

“CONDOMÍNIO DE ÁGUAS” SITUAÇÕES DE FATO OU DIREITO PRIVADO ?

DANIELLE MACHADO SOARES

Professora da Universidade Católica de Petrópolis e da Universidade Estácio de Sá.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O tema escolhido, a princípio, pode parecer absurdo aos olhos dos nossos juristas, afinal, como pode haver uma modalidade condominial atípica dentro do nosso sistema, tendo em vista serem os direitos reais regidos pelo princípio do *numerus clausus*?

O que ocorre, na realidade, é uma distância entre a situação fática e a norma imposta, ou seja, de um lado, nos deparamos com as necessidades atuais do homem e de outro, uma construção jurídica ortodoxa, que não abre espaço e nem encampa alguns novos fenômenos provenientes das mutações sociais. Contudo, negar a realidade não resolve os problemas, ao contrário, apenas os acentua.

Portanto, nossa proposta ao pesquisar sobre os denominados “condomínios de água” tem por escopo, levantar questões que vem se revelando nos últimos anos com bastante freqüência, e tentar encontrar uma solução sem ferir o ordenamento, apenas adaptando o que existe de concreto à nova realidade que se faz presente.

É sabido por todos, que os problemas atinentes à água não são novos, mas bastante antigos, em razão da necessidade vital do ser humano. Entretanto, esta situação particular, caracterizada sob a forma de “condomínio” para rateio de despesas de captação, abastecimento e manutenção de rede hídrica privada, é nova e representa uma das facetas desse grande problema. Em outras palavras, queremos dizer que, a partir de uma situação real que é o abastecimento precário de água, seja por omissão total ou parcial, por quem de direito, no caso o poder público, surge uma outra situação, também real, que são as criações dos “condomínios de águas”. Sua constituição emerge do somatório de duas figuras: uma atípica, proveniente da auto-

nomia privada, ensejadora de um novo direito real, e de outra que típica, cujo fundamento encontra-se no Código Civil, no capítulo em que trata dos condomínio em geral.

Este assunto encontra-se na ordem do dia e, por conseguinte, assume importância capital o seu estudo detalhado, em razão dos conflitos desencadeados nos últimos anos. Por isso, é preciso ressaltar que a pesquisa realizada não se encontra esgotada, ao contrário. Este trabalho apenas indica uma nova tendência, que ainda precisa ser absorvida e sacramentada pelo nosso sistema jurídico positivo.

É preciso ressaltar que o direito de água não é uma questão secundária, mas um direito fundamental, que envolve o princípio basilar de toda a estrutura jurídica: o do direito à vida. Afinal, só existe direito porque existe vida humana. Tanto assim que, por mais atual que nossa vertente problemática possa parecer, é a história que vai nos revelar que o homem, levado pelo seu instinto básico de sobrevivência, é capaz de romper obstáculos de qualquer ordem para obter o precioso líquido, pois é a sua vida e a sua dignidade que estão em jogo. Este fato, porém, não é um dado obtido meramente nos livros de história. É também uma realidade que vigora em nossa sociedade atual, e pode ser percebida em muitos lugares bem próximos a nós.

Escolhemos como foco de nossos estudos a cidade de Petrópolis, situada na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, por apresentar um quadro geográfico, político e social bastante interessante à pesquisa. Sua geografia é rica, sobretudo no aspecto hídrico, pois além de ser cortada pelo Rio Piabanha, ainda apresenta várias nascentes de águas minerais, localizadas em vários pontos da Cidade, o que é uma dádiva! Contudo, o destino é irônico. Apesar da abundância natural de água, a Cidade apresenta um quadro caótico, inclusive com processos de escassez, fruto de uma política que permitiu que se desmatassem as encostas, ao invés de se implantar um projeto urbanístico adequado à região. Também a falta de uma educação ambiental mais incisiva, em todos os níveis e setores sociais, contribuiu para agravamento da situação, devido à poluição provocada pelos esgotos residenciais e fabris que são lançados nos rios sem que haja tratamento precedente, vindo a afetar a qualidade da água que se consome. Um outro fator, igualmente importante, que incide na esfera política, é a questão da distribuição hídrica, que é um atributo exclusivo do poder público. Como sua realização não segue um padrão homogêneo, o que significa dizer que apresenta lacunas de distribuição em vários pontos da região, independen-

temente do perfil socioeconômico de seus moradores, acaba por induzir a comunidade carecedora do abastecimento, a articular uma forma de solucionar seus problemas, criando, desse modo, sua própria rede hídrica particular.

Todavia, o que deveria ser solução para a falta do abastecimento de água, acaba por tornar-se um problema maior ainda, que envolve tanto o setor público, quanto o privado. Esses fatores somados, tornam essa Cidade um laboratório para os nossos estudos e espelho para outras regiões que possuam características semelhantes.

Analisando-se detalhadamente a doutrina e a legislação clássica, pode-se perceber que ambas são muito claras no que diz respeito à impossibilidade da criação de direitos reais atípicos, conseqüentemente, criando um choque com o fato social, e desencadeando uma série de problemas de ordem jurídica, devido ao abismo existente entre o direito imposto e a realidade social, o que naturalmente, precisa ser superado.

Esse abismo se evidencia a partir dos conflitos que surgem em razão da violação de um direito natural positivado, que é o direito à água, podendo parecer de fácil solução, num primeiro momento, mas ao contrário, é bastante complexo e controvertido devidos aos seus desdobramentos.

A complexidade se dá em virtude de dois fatores fundamentais: o primeiro, pelo número variado de pessoas que estão envolvidas no processo de gestão, sobretudo no que toca à captação e distribuição da água. E o segundo, em razão da dominialidade da água instituída pelo próprio ordenamento jurídico, que, anteriormente, poderia pertencer tanto ao particular, quanto ao público, e que, atualmente, somente pode pertencer ao setor público.

Os sujeitos envolvidos no processo de captação e distribuição de água, de fato, são três, mas apenas um deles está legitimado pelo direito à realização do serviço. São eles as pessoas jurídicas de direito público, consubstanciando-se na própria Administração Pública, através de suas concessionárias e subconcessionárias, que constituem os verdadeiros fornecedores, por determinação legal para gerir os recursos hídricos; as pessoas jurídicas de direito privado, especificamente, as cooperativas de abastecimento água, cuja existência é bastante comum no meio rural, devido à falta do abastecimento público, e uma terceira categoria, que é formada pelos próprios destinatários do serviço público de abastecimento no meio urbano, que são os usuários da água. Estes dois últimos só atuam quando há omissão total ou parcial do poder público. É de se ressaltar, que não obstante o envolvimento dos sujeitos acima destacados, a dominialidade da água foi conferida ao poder público

por força do artigo 1º, I da Lei de Recursos Hídricos de 1997, por ser esta um dos elementos integrantes do meio ambiente, conseqüentemente, bem de uso comum do povo.

Ocorrendo a violação da norma jurídica, que atribui competência para gestão hídrica ao poder público, conseqüentemente, irão ocorrer vários efeitos, dentre os quais destacamos, em especial, os provocados na esfera jurídica dos destinatários deste serviço, que além de sofrerem os problemas pela falta ou pela falha do serviço, também irão se deparar com obstáculos criados por parte da própria Administração Pública para justificarem sua ineficiência. Estes efeitos podem ser percebidos pelo desencadeamento de inúmeras contendas envolvendo tanto os destinatários em relação ao poder público, quanto aos destinatários entre si.

Neste trabalho, reservamos-nos a analisar, especificamente, a questão dos conflitos existentes entre os próprios destinatários, que ao suprirem a lacuna deixada pelo poder público, através da criação e gestão de sua própria rede hídrica, resgatando, desse modo, o instituto da autotutela¹, findam por desentenderem-se, sobretudo, no tocante ao rateio de despesas para a manutenção do sistema. Em outras palavras, as relações intersubjetivas se alteram, tomando dimensões imensuráveis e a necessidade da intervenção do Estado-Juiz se torna fundamental.

Entretanto, um fato curioso deve ser destacado. Na tentativa de buscar solução dos conflitos através do Judiciário, pode-se constatar em alguns casos, que ao invés de obterem-se as soluções para as demandas, estas se acirravam mais, em virtude de determinadas decisões fundamentadas na teoria clássica do Direito de Águas, com base no Código de Águas – Decreto 24.643 de 1934, que ainda vem sendo aplicado, de modo isolado, por uns poucos, apesar da sua revogação em razão da nova lei de Recursos Hídricos.

Aplicar-se o Decreto 24.643/34, construído e centrado em princípios próprios de outro contexto histórico-social, é o mesmo que se fazer uso de um remédio com o prazo de validade expirado para a cura de uma doença. A visão clássica não consegue solucionar este novo perfil de litígio, posto que seu modelo não alcança o novo fenômeno, provocado por diversos fatores,

¹ BOBBIO, Norberto. “A era dos Direitos”, ed. Campus, Brasília, 1995, p. 31. “Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconhecem a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado”.

dentre os quais, destaca-se: a explosão demográfica; a falta de interesse e de recurso do poder público; a limitação do recurso natural por fatores físico-químicos; os desmatamentos descontrolados; a educação ambiental precária; a poluição etc.

O somatório desses fatores associado ao perfil dos litígios faz com que o estudo sobre essa nova espécie de manifestação condominial revista-se de cuidados especiais, pois, além das questões sociais e políticas que revestem o tema, existe, também, a questão jurídica, que deverá ser analisada com bastante cautela, sob pena de se assassinar o Direito, eis que, o direito se dinamiza na medida em que ocorrem as transformações sociais.

A título de exemplo, temos a própria expressão que dá nome ao tema: “Condomínios de Água”, que apesar de não ser a mais adequada, devido à sua impropriedade jurídica para denominar o fenômeno, é por nós aqui utilizada, por ter sido extraída do jargão popular e, assim, fielmente mantida.

O que se pretende afirmar é que essas questões não podem ser decididas apenas com a letra fria da lei, sobretudo, se esta encontra-se obsoleta no tempo, mas através de análise criteriosa dos fatos sociais. Assim, quanto ao tema em questão, alguns fatos merecem atenção especial, principalmente os que dão origem os “condomínios de água”, a sua estruturação, sua gestão, e sua semelhança aos condomínios horizontais. Para isto é preciso tentar obter respostas para as discussões mais freqüentes, que se apresentam, em torno desse novo assunto, que são:

1 - Qual o fato gerador dos condomínios de água?

2 - Pode juridicamente existir essa figura?

3 - Como é composta esta espécie de relação?

4 - Será que um associado pode desligar-se do condomínio que ele próprio ajudou a fundar em razão de suas necessidades básicas, quando estas se alterarem?

5 - Se a propriedade participante dessa espécie associativa for alienada, o novo adquirente é obrigado a respeitá-la ou pode desassociar-se?

6 - Em caso de não pagamento do rateio das despesas, poderá ocorrer o corte no fornecimento da água pelo “condomínio” instituído?

7 - É possível captar-se água de uma propriedade particular, mesmo contra a vontade de seu proprietário?

8 - É possível captar-se água de um bem de uso comum do povo sem a autorização e fiscalização do poder público?

9 - A relação existente entre os particulares por força da autonomia

privada pode se enquadrar numa relação de consumo?

10 - Pode haver o corte na distribuição da água, por falta de pagamento do condômino beneficiado?

11 - Esse beneficiamento pode ocorrer indiretamente?

12 - Deve predominar o princípio social de que o interesse coletivo se sobrepõe ao individual?

13 - Pode um indivíduo não participante do “condomínio” requerer sua integração para poder receber água?

2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A ORIGEM DOS CONDOMÍNIOS DE ÁGUA

A evolução que se verifica a partir século XX no plano jurídico é a atuação cada vez mais incisiva do Estado no domínio das relações privadas. Esta atuação pode se dar sob várias formas, seja através da fiscalização, da intervenção na ordem econômica, ou da garantia de direitos, não importa. O fato é, quanto mais o Estado intervém, mais diminui a esfera da autonomia individual, para buscar-se o interesse social. Segundo Pietro Barcellona², numa visão otimista do liberalismo econômico, a própria liberdade é função social, e o exercício incondicionado dos poderes satisfaz a tutela do interesse enquanto técnica ideal para assegurar a harmonia dos interesses particulares e fundi-los no interesse geral, que daí resulta automaticamente realizados. Conseqüentemente, a autonomia privada³, concebida nos moldes das revoluções liberais, pouco a pouco vai assumindo uma nova postura em razão da vontade geral. O princípio, apesar de ligado diretamente aos conceitos de sujeito de direito e ao da propriedade individual, mantém suas características, só que agora, numa concepção não mais individualista, mas numa visão social. A realização e o bem-estar individual devem-se enquadrar ao coletivo, em razão do perfil estabelecido pelo Estado-provedor.

Partindo-se do raciocínio acima estabelecido, podemos afirmar que os condomínios de água são frutos da autonomia privada fundidos nos interesses de dada coletividade. Sua origem pode ser determinada através de dois modos distintos:

1º - pela vontade do loteador, quando da necessidade de se enquadrar o loteamento aos moldes da lei, necessita fazer a indicação da fonte de captação de água que abastecerá os lotes constantes deste, ou seja, as

² BARCELLONA, Pietro. “**Diritto Privato e processo econômico**, Nápole, 1977.

³ PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada**, Almedina, Coimbra, 1982.

nascentes, as fontes, os veios d'água ou similares que irão abastecer os lotes, podendo estar situados dentro de lotes que serão alienados aos particulares, ou em lotes que ficarão reservados exclusivamente para atender ao próprio loteamento. Tanto numa situação, quanto noutra, o loteador deve introduzir o gravame (ônus real)⁴ no registro imobiliário desses lotes servientes, o que gerará por consequência uma obrigação *propter rem* para os lotes;

2º - por vontade dos particulares de certas localidades carecedoras de abastecimento público de água. Para esta segunda hipótese, faz-se necessário ressaltar que esta carência de abastecimento poderá revelar-se sob dois aspectos: ou pela ausência total de água nas propriedades, ou pela quantidade insuficiente de água para o consumo pessoal dos habitantes daquela região. Em razão dos quadros apresentados, surge a necessidade dos particulares de articularem alguma forma de artifício, para solucionarem seus problemas provenientes da falta do abastecimento público de água. A solução encontrada revela-se no somatório de várias vontades autônomas em torno de um interesse comum. O sinalagma evidenciado gerará obrigação para todos os que usufruem direta ou indiretamente do bem.

Por conclusão, temos que em ambas as modalidades apresentadas como origem para os “condomínios de água”, a autonomia privada se faz presente como fonte geradora de uma nova categoria atípica de direitos reais. Apesar de não estar enquadrada dentro do sistema clássico, esta nova manifestação condominial se materializada por força das obrigações assumidas por aqueles que a aderiram, expressamente ou tacitamente, através do artifício criado para suprirem lacunas e usufruírem do bem. O condomínio instituído por vontade dos particulares, sobre um bem de uso comum do povo só existe em razão da omissão do Poder Público no que toca a algumas de suas atribuições fundamentais, e portanto, existe a obrigação dos que dele se beneficiam direta ou indiretamente de contribuírem para o rateio de despesas quanto à manutenção e à conservação da rede de abastecimento, até que o Poder Público a assuma de fato e de Direito.

3. A IMPROPRIEDADE JURÍDICA DA DENOMINAÇÃO

A nova realidade que vem se projetando nos últimos anos no que

⁴ MESQUITA, Manuel Henrique. “Obrigações reais e Ônus Real”, *Coleção teses*, Almedina, Coimbra, 200.

diz respeito à captação e distribuição de águas por particulares recebe as seguintes denominações dentro do jargão popular: “condomínio de águas” ou “associação em condomínio”. Não obstante a impropriedade jurídica das expressões, utilizá-la-emos, mesmo assim, por achá-las as mais adequadas no momento para caracterizar a situação.

A impropriedade das expressões reside na impossibilidade de estabelecer-se um condomínio de águas, por dois motivos fundamentais: o primeiro por força da determinação contida na Lei de Recursos Hídricos⁵ que estabelece ser a água um bem de domínio público, em especial de uso comum do povo, e o nosso sistema não permitir a possibilidade de particulares serem donos de bens públicos sem a devida desafetação; o segundo motivo, ocorre em virtude de o nosso sistema jurídico clássico não permitir que a autonomia privada crie direitos reais, eis que se rege pelo princípio da tipicidade dos direitos reais e do *numerus clausus*. Conseqüentemente, como poderia a vontade dos particulares ser geradora de um condomínio ou uma associação que verse sobre um bem público? Eis a grande questão. Ao efetuarmos a análise técnica da questão, verificaremos a impossibilidade do emprego da terminologia. Entretanto, por tratar-se de uma situação de fato, o termo vem sendo fartamente empregado, inclusive pela própria jurisprudência.

A palavra “condomínio” é uma expressão proveniente dos direitos reais, e significa o domínio que é exercido por duas ou mais pessoas sobre determinada coisa, em caráter privado. O nosso sistema jurídico tradicional funda-se nos princípios consagrados pelo liberalismo francês, provenientes da Revolução Francesa, que conferiu através do Código de Napoleão o caráter absoluto à propriedade, consagrando-a como “sagrada e inviolável”, acolhendo o princípio do *numerus clausus* para tais direitos. Em outras palavras, significa dizer que, só existem direitos reais se determinados por lei, caso contrário, são inadmissíveis. As conseqüências do posicionamento adotado por este sistema é o confronto que se instala frente à nova realidade, vindo a ocasionar uma lacuna no direito, desencadeando na ocorrência das chamadas situações de fato, que nada mais são do que situações análogas às de Direito, mas que carecem de certos elementos fundamentais, e por isso regem-se pela teoria da aparência.

⁵ Lei 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Art. 1º “A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: I- a água é um bem de domínio público.”

A expressão “associação”⁶ também utilizada para caracterizar esta espécie de situação de fato, assim como o “condomínio de águas”, é igualmente inadequada, pois está relacionada a entidades com personalidade jurídica, cuja finalidade é a obtenção de resultados altruísticos, científicos, artísticos, beneficentes, religiosos etc., que não é o caso, eis que as situações de fato são desprovidas de personalidade jurídica, conforme dispõem os artigos 20 § 2º e 1.366 do CCB, bem como o artigo 12, VII do CPC.

Logo, conclui-se que os condomínios de água, por pertencerem a categoria das situações de fato, não podem ser analisados à luz da doutrina clássica⁷, tendo em vista ser o sistema tradicional insuficiente para alcançar as novas manifestações da sociedade. Por outro lado, negá-los, seria uma afronta ao próprio dinamismo do Direito. Assim, resolvemos encarar o fenômeno e estudá-lo sob o enfoque da incidência da autonomia privada como criadora de novos direitos reais, por mais absurdo possa parecer ao olhos dos conservadores do pensamento clássico, mantendo-se a expressão popularmente utilizada, por mais inadequada que seja.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, VALOR ECONÔMICO, NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

Para que se compreenda o direito de águas é útil que se procurem na história algumas soluções ou modelos de captação e distribuição de águas adotados por nossos antepassados, devido a sua importância para a compreensão do estudo jurídico atual, eis que é a água a fonte causadora da evolução e do progresso da humanidade.

A pesquisa histórica realizada para este trabalho foi estudada a partir de duas reflexões básicas. De um lado, a água concebida sob a ótica da necessidade humana de sobrevivência, e de outro a questão da propriedade da água confundia com a sua utilização. Alguns dados interessantes merecem serem destacados, como por exemplo, o modo como os antigos dominaram a técnica e legislaram a respeito dessas questões.

Na antigüidade, as grandes civilizações cresceram e se desenvolveram em torno e graças as águas. Elas aprenderam a dominar o início e

⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil - Introdução**, Renovar, Rio de Janeiro, 1998. “As associações são pessoas jurídicas de direito privado, formadas para a realização de fins não lucrativos. Caracterizam-se pelo seu aspecto eminentemente pessoal. Sua origem é romana”.

⁷ SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de Fato**, Renovar, Rio de Janeiro, 1999. “O Direito existe para resolver casos concretos, logo possui aptidão particular para aderir a realidade”.

o volume das chuvas, armazenando suas águas e distribuindo-a sobre as terras agrícolas. Entretanto, a apreensão tecnológica, ainda que primária se comparada aos dias atuais, não era o suficiente. Elas precisavam estabelecer, juntamente com esta apreensão, o seu reconhecimento através de uma legislação rigorosa que versasse sobre a propriedade das águas para os trabalhos de irrigação que eram indispensáveis à economia do Estado. Para satisfazer as necessidades da agricultura, o Estado Egípcio, no IV^o milênio a.C. criou uma importante norma visando à regulamentação das águas do Nilo⁸. A fiscalização do equilíbrio hídrico referente ao Estado Egípcio se personalizava na figura do Faraó. Esta é a primeira forma de apropriação pública dentro do direito de águas.

Na Mesopotâmia, devido à escassez da água, estabeleceu-se uma regulamentação de uso idêntico à egípcia. Esta norma encontra-se presente no Código de Hamurabi.

Em época romana o direito de águas não é tão claro. Alguns autores romanistas deduziram de certas leis que os rios pertenciam aos ribeirinhos, enquanto as *Institutas* declaravam que as águas de chuvas eram públicas e a água corrente era coisa comum. Essas divergências alimentam as interpretações modernas radicalmente diferentes⁹.

Já no período feudal, todos os rios foram submetidos a jurisdição dos senhores feudais. Podemos concluir que este fato se transformou, na maioria dos casos, num verdadeiro direito de propriedade. Entretanto, alguns doutrinadores divergem sobre a questão, pois seus entendimentos versam no sentido de que estes senhores feudais equiparavam-se aos ribeirinhos do direito romano. Porém, por ser o direito feudal confuso e diversificado, dentro de certas regiões, ou de comunidades rurais se conservou um direito sobre os rios.

Na França de 1566, com expedição o Édito de Moulins, houve a consagração do domínio real inalienável sobre as águas, complementada alguns anos após pela determinação de 1669 que estabeleceu o seguinte:

“Declarons la propriété de tous les fleuves et rivières portant bateaux de leurs fonds, artifice et ouvrage de main dans notre royaume et terre de notre obéissance, faire partie du domaine de la couronne sauf

⁸ DEGROSSE. A. *Tout l'eau du monde*, Du May, 1990, p. 45.

⁹ LE MOAL. “Les droits sur l'eau”, *Rev. Dr. Rur.* n° 218, decembre 1993, p. 450.

les droits de pêche, molin, bac et autres usages que les particuliers peuvent avoir par titre et possession valable auxquels ils sont maintenus.”¹⁰

As questões sobre a dominialidade da água provocaram, ao final do século XIX, na Europa, um importante debate doutrinário sobre o tema. Quatro soluções foram propostas:

- 1 - A submissão ao domínio público;
- 2 - A submissão à propriedade privada: leito e águas;
- 3 - Propriedade dos ribeirinhos sobre o leito, as águas classificadas como coisas comuns;
- 4 - Classificação do leito e das águas como coisas comuns¹¹.

Podemos observar, nesta pequena passagem histórica, que desde os primórdios da humanidade já se revelava uma ligeira preocupação com relação ao aspecto econômico da água e a sua dominialidade. Atualmente é certo que a riqueza de uma nação encontra-se em seus recursos hídricos, em razão de seu valor econômico atribuído.

A noção de valor deve ser entendida a partir de um estudo realizado em todas as correntes econômicas. É preciso que se examinem as diferentes definições, para que se possa extrair o sentido do valor econômico que a água possui. Aqui neste pequeno texto, não nos cabe apresentar detalhadamente cada definição de cada pensador, como por exemplo, Adam Smith, Condillac, Turgot, Jeremy Benthan, Karl Marx, entre outros, mas apenas reproduzir a conclusão de nossos estudos. Assim, a partir das diversas definições apresentadas por diferentes correntes econômicas de pensamento, pôde-se perceber que dois institutos essenciais dominam as definições, pouco importando se esta pertencia à escola clássica, ou marxista, ou neoclássica, entre outras. O que se percebe é que em todas elas as expressões utilidades e raridades encontram-se presentes. Logo, por conclusão, entendemos que o poder atrativo da água é extremamente importante, independentemente da variação de valores atribuídos em razão dos gostos ou das necessidades de cada indivíduo. O certo é: a água é útil para todos nós. Em razão deste fato, temos atualmente, que na maioria das legislações sobre água provenientes de diferentes países, o valor econômico e o domínio público estão reconhecidos. A título de exemplo, citamos a França, que através da Lei nº

¹⁰ DALLOZ, M.D. **Repertoire de legislation XIX**, Dalloz, 1853, p. 313.

¹¹ LE MOAL. Ob. Cit.

92-3 de 3 de janeiro de 1992 foi a primeira a reconhecer a água como um valor econômico e uma unidade jurídica, em razão do uso múltiplo que ela permite, e porque se encontra esparramada por toda a superfície do país. Este reconhecimento corresponde a uma unidade de gestão dessas águas, o que significa que as medidas de proteção devem ser aplicadas para as águas superficiais, subterrâneas, do mar, dentro dos limites do seu Estado, por se tratar de “Patrimônio Comum da Nação”¹².

O Brasil, em 1997, seguindo o modelo Europeu, estabeleceu a Política de Recursos Hídricos, através da Lei 9.433 de 8 de janeiro de 1997, cujo artigo 1º, I que assim determina:

Art. 1º “*A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:*

I- a água é um bem de domínio público.

II- A água como um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”.

Este diploma legal veio reconhecer o aspecto econômico¹³ da água, bem como sua importância dentro do contexto atual, retirando-lhe o caráter privado e conferindo-lhe a dominialidade pública, no que toca tanto a sua propriedade quanto a sua gestão, fazendo com que o Decreto 24.643 de 1934 não mais possa ser aplicado em razão de seus acentuados contrastes com a atual legislação.

Partindo-se da premissa de que a água pertence ao domínio público, e sua gestão é um atributo do Poder Público, logo toda água situada dentro de um terreno particular não pertence ao seu dono, mais ao Ente Público, eis que este representa o povo; conseqüentemente, podemos concluir que:

¹² GAONAC’H, Arnaud. **La Nature Juridique de Léau**, Editions Johanet, Paris, 1999, p.41.

¹³ FREITAS, Vladimir Passos de. **Água – Aspectos Jurídicos e Ambientais**, Ed. Ícone, São Paulo, 1993. “*A água como visto passou a ser um bem de domínio público é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, nos termos do art. 1º, incs. I e II da Lei 9.433, de 08.01.97. Isso significa que o usuário deve pagar para utilizá-la. Atualmente, o que se paga é a prestação dos serviços de captação de água e o seu tratamento. As águas superficiais pertencem à União quando os rios ou lagos banham mais de um Estado ou são internacionais. As demais são do domínio dos Estados-Membros. Isso significa que não há águas particulares nem municipais. Cabe à União e aos Estados conceder a outorga de direitos de uso de recursos hídricos, nos termos do art. 11 e ss. da Lei 9.433, de 08.01.97. A outorga não implica alienação das águas, mais simples direito de uso.*”

1º - nenhuma pessoa pode negar água para outra alegando ser de sua propriedade;

2º - que o fornecimento de água deve ser realizado pelo Poder Público, já que a ele coube gestão por determinação legal;

3º - caso não seja fornecida a água pelo ente público, este pode ser responsabilizado civilmente por omissão por força do artigo 37 § 6º da Constituição Federal;

4º - a omissão do Poder Público quanto ao abastecimento da água gera para o particular o direito natural de resistir a esta omissão, por meio de artifícios que o possibilite obter a água, eis que a água representa a vida;

5º - a omissão legitima os “condomínios de água”, cuja captação pode ocorrer tanto em propriedade pública quanto em propriedade particular, haja vista a sua dominialidade, desde que tomadas as devidas precauções como estudos hidrológicos da região onde será extraída a água a ser utilizada.

A partir das pontuações acima elencadas, podemos verificar que com o advento da Lei 9.433 de 08.01.97, o sistema político-jurídico, no que diz respeito aos Recursos Hídricos, sofreu sérias transformações, sobretudo em razão da nova dominialidade e da valoração econômica que lhe foram atribuídos, além do encargo de fato e de direito de realizar uma gestão hídrica de modo eficaz. Entretanto, o que acontece no mundo real nem sempre corresponde aos ditames da lei, motivo pelo qual, em certas situações, como a da água, é preciso que se estabeleça uma solução para que as pessoas não sejam prejudicadas.

A certeza de a água pertencer ao domínio público, e a propriedade pública ser composta de coisas insuscetíveis de apropriação por particulares, salvo as desafetadas, é dogma jurídico. Porém, se o Poder Público, que é o titular do dever jurídico de realizar uma gestão eficaz quanto ao sistema hídrico, se abstém de fazê-la adequadamente, permitindo que determinados pontos da região sob sua administração fiquem desprovidos do abastecimento de água, ou tenham um abastecimento precário, é natural, como consequência de uma má gestão, que as pessoas que vivem nessas localidades “esquecidas” articulem alguma forma de suprir essa omissão.

A superioridade da dominialidade pública para proteger e gerir os recursos hídricos torna-se apenas teórica se não existir uma gestão adequada. Portanto, seria incoerente por parte do Poder Público coibir a existência dos artifícios criados pelos particulares, popularmente conhecidos por “condomínios de água”, tendo em vista que não conseguem cumprir de modo

adequado algumas de suas obrigações fundamentais.

Assim entendemos serem os condomínios de água situações de fato, mais precisamente, espécies do gênero condomínios de fato¹⁴, que surgiram com o escopo de suprirem a lacuna deixada pela Administração Pública no que diz respeito a sua atribuição de distribuição de água para os particulares. Estes, por sua vez, como não recebem a água, ou a recebem de modo precário, desejosos de obtê-la para manter suas necessidades básicas de sobrevivência e bem-estar, se associam em condomínio com a finalidade de poderem, através de rateio de despesas, realizarem a captação e a distribuição de água entre os associados da região carente.

Os condomínios de água, por se tratarem de uma situação de fato, e portanto regidos pela teoria da aparência¹⁵, possuem semelhanças aos condomínios horizontais, quanto ao aspecto da sua composição e administração. Razão pela qual, nos faz crer que esta modalidade condominial atípica possui a mesma natureza jurídica dos condomínios regidos pela Lei 4.591 de 1995, o que implicaria a duplicidade de direitos, ou seja, por um lado a propriedade comum sobre todos os utensílios utilizados na captação e distribuição da água, que foram adquiridos com o esforço comum dos associados, e por outro, uma relação obrigacional atípica, que estabelece um vínculo para o rateio de despesas para que se possa realizar a gestão de um bem público, que beneficiará a todos os participantes.

5. “ASSOCIAÇÃO EM CONDOMÍNIO” E ASSOCIAÇÃO CIVIL: LIBERDADE CONSTITUCIONAL?

Uma das importantes indagações que são feitas acerca dos condomínios de águas ou das associações em condomínio, como se preferir, é a possibilidade de ser invocada a liberdade associativa prevista no artigo 5º, XX da Constituição Federal de 1988 que assim determina:

¹⁴ SOARES, Danielle Machado. Ob. Cit.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Reais**, ed. Atlas, São Paulo, 2001, p. 35. “*Sem a credibilidade da sociedade nos estados de aparência, inviável seria a convivência. A cada instante defrontamos com situações aparentes que tomamos como verdadeiras e corretas. ... Sempre que o estado de aparência for juridicamente relevante, existirão normas ou princípios gerais de direito a resguardá-lo. Não é no entanto a aparência superficial que deve ser protegida, mas aquela exteriorizada com relevância social e conseqüentemente jurídica*”.

Art. 5º

XX – ninguém poderá ser compelido associar-se ou permanecer associado:

A nosso ver, o dispositivo constitucional acima apontado não pode ser aplicado às situações de fato. As associações a que se refere a norma fundamental são as reguladas pelo Código Civil, especificamente, em seus artigos 16, I e 22, que dispõe sobre entidades providas de personalidade jurídica, ou seja, atributo próprio das pessoas, não apenas como um valor, mas, sobretudo, como um direito, eis que sua existência legal como pessoa jurídica se dá a partir da inscrição de seu estatuto social no registro peculiar.

Ressalte-se que as associações têm sua vida e suas atividades inteiramente situadas no direito civil¹⁶, e possuem interesses diversos, cuja finalidade não é a lucrativa, mas de natureza patrimonial. Sua regulamentação é bastante antiga, pois data de 1893 com o advento da Lei 173, que veio para normatizar as associações que se fundarem para fins religiosos, morais, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio, invocando em seu apoio o artigo 72 § 3º da Constituição Federal de 1891¹⁷.

Todas as pessoas jurídicas necessariamente possuem personalidade e seu objetivo é previsto por lei. Já nas situações de fato, opera-se o contrário, pois tem existência no mundo real, mas não existem para o mundo jurídico, logo não possuem personalidade. Podem até ser registradas, mas o registro não lhe confere a personalidade, própria do direito, apenas atribui eficácia real a uma norma proveniente da autonomia privada.

Logo, podemos concluir que a liberdade associativa contida na Constituição Federal não pode ser invocada por aqueles que participam direta ou indiretamente dessa espécie de situação de fato, eis que as associações, neste caso, não possuem as finalidades próprias das associações instituídas por lei, pois não têm personalidade jurídica, mas apenas existem como forma de suprirem as brechas abertas pelo Poder Público quanto ao abastecimento da água, razão pela qual devem seus participantes dividirem os ônus provenientes dos benefícios que dela extraíram.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. I, Forense, Rio de Janeiro, 1998.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. I, Saraiva, Rio de Janeiro, 1997. Dados extraídos de sua obra.

Não seria critério de justiça determinar-se que um grupo que alegue a liberdade associativa possa se beneficiar, de modo direto ou indireto, em detrimento de uns poucos pagantes. Afinal, quem tem que fornecer a água é o Poder Público, e não o particular. O particular irá apenas ratear as despesas com os seus pares para que todos os participantes da comunidade carecedora de água possam ser beneficiados. Afinal, no Estado Social o interesse coletivo deve prevalecer sobre o interesse individual.

Ressalte-se ainda que a expressão associação é imprópria à espécie como já analisado no item anterior, e seu emprego se dá apenas, na linguagem popular, para expressar a reunião de pessoas de uma dada coletividade que compartilham dos mesmos problemas proveniente da omissão do Poder Público, e dos benefícios alcançados pela própria, em caráter particular, através de rateio de despesas.

6. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CDC POR NÃO SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO

Outro ponto extremamente importante é o que toca a aplicação ou não do CDC e a suspensão do fornecimento de um bem essencial como a água. Afinal, pode haver corte no fornecimento de água por falta de pagamento?

A pergunta deve ser analisada sob dois prismas. O primeiro dentro da relação de consumo estabelecida entre o poder público e o particular, por ser este o destinatário final do bem. E o segundo, pela relação formada da reunião de proprietários que rateiam despesas para manterem o abastecimento da rede hídrica privada, com o objetivo de beneficiarem todo o grupo. Note-se que se tratam de duas situações bastante distintas.

Passemos primeiro à análise da questão sob o enfoque da relação de consumo formada pelo poder público e o particular. É certo que com o advento do Código de Defesa do Consumidor foram introduzidas várias inovações no direito contratual, com o escopo de proteger a parte mais vulnerável e hipossuficiente da relação, que é o consumidor. Para tanto, a lei enquadrou dentro da sua Política o poder público como fornecedor de serviços, através de seu artigo 3º, que assim estabelece:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada,

Mas a lei não finalizou aí. Não só enquadrou a pessoa jurídica de direito público como fornecedora de serviços, como também determinou a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral como direito básico do consumidor (art. 6º, X), além de introduzir o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais¹⁸ através de seu artigo 22, o que configurou uma verdadeira revolução, eis que, este princípio, elevado à norma jurídica, determina a impossibilidade no corte dos serviços essenciais, independente do seu motivo. Caso o fundamento para a interrupção do serviço seja provocado pela falta do pagamento, então o poder público deverá buscar o seu crédito pelas vias próprias, ou seja, as ações de cobrança. O que não pode prevalecer, nestas hipóteses, é a dupla punição para o consumidor inadimplente, que é a multa proveniente da falta do pagamento e o corte do serviço.

*Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, **quanto aos essenciais, contínuos.***

Conclui-se em razão dos dispositivos legais acima apontados, que a relação jurídica estabelecida entre o poder público e os particulares, no que toca à questão do fornecimento de água, é uma relação de consumo, cujo fundamento é o contrato de adesão para prestação de serviço essencial, e portanto, regida pelo CDC. Logo, não pode ser suspensa a sua prestação, no máximo comporta uma ação de cobrança com as devidas correções e multa pertinentes.

Já a hipótese dos condomínios de água, por tratar-se de uma relação diferenciada, não pode ser enquadrada dentro das situações de consumo, pois não existe a figura do fornecedor de serviço. Apenas existem pessoas que se encontram vinculadas por uma situação de carência que as unem, e que sozinhas não poderiam suportar o ônus proveniente da inoperância do

¹⁸ CÓDIGO BRASILEIRO DO CONSUMIDOR. Comentado pelos autores do anteprojeto. Ed. Forense Universitária, São Paulo, 1995, p. 140. “É sempre muito complicado investigar a natureza dos serviços públicos, para tentar surpreender, neste ou naquele, o traço da sua essencialidade. Com efeito, cotejados em seus aspectos multifários, os serviços de comunicação telefônica, de fornecimento de energia elétrica, água, coleta de lixo domiciliar, todos passam por uma gradação de essencialidade, que exarceba quando estão em causa os serviços públicos difusos relativos a segurança, saúde e educação.”

poder público, por ser este muito elevado, motivo pelo qual, concordam, expressamente ou tacitamente, em somarem seus esforços para se beneficiarem em conjunto de um bem essencial que é a água. Todas são ao mesmo tempo destinatárias da água e fornecedoras de si mesmas, só que não numa relação de subordinação, mas de igualdade. A materialização dessa relação se dá através do rateio de despesas entre todos os beneficiados, que provém da construção e da conservação da rede hídrica, incluindo a energia utilizada, o funcionário que cuidará da rede, com os devidos encargos trabalhistas, o material para tratar a água etc. Assim, se um condômino deixar de contribuir para o sistema, os demais terão que suportar as despesas do inadimplente, pois se houver a paralisação por falta de verba, todos serão prejudicados.

Logo, como não se caracteriza a relação de consumo entre os condôminos de fato, por serem estes os seus próprios gestores de suas necessidades, conseqüentemente, não há que se aplicar o CDC.

No que toca o corte na distribuição da água ao condômino inadimplente, por se tratar de um bem vital, deve-se aplicar o princípio da continuidade do abastecimento, podendo, no caso da falta de pagamento, propor uma ação de cobrança, utilizando-se como analogia a lei de condomínios e incorporações, e atribuindo natureza *propter rem* à obrigação. Afinal, a coletividade não deve suportar o ônus do condômino faltoso, pois este estaria se locupletando às custas dos demais, o que provocaria um desequilíbrio da ordem jurídica. Afinal, o interesse coletivo deve prevalecer sobre o individual.

7. A OBRIGATORIEDADE DO RATEIO DAS DESPESAS POR AQUELES QUE SE VINCULARAM DIRETA OU INDIRETAMENTE AO SISTEMA HÍDRICO

Um dos grandes pontos de maior discussão dentro do nosso estudo, em nível doutrinário e jurisprudencial, é a questão do rateio das despesas de condomínio, ou seja, se existe ou não a obrigatoriedade do rateio para aqueles que não possuem mais o interesse de manterem-se associados, eis que se trata apenas de uma situação de fato.

Este ponto nos revela a repercussão que a omissão do Poder Público produz na esfera interna dos próprios associados.

Existem duas correntes que se posicionam sobre o assunto. A primeira, defende a idéia da não obrigatoriedade do rateio, e para tanto, utiliza-se do argumento da liberdade associativa prevista na Constituição Federal, ou até mesmo a da carência de ação em razão da inexistência de condomínio. Já a

segunda corrente, ao contrário, defende a posição da sua obrigatoriedade, e assenta sua justificativa no princípio do locupletamento sem causa.

O nosso entendimento coincide com a corrente que defende a obrigatoriedade do rateio. No item 5 do presente trabalho, discorreremos sobre a impossibilidade de se argüir a liberdade associativa, tendo em vista que a associação prevista na Constituição Federal é tipificada por lei e possui personalidade jurídica. Sua finalidade está relacionada a fins ideais ou filantrópicos, o que não é o caso dos condomínios de água.

A associação em condomínio ou condomínio de água, como preferir-se, existe apenas com a finalidade de suprir o interesse dos associados devido à omissão da Administração Pública no que toca o abastecimento. Ela resulta de um somatório de esforços, em razão do alto custo de instalação e manutenção de sua rede hídrica. As pessoas que dela participam vinculam-se expressamente ou tacitamente em razão dos benefício que vão auferir, e uma vez instituído o condomínio, até que o Poder Público assuma a rede hídrica, existem as despesas com o seu funcionamento, que normalmente atingem valores elevados para que umas poucas propriedades possam suportá-las sozinhas, enquanto outras tiram-lhe as vantagens, ainda que indiretamente.

Logo, se houve uma adesão voluntária por parte dos titulares de uma determinada propriedade particular para obterem o fornecimento de água, automaticamente, esta propriedade estará obrigada a ratear as despesas de sua criação, se for o caso, e a de manutenção e conservação, pois o sistema não pode parar de funcionar, sob pena de prejudicar toda a comunidade participante.

A nosso ver, não se trata de liberdade associativa, mas de uma autêntica obrigação *propter rem*¹⁹. E aqueles que adquirirem a propriedade sem ter participado da criação do sistema hídrico, tornam-se vinculados ao sistema, independentemente de terem expressado sua vontade, pois terão a faculdade de auferir das suas vantagens, do contrário estariam se enriquecendo às custas dos demais.

Ressalte-se que o sistema hídrico não pode parar de funcionar, pois envolve toda uma comunidade carecedora de água, além do que, o interesse público deve sempre prevalecer sobre o individual. Se o titular da proprie-

¹⁹ MESQUITA, Manoel Henrique. **Obrigações Reais e Ônus Reais**, Almedina, Lisboa, 2000.

dade participante não desejar fazer uso de seu direito subjetivo, isso não lhe retira a obrigatoriedade de ajudar a mantê-lo, eis que, sua faculdade continuaria a existir, ainda que de modo latente, podendo a qualquer momento que quisesse utilizá-la.

A compra de um imóvel em “condomínio de fato” implica a obrigação de responder pelas despesas comuns. O não-pagamento das contribuições mensais significa locupletamento sem causa para o titular da propriedade, pois sua aceitação à situação está implícita.

8. CONCLUSÕES

Os condomínios de água compõem a realidade de algumas regiões da nossa sociedade atual. Têm existência no mundo dos fatos, por mais absurdo que possa parecer aos olhos da técnica jurídica. Negá-los não resolveria os problemas da coletividade carente que necessita desse artifício para suas necessidades vitais, além de traduzir-se numa dupla punição à essa coletividade, qual seja, a falta do abastecimento público de água e o impedimento de articulação de uma forma alternativa de abastecimento conjunto privativo, a custo menos elevado.

Se não existir o abastecimento público de água por parte do Estado-Administrador à determinada coletividade, e o Estado-Juiz nega a existência dessa espécie de artifício, que busca suprir a lacuna deixada pelo poder público, então não há que se falar em Direito, muito menos em Justiça, pois se negará um direito fundamental que é o direito de água.

Assim, só existem duas soluções para se tentar acabar com o problema. A primeira, de cunho político e a segunda, de cunho jurídico. Ou o estado administrador extirpa definitivamente as lacunas do abastecimento público, o que significa dizer que, o poder público deve potencializar sua capacidade de atender toda a comunidade carecedora do abastecimento de água, estendendo sua rede hídrica a cada ponto da região, para que todos possam usufruir de seus serviços. Enquanto isto não ocorrer, os condomínios de água continuarão existindo, e os problemas deles decorrentes, também. Ou, diante deste fato, encontramos um paliativo, que seria a segunda solução, de cunho jurídico, que se traduz no reconhecimento, por parte da jurisprudência, de uma situação de fato que é extremamente relevante para o Direito, pois relaciona-se diretamente com princípios de primeira grandeza, insculpidos na nossa Carta Magna, que são os direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Afinal, quem pode viver sem água?

Se ocorresse o reconhecimento dos condomínios de água por parte de nossos pretórios, de modo homogêneo, à medida que as discussões fossem surgindo em busca de soluções, talvez ficasse mais fácil equacionar os problemas, utilizando-se, da analogia para aplicar-se a Lei de Condomínios e Incorporações às questões *interna corporis* que envolvessem os condôminos, como por exemplo, as hipóteses de gestão, de rateio de despesas etc. Além da aplicação dos princípios sociais, como aqueles que estabelecem “o estado é uma função do interesse público” e “a prevalência do interesse público sobre o individual”, aos casos de condôminos que queiram esquivar-se do condomínio, colocando em cheque toda uma estrutura coletiva privada, que propicia o bem comum. Talvez, esta solução, seja uma das formas em que o direito tem de acompanhar a dinâmica social, sob pena de sua estagnação e desequilíbrio social, cujos efeitos poderiam ser irreversíveis. ◆