utilizado naquela região. Por este regime é estabelecido um contrato que estipula e regula o direito de uso, conforme um período de horas do dia ou uma medida chamada “telhas d’água”. Também se demonstra a discussão em torno

da Constituição Federal de 1988, que protege o direito adquirido e o direito de propriedade sob uma perspectiva diferente daquela vivenciada em 1854, quando foi editada a legislação que regulamenta esse tipo de contratação naquela região.

2 O REGIME JURÍDICO DE DOMINIALIDADE DAS ÁGUAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

Durante o século XIX e XX, registramos uma mudança do regime de dominialidade privada para o regime público das águas subterrâneas. A legislação avançou conforme a percepção de valor das riquezas hídricas nacionais e internacionais uma vez que a escassez desse recurso passou a ser conhecida.

No plano constitucional, as Cartas constitucionais brasileiras de 1824 e 1891 não fazem qualquer referência ao tema, mas, o Código Civil de 1916 deu especial atenção às águas no capítulo referente aos direitos de vizinhança, artigos 563¹ ao 568, considerando a água um bem de interesse privado, motivo pelo qual a água subterrânea era tida como uma extensão do direito de propriedade (Freitas, 2001, p. 24). Posteriormente, em 1934, surge o Código de Águas, Decreto n.º 24.643, que pela primeira vez divide as águas em públicas², águas comuns³ e águas particulares⁴.

¹ Art. 563. O dono do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior. Se o dono deste fizer obras de arte, para facilitar o escoamento, procederá de modo que não piore a condição natural e anterior do outro.

Art. 564. Quando as águas, artificialmente levadas ao prédio superior, correrem dele para o inferior, poderá o dono deste reclamar que se desviem, ou se lhe indenize o prejuízo, que sofrer. Art. 565. O proprietário de fonte não captada, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir o curso natural das águas pelos prédios inferiores. (O Decreto n.º 24.643/34, Código de Águas, dispõe sobre a matéria). Art. 566. As águas pluviais que correm por lugares públicos, assim como as dos rios públicos, podem ser utilizadas, por qualquer proprietário dos terrenos por onde passem, observados os regulamentos administrativos. Art. 567. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, canalizar, em proveito agrícola ou industrial as águas a que tenha direito, através de prédios rústicos alheios, não sendo chácaras ou sítios murados, quintais, pátios, hortas, ou jardins. Parágrafo único. Ao proprietário prejudicado, em tal caso, também assiste o direito de indenização pelos danos, que de futuro lhe advenham com a infiltração ou a irrupção das águas, bem como a deterioração das obras destinadas a canalizá-las. Art. 568. Serão pleiteadas em ação sumária as questões relativas à servidão de águas e às indenizações correspondentes.

² Art. 1º. As águas públicas podem ser de uso comum ou dominicais. Art. 2º. São águas públicas de uso comum: a) os mares territoriais, nos mesmos incluídos os golfos, baías, enseadas e portos; b) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis; c) as correntes de que se façam estas águas; d) as fontes e reservatórios públicos; e) as nascentes, quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o *caput fluminis*; f) os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou flutuabilidade. § 1º. Uma corrente navegável ou flutuável se diz feita por outra quando se torna navegável logo depois de receber essa outra. § 2º. As correntes de que se fazem os lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis serão determinadas pelo exame de peritos. § 3º. Não se compreendem na letra "b" deste artigo os lagos ou lagoas situados em um só prédio particular e por ele exclusivamente cercados, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso comum. Art. 3º. A perenidade das águas é condição essencial para que elas se possam considerar públicas, nos termos do artigo precedente. Parágrafo único. Entretanto, para os efeitos deste Código, ainda serão consideradas perenes as águas que secarem em algum estilo forte. Art. 4º. Uma corrente considerada pública, nos termos da letra "b" do artigo 2º, não perde este caráter porque em algum ou alguns de seus trechos deixe de ser navegável ou flutuável. Art. 5º. Ainda se consideram públicas, de uso comum, todas as águas situadas nas zonas

A Constituição de 1934 não ignorou o tema, tanto que nos artigos 5.º e 20 concedeu à União o domínio das riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidroelétrica, dentre outros; no mesmo diapasão o artigo 20, II destina à União as águas, lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio, distinguindo, ainda, entre bens do subsolo e da propriedade do solo (Sá, 2001: 183).

A Constituição do Estado Novo (1937) não inovou nessa matéria, atribuindo à União competência para legislar sobre águas, ao mesmo tempo em que denominava as águas de domínio federal, conforme o art. 143.

A Carta Magna de 1946 inova ao dividir a dominialidade das águas entre União e Estados Federados, estes tendo domínio sobre os lagos e rios em terrenos de seu domínio, assim como os cursos d'água que têm nascentes e foz no território estadual, mas mantendo o domínio da União e a competência em matéria legislativa.

O texto constitucional de 1967 e a emenda constitucional de 1969, não trazem nenhuma inovação sobre a dominialidade das águas e a competência legislativa sobre a matéria.

Esse regime somente foi se alterar na Constituição Federal de 1988 que, em seus artigos 20 e 26⁵, determina o novo regime de dominialidade das águas, estabelecendo a matéria como sendo privativa da União, para fins de competência para produção de leis.⁶

Sá (2001, p. 184) citando Antunes (1998, p. 352), afirma que a nova Constituição caracterizou a água como um recurso econômico e prevê o fim da privatização dos recursos hídricos, rompendo com a concepção até então vigente. Afirma ainda que essa apropriação privada dos recursos hídricos acarretou, ao longo do tempo, a geração de riquezas para seus usuários, com a distribuição das repercussões negativas sobre toda a coletividade.

periodicamente assoladas pelas secas, nos termos e de acordo com a legislação especial sobre a matéria. Art. 6º. São públicas dominicais todas as águas situadas em terrenos que também sejam, quando as mesmas não forem domínio público de uso comum, ou não forem comuns.

³ Art. 7º. São comuns as correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que essas não se façam.

⁴ 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 comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns.

⁵ SÁ (2001: 186): “aos Estados, é validamente possível legislar sobre águas, não apenas quando autorizado por lei complementar (art. 22, parágrafo primeiro), mas também como um recurso natural integrante do seu domínio (art. 26, I), como elemento primário de saneamento, na instituição de regiões metropolitanas (art. 25, parágrafo 3.º) e como fator ambiental, tendo em vista a competência legislativa concorrente (art. 24, VI)”.

⁶ Em matéria de produção legislativa, restam aos Estados e Municípios legislar em matéria comum sobre a proteção dos recursos hídricos, dentro da competência outorgada pelo art. 23 da CF/88, em que refere a proteção do meio ambiente e combate da poluição em qualquer de suas formas como matéria de interesse local e regional. Além do que o parágrafo único do art. 22 dá margem para os Estados legislarem complementarmente sobre recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso no art. 21, XIX (SÁ. 2001: 184). No caso do Ceará já há uma ampla legislação sobre a política estadual dos Recursos Hídricos iniciada em 1992: lei n.º 11.996, de 24/07/1992 que criou o sistema estadual de recursos hídricos (MAIA: 2004: 25).

Mais enfático Freitas (2001, p. 20) aduz que não mais subsiste o direito de propriedade privado sobre os recursos hídricos. Os antigos proprietários de poços, lagos ou qualquer outro corpo de água devem se adequar ao novo regramento constitucional e legislativo passando à condição de meros detentores dos direitos de uso dos recursos hídricos, assim mesmo, desde que obtenham a necessária outorga prevista na lei citada.

Para José Ribeiro *in* Freitas (2001, p. 42) resta aos antigos proprietários, ao que parece, apenas pleitear a correspondente indenização. Afigura-se justo o cabimento da indenização, pois se a atual Carta Magna assegura o direito de propriedade (art. 5.º, XXII), o que também fazia a pretérita, a expropriação desse direito deve ser compensada monetariamente.

Gomes (2010, p. 6481/6482), contudo, sintetiza bem a falta de uniformidade na doutrina a respeito da matéria, salientando que ela se divide entre os que sustentam a existência de águas particulares e os que afirmam o seu caráter público, insuscetível, inclusive, de ser indenizado:

Atualmente, há diversos e antagônicos entendimentos jurídicos acerca do regime de propriedade das águas. A doutrina civilista segue atrelada a uma concepção privada da gestão fundada na classificação do Código Civil de 1916 e no Código de Águas de 1934 na qual é admitida a existência de águas particulares no ordenamento jurídico nacional. Contudo, tal entendimento não se restringe aos civilistas e, ao contrário, encontra amparo em administrativistas como Maria Sylvia Zanella Di Pietro: Águas particulares definem-se por exclusão: são as situadas em terrenos particulares, desde que não estejam classificadas entre as águas comuns de todos, às águas públicas ou as comuns, art. 8o do Código de Águas (DI PIETRO, 2005, p.632).

No entanto, hoje há entendimento majoritário da doutrina em sentido oposto no qual afirma-se que o regime de propriedade foi alterado significativamente pelo constituinte de 1988. Conforme denominou Eduardo Coral Viegas, verificou-se um processo de “publicização” das águas, com a completa transferência da sua propriedade para o patrimônio público. Viegas frisa que a Constituição de 1988 revogou tacitamente o Código de Águas na parte que admite a existência das águas particulares:

Há ainda, como já se grifou, pequena parcela de autores que mantém a posição de que continua existindo a classe das águas particulares no Brasil, o que fazem baseados no Código de Águas, revogado no tópico, segundo a melhor tendência. (...) Conjugando-se, portanto, o art. 225, caput, da Constituição, com o art. 99, I, do Código Civil, conclui-se que a água é um bem de uso comum do povo, como já assentou, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça em recente julgado (VIEGAS, 2005, p. 88 e 89).

Atualmente, essa definição das águas como um bem de uso comum do povo é a interpretação predominante, à luz da Carta Magna de 1988, sobre o novo regime domínial da água, pois, como afirmou José Afonso da Silva, “toda água, em verdade, é um bem comum de todos” (SILVA, 2000, p.116).

No plano infraconstitucional, institui-se a Política Nacional de Recursos Hídricos que tem como um dos seus fundamentos a definição da água como um bem de domínio público, limitado e dotado de valor econômico (Lei n. 9433/1997).

Assim, constata-se que o regime de comércio de águas na região do Cariri está, em tese, contrariando a legislação atualmente em vigor sobre a matéria.

2.1 O Direito Fundamental à Água.

A água é um líquido incolor, inodoro e insípido, formado por dois átomos de Hidrogênio e um de Oxigênio, ocupa $\frac{3}{4}$ do planeta Terra e na composição do nosso organismo humano é essencial em 70% de nossa estrutura. Esse conceito é um dos primeiros que aprendemos na escola. Não fosse a complexidade que envolve o tema, seria suficiente para explicar a água como um bem de uso comum, pela simples razão de ser indispensável à existência de vida em nosso planeta e como tal integra o rol dos bens ambientais protegidos pela Constituição brasileira de 1988 nos artigos 20, III e 26, I, que definiram a dominialidade sobre os bens da União e dos Estados, respectivamente. Os recursos hídricos, por sua vez, foram objeto de anotação constitucional no art. 21, XIX, regulamentado pela Lei 9.433/97, que criou a política nacional de gerenciamento dos recursos hídricos.

A água, portanto, integra o núcleo do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável à sadia qualidade de vida da nossa geração e das gerações futuras. Machado (2002: 24) defende, igualmente, que “a água é um dos elementos do meio ambiente. Isto faz com que se aplique à água o enunciado no caput do art. 225 da Constituição Federal”, que institui o direito ao meio ambiente sadio como essencial à qualidade de vida.

É estratégica a inserção do direito à água como indispensável ao desenvolvimento econômico; dados das Nações Unidas apresentados por Freitas (2001: 18), informam que até 2025, um terço dos países do mundo terá seu desenvolvimento freado pela falta de água. Em 1990 já eram 28, com um total de 335 milhões de habitantes. Em 2007 o primeiro autor deste artigo realizou estudo de caso na fonte “guaribas”, em Crato/CE, acerca de conflitos entre uma comunidade com outorga de água e proprietário que conseguiu no Poder Judiciário barrar o empreendimento que permitiria a distribuição de águas para 70 famílias. Em 2014 constatamos em entrevista com o gerente da companhia de gestão de recursos implementação da outorga porque a fonte secou.

Ademais, a água é um bem insuscetível de apropriação privada exatamente porque é indispensável à vida, afirma José Afonso da Silva (2013, p. 88) sendo, por isso, bem de uso comum de todos, tanto que ninguém pode, conclui o supracitado autor, lícitamente, impedir que o sedento sorva a água tida como de domínio particular.

Como direito fundamental, o acesso à água independe do pagamento para o consumo e abastecimento em caráter insignificante, ou seja, não será objeto de cobrança o consumo humano: o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; as derivações, captações e lançamento considerados

insignificantes e as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes, conforme art. 12, § 1.º, II Lei n. 9.433/97.

Ao analisar o direito constitucional português, Canotilho (2000: 407) observa que a solução dada pela Constituição lusitana foi criar um regime geral de Direitos Fundamentais e um regime específico de direitos, liberdades e garantias de natureza análoga⁷. Na distinção do constitucionalista, um regime geral dos direitos fundamentais “é um regime aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam consagrados como ‘direitos, liberdades e garantias’ ou como ‘direitos econômicos, sociais e culturais’, e quer se encontrem no ‘catálogo dos direitos fundamentais’ ou fora desse catálogo, dispersos pela Constituição”, como é o caso brasileiro, em que os artigos referentes à proteção do meio ambiente estão esparsos, a exemplo do Art. 225, Art. 20, III, 26, I etc., sendo possível, portanto, sustentar que o direito à água é um direito fundamental.

3 A ÁGUA ENQUANTO DIREITO DE PROPRIEDADE SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

No Brasil, em termos de quantidade relativa, a água enquanto elemento da propriedade imóvel cria situações de privilégio, considerando o clima e as desigualdades existentes no território brasileiro. Não é, contudo, pela falta de água, considerando a quantidade relativa a população e os índices de falta d’água em regiões semiáridas e desérticas do mundo.

O clima prevalecente é o equatorial úmido, tropical e subtropical úmido, predominante em 90% do território e apenas 10% de semiárido, com chuvas abundantes em 90% do território. No cenário sul-americano, o Brasil representa 53% da produção de água doce e 12% do total mundial. Esse diagnóstico projetou, observa Rebolças (1999, p. 29), um cenário de abundância de água doce, o que tem servido de suporte à cultura do desperdício da água disponível e à sua pequena valorização econômica, durante muito tempo considerada de uso livre.

Durante o período do Império e até a década de noventa, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve significativa alteração no regime de dominialidade das águas doces no Brasil. De uma condição de uso livre, com exceção ao caso da região do Cariri cearense, nordeste brasileiro, onde houve uma partilha de águas entre foreiros, que resultou

⁷ Idem, p. 407: Um regime específico dos direitos, liberdades e garantias, é uma disciplina jurídica da natureza particular, consagrada nas normas constitucionais, e aplicável, em via de princípio, aos ‘direitos, liberdades e garantias’ e aos direitos de ‘natureza análoga’.

num exercício de “privatização” das fontes/nascentes em 1854⁸, Melo (2007, p. 109), Sabiá (2000), as águas, passaram, no início do século XX, para o regime de *bens públicos e particulares* no Código Civil de 1916 e no Código de Águas de 1934. É, contudo, com a Constituição vigente que o domínio das águas se torna público, definitivamente.

Interroga Granziera (2001, p. 27): a água é uma coisa ou um bem? Para compor uma resposta vale-se de Clóvis Beviláqua: “bens são os valores materiais ou imateriais que servem de objeto a uma relação jurídica”, sendo um conceito mais amplo do que o de coisa, que é “todo material suscetível de medida de valor”. Conclui a autora que a medida de valor pode ser localizada no interesse sobre determinado bem, para a satisfação de uma necessidade. Na história do Brasil, não há outro registro formal de que a água passou a ser um bem jurídico passível de apropriação privada, exceto, a partir de 1854 no Ceará, caso das fontes privadas do Cariri.

A Constituição Federal de 1988, que denominou a água bem de domínio da União em seu art. 20 e/ou dos Estados art. 2), obteve regulamentação com a Lei n. 9.433/97, que definiu no artigo primeiro a água como “um bem de valor econômico de domínio público”.

A água, enquanto bem é móvel ou imóvel? No leito do rio, e ligada, portanto ao solo, a água é um bem imóvel. Fora de seu leito, é bem móvel, afirma Granziera (2001, p. 29).

E quanto ao solo, em que está encravada, a água é parte integrante do solo ou bem jurídico separado? José Cretella Júnior, citado por Ribeiro (2001, p.45), afirma que a água é parte integrante do solo: “Água é o conteúdo do álveo, seu continente. [...]. Não é possível conceber qualquer curso d’água sem pelo menos dois elementos integrantes essenciais, o elemento líquido – a água – e o elemento sólido o álveo ou leito, suporte da corrente hídrica (...)”.

O conceito *água*, difere de *recurso hídrico*, Pompeu (1999, p. 601-635) esclarece que é comum encontrarmos, em leis e manifestações doutrinárias e técnicas, a utilização dos dois termos como sinônimos, o que não é verdade. “*Água* é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização. É o gênero. *Recursos hídricos* é a água como bem econômico, passível de utilização com tal fim”. Para nosso estudo, quando nos referimos à água das fontes, sob o ponto de vista da propriedade, entendamos recurso hídrico das fontes.

⁸ Lei provincial nº 645, de 17 de janeiro de 1854, publicada pelo Presidente Dr. Joaquim Villela de Castro Tavares, aprovando artigos de posturas da Câmara Municipal do Crato, no Art. 58, determinava que “as águas de todas as nascentes do patrimônio desta Câmara serão repartidas por todos os foreiros com igualdade de direito, pelo juiz Municipal Presidente da Câmara...”. Este modelo de gestão foi copiado pelos Município vizinhos do Crato, na região do Cariri, particularmente, Barbalha e Missão Velha.

É a água das fontes como propriedade que faz gerar o debate em torno de sua dominialidade e, claro, está no centro das situações de conflitos que a apropriação desse bem gera na sociedade. Em razão da sua escassez e, conseqüentemente, do valor que o mesmo alcança. Tais conflitos exigiram que os operadores do direito dedicassem empenho sobre uma nova disciplina: direito de águas, que se constitui do conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, uso, aproveitamento e a preservação das águas, assim como a defesa contra suas danosas conseqüências.

Neste ponto é importante apresentar, ainda que de forma sucinta, a análise econômica do direito (AED) cujos estudos iniciais ocorreram nos países da *Common Law*. Referido movimento, caracteriza-se pela aplicação da teoria econômica no processo de formação, estrutura e impacto da norma jurídica ou das decisões judiciais. Trata-se de um movimento interdisciplinar que sofre influências da ciência social econômica e busca aplicar o seu método ao direito e em especial sobre o direito de propriedade, responsabilidade civil e direito dos contratos.

A AED dedica-se ao estudo dos conceitos de eficiência, equilíbrio, custos de transação e falhas de mercado e se preocupa com o estudo da microeconomia, a qual abrange questões afetas ao consumidor; ao funcionamento e equilíbrio de mercado; à empresa e às estruturas do mercado na qual está inserida.

O movimento disseminou-se a partir de trabalhos de Guido Calabresi, Ronald Coase e Richard Posner, e propõe a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para o fim de compreender, explicar e prever as implicações fáticas e a lógica (racionalidade) do ordenamento jurídico (GICO JUNIOR, 2010). Trata-se da tentativa de compreensão do direito no mundo e do mundo no direito por intermédio de uma abordagem econômica.

Desse modo se pretende utilizar o Direito e a Economia sem, contudo, enaltecer a prevalência de um sobre o outro, buscando, ao contrário, um diálogo possível e engrandecedor de ambos (SZTAJN, 2005).

Na perspectiva proposta por Coase as leis desempenham quatro funções básicas (PINHEIRO E SADDI, 2005. P. 12): protegem os direitos de propriedade privados; estabelecem as regras para a negociação e a alienação desses direitos entre agentes privados e entre eles e o Estado; definem as regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição e regulam a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência.

Pode-se dizer que a AED representa "a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, a estrutura, os processos e o impacto do direito e das instituições legais" (TOMAZETTE, 2007).

De modo geral, contribui para prever as possíveis consequências das regras jurídicas, e como estas influenciam os atores sociais em cada caso, de modo a ser possível ao profissional do direito entender os prováveis efeitos que advirão das diferentes posturas legais (SALAMA, 2008, p. 10/11).

No exercício dessa tarefa é preciso sopesar os ganhos advindos da eliminação dos efeitos prejudiciais de determinada situação ou atividade com os ganhos decorrentes de sua manutenção (COASE, 1960).

Assim, considerando que (i) o direito prescreve condutas e delimita o raio das escolhas dos indivíduos; (ii) que a produção normativa é realizada por indivíduos que escolhem e (iii) que os direitos são escassos, nada se revela mais apropriado que se valer da instrumentalidade da AED para descrever o fenômeno jurídico e prescrever como ele pode ser mais eficiente (CARVALHO, 2008, p.27/44).

Desse modo, é possível aplicar a AED ao caso estudado sob a perspectiva da proteção ao direito de propriedade.

Cooter e Ulen (2010, p. 120) afirmam que a propriedade puramente privada "tem característica de que seu uso por uma pessoa impede seu uso por outra." Enquanto que para a propriedade pública "não há rivalidade no consumo". A relação entre ambos é muito simples, afirmam os autores, "a eficiência exige que os bens privados sejam propriedade privada e os bens públicos sejam propriedade pública." Porque o "o caráter técnico dos bens públicos obstrui o uso da negociação para alcançar a eficiência." E, conseqüentemente, não poderia ser objeto de compra e venda entre particulares, como no caso em análise.

Ainda sobre a dominialidade e o uso que o proprietário pode fazer, destacam Cooter e Ulen (2010, p. 122), é permitido qualquer uso que não viole os direitos de propriedade ou outros direitos de outras pessoas. Quando, contudo, há danos pelo uso desta propriedade, a análise econômica do direito infere os *custos externos*, ou seja, os custos impostos involuntariamente por uma pessoa a outra, e as externalidades como "males públicos" deverão ser suportados pelo causador. Enquanto que os *males privados* podem se autocorrigir por meio de acordos privados.

A análise econômica do direito se ocupa da propriedade afirmando que ela "consiste, essencialmente, na atribuição a uma pessoa, ou a um grupo de pessoas, do poder de decisão sobre a utilização de um recurso, e dos danos ou perdas dele resultantes. O recurso submetido

a uma forma de propriedade é retirado do acesso livre, fica reservado ao(s) proprietário(s) e não pode mais ser utilizado por qualquer um como bem lhe aprouver” (Mackaay e Rousseau, 2015, p. 228).

Entretanto, tal como no caso da água que passou de um regime privado para público, se reconhece a possibilidade de criação de novas formas de propriedade, “sobre recursos que, até agora, eram de livre acesso, ou de acesso restrito, quando se tornaram raros a ponto de não suportar mais o livre acesso” (Mackaay e Rousseau, 2015, p. 228).

A criação de direitos de propriedade é um elemento essencial para o desenvolvimento e por isso precisam ser protegidos, ainda que seja para impor limites ou reduzir o acesso. Por isso, a propriedade da água parte da premissa de que ele é um recurso escasso (Lei n. 9433/1996, art. 1º) e seu conceito como propriedade serve justamente para administrar essa escassez, logo, o regime de propriedade pode ser alterado à medida que a escassez aumenta ou diminui (Mackaay e Rousseau, 2015, p. 232). O mesmos autores ainda destacam que:

A vantagem comparativa da propriedade entre as instituições utilizadas para administrar a escassez faz atentar para os dois traços apontados (informação e incentivo) e para um terceiro, seu caráter inteiramente descentralizado: a qualidade dos resultados é julgada pelos agentes, por meio de suas decisões de comprar e vender, e não por alguma autoridade pública.

Dessa forma, as partes interessadas fazem a composição, decomposição e recomposição de direitos que regulam esses bens escassos, pois “não são todos, necessariamente, abrangidos pelo título de propriedade no sentido jurídico” (Mackaay e Rousseau, 2015, p. 233).

Portanto, o regime de águas do Cariri, embora não encontre respaldo na legislação brasileira, serve como norma informal e regula, de forma satisfatória, o direito das partes que julgam obter, assim, o melhor resultado ou o resultado que julgar ser o mais eficiente.

4 HISTÓRICO E REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DA AQUISIÇÃO DAS ÁGUAS DAS FONTES/NASCENTES NO CARIRI

A microrregião geográfica do Cariri cearense, conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômica do Ceará – IPECE, compreende um conjunto de oito Municípios situados na porção Sul do Ceará, dentre eles o município de Crato, Juazeiro do Norte e Barbalha, formando uma conurbação que resultou no núcleo central da Região Metropolitana

do Cariri, instituída pela Lei Complementar estadual n. 78, sancionada em 29 de junho de 2009 e juntos somam uma população de mais de 426 mil habitantes⁹.

O nome Cariri é uma referência aos índios Kariris, primeiros habitantes da região. Esta se insere no complexo geográfico da Chapada do Araripe¹⁰ e esta na Biorregião do Araripe: uma área interligada entre os Estados do Ceará, Pernambuco e Piauí que sofre influência direta da bacia sedimentar do Araripe, uma formação geográfica da era do Cretáceo que apresenta três unidades hidrológicas, ao Norte, as bacias do Rio Salgado e do alto Jaguaribe (Rio Cariús), no Estado do Ceará, sub-bacias da bacia do Rio Jaguaribe, como descreve Bueno (1975, 367).¹¹

Na paisagem vegetal do Araripe, destaca-se a Floresta Nacional¹², transformada em Unidade de Conservação Federal na década de 40. A cobertura vegetal e a formação da Chapada do Araripe favorecem a captação de água das chuvas, que infiltram acumulando água nos aquíferos¹³ até um período estimado de 30 anos para o surgimento das fontes ou nascentes¹⁴, numa altura aproximada entre 700 e 800 metros de altitude¹⁵.

No Cariri, os conflitos sobre o domínio e o uso das águas das fontes/nascentes, a despeito de serem públicas, remetem a um problema grave, pois o uso continua sendo regido pela legislação do Estado do Ceará, Resolução Provincial n.º 640, de 17 de janeiro de 1854, e da lei n.º 645, de 17 de janeiro de 1854, em cujo artigo 58 regulamentava a repartição de

⁹ Dados consolidados de 2010, IPECE/IBGE, colhidos no site www.ipece.ce.gov.br em 14.07.2014.

¹⁰ A Chapada do Araripe é constituída pelos arenitos da Formação Exu e apresenta relevo tabular quase plano, formando uma extensa “mesa” limitada em quase toda sua extensão por escarpas abruptas, de contornos irregulares e desníveis consideráveis, que chegam a ultrapassar 300 metros. As altitudes da chapada, no primeiro segmento, decrescem no sentido E-W, atingindo elevação máxima (1.000m) ao norte de Porteiras (CE) e mínima (700m) e nas imediações de Araripina (PE). A partir de Araripina, em direção ao Oeste, a altitude vai aumentando gradativamente chegando a atingir a cota máxima de 760 metros. A ausência quase total de escoamento superficial no topo da chapada está diretamente relacionada às características do solo que recobre, pois, sendo o mesmo oriundo de arenitos, apresenta-se bastante uniforme, essencialmente arenoso, poroso e permeável, não oferecendo, portanto, quaisquer condições para o desenvolvimento de uma rede de drenagem. DNPM (1996) citado por IBAMA (2004: 44).

¹¹ Cretáceo: Sistema mais moderno da era mesozóica. Mesozóica; Diz-se da era secundária, isto é, entre a Paleozóica e a Cenozóica ou Terciária. Na era Terciária surge a predominância dos mamíferos. (P. 851).

¹² A Floresta Nacional do Araripe – FLONA compreende uma área de aproximadamente 38 mil hectares abrangendo áreas dos municípios de Barbalha, Crato, Jardim e Santana do Cariri, no Ceará. Constitui Unidade de Conservação Federal, nos termos do Decreto-lei n.º 9.226, de 02.05.46. A cobertura vegetal é caracterizada por: 12,34 % de Floresta Subperenifólia Tropical Plúvio-Nebular (Mata úmida serrana); 37,32% de Floresta Subcaducifólia Tropical Xeromorfa (Cerradão); 42,67% de Cerrado; 6,67% de Carrasco; 0,07 de Matas Secundárias e 0,93% de áreas sem cobertura florestal. Fonte: Plano de Manejo da Floresta Nacional do Araripe. IBAMA. Crato. 2004.

¹³ Aquífero é o extrato subterrâneo de terra, cascalho ou rocha porosa que contém água.

¹⁴ Resolução CONAMA n.º 04/85: Nascente é o local onde se verifica o aparecimento de água por afloramento do lençol freático.

¹⁵ “A precipitação que se infiltra no solo, no sopé da Chapada do Araripe, reaparece na forma de nascentes, num total de 256 no Estado do Ceará, 43 do Pernambuco e 8 no Piauí”. Perícia Técnica Judicial realizada pelo Geólogo Francisco Idalécio de Freitas, no processo n.º 2.000.0147.3912-8 em trâmite na 2.ª Vara do Crato. P. 3

águas de todas as nascentes do patrimônio da Câmara Municipal de Crato, bem como previa que o formal de partilha das águas seria realizado pelo Juiz Municipal.

Tem havido a “prevalência” da legislação extravagante sobre a regra constitucional na maioria dos casos conhecidos da região, com registro de processos na comarca de Crato. Tal situação tem causado transtornos à população e restringido o cumprimento dos artigos 20 e 26, que descrevem o regime dominial público das águas. Consequentemente o art. 225 da Constituição Federal de 1988, que tutela o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental para as presentes e futuras gerações, também não está sendo efetivamente cumprido.

Por outro lado, os proprietários de terras que se autoproclamam proprietários das fontes, se defendem utilizando também os argumentos jurídico-constitucionais presentes no art. 5.^o¹⁶, incisos XXII e XXXVI, que asseguram, respectivamente, o direito de propriedade¹⁷ e o direito adquirido.¹⁸

Até que a Constituição Federal 1988, nos artigos 20, III e 26, I instituiu as águas como bem da União e dos Estados, respectivamente, ou seja, afastando – em tese, a possibilidade de águas comuns ou particulares.

A fonte/nascente Luanda, localizada em Barbalha, é o objeto do contrato em análise. Neste Município o modelo de gerenciamento privado das águas das fontes foi “implantado pelo prefeito Filgueiras Sampaio, em meados da década de 20, para amenizar os conflitos entre os proprietários das águas” (Sabiá, 2000, p.18).

O modelo adotado no caso da fonte Luanda foi copiado da partilha de águas realizada no município do Crato, em 1854/1855, através da Lei n. 645, de 17 de janeiro de 1854, de lavra do Presidente da Câmara Municipal do Crato, Dr. Joaquim Villela de Castro Tavares. No art. 58 da referida lei especificamente consta, em síntese, que as águas de todas as nascentes do patrimônio desta Câmara serão repartidas por todos os foreiros com igualdade de direitos, se os foreiros concordarem, os foreiros às margens dos rios Batateira serão obrigados a soltarem todas as águas das 6 horas da tarde do dia sexta-feira de cada semana até 6 horas da manhã da segunda-feira seguinte para serem divididas pelos foreiros e proprietários dos brejos do Engenho do Meio. O volume de águas era medido em telhas portuguesas, um

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹⁷ Art. 5.º, inciso XXII - é garantido o direito de propriedade.

¹⁸ Art. 5.º, inciso XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

engenhoso, mas simples, modelo que leva em conta o cálculo em horas da vazão d'água através de uma barreira de contenção de alvenaria com furos largos.

Para Abreu (2007, p.11) o direito de uso da água passou a ser partilhado entre os sitiante das margens do rio Batateiras, que se alimentava da fonte Batateiras. “A partir de então os proprietários têm-se considerado os donos do direito de uso da água [...], com exclusividade sobre o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação sobre o direito de uso da água.”

4.1 O Contrato de Compra e Venda de Águas da Fonte Luanda, no Cariri

O contrato de compra e venda registrado sob o nº R.4-3539, no livro de contratos do cartório de imóveis de Barbalha – Ceará, ocorreu em 1993, tendo entre suas cláusulas principais:

... uma parte ideal dos sítios Luanda e Salobro (anexos) equivalente a sete (07) tarefas [...] com área total de 6,0 has [...], com trinta e nove (39) horas e nove (09) minutos d'água da nascente Luanda de 22 em 22 dias. Que possuindo o imóvel 1 acima descrito livre e desembaraçado de quaisquer ônus, estão justos e contratado para vende-lo ao outorgado comprador – [...] como por bem desta escritura e na melhor forma de direito efetivamente vendido tem, pelo preço certo e previamente convencionado de Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros) que confessam receber neste ato dele outorgado em moeda corrente deste País que contaram e acharam exato, do qual dão no mesmo comprador plena, geral e irrevogável quitação de pagos e satisfeitos para nunca mais a repetir, de já transferem-lhe toda a posse, jús, domínio, direito e ações que exerciam sobre os bens ora vendidos, para que dele o mesmo comprador use, goze e disponha livremente como seu que fica sendo, obrigando-se os vendedores, por si e seus sucessores, a fazer esta venda sempre boa, firme e valiosa [*sic*] (...). (grifo nosso).

Na secção II, do Código Civil de 1916, que regulava o contrato da compra e venda à época, em análise apressada, não havia qualquer inscrição que ferisse o modo ou as cláusulas postas no contrato em análise. Ocorre que o contrato ocorreu em 1993, em desacordo com a norma constitucional do art. 20, III e 26, I, que estabelece serem bens da União ou dos Estados conforme o caso.

Ainda sob o aspecto intertemporal da norma, observa-se que o contrato foi celebrado na vigência do Código Civil de 1916, mas, em 2002, entrou em vigor um novo código civil que alterou em larga medida a função dos contratos ao inserir, no art. 421, a regra de que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social dos contratos. Em matéria contratual, Salomão Filho (2003, p.13) destaca que a “identificação de interesses de terceiros dignos de tutela e passíveis de serem afetados pelas relações contratuais” define um dos aspectos da função social, complementando esse raciocínio acrescenta que os alemães

utilizam a expressão *chutzgesetz*, para expressar que a função social há de coincidir os interesses individuais e coletivos e sua proteção, inclusive o meio ambiente.

Acerca da teoria geral dos contratos, onde se insere, *prima facie*, o contrato de compra e venda em análise, considerando seus aspectos formais, é classificado como “contrato nominado e típico” (Ribeiro, 2009, p.15), uma vez que está previsto tal e qual no Código Civil. Não fora pelo objeto do contrato “águas”, nada a opor. O que faz com que a questão se revista de atenção especial é por se tratar de um bem essencial e escasso, o que sugere que a temática da função social do contrato se lhes aplica adequadamente.

Ribeiro (2009, p. 22) destaca que a “interpretação do princípio da função social nos moldes do que se conhece como boa-fé objetiva, por si só representa uma mudança de postura em relação ao conceito tradicional de contrato”, para concluir que o excesso de subjetivismo dos contratantes deve ser afastado dessa relação em favor de usos e costumes praticados na praça, ainda que não absolutamente. No caso em análise, temos exatamente, o caso dos costumes da praça resultar nessa comercialização privada das águas das fontes. Mas qual deve ser o destino jurídico a ser aplicado ao caso, considerando a complexidade da questão?

O caminho que fortalece a aplicação dos direitos fundamentais constitucionais como preponderante sobre a ordem jurídica normativa, assim como sua aplicação imediata, *ex vi* Art. 5º, § 1º da CF, deve ser o norteador e, por isso, há que se operar uma “a transição entre os interesses das partes envolvidas no contrato e terceiros” (Ribeiro, 2009, p.23).

Nas anotações de Matielo (2003, p. 283), “o direito de contratar não é ilimitado, pois do contrário estaria deixando de cumprir finalidades que suplantam o mero interesse individual e dizem respeito aos anseios coletivos”. Neste caso o interesse coletivo está mais que demonstrado pela essencialidade que se reveste o direito ao meio ambiente ou ao recurso ambiental essencial água das fontes do Cariri. Ademais, como acentua (Ribeiro, 2009, p. 40), o contrato é um “instrumento de compatibilização de interesses disponíveis”, neste caso o bem objeto do contrato não está disponível, porque contraria lei.

E como se dará a mudança da escritura de compra e venda das águas, uma vez que passaram ao domínio do Estado? Não há orientação normativa a respeito, tampouco experiência praticada no âmbito da gestão pública das águas no Ceará.

Em exercício interpretativo que visa propor caminhos para a solução da questão consideramos algumas questões norteadoras que podem servir de parâmetro:

a) a dinâmica do Código Civil de 1916, solo e sua superfície são bens imóveis, com seus acessórios e adjacências naturais, art. 43, I¹⁹. O Código Civil em vigor não manteve a expressão: “seus acessórios e adjacências naturais”, assim, antes, entre os acessórios estavam incluídas as águas existentes na superfície do solo ou proveniente de chuvas, que brotam em mananciais, ou depositem estagnadas, ou passem cortando, ou margeando as terras (Ribeiro, 2001, p.45). As águas, afirma Granziera (2001, p. 29), no leito do rio, e ligada, portanto ao solo é um bem imóvel, “fora de seu leito, é bem móvel”. Para Ribeiro (2001, p.45), “é evidente que não passaram ao domínio público dos Estados apenas as águas que eram particulares, mas também a parte do solo por elas ocupada (o leito, o álveo ou a porção de terra que é suporte físico das águas)”. E aí reside a maior razão de conflitos relatada no caso sob análise.

b) a apropriação do Estado, que exerce o domínio de tais águas, parece querer se dar sem uma mediação que traga às claras esses pormenores, como o da propriedade do solo ou álveo em que está encravada a fontes/nascente respectiva, para fins de indenização. Atualmente a atuação do órgão de gestão é outorgar a água e efetuar a cobrança, impondo regime de uso diferenciado em alguns casos;

c) como alterar o registro do imóvel em que está situada a escritura do bem jurídico “água” das fontes, em horas e telhas d’água?

Sob a ótica da análise econômica do direito, há uma ineficiente regulação desse direito, haja vista o conflito entre a norma estadual e a norma constitucional. A melhor hermenêutica jurídica estabelece a prevalência do conteúdo da norma constitucional sobre a estadual, pelo critério hierárquico. Assim, dogmaticamente a solução parece simples. Todavia, a existência de norma estadual e da praxe local não podem ser simplesmente ignoradas, o que implica o aumento dos custos de transação envolvidos porque o direito de propriedade não é adequadamente regulado, trazendo insegurança para os envolvidos, seja os proprietários da terra onde a água está, seja para os que a adquiriram pelo sistema de 1854, seja para a comunidade em geral que apregoa o direito de ter acesso à água sem promover o pagamento para os proprietários.

Desse modo, o sistema atual é ineficiente porque gera, para todos os envolvidos, substanciais custos de transação ao invés de contribuir para reduzi-los.

¹⁹ Art. 43. São bens imóveis: I - O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo.

4.2 A Prevalência da Constituição em face do Direito Adquirido e Direito de Propriedade auferido com a legislação de 1854

Com o novo regime legal estabelecido constitucionalmente e infra constitucionalmente, é lícito defender o direito de propriedade sobre as águas? É possível invocar o princípio da irretroatividade, insculpido no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, para proteger o direito adquirido e o ato jurídico perfeito?

No direito brasileiro a aplicação da lei nova deve atender aos comandos do art. 5.º, inciso XXXVI da Carta Magna e do art. 6.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que tratam do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Já se tem evidenciado que em se tratando de norma constitucional de natureza originária um novo regramento jurídico se instala e em nada está restrita à ordem jurídica anterior, situação que afastaria lesão a direito adquirido. Opinião que se consolida com a conclusão de que os efeitos da Constituição nova têm aplicação imediata Freitas (2001, p. 149)²⁰. Para Barroso (1996, p. 52), “a Constituição é ato inaugural do Estado, primeira expressão do direito na ordem cronológica”.

Outrossim, não devemos esquecer que o instituto do *direito adquirido* é de natureza particular não se lhes aplicando em prejuízo do interesse coletivo. Nesse passo observa Milaré (2001, p. 260) que o direito de propriedade, conquanto resguardado constitucionalmente, tem também sua função social. No instante em que a defesa do meio ambiente vira princípio constitucional norteador da ordem econômica – da propriedade privada, portanto -, erige-se um limite ao exercício do direito de propriedade. À medida que o uso da propriedade não cumpra a sua função social, o Poder Público tem o dever de limitar administrativamente o uso, aplicando o princípio da razoabilidade.

Acerca do direito intertemporal em matéria ambiental, Milaré (2001, p.261), se posiciona em favor da aplicação imediata da lei nova, aos fatos ocorridos sob sua vigência e àqueles fatos ocorridos sob a égide da lei anterior (*facta pendentia*).

Desse modo, o reconhecimento de que o regime constitucional se sobrepõe ao estadual visa conferir um certo grau de pacificação social que reduza, ao menos em parte, os custos de transação derivados da dupla e conflitante regulamentação do tema.

5 CONCLUSÕES

²⁰ Somente a lei ordinária não pode retroagir em prejuízo do direito adquirido, da coisa julgada ou do ato jurídico perfeito, mas a Constituição e a Emenda Constitucional podem e têm eficácia revocatória completa desses atos.

Este estudo permite analisar o tema da apropriação privada das águas das fontes do Cariri, com estudo de caso sobre o contrato de compra e venda de águas da fonte “Luanda” em Barbalha, Ceará. O cenário em que ele se inscreve é de uma crise de abastecimento no Sudeste do Brasil, sem precedentes, com destaque para São Paulo, com seus reservatórios secos. Para os moradores do semiárido brasileiro, 11,8% da população brasileira, mas de 22 milhões de pessoas, que convivem com escassez e falta de água com certa regularidade, essa realidade é mais próxima.

No Ceará a crise se acentua em tempos de poucas chuvas, mas estamos distantes das graves secas e problemas hídricos enfrentados no final da década de oitenta e década de noventa, quando instalada a política estadual de recursos hídricos e as obras contra as secas se espalharam pelo sertão, criando as bases para que a crise de falta d’água não se transformasse, em catástrofe humana. No site da companhia de gestão de recursos hídricos do Ceará – COGERH é possível acompanhar os caminhos desta gestão, cujo destaque recai sobre a atuação dos comitês de bacia hidrográfica, órgãos colegiados de controle social, presentes nas onze bacias hidrográficas do Ceará, em que tive assento no período de 2002 a 2004.

A partir dessas reflexões é possível apresentar as seguintes conclusões:

1. As águas das fontes são bens de domínio público, *ex vi* artigos 20 e 26 da CF/88 e como tal são bens públicos, insuscetíveis de apropriação privada.

2. A mudança do regime de dominialidade das águas no contexto em que determinado momento histórico as águas puderam ser comercializadas em regime excepcional de partilha das fontes pode ser considerado uma externalidade ao negócio jurídico-econômico analisado (contrato), mas como se trata no regime atual de bem público, impossível se corrigir por negócio jurídico privado, como um contrato de compra e venda.

3. Uma vez instaurado o regime de dominialidade no âmbito constitucional o Estado deve mediar a transição para o regime público, que pode ser mediante reparação civil de natureza indenizatória, uma vez que ao Estado não é dado o direito de enriquecer à custa alheias.

4. O direito à água das fontes é um direito fundamental ainda que destacado fora do rol do artigo 5º da CF/88, posto que essencial à manutenção da vida.

5. A função social do contrato põe as relações privadas e seus objetivos defronte aos objetivos da coletividade em determinados casos, como este que apresentamos, e como tal deve haver a supremacia da aplicação imediata da CF/88 Art. 5º § 1º para destacar o caráter público e inegociável do bem jurídico água das fontes subterrâneas do Cariri. Ademais sem que isso signifique uma apropriação indevida pelo Estado de benfeitorias e custos resultante

de contrato de compra e venda de águas. Inclusive quando se trata de atuação mediante boa-fé objetiva.

6. As soluções possíveis devem levar em consideração algumas questões: a distinção entre propriedade imóvel onde está encravado a água em reservatório ou superficial e o domínio da água pelo Estado. Além de racionalizar a passagem do modelo privado para o modelo público de anotação cartorial das águas e o mercado de águas persistente na região.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Inah Maria de. Aspectos Econômicos e Legais do Modelo de Gestão das Águas Na Região do Cariri-Ce. Cadernos Camilliani. V.8 N.3, 2007. pgs. 61 à 73. ISSN: 1518-0395.
- BUENO, Francisco da Silveira. Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. 9.^a edição. Ministério da Educação e Cultura. 1975.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição 4. Edição. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Cristiano. MATTOS, Ely José de. Entre princípios e regras: uma proposta de Análise Econômica no Direito Tributário. Revista Dialética de Direito Tributário. N. 157. p. 27/44. Outubro 2008. São Paulo.
- COASE, Ronald. *The Problem of the Social Costs*. Journal of Law and Economics (October 1960).
- COOTER. Robert. ULEN, Tomas. *Uma Teoria Econômica da Propriedade. Capítulo 4. In Direito e Economia*. 5.^a edição. Editora Boockman. 2010.
- FREITAS, Vladimir Passos de. (coord.). *Águas. Aspectos Jurídicos e Ambientais*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.
- GOMES, Gustavo França. O direito fundamental à água e a Constituição de 1988. P. 6481/6492. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.
- GRANZIERA. Maria Luiza Machado. *Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces*. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 27.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos Hídricos. Direito Brasileiro e Internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- MATTIELO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. LTR. São Paulo. 2003.
- MELO, José Patrício Pereira. *A Efetividade das Normas Constitucionais de Proteção do Meio Ambiente*. (Estudo de casos dominialidade das águas subterrâneas no Cariri Cearense) 2007, 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Ceara – UFC - Fortaleza- Ceará, 2007.
- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 4.^a edição. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 11. No mesmo sentido: Michel Prieur, Diogo de Figueiredo Moreita Neto, Sérgio Ferraz, Cid Tomanik Pompeu e Paulo Affonso Leme Machado.
- PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

- POMPEU, Cid. Tomanik. *Águas Doces no Direito Brasileiro*. In: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galízia. (orgs). *Águas Doces no Brasil. Capital ecológico, uso e conservação*. São Paulo: Escrituras, 1999, p. 601 – 635.
- REBOLÇAS, Aldo da Cunha. BRAGA, Benedito. TUNDISI, José Galízia. (orgs). *Águas Doces no Brasil. Capital Ecológico, Uso e Conservação*. São Paulo: Escrituras, 1999, p. 29.
- RIBEIRO, José. *Propriedade das Águas e o Registro de Imóveis*. In: FREITAS, Vladimir Passos (coord). *Águas. Aspectos Jurídicos e Ambientais*. Curitiba: Editora Juruá, 2001, p. 29-49, p. 45.
- RIBEIRO, Marcia Carla. JUNIOR, Irineu Galeski. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos Empresariais e Análise Econômica*. Campos Jurídico. Elsevier. São Paulo. 2009.
- SABIÁ, Rodolfo José. *Gerenciamento das Fontes do Cariri, uma perspectiva Integrada e Multidisciplinar*. Dissertação de Mestrado em Engenharia Civil da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. Ceará. 2000. Anexo 1.
- SALAMA, Bruno M. *O que é Pesquisa em Direito e Economia?* In: **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 01/07/2012.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato: primeiras anotações*. Em Revista de Direito Mercantil, volume 132, outubro\dezembro de 2003, páginas 07-24.
- SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 10ª ed. Atualizada. Malheiros. São Paulo. 2013.
- SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia. Análise Econômica do direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- TOMAZETTE, Marlon. *A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 75, jul. 2007. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>. Acesso em 03 out. 2013.