

DIREITO E JURISPRUDÊNCIA

DOUTRINA

Contribuição para o Estudo das "Águas Nocivas"

(Artigos 109 a 116 do Código de Águas)

JAIR TOVAR

I — CONCEITO E COMPREENSÃO

SOB a denominação de *águas nocivas*, o Código de Águas abrange tôdas as que tenham sido contaminadas pela intervenção do homem, e bem assim aquelas que existam nos pântanos, constituindo motivo de insalubridade da região.

No direito italiano encontramos várias denominações para tais águas, conforme à sua procedência, submetidas ao seguinte critério de divisão primária: *águas brancas* e *águas negras*. (1)

Nas águas brancas se incluem aquelas de origem meteórica e as superabundantes de fontes públicas (*acque reflue*); enquanto as águas negras compreendem as de refugo (*acque di rifiuto*), a que se unem as dejeções humanas e de animais (*acque di fogna*), denominação essa última sob a qual também são entendidas tôdas as águas nocivas, procedam elas de estabelecimentos industriais, de habitações humanas ou de precipitações meteóricas sobre centros urbanos.

Tendo em consideração a hidráulica urbanística, também se classificam as águas nocivas em: *lúridas* (*acque luride*), que são de refugo e esgôto; *superfluias* (*acque reflue*), que provêm das fontes públicas ou do resto de distribuição de água potável.

Esta expressão — *água potável*, de certo modo realiza a faceta oposta à *água nociva*, pois significa — que se pode beber, que é boa para beber-se.

A água é assim considerada quando, além de possuir sabor, côr e limpeza, que a tornam grata à vista e ao paladar, e além de não ter cheiro desagradável, tem a composição adaptada a satisfazer as exigências fisiológicas das compensações do organismo humano e não lhe ocasiona nenhum dano ou doença, por não conter em sua composição substâncias químicas nocivas, nem a presença de germes patológicos. (2)

(1) GILARDONI, *Acque pubbliche e impianti elettrici*, vol. I, n.º 65.

(2) CAMILLO PORLEZZA, *in Enc. Ital. Treccani*, vol. I, pág. 343, *apud* GILARDONI, vol. I, n.º 65; ver o art. 3.º do Decreto-lei n.º 7.841, de 8 de agosto de 1945.

O Código de Águas, sem embargo da prevalência da expressão águas nocivas, sob que abrange genéricamente tôdas as águas conspurcadas ou contaminadas e que possam produzir qualquer dano ao organismo humano, usa também, em relação a certas dessas águas, a velha expressão clássica — águas inquinadas.

Inquinar vem a ser, segundo CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, “cobrir de manchas; sujar, poluir; corromper; infetar”.

Outras expressões, relacionadas com as águas nocivas e dentro de sua compreensão, encontramo-las em nosso direito doutrinário; entre elas: águas remanescentes, supérfluas ou transbordantes, que são as desviadas de uma corrente, rio ou nascente, para os serviços de um prédio e excedam as suas necessidades; (3) águas sobrejas ou de regurgitação, quando decorrem “de um obstáculo casual da levada ou da força de impulsão, que as faça extraviar de onde correm”. (4)

À noção dessa última, que CARVALHO DE MENDONÇA inclui sob a denominação genérica de águas remanescentes, liga o egrégio civilista a idéia de obras construídas para conter as águas e elevá-las a certa altura, ou para levá-las a um ponto de derivação, onde vão ser utilizadas, obras essas que têm na nossa língua as denominações de açude, levada, caneiro e eclusa, e correspondem às italianas chiuse, serre, sticciaie, pescaie, petraie e briglie. (5)

II — PRECEITO GERAL

A primeira regra estabelecida pelo Código de Águas, no atinente ao assunto das águas nocivas, é a de que a ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas, que não consome, prejudicando assim a terceiros. (6)

Não há dúvida ter aqui considerado o legislador aquela classe de águas superabundantes ou supérfluas.

Mantendo certa relação com êsse dispositivo, encontra-se no Código Civil aquêle do artigo 584, que estabelece: “São proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar para o uso ordinário a água do poço ou fonte alheia, a elas preexistente.”

No Código especializado mereceram proteção legal tôdas as águas não consumidas, enquanto o preceito da lei civil preserva únicamente as águas do poço ou fonte alheia, em relação às construções preeexistentes.

Como se vê, o Código de Águas, nascido sob outro influxo, seguindo os seus ditames basilares do interesse coletivo e da solidariedade social, deu âmbito mais dilatado ao princípio que se esboçara no texto civil, aliás sem antecedentes no nosso direito, pois que fôra assimilado diretamente do Código Civil de Zurich, artigo 181. (7)

Note-se, entretanto, que, por outro aspecto, o Código especial limitou a aplicação do preceito civil, pois enquanto aquêle fala em “conspurcar ou con-

(3) DIONÍSIO GAMA, n.º 3, let. O.

(4) CARVALHO DE MENDONÇA, *Rios e Águas Correntes*, n.º 2.

(5) CARVALHO DE MENDONÇA, n.º 2.

(6) Cód. de Águas, art. 109.

(7) CLOVIS, Cód. Civ. an., vol. 3, obs. ao art. 584.

taminar as águas que não consome", o último refere-se expressamente a "poluir ou *inutilizar* para o uso diário".

Aqui, segundo um dos nossos mais doutos civilistas, estão compreendidas todas as hipóteses, que possam importar prejuízo, enquanto ali só o fato da contaminação ou da conspurcação a lei proíbe.

De fato, argumenta-se que, se as águas são industrialmente aproveitadas para mover algum engenho, é claro não se cogitar de sua corrupção, mas de prejuízo que pode decorrer da diminuição de sua quantidade de volume. (8)

Tratando-se de águas potáveis ou medicinais, já não se tem em vista a sua quantidade, mas sua qualidade. Nesse caso a conspurcação e a contaminação previstas se encontram, tanto para o caso especial do Código Civil como para todos os casos, de acordo com o artigo 109 do Código de Águas.

CARVALHO SANTOS reúne alguns exemplos, que dão ilustração à proibição em estudo:

"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 poderá ser feita construção alguma que a suje, ou nela deixe alguma substância que possa alterar ou prejudicar a conservação da roupa". (9)

III — FONTES DO PRECEITO GERAL

O artigo 129 da lei portuguêsa de águas assim estipula preceito correspondente ao do art. 109 do Código de Águas:

"A parte remanescente das águas empregadas nos usos agrícolas ou industriais, que tiver de voltar à corrente principal, não poderá ser inquinada de substâncias nocivas à agricultura, à higiene, ou à criação e vida do peixe." (10)

O dispositivo legal português, como se vê, vai mais longe que o nosso, pois não junge a sua tutela ao interesse de "terceiro", mas preserva, de modo geral, "a agricultura, a higiene, ou a criação e vida do peixe".

Parece-nos que seria completa a enunciação do intuito dos legisladores, se as duas leis se combinassesem na manifestação dos seus propósitos, e ao disposto na lei lusa se acrescesse o pensamento final da lei pátria, isto é, "ou que sejam determinantes de qualquer prejuízo a terceiros".

Em França, onde também é defesa a alteração das águas, os seus infratores ficam sujeitos a várias sanções penais, não podendo os ribeirinhos de uma corrente lançar neia quaisquer imundícies ou matérias infectas. (11)

Também as leis romanas, já nesse sentido eram de grande severidade, incluindo-se entre as infrações graves aquela do preceito em exame, "*in quos*

(8) SÁ PEREIRA, *Man. Cód. Civ.*, n.º 118.

(9) CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Bras. Interp.*, vol. VIII, obs. 2 ao art. 584.

(10) SIMÕES VELSO DE ALMEIDA, *Com. à lei de águas*, pág. 407.

(11) FABREGUETTES, *Traité des eaux*, vol. II, n.º 265.

*graviter animadvertis solet, si quis aquas spurcaverit, fistulas, lacus contami-
nauerit*". (12)

Tanto assim, que JUSTINIANO, por uma lei especial (L. 12, C. de re milit.) proibiu aos soldados das legiões, que acampassem nas margens das correntes de água, de nelas fazerem entrar seus cavalos, para que não corrompessem com o seu suor e as suas dejeções o bebedouro comum — *communè po-
culum*. (13)

IV — SANÇÕES PREVISTAS

No artigo 110 do Código de Águas, o legislador dispôs:

"Os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos."

Quis dêsse modo estabelecer sanção para a infringência do dispositivo, que se contém no artigo anterior; mas não foi expresso e completo no seu objetivo.

Relativamente à desobediência do inciso legal do artigo 584 do Código Civil, trazido em subsídio ao comentário dêsse mesmo artigo anterior, firmou-se, logo a seguir, sanção punitiva mais clara no artigo 586, onde se constrange o violador à obrigação de demolir as construções feitas, e responder por perdas e danos.

No texto da lei de águas existem duas expressões distintas — *conspurcar* e *contaminar* — que podem, cada uma de per si, realizar a transgressão legal.

Conspurcar vem a ser *sujar, corromper*, enquanto a seu lado *contaminar* significa *contagiar, infetar*.

Segundo a letra singela da disposição transcrita, tem-se à primeira vista a impressão, indubitavelmente falsa, de que sómente as águas contaminadas sujeitam os seus causadores às penas aí dispostas, visto sómente referir-se a trabalhos para a salubridade sem aludir à purificação.

Usa a lei, porém, no caso, do processo implícito, pois que se não pode compreender salubridade de águas sem a sua purificação.

Os infratores do preceito do artigo 109 estão sujeitos a três ordens de penas:

- 1.º) às de "responsabilidade criminal", quando essa fôr prevista em lei;
- 2.º) às de "responsabilidade civil", com a indenização das perdas e danos, que forem causados, os quais poderão ser pedidos pelos prejudicados;
- 3.º) às que poderemos chamar de "responsabilidade administrativa", consistentes de multas, que forem impostas com base nos regulamentos administrativos, entre êles as chamadas "posturas municipais".

(13) FABREGUETTES, vol. II, n.º 265, nota 3.

(12) L. 1, § 1. C., de extr. crim.

O Código Penal vigente, Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, no Capítulo dos crimes contra a saúde pública contém as seguintes disposições pertinentes à matéria:

“Art. 270. Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo: pena — reclusão de cinco a quinze anos.

§ 1.º. Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

§ 2.º. Se o crime é culposo: pena — detenção, de seis meses a dois anos.”

“Art. 271. Corromper ou poluir água potável de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde: pena — reclusão, de dois a cinco anos.

Parágrafo Único. Se o crime é culposo: pena — detenção, de dois meses a um ano.”

A ação penal é pública, e deve ser proposta pelo órgão competente do Ministério Público. (14)

A ação civil deverá ser intentada pelo prejudicado, no fôro do domicílio do infrator. (15)

A imposição da multa é processada administrativamente e cobrada por via de executivo fiscal, no caso de insatisfação amigável.

Além dessas três ordens de penas, os infratores ficam obrigados a efetuar todos os trabalhos para salubridade das águas; e se não o fizerem, êsses trabalhos poderão ser executados por quem, prejudicado, mais fôr interessado nêles, seja o poder público, seja qualquer particular, imputando-se as respectivas despesas à conta do infrator, que deverá solvê-las.

Bem se comprehende que devem ser observadas tôdas as cautelas razoáveis, para que a exatidão dessas despesas possa ser facilmente comprovada, e não venha a ser desvirtuada por manobras subalternas do interesse adulterado pela ganância.

A lei portuguêsa de águas contém disposição semelhante, refletindo solução do Código Civil Português.

V — INQUINAÇÃO DAS ÁGUAS — PERMISSÃO

Diz o artigo 11 do Código de Águas que “se os interesses relevantes da agricultura ou da indústria o exigirem, e mediante expressa autorização administrativa, as águas poderão ser inquinadas, mas os agricultores ou industriais deverão providenciar para que elas se purifiquem, por qualquer processo, ou sigam o seu esgôto natural”.

Como exceção à regra geral contida no artigo 109, o Código permite a inquinação das águas no caso de assim exigirem “os relevantes interesses da agricultura ou da indústria”.

(14) Cód. Proc. Penal, art. 24.

(15) Cód. Proc. Civil, art. 134.

Para que essa exceção se possa verificar, a lei estabelece condições, que carecem de ser cumpridas em compensação ao favor.

Antes de tudo, é mister fixar que só os interesses da agricultura e os da indústria, e que tenham o caráter de *relevantes*, podem justificar a inquinção das águas.

Essa preocupação com os interesses da agricultura e da indústria é tradicional no nosso direito, procedendo dos reis portugueses, que sempre preservaram "o amplo uso das águas para as irrigações das terras e para alguns engenhos". (16)

Todavia, os interesses relevantes da agricultura e da indústria carecem de expressa autorização administrativa prévia, para que a permissão se ofereça justificada.

Não havendo essa autorização, que deverá ser concedida pelo órgão competente, (17), mesmo que a inquinção seja feita em benefício dos aludidos interesses, os seus transgressores incidem nas sanções previstas no artigo 110 do Código.

Essa autorização é exigida na legislação francesa, onde a proibição também existe, (18) bem como na legislação portuguesa, onde, outrossim, se exceptua "o caso em que o Governo, atendendo à importância do aproveitamento, concede autorização especial, com as restrições, que julgar convenientes". (19)

VI — PURIFICAÇÃO POSTERIOR

Verificada a inquinção das águas em benefício da agricultura, mediante autorização expressa, a lei exige dos favorecidos uma obrigação de caráter alternativo, depois de assim utilizadas: a) ou providências para a purificação delas por qualquer processo; b) ou providências para que sigam o seu esgôto natural.

Não prevê, nem determina o Código, qual seja o processo a ser utilizado para o primeiro caso; e de certo não seria possível remediar, com a recomendação de um único processo, as diversas hipóteses de contaminação das águas.

Um historiador do século XVI já naquela quadra remota narrava, de certo com um pouco de fantasia, a propósito de Ruão, que o pequeno rio Robec, em sua passagem pela cidade onde foi martirizada Joana D'Arc, se apresentava algumas vezes amarelo, outras vezes vermelho, outras verde, azul, violeta e com outras cores, em consequência dos diversos trabalhos industriais, que lançavam águas servidas no seu curso. (20)

Em tais casos, atenta a prática antiga estabelecida, e considerado o número elevado das indústrias, que façam a descarga, as águas perderão parte

(16) CARVALHO DE MENDONÇA, n.º 175.

(17) Presentemente a Divisão de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral, do Ministério da Agricultura, ex-*vi* do art. 16, alíneas a e f do Dec. n.º 6.402, de 28 de outubro de 1940.

(18) COURCELLE, *Législation des eaux*, § 373; FABREGUETTES, vol. II, n.º 265.

(19) Lei de Águas, Parágrafo único do art. 129.

(20) BOUGAINVILLE, *Antiquités de Rouen*, pág. 36, apud FABREGUETTES, nota ao nú-

dos seus destinos naturais, especialmente para serem bebidas, de vez que aí foram consagradas à indústria.

A purificação adquire, nesse caso, feição atenuada, e o seu processo passa a ser regulado de modo diferente, tendo-se à vista afastar simplesmente a insalubridade decorrente da presença, e não do uso das águas.

Em França, distinguem-se as águas residuárias industriais daquelas procedentes dos matadouros, para as quais se requer depuração química; e tanto para umas, como para outras, em regra, a decantação precede a purificação.

Na Inglaterra, exige-se que certas bacias de decantação sejam de modo a que as águas nelas demorem seis horas antes de voltarem ao rio, sendo os depósitos residuais queimados ou transformados em tijolos. (21)

A lei faculta, como outra ponta da alternativa, a permissão de serem as águas orientadas para seu esgôto natural, quando não seja possível sua purificação para retorno à corrente de onde provieram.

Esse esgôto natural dá a impressão de não configurar legitimamente a intenção do legislador, pois em regra o esgôto natural está na própria corrente de onde procedeu a água; e isso importaria na necessidade de respeito à outra hipótese da alternativa, já estudada.

Assim, somos inclinados a entender êsse tópico do dispositivo, como sendo uma recomendação de saída das águas inquinadas através daquelas vias de esgotamento, já destinadas pelo uso constante, ou deliberação, ou serviço administrativo, à descarga das chamadas águas negras ou lúricas (*acque di fogna*), como as denominam os itálicos.

As rãdes de esgotos, as cloacas e fossas, e o próprio mar em zonas não proibidas, eis os esgotos naturais, colimados pelo dispositivo legal.

VII — INDENIZAÇÃO AOS LESADOS PELA INQUINAÇÃO

A lei determina que os agricultores e industriais beneficiados pelo favor da inquinação das águas indenizem aquêles, que forem lesados com o respectivo processo.

Assim fazendo, não há dúvida que se quis referir ao caso de retorno das mesmas águas à corrente, sem aquelas virtudes, que as caracterizavam antes do seu aproveitamento nos trabalhos agrícolas ou industriais.

Compensa-se dessarte a diminuição de valor de bem patrimonial, realizado em benefício de uns com detrimento de outros.

A indenização aos prejudicados pelos beneficiários impõe-se como medida de equilíbrio social.

Os beneficiários se reduzem, como ficou assinalado, a duas classes: os agricultores e os industriais, que tenham relevantes interesses dependentes da utilização das águas.

Quanto aos prejudicados, a lei enumera quais podem ser:

- a) a União;

(21) FABREGUETTES, vol. I, n.º 164 bis, nota 1.

- b) os Estados;
- c) os Municípios;
- d) as corporações;
- e) os particulares.

Isso importa dizer — tôdas as pessoas em geral — físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado.

Por outro lado se comprehende que o preceito envolve tanto as águas particulares como as públicas, sejam elas nacionais, estaduais ou municipais, tenham o caráter que tiverem.

Nessa enumeração dos que devem ser indenizados a lei cita as corporações e os particulares.

Como entender-se o seu intuito nessa designação esquisita?

Os *particulares*, segundo os ensinamentos da técnica civil, são as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Entre essas pessoas jurídicas de direito privado estão as sociedades, as corporações, as fundações e tôdas as instituições organizadas, que se compõem de mais de uma pessoa física.

Até bem pouco, sómente como pessoas jurídicas de direito público interno, eram reconhecidas, na forma do artigo 14 do Código Civil, além da União, cada um dos Estados e cada um dos Municípios, legalmente constitucionais.

Essas pessoas jurídicas de direito público tanto são civilmente responsáveis por obrigações como titulares de direitos correlatos.

Ao lado delas, dada a nova organização dos Territórios, força é enumerá-los com uma equiparação aos Estados, para os efeitos civis.

Mas além daquelas pessoas jurídicas de direito público constantes da lei civil, são hoje relacionadas as autarquias, não só pela legislação, como pela doutrina e pela jurisprudência.

As autarquias, sejam elas administrativas ou econômicas, “são órgãos de administração autônoma, compreendidos, embora com uma estrutura jurídica peculiar, dentro da organização administrativa do Estado”. (22)

A elas se equiparam as denominadas “entidades paraestatais”.

As autarquias têm sido criadas para fins econômicos, para fins industriais, para fins corporativos, para finalidades de crédito e de previdência social.

Ao lado das autarquias, parece que os sindicatos e as chamadas “entidades ou associações de utilidade pública”, quer por um, quer por outro aspecto do inciso legal em exame, estão compreendidos entre os que podem reclamar indenização.

De fato, com caráter ainda indeciso, no tocante à sua classificação entre as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, enumeram-se ainda as corporações sindicais, que têm merecido tratamento especial das

(22) TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Trat. de Dir. Administrativo*, vol. IV, pág. 130.

leis vigentes, na sua maior parte nascidas no campo do direito público e por ele orientadas.

E' bem possível que o legislador incluisse a expressão *corporações* como aquela apta para acautelar, e compreender, não só as pessoas jurídicas de direito privado, como também as autarquias e corporações sindicais, ainda quando consideradas entidades paraestatais, quase todas hoje subordinadas à regulamentação primacial do direito público, e por tal consideradas como pessoas jurídicas desse caráter.

Como se deverá proceder a essa indenização dos lesados?

Desde que haja entendimento amigável entre os interessados, não surgirão dúvidas a espairecer.

Em caso contrário, competirá à justiça comum fixá-la, segundo seus processos normais, mediante o opinar de árbitros preferencialmente técnicos, e de acordo com a prudente apreciação do juiz.

Para esse fim, deverão ser consideradas todas as circunstâncias relevantes, de maneira que o favor legal, com fundamento no interesse coletivo, não venha a ser anulado pelos interesses individuais caprichosos.

VIII — TERRENOS PANTANOSOS

Ao regular a matéria relativa às águas nocivas, inclui o Código de Águas aquelas, que tornam os terrenos pantanosos.

Pântano, conforme a prosódia comum de nossos dias, ou *pantâno*, segundo seria a forma erudita no entender dos filólogos, é o mesmo que *alagadiço*, *atoleiro*, *lodaçal* e também *charco* e *palude*, na compreensão do texto legal.

Todas essas expressões supõem águas estagnadas, (23) e foi encarando esse aspecto, que o legislador dispôs que, uma vez verificada a *insalubridade* delas, deverão ser dessecadas pelos proprietários; e não o sendo por eles, "sê-lo-ão pela administração, conforme a maior ou menor relevância do caso".

E' evidente que a forma, por que a lei se expressa, não diz com um acabamento técnico louvável.

Esse critério da "maior ou menor relevância do caso" não expressa sequer uma fórmula de aprêço das diferentes situações, que se podem objetivar.

Bem se comprehende o seu intuito, que é o de conferir à Administração Pública (e não a uma "administração" abstrata) o direito de executar as obras de dessecamento, quando um relevante interesse público o exigir.

Por outro lado, os pântanos que cobrem grande área de Mato-Grosso não podem ser encarados de igual forma que os lodaçais da baixada fluminense.

Daí porque a União, considerando o interesse público decorrente da proximidade dos últimos em relação a centros urbanísticos populosos, inclusive sua Metrópole, tomou a iniciativa de drená-los e dessecá-los, enquanto aquê-

(23) VARCASIA, in Enc. Giur. Italiana, "acque".

les continuarão certamente por muito tempo abandonados, não obstante a "maior relevância" de sua extensão.

A lei reconhece êsse direito à administração; e o intérprete consciencioso entenderá desde logo, que é a pública, tendo aliás sido explícito neste particular o projeto VALADÃO. (24)

Mas essa administração pública é, no nosso sistema administrativo, olhada sob tríplice prisma: federal, estadual e municipal.

A qual delas foi deferida a faculdade?

Parece-nos que às três, conjunta ou separadamente, já que nenhuma restrição consta do direito positivo.

Esse pensamento se robustece com a invocação do direito de desapropriação, que é subsidiário dessa faculdade, o qual se atribui aos Municípios, aos Estados ou à União.

Como na desapropriação, deverá ser atendida, outrossim, para o caso, uma ordem preferencial da última em relação aos primeiros, bem como dos penúltimos em relação aos Municípios.

O inciso legal só faz existir a obrigação de dessecamento, quando "declarada a insalubridade dos pântanos".

A idéia de pântano conduz à idéia da coexistência da insalubridade.

Pode, entretanto, acontecer que, em consequência de sua situação, quer em altitude, quer em longitude, de certos acidentes geográficos ou climáticos ou quaisquer outras circunstâncias especiais, sejam a sua proximidade ou afastamento inofensivos.

Esse o sentido de ser obrigatório o dessecamento, sómente mediante declaração a insalubridade.

E', por assim dizer, uma insalubridade dependente de declaração.

A lei, porém, não diz quem faz essa declaração.

Deve estar reservada às repartições sanitárias a iniciativa e os pronunciamentos a respeito, sejam elas federais, estaduais ou municipais, dentro dos limites de suas jurisdições e funções regulamentares.

IX — CONCESSÃO DO SERVIÇO DE DESSECAMENTO

O artigo 114 do Código de Águas está redigido da seguinte forma estranhável:

— "Esta poderá realizar os trabalhos por si ou por concessionários."

Na situação em que ele se encontra, percebe-se desde logo que encerra matéria supletiva da constante no artigo anterior, pelo que deveria constituir-se-lhe como um parágrafo, tanto pelo seu fundo como por sua forma.

Não há dúvida de que "esta", a que se refere o inciso acima, quer dizer — a administração pública, encarada nas suas três modalidades, federal, estadual e municipal, respeitados os seus lindes juridicionais.

(24) Artigo 127.

A União, os Estados e os Municípios, declarando a insalubridade dos terrenos pantanosos, e verificando que os seus titulares não lhe procedem ao dessecamento, poderão tomar iniciativa nesse sentido, através dos órgãos e serviços adequados, ou, se lhes fôr mais conveniente ou interessante, conferir essa atribuição a concessionários, que em tal caso ficarão sub-rogados nas suas faculdades concernentes à realização dos trabalhos.

A concessão, como contrato de direito público, (25) transmite ao concessionário aquela liberdade de ação, que se atribui ao poder público, quando impulsionado em função do interesse coletivo.

Por esse modo são transferidas aos concessionários aquelas regalias concedidas à administração, para que não tenha empeces a realização do serviço exigido pelo bem comum, passando êles a agir como se fossem a própria administração pública.

X — TAXA OU CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Decretado em 10 de julho de 1934, o Código de Águas precedeu de seis dias a Constituição Federal promulgada naquele ano, na qual se erigiu, como preceito constitucional, no artigo 124, o que o estatuto de águas chama "taxa de melhoria", e esse texto básico denominou "contribuição de melhoria", em dispositivo dêste teor:

— "Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração que as tiver efetuado poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria."

Consagrava-se aí, para tôdas as hipóteses, o disposto no Código de Águas, relativamente ao acréscimo de valor dos terrenos saneados pela administração pública.

Já no malfadado diploma, violentamente outorgado à Nação em 1937 por um golpe de Estado, não foi reproduzido o aludido preceito, que deixou assim de ter um cunho de aplicação generalizada e irrecusável.

Isso, entretanto, não importou em que perdesse vibração a "taxa ou contribuição de melhoria", nos casos especiais definidos em lei, como acontecia naquele expresso no artigo 115 do Código de Águas.

A disposição, que era imperiosa, passou a se subordinar a apreciações casuísticas em face da lei ordinária.

Todavia a vigente Carta Magna, de 18 de setembro de 1946, revigorou o cunho constitucional da "contribuição de melhoria", no seu artigo 30 e § único, nos seguintes termos:

"Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar: contribuição de melhoria, quando se verificar va-

(25) Contra o pensamento de CARVALHO DE MENDONÇA (J.X.) essa é a classificação, que se vai tornando definitivamente aceita, conforme se vê em GASTON GÈSE, refletindo o opinião de KAMMERER na Alemanha, e de UGO FORTI na Itália; e entre nós MAZAGÃO e TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, êste diante dos textos dos artigos 136 e 137 da Constituição de 1934, reproduzidos pelos artigos 146 e 147 da Constituição de 10 de novembro de 1937, e com o mesmo teor pelo artigo 151 da vigente Constituição de 18 de setembro de 1946.

lorização do imóvel, em consequência de obras públicas. A contribuição de melhoria não poderá ser exigida em limites superiores à despesa realizada nem ao acréscimo do valor, que da obra decorrer para o imóvel beneficiado."

Todo trabalho deve merecer remuneração; e essa é aqui consubstanciada pela taxa de melhoria prevista.

Não seria justo que se forrasse o proprietário de terrenos pantanosos, causadores de um estado de insalubridade, com o respectivo beneficiamento, proporcionando-lhes conseqüente valorização, sem que compensado fôsse o trabalho feito pela administração pública, embora visando ao interesse geral.

A taxa de melhoria é destinada a essa compensação, e diz o Código de Águas que deve ser calculada "sobre o acréscimo do valor dos terrenos saneados".

Assim dizendo, a lei evidentemente não era completa, pois não estabelecia a base dêsse cálculo, a equação por onde se obteria o *quantum* da taxa de melhoria, isto é, a operação pela qual, atendendo-se ao modo e ao tempo, devesse ser valorizada a remuneração compensadora.

Essa determinação abstrata da lei é seguida de uma alternativa, onde se permite a constituição da taxa de melhoria "por outra forma que fôr determinada pela administração pública".

O intérprete menos experimentado verificará desde logo que a alternativa legal se reduz a uma só faculdade concedida ao poder público — a de fixar a forma de contribuição.

Se a efetuação dos trabalhos é deferida a concessionários, a êsses correlatamente pode ser atribuída a cobrança da taxa de melhoria, cabendo à administração pública fixar a respectiva base de cobrança, na forma julgada conveniente aos interesses que tutela.

A concessão, como contrato que é, embra de direito público, pois a sua finalidade é sempre a realização de um serviço público, não refoge àquele princípio dos contratos, constante da livre estipulação das condições, salvo quando proibidas por lei expressa.

Em via de regra, convenciona o poder público com os concessionários o pagamento dos serviços que prestam mediante a exploração das vantagens obtidas, durante certo espaço de tempo.

Na hipótese do dessecamento, porém, ter-se-á que considerar a situação dos senhores dos terrenos, que sejam terceiros no contrato de concessão; e toma, então, oportunidade a contribuição de melhoria para o mister da compensação.

É em embargo, pode acontecer que os concessionários, a administração e os proprietários dos terrenos pantanosos convencionem a exploração dêles em fins agrícolas e industriais pelos primeiros, durante determinada porção "de tempo; e assim teremos objetivada uma modalidade, que se enquadra perfeitamente na alternativa da lei.

Poder-se-á perguntar, se uma vez consumados os serviços de dessecamento, a contribuição passará a gravar o imóvel como verdadeiro ônus real.

Parece que sim, até que seja resarcida essa contribuição, nela estimando-se o capital e os seus interesses acessórios, invertidos na realização dos serviços.

Logo, porém, que seja atingida com o pagamento a cobertura desses interesses, desaparece a obrigação do imóvel, pois não seria justo que o seu proprietário pagasse indefinidamente a contribuição, considerando-se que também a administração lucra com a valorização, quer por ela em si, como pelo fato de lhe proporcionar melhores rendas com o aproveitamento dos terrenos, ou mesmo com sua simples valorização.

De tal modo, a obrigação da taxa ou contribuição de melhoria, como indenização dos trabalhos feitos, deve ser limitada ao custo dos interesses invertidos no serviço, pelo tempo necessário ao seu pagamento e até que seja realizado, vinculada essa obrigação ao próprio imóvel, embora mude de proprietário. (26)

XI — DESAPROPRIAÇÃO PARA O DESSECAMENTO

O artigo 116 do Código de Águas completa as disposições, não só do artigo anterior, como as constantes do artigo 113, e regula o caso de não entrarem em acordo o proprietário e a administração pública, para os trabalhos de dessecamento das áreas pantanosas.

Faz-se nêle remissão “aos dois artigos anteriores”, quando evidentemente deveria dizer — “aos três artigos anteriores”, pois que o escopo do texto é de atingir o que se determinou principalmente nos artigos 113 e 115, de vez que o artigo 114 está expresso com indiscutível subordinação ao primeiro dos aludidos preceitos legais.

Esse engano da lei vem reforçar o que dissemos em ligeiro comentário ao mesmo artigo 114, lobiogando-se que o intuito do legislador era o de fazer da disposição subordinada simples parágrafo, o que não foi efetuado, por mero defeito de sistematização, ocasionando a insuficiente remissão criticada, cujo intuito era compreender o artigo 113, mas objetivada num limite aquém do mesmo.

(26) A Lei n.º 854, de 10 de outubro de 1949, veio regular a matéria atinente à contribuição de melhoria prevista no artigo 30 da vigente Constituição brasileira.

Sua cobrança está prevista, no art. 1.º alíneas c e d, para os seguintes casos incidentes no domínio das águas: de proteção contra as sécas, inundações, erosão, ressacas e de saneamento em geral, diques, drenagens, cais, desobstrução de barras, portos e canais, retificação e regularização de cursos d'água; de canalização de água potável e instalação de rede elétrica.

Entre as disposições seguintes encontra-se regulado:

- a) a quem compete a responsabilidade pelo pagamento de contribuição;
- b) a quem pode competir a iniciativa da obra ou melhoramento;
- c) o processo para a fixação do quanto da contribuição;
- d) a forma de lançamento para a cobrança, bem como a respectiva base, quando exigida pela União ou pela Prefeitura do Distrito Federal;
- e) o modo de arrecadação;
- f) a declaração de preferência feita à dívida fiscal oriunda da contribuição de melhoria sobre outras dívidas da mesma natureza.

A hermenéutica e aplicação do direito, dando-se as mãos, compelem-nos, entretanto, à inclusão do artigo 113 entre os “dois artigos anteriores”, de que fala o texto do artigo 116.

Esse dispositivo da lei tem por fim solucionar a hipótese em que o interesse público venha a se chocar com o interesse privado, quando da aplicação dos artigos 113 e 115.

Sendo dever da administração pública zelar pela saúde e bem-estar da coletividade, desde que são declarados insalubres certos terrenos pantanosos, surge motivo justo para a desapropriação prevista no inciso.

Já o Código Civil, no artigo 590, ao regular os casos de necessidade pública, que justificam a perda da propriedade pela desapropriação, alinhava, no § 1º, n.º IV, a “salubridade pública”. (27)

Um dos comentadores autorizados do mesmo Código assim observa, nesta passagem:

“E’ dever do Estado zelar pela saúde do povo, procurando lançar mãos dos meios de combater as causas que tornam a insalubridade do lugar um fato. Pode, assim, para conseguir tal *desideratum*, desapropriar os terrenos necessários às obras de saneamento, como, por exemplo, para extinguir os charcos e lugares paludosos.” (28)

O Código de Águas particulariza, no artigo 116, de modo específico, a hipótese com que o comentador exemplificava o texto genérico do Código Civil. (29)

Não quis o legislador, porém, promover a perda da propriedade senão em solução supletiva, para atender ao interesse coletivo, servindo-se do fundamento da desapropriação, o qual se constitui da preponderância do interesse público sobre o privado. (30)

O proprietário pode opor-se aos serviços de dessecamento, ou porque tenha motivos especiais de seu interesse para isso, ou porque lhe pareça a contribuição de melhoria estipulada não correspondente realmente ao benefício proporcionado. (31)

Nesse caso, enquanto não se decretar a desapropriação, não assiste ao poder público o direito de realizar os serviços, e aquêle pode opor-se-lhes até judicialmente.

Decretada que seja, desaparece a força do proprietário, mas surge em compensação outro direito consequente, que é o da indenização do valor do bem expropriado.

(27) A vigente lei, que dispõe sobre a desapropriação (Decreto-lei n.º 3.365, de 21-6-1941) inclui a “salubridade” no art. 5º, de igual forma.

(28) CARVALHO SANTOS, vol. VIII, obs. 5 ao art. 590.

(29) Também a letra *p* do cit. Dec. referente à desapropriação, fala “nos demais casos previstos por leis especiais”.

(30) CLOVIS, Cód. Civ., obs. 2 ao art. 590.

(31) Lei n.º 854, de 1949, art. 3º §§ 2º e 5º.

XII — INDENIZAÇÃO

A lei de desapropriações (Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941), quando a indenização se refere no artigo 26, diz que o seu valor será “contemporâneo da declaração de utilidade pública”.

O Código de Águas não fez mais que anteceder, com solução própria, ao conceito, que se tornou genérico expressamente nesse Decreto-lei, mandando que o proprietário seja indenizado “na correspondência do valor atual do terreno, e não do que este venha a adquirir por efeito de tais trabalhos”. (32)

Nenhuma outra solução seria mais justa e compreensível.

Se o proprietário se opõe às obras de dessecamento, por que lhe vêm acarretar o ônus de contribuição de melhoria, não será razoável que se locuplete com a valorização posterior ao serviço, a que se opõe.

Além do mais, é para se considerar que a desapropriação, nela incluindo-se a indenização, deve preceder aos trabalhos; e que uma vez consumada a desapropriação, a perda da propriedade se realiza.

As vantagens, que após sobrevierem ao terreno, deverão ser naturalmente carregadas ao poder público, então titular dos terrenos beneficiados.

A indenização do valor contemporâneo compreenderá, entretanto, não só o terreno em si, reputado “principal”, como também as utilidades acessórias, devendo aquêle e estas constar de parcelas autônomas, atendendo-se cutrossim às benfeitorias necessárias, mesmo feitas depois da desapropriação, bem como às úteis, realizadas com autorização do expropriante. (33)

A sentença, que fixar o montante da indenização, deverá ser motivada, com obediência aos preceitos contidos no artigo 27 e seu parágrafo único do citado Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941. (34)

SUMMARY

The A. studies the problem of noxious waters (arts. 109 to 116 of the Brazilian Code of Waters). His commentary falls under the headings: I. Concept and Scope; II. General Precept; III. Sources of the General Precept; IV. Legal Sanctions; V. Inquination of Waters; when Permitted; VI. Ulterior Purification of Inquinated Waters; VII. Indemnity for Impairment by Inquination; VIII. Marshy Lands; IX. Drainage Entrusted to Concessionaries; X. Special Assessment; XI. Expropriation for Drainage Purposes; XII. Indemnity.

(32) Ver a Lei n.º 854, art. 3.º, §§ 5.º, 6.º e 7.º.

(33) Artigos 25 e 26 do Decreto-lei n.º 3.365.

(34) “O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento, e deverá atender, especialmente, à estimativa dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que dêles aufera o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação da área remanescente, pertencente ao réu.”

§ único. “Se a propriedade estiver sujeita a impôsto predial, o *quantum* da indenização não será inferior a 10, nem superior a 20 vezes o valor locativo, deduzida previamente a importância do impôsto, e tendo por base esse mesmo impôsto, lançado no ano anterior ao decreto de desapropriação.”

Each heading comprises several items, viz.:

I — Noxious waters as defined in the Code of Waters. Classification criteria in the Italian law. Criteria of Urban Hydraulics. Potable water. Inquinated waters. Other expressions prevailing in the Brazilian doctrinal law.

II — The general precept of the Code of Waters: No person allowed to conspurcate or contaminate waters he does not consume, to the detriment of others. Reference to provision of the Brazilian Civil Code on water fountains and wells, the sources of it traced back to the Civil Code of Zurich.

III — Reference to the Portuguese, French and Roman Legal provisions on the matter.

IV — Legal sanctions: punitive sanctions as defined by the criminal law (reference to art. 270 of the Brazilian Penal Code); civil sanctions or damages; administrative sanctions or fines.

V — The inquination of waters exceptionally permitted when dictated by relevant agricultural or industrial interests. Its tradition in the Portuguese law. Formal authorization from public administration as a prerequisite for inquination of waters.

VI — Methods of procedure for purification of inquinated waters, not specified in the Code of Waters. The matter entrusted to the discretion of public administration. Inquinated waters to be discharged into sewers when purification is not feasible.

VII — Beneficiaries to pay an indemnity to owners of property impaired by inquination of waters. Owners may be: The Federal Union or any state, municipality, territory, government corporation, trade union, association of public interest, natural or juridical person or private law.

VIII — Drainage as a duty of owners of insalubrious marshy lands. Drainage undertaken by public administration of owner fails to do it. Insalubrity to be declared by the competent health authority.

IX — Drainage undertaken by concessionaries that act on behalf of public administration.

X — Special assessment due by beneficiaries to public administration for completion of drainage, the latter to fix contribution criteria. Concessionaries entitled to receive compensation for a limited period of time. Special assessment as a charge on real property.

XI — Expropriation required by salubrity to be formally declared prior to any measure against owner who fails to pay special assessment.

XII — Indemnity due for expropriation to be estimated when measure is declared. indemnity comprising capital and interest. Public administration entitled to any advantage accruing to real property as a consequence of drainage.