

**PARTE II**

**DA ADQUISIÇÃO DOS DIREITOS**

## TITULO 1.º

### Dos direitos originarios

**I. — Definição e classificação.** Dizem-se direitos originarios os que resultam da propria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros (1).

Estes direitos são :

- a) o de existencia;
- b) o de liberdade;
- c) o de associação;
- d) o de apropriação;
- e) e, finalmente, o direito de defêsa (*Cod. Civ., art. 359.º*).

a) O *direito de existencia* não só comprehende a vida e integridade pessoal do homem, mas tambem o seu bom nome e reputação, em que consiste a sua dignidade moral (*art. 360.º*) (2).

b) O *direito de liberdade* consiste no livre exercicio das faculdades phisicas e intellectuaes, e comprehende o pensamento, a expressão e a acção (*art. 361.º*) (3).

O pensamento do homem é inviolavel (*art. 362.º*). O direito de expressão é livre, como o

pensamento; mas o que delle abusar, em prejuízo da sociedade ou de outrem, será responsavel na conformidade das leis (*art. 363.º*). O direito de acção consiste na faculdade de praticar livremente quaesquer actos; mas o que delle abusar, attendendo contra os direitos de outrem ou da sociedade, será responsavel, nos termos das leis (*art. 364.º*).

c) O *direito de associação* consiste na faculdade de pôr em commum os meios ou esforços individuaes, para qualquer fim, que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade (*art. 365.º*) (4).

d) O *direito de apropriação* consiste na faculdade de adquirir tudo o que fôr conducente á conservação da existencia, e á manutenção e ao melhoramento da propria condição. Este direito, considerado objectivamente, é o que se chama *propriedade*. Mas o direito civil só reconhece a apropriação, quando é feita por titulo ou modo legítimo (*art. 366.º e § un.*) (5).

e) O *direito de defêsa* consiste na faculdade de obstar á violação dos direitos naturaes ou adquiridos (*art. 367.º*) (6).

Os direitos originarios são inalienaveis, e só pôdem ser limitados por lei formal e expressa. A violação delles produz a obrigação de reparar a offensa (*art. 368.º*).

1. — No desenvolvimento do plano anteriormente estabelecido, e que no primeiro anno d'este curso deixámos registado, abriu o legislador português com a definição e classificação dos *direitos originarios* a segunda parte do Cod. Civ., consagrada aos diversos modos pelos quaes se adquirem os direitos civis; tratando dos restantes successivamente pela ordem fixada no artigo 4.º do mesmo Codigo.

Não tem esta materia, segundo pensámos, importancia alguma pratica, servindo apenas para perpetuar, no seu melhor trabalho, as ideias philosophicas do auctor do Codigo Civil, ou do seu primitivo Projecto — o saudoso Visconde de Seabra — que a morte foi ha poucos annos surpreender no seu pitoresco retiro de Mogofores, entre os seus livros queridos, cuja leitura escutava attento, ou dictando esmeradas traducções de textos latinos, já que os olhos, de ha muito cerrados para a luz, lhe não permittiam compulsá-los directamente, e o constante amor do trabalho lhe não consentia deixar em repouso o espirito, ainda em plena lucidez.

A' sua tenacidade na defêsa do plano geral da sua obra, á consideração, que sempre mereceu aos vogaes da Commissão revisora, e porventura ainda á terminante affirmação, que se lhe attribue, de abandonar os trabalhos da revisão, se esta materia fosse eliminada da lei, se deve, talvez, a existencia no Codigo Civil português d'um capitulo, que não tem correspondente em codigos estrangeiros.

Para a jurisprudencia patria, no entanto, esse capitulo ficou sempre de nenhum valor, a não ser como affirmação geral de principios, que n'outros logares se encontram desenvolvidos e applicados.

E não só inutil julgamos esta doutrina; pois, a nosso vêr, a sua inserção na lei tem graves inconvenientes: porquanto, sendo alguns dos artigos do Código reprodução de preceitos constitucionaes, qualquer alteração que a este respeito venha porventura a fazer-se na Carta Constitucional arrasta comsigo a modificação correspondente do Cod. Civ. em prejuizo, talvez, do seu systema geral; e tem, sobretudo, o defeito de outorgar força de lei a uma classificação puramente doutrinal, a respeito da qual, e mesmo a dentro da escola do auctor do Código, se manifestam profundas divergencias entre os escriptores, e que na discussão do primitivo projecto se desenharam tambem com tanta nitidez, que o proprio sr. Visconde de Seabra não logrou vêr triumphar as suas primeiras ideias. (1)

Mas já que está no Código é de razão que lhe façamos algumas referencias, frisando mais uma vez a improcedencia scientifica da doutrina classica dos direitos originarios, e patenteando á face da historia a verdade, anteriormente affirmada, de que *todos os direitos são adquiridos*.

2. — O *direito de existencia* occupa o primeiro logar entre os direitos originarios mencionados no art. 359.º do Cod. Civ., e é tambem, decerto, o que primeiro apparece no quadro das normas juridicas de qualquer sociedade humana. Desde que o direito tem por fim garantir as condições de

existencia social, não podia a vida do homem, elemento essencial daquelle organismo, escapar á sua acção.

Mas o *direito de existencia*, segundo a definição do Código, não comprehende sómente a vida, pois abrange conjuntamente a integridade physica e intellectual do homem, o seu bom nome e reputação (art. 360.º); e no desenvolvimento da vida juridica das sociedades vemos, com effeito, que a tutela do direito vae successivamente abraçando todas estas condições de vida para o homem social: primeiramente a vida physica, depois a privação de alguns orgãos não essenciaes para a existencia; e por fim, quando as sociedades teem alcançado grande desenvolvimento na ordem moral, o bom nome e a reputação, que determinam a consideração e respeito alheios, traduzindo-se mesmo, por vezes, em importantes beneficios pecuniarios.

No entretanto é forçoso reconhecer que as sociedades só assumiram a tutela de taes direitos quando tinham já dado alguns passos na via do progresso, pois nas primeiras phases da sua evolução o direito á vida teve por unica garantia a força do proprio individuo, ou a dos seus familiares (*vindicta privada*), exercida quasi discricionariamente.

A protecção da integridade physica vemo-la, todavia, já legalmente reconhecida no *Talião*, cuja fórmula é bem conhecida: *olho por olho, dente por dente*; mas a defêsa da integridade moral só muito tarde apparece, quando a sociedade havia já assumido a função de administrar a justiça.

A sancção do preceituado no artigo 360.º do Cod. Civ. encontra-se não só em muitos artigos

(1) Conf. *Proj. Prim.*, art.º 382.º, e seg. com as *Actas da Comm. Rev.*, 64-66.

(2) *Curs. de Dir. Civ.*, 1.º vol. 3.

do Cod. Pen., onde são incriminadas e punidas as offensas contra as pessoas, morte, ferimentos, ameaças, e também os ataques á sua honra e consideração, que constituem os crimes de injuria, diffamação e calúnnia; mas também no próprio Cod. Civ., artt. 2384.º e seg.; e ainda em leis especiaes, v. gr., na que regula o exercicio do direito de expressão do pensamento por meio da imprensa. (Lei de 7 de julho de 1898.)

3. — O *direito de liberdade* acha-se definido em termos muito genericos no art. 361.º do Cod. Civ., podendo levar á errada convicção de que a lei civil não reconhece limites no exercicio das actividades humanas. Lendo, porém, os artigos seguintes desde logo se observa que das suas tres principaes manifestações — o pensamento, a expressão, e a acção — só a primeira, como facto psychologico, não encontra na lei restricção alguma. O pensamento do homem, emquanto se não revela por signaes exteriores, foge aos dominios do direito; mas desde que se manifesta por qualquer forma apreciavel, tem umã importancia capital, tanto no campo do direito civil, onde a *intenção* das partes fórma geralmente a lei dos contractos e subordina os effeitos do testamento, como no direito penal onde a falta de intenção criminosa justifica o facto.

As restantes manifestações do direito de liberdade encontram, porém, a sua natural limitação na coexistencia de direitos eguaes para todos os membros da sociedade, e nos interesses da mesma sociedade. Di-lo expressamente o art. 363.º, repete-o o art. 364.º, e resulta da própria natureza e fins do direito, que tendo por objectivo a garantia

das condições de existencia social, precisa de coordenar as diversas actividades individuaes de modo a tornar possivel o seu desenvolvimento simultaneo e paralelo, e defender o organismo contra os ataques, que vão feri-lo nos seus elementos de vida.

Da lei da sociabilidade humana resultam, consequentemente, as primeiras limitações ao livre exercicio das faculdades phisicas e intellectuaes, definindo nos seus verdadeiros termos o direito de liberdade, que primitivamente se manifesta a proposito da satisfação das mais elementares necessidades da vida, das exigencias puramente *organicas*, e só mais tarde, á medida que a vida social se vae desenvolvendo, comprehende as variadas manifestações da actividade psychica.

A liberdade, portanto, acompanha todas as manifestações da actividade humana, desenvolvendo-se parallelamente a ellas; e por isso ROMAGNOSI pode affirmar que em rigor a liberdade não constitue um direito, mas uma condição inseparavel e universal, ou antes um *requisito essencial* do exercicio de qualquer direito ou dever <sup>1</sup>.

No direito de acção, tal como o define o Cod. Civ., (art. 364.º), podia também comprehender-se o *de associação*, de que se occupa em especial o art. 365.º, porque aquella referindo-se a *quaesquer actos*, comprehende manifestamente a coordenação de varias actividades para um fim commum, qualquer que elle seja, desde que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade.

Esta intima ligação entre os dois direitos foi

(\*) CONF. *Rivista di fil. scient.*, 366.

expressamente reconhecida nos trabalhos preliminares do Código, sendo o *direito de liberdade e de associação* incluídos no mesmo número do artigo correspondente ao 359.º do Cod. Civ. <sup>2</sup>.

4. — O *direito de associação*, que as nossas leis garantem e reconhecem desde que o seu fim seja legítimo, e ainda assim com maiores ou menores restricções, segundo o seu especial objecto, é consequência necessaria da lei da sociabilidade humana.

Não pôde o homem por si só, desacompanhado do auxilio alheio, realisar integralmente a sua função social. E' sabido que as forças não se somam, mas se multiplicam; e fins que seriam irrealisaveis para um só homem, facilmente conseguem alcança-los as associações de varias pessoas.

Por isso o nosso Código reconhece no artigo 365.º o principio geral de que a todos é licito associar os proprios esforços aos de outras pessoas para qualquer fim que não prejudique direitos de outrem, ou da sociedade; e, concretisando esta afirmação generica, regula especialmente nos contractos diversas fórmãs de sociedade, reconhece e protege as pessoas moraes, admite e regula a propriedade, etc.

Mas tambem nas leis administrativas, v. g., a de 26 de julho de 1893, que regula o exercicio do direito de reunião em logar publico ou recinto fechado, e no Código Commercial, além d'outras, se estabelecem preceitos diversos relativos ao assumpto.

(<sup>2</sup>) CONF. *Actas*, 66.

5. — Reconhecidos como essenciaes á existencia do homem na sociedade os direitos de integridade physica e moral, e o de liberdade, o *direito de apropriação* não podia deixar de apparecer desde logo no quadro das relações juridicas de qualquer povo, como sua logica e necessaria consequencia. O livre exercicio das faculdades humanas (art. 361.º), dirigidas no sentido de procurar no meio biologico e social os elementos necessarios á conservação da existencia, e ao melhoramento da propria condição, é um dos primeiros factos que se acolhem á tutela do direito nas sociedades embryonarias, porque corresponde a necessidades fundamentaes da vida. Negar o direito de apropriação, seria negar o direito de existencia, porque o homem para viver carece de procurar fóra de si certas utilidades, que por vezes só pôde alcançar mediante o próprio trabalho.

O exercicio do direito de apropriação dá origem á *propriedade*, que o nosso Código define a *faculdade, que o homem tem, de applicar á conservação da sua existencia, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu e de que, portanto, pôde dispôr livremente* (art. 2167.º).

Este direito tanto pôde recahir sobre cousas moveis, como sobre as immoveis; mas ao passo que a legitimidade da propriedade individual sobre as cousas da primeira especie é geralmente acceita, não succede o mesmo com a propriedade da terra, que é vivamente combatida pelos escriptores socialistas, cujas razões, todavia, não podem ser aqui devidamente expostas e discutidas.

No entretanto é força confessar com PUGLIA, cuja ordem de ideias temos seguido, que « reconhecido o direito de liberdade *psyco-organica*, e o *direito de trabalho*, é consequencia logica o reconhecimento do *direito de propriedade*, isto é, do direito de possuir as coisas alcançadas pelo exercicio daquelles direitos, e dispôr dellas livremente, sem offensa dos direitos doutrem, ou melhor, nos limites determinados pelas necessidades do convívio social. O direito de propriedade individual não pôde, consequentemente, ser posto em dúvida, a não ser que se queira destruir o verdadeiro conceito da personalidade juridica, negando a legitimidade do exercicio de algumas importantissimas funcções da actividade *psycho-organica*. O que pôde, todavia, discutir-se é o modo como deve ser regulado o exercicio daquelle direito, de maneira que os interesses de alguns não prevaleçam sobre o interesse da collectividade com grave damno dos outros » <sup>1</sup>.

Reconhecendo a necessidade de fixar legalmente os limites daquelle direito, o nosso Cod. Civ. começa por desde logo recusar a protecção da lei aos actos de apropriação, que não tenham sido feitos por *titulo* ou *modo* legitimo (§ un. do art. 366.º), entendendo-se por *titulo* o fundamento justificativo da aquisição, e por *modo* a fôrma da aquisição, ou a tomada da posse <sup>2</sup>.

6. — Nas sociedades ainda pouco desenvolvidas, onde a tutela do direito por parte da collectividade se não pôde exercer proficuamente o

instincto da conservação leva o homem a usar da propria força para obstar á violação dos seus direitos, ou para reprimir as offensas recebidas.

A vindicta privada, a que já tivemos de fazer referencia, é uma prova indiscutivel do que acabamos de afirmar.

Mas nas sociedades civilizadas a *defêsa* da personalidade humana assume o character de funcção social, exercida por órgãos próprios em nome e no interesse da collectividade, reconhecendo-se o *direito de defêsa* por força e auctoridade propria só a titulo excepcional, nos casos de damno imminente ou irreparavel, quando não seja possivel recorrer á auctoridade pública.

Esta transformação profunda no conceito da defêsa comprehende-se e explica-se facilmente, como resultado necessario da progressiva evolução da sociedade, pois reconhecendo-se os graves, e por vezes irremediaveis inconvenientes, que para o organismo social resultavam do exercicio mais ou menos arbitrario da defêsa individual — que a violencia das paixões exacerbava, comprometendo a tranquillidade pública — e adquirindo a sociedade cada vez maiores forças, e mais adequados meios de defêsa, não podia deixar de assumir para si aquella funcção, por necessidade da própria conservação.

Não sendo, porém, em muitos casos possivel á auctoridade pública prevenir certas offensas aos direitos individuaes, a imperiosa necessidade de manter a ordem juridica leva a collectividade a reconhecer no individuo o *direito de defêsa*, como subsidiário da acção social, nas circumstancias em que esta não pôde exercer-se.

<sup>1</sup> PUGLIA, *Rivista cit.*, 372-373.

<sup>2</sup> Sr. CONS. DIAS FERREIRA, *Cod. Civ. Port.*, (2.ª edic.), I, 275.

Nos art. 486.º e 2367.º faz o nosso Cod. Civ. applicação desta doutrina, permittindo ao individuo lesado nos seus direitos usar da própria força para repellir a offensa, impondo-lhe, todavia, a obrigação de não exceder os limites da justa defêsa; e no Cod. Pen. tambem figura, entre os factos que eliminam a responsabilidade criminal, a *legítima defêsa*, definindo-se cuidadosamente os seus elementos constitutivos.

## TITULO 2.º

### Da occupação

#### CAPITULO I

#### Disposições geraes

#### INTRODUCCÃO

**II. — Noção e requisitos da occupação.** Diz-se *occupação* o acto pelo qual alguém adquire o dominio duma cousa que não tem dono, ou legalmente se presume não o ter; consiste fundamentalmente na apprehensão dessa cousa com a intenção de a apropriar. <sup>1</sup>

Os seus requisitos são, consequentemente, tres:

- α) cousa *nullius* apropriavel;
- β) apprehensão material dessa cousa (*factum*);
- e
- γ) intenção de adquirir (*animus*.)

Como, porém, os dois últimos elementos se fundem na ideia juridica da *posse da cousa*, visto

<sup>1</sup> A palavra *occupação* é tambem algumas vêses usada nas leis em sentido diverso, nomeadamente no artigo 445.º do Cod. Pen., onde foi empregada para designar o facto material de alguém se apossar duma cousa.

que a intenção, quando se não revela por signaes exteriores, é alheia aos dominios do direito, podemos reduzir a dois os elementos essenciaes da occupação; a saber:

- 1) *Cousa apropiavel* NULLIUS, ou porque nunca teve dono, ou porque, havendo-o tido, foi ou se presume legalmente ter sido por este abandonada;
- 2) *Posse d'essa cousa*, tomada pelo proprio individuo, ou por outrem em nome d'elle, ou por sua ordem.

A occupação, em principio, tanto póde recahir sobre cousas moveis, como sobre as immoveis corporeas; mas o nosso Cod. Civ. só parece reconhecê-la como modo legitimo de aquisição relativamente ás primeiras.

7. — Por muito tempo foi a occupação considerada como a fonte primaria da propriedade; mas os modernos estudos sobre a origem e evolução deste instituto demonstram que a occupação, como meio de adquirir o dominio, é posterior ao apparecimento da propriedade privada. «Mas quando uma sociedade admite que as cousas pertençam aos individuos, diz um escriptor, facilmente reconhece que os bens que a ninguem pertencem se tornem do primeiro occupante. Tal é o conceito expresso pela regra romana *quod ante nullius est id naturali ratione occupanti conceditur*; e foi por

isso que os romanos collocaram a occupação entre os modos de adquirir reconhecidos pelo *jus gentium*.»<sup>1</sup>

Primitivamente a occupação referia-se tanto aos moveis como aos immoveis; mas achando-se actualmente apropriado na sua quasi totalidade, se não em toda a sua extensão, o territorio das nações civilisadas, difficilmente apparecerá a possibilidade de adquirir por este modo qualquer fracção do solo. Perde assim em grande parte a sua importancia a questão de saber se em face do nosso Cod. Civ. é ou não permittida a occupação dos immoveis.

O art. 383.º não faz a este respeito distincção alguma, parecendo deste modo reconhecer a legitimidade da appropriação individual dos predios rusticos e urbanos; no entretanto pensámos que o pensamento do legislador foi restringir a occupação ás cousas moveis, respeitando assim as nossas tradições juridicas.

Com effeito, nos preceitos que servem de complemento ao art. 383.º não se faz a menor referencia ás cousas immoveis, fallando-se sob a rubrica «*da occupação das cousas inanimadas*» sómente das *moveis* abandonadas, *moveis* perdidas, thesouros e cousas escondidas, embarcações e outros objectos naufragados — que são todas *moveis*.

Ora não é de crer que tendo cercado de tantas cautellas a occupação das cousas moveis, que teem no direito civil um logar secundario em relação ás immoveis, o legislador português dixe

<sup>1</sup> COGLIOLO. *Filosofia del diritto privato*, § 20, 169.

de estabelecer preceitos especiaes para a occupação destas, se no seu pensamento estivesse o comprehendê-las tambem na disposição generica do art. 383.<sup>o</sup>

Por isso com razão escreve o sr. DIAS FERREIRA, que « não reconhece o Codigo direito de occupação senão sobre os moveis, porque os immoveis não occupados, que não são baldios municipaes ou parochiaes, reputam-se do Estado.» <sup>1</sup>

Dada a organização actual da propriedade entre nós, o reconhecimento do direito de livre occupação sobre os immoveis seria fonte de graves desordens, que é conveniente evitar, attribuindo ao Estado a propriedade dos immoveis que formam parte do territorio nacional, quando não se encontrem no patrimonio de qualquer pessoa.

Não entrando, porém, estas cousas no dominio público ou commum, podem ser adquiridas, como qualquer outra propriedade particular, por quem dellas se apropriar, e as possuir pelo tempo necessario para a prescripção.

■■■ — Ordem das materias. Affastando-se do Cod. Civ. francês, que entre os modos de adquirir a propriedade não menciona expressamente a occupação, comquanto sancione algumas das suas principaes applicações, o legislador portuguez consagra-lhe extensos capítulos, no primeiro dos quaes estabelece o principio geral de que « *é licito a qualquer apropriar-se, pela occupação, dos animaes e ou-*

*tras cousas, que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas ou perdidas, salvas as declarações e restricções conteúdas nos capítulos seguintes* » (8) (art. 383.<sup>o</sup>)

O Cod. Civ. regula expressamente tres especies de occupação: α) *dos animaes*; β) *das cousas inanimadas*; e γ) *dos objectos e productos naturaes communs ou não apropriados*; as quaes formam respectivamente objecto doutros tantos capítulos especiaes, que por sua vez se dividem em várias secções, conforme a natureza particular das cousas a que se referem.

Guardaremos nas suas linhas geraes a ordem do nosso Codigo, que sómente inverteremos, para mais facil exposição da materia, no estudo dos preceitos relativos á occupação das aguas.

8. — O *Proj. Prim.* do Cod. Civ. francês, repudiando a doutrina romana, declarava expressamente que « *la loi civile ne reconnaît pas le droit de simple occupation. Les biens qui n'ont jamais eu de maître et ceux qui sont vacants comme abandonnés por leurs propriétaires, appartiennent à la nation; nul ne peut les acquerir que par une possession suffisante pour opérer la prescription* ». Mas a critica feita pelo tribunal de appellação de Paris a esta disposição levou o legislador a supprimi-la, reconhecendo-se a occupação, embora tacitamente, como meio legítimo de adquirir, nos artt. 714.<sup>o</sup> a 717.<sup>o</sup> do Cod. Civ. francês.

O Cod. Civ. italiano, seguido pelo nosso e pelo hespanhol, mencionam claramente a occupa-

<sup>1</sup> DIAS FERREIRA, *Obv. cit.*, I, 277.

ção, e della tractam com bastante desenvolvimento, deixando, todavia, para os regulamentos e leis administrativas o desenvolvimento dos princípios estabelecidos na lei civil.

E' certo que a materia da occupação pertence em grande parte ao direito administrativo, mas nem por isso a lei civil deve pô-la inteiramente de parte, desde que ella figura com razão entre os modos legítimos de adquirir a propriedade. « A occupação, diz um escriptor, é um modo de adquirir, e como modo de adquirir deve ser regida pelos princípios da ordem civil. Não exclue isto a intervenção do poder administrativo em certas fórmias de occupação, nem elle pôde ser excluído de tudo aquillo que é de interesse commum. Na defeza destes interesses geraes, para os harmonisar com os interesses de character privado, ha necessidade de que a Administração intervenha, e de que a sua intervenção se submetta a regras precisas; mas ha tanta ou maior necessidade de que a lei defina e ampare a occupação, quanto maior é a desconfiança, que o poder administrativo hoje inspira, pela tendencia avassaladora que de ordinario acompanha a sua acção.

« A tendencia moral moderna é para limitar a acção administrativa, encerrando-a em circulos estreitos que tornem impossivel o seu abuso; e a esta tendencia geral corresponde o pensamento de levar para a legislação civil, e pôr debaixo da protecção do direito commum, instituições, como a occupação e outras, que até agora eram consideradas como materia exclusivamente administrativa » <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> D. MODESTO FALCOX, *Obr. cit.*, III 11.

No Cod. Civ. não se tracta da occupação em todos os seus aspectos, limitando-se o legislador a definir os princípios fundamentaes, deixando para a legislação administrativa o seu desenvolvimento e regulamentação. E', porem, de notar, que este louvavel esforço do legislador português em reduzir o campo, ainda demasiado vasto, da auctoridade administrativa, tem sido em grande parte inutilizado por leis posteriores que em certo modo, e por vezes inconvenientemente, vieram revogar os seus preceitos.

## CAPITULO II

### Da occupação dos animaes

#### § 1.º — Da caça

**IV.** — Razão de ordem. Dá-se o nome de caça á occupação dos animaes bravios terrestres (9), quadrupedes ou volateis, que nunca tiveram dono (10).

Póde ter logar tanto em terreno próprio, como em terreno alheio (11); mas os preceitos legaes applicaveis são em grande parte differentes nas duas hypotheses, convindo, por isso, estudá-las, separadamedte, deixando para o fim as disposições que a ambas são communs.

Tal será a ordem que seguiremos.

9. — Para o effeito da occupação podemos dividirdir os animaes em tres classes:  $\alpha$ ) *bravios* ou *selvagens*;  $\beta$ ) *domesticados*;  $\gamma$ ) *domesticos*.

São *bravios* ou *selvagens* os animaes que o homem só póde apprehender e conservar em seu podêr por meio da força, tendo-os presos ou reclusos, v. gr., os animaes feroses, quer em liberdade quer reclusos em jaulas, os coelhos e aves bravas, etc.

Quando, porém, o homem consegue pelo seu proprio trabalho destruír os hábitos selvagens destes animaes, habituando-os ao convivio das pessoas, e a certa guarida, onde voltam exponta-

neamente sempre que dalli saem, os animaes dizem-se *domesticados*.

Consideram-se, finalmente, como *domesticos* os animaes que nascem e se criam sob o podêr do homem, destinados a viver com elle, prestando-lhe os seus serviços, e que nunca tiveram hábitos selvagens, v. gr., as ovelhas, as galinhas, etc.

Alguns escriptores equiparam inteiramente os animaes *domesticados* aos *domesticos*, e o nosso Cod. Civ. parece repudiar, tambem, a classificação tripartida que deixamos exposta, pois nos falla apenas da occupação dos *animaes bravios* que nunca tiveram dono ou que já o tiveram, e dos *animaes domesticos*, abandonados, perdidos ou extraviados.

Todavia lendo o art. 400.º e seguintes vê-se que o legislador não equiparou inteiramente os animaes domesticos aos domesticados; nem podia equipará-los, porque são differentes os preceitos applicaveis á occupação de uns e doutros.

Com effeito tanto uns como outros, emquanto estão sob o podêr do homem, fôrnam parte do seu patrimonio, e não podem, consequentemente, passar ao dominio de outrem por meio da occupação, visto que esta só pôde recahir sobre cousas *nullius*; mas os modos porque se extingue aquella propriedade são differentes, conforme se tracta de animaes domesticos ou de animaes domesticados, pois ao passo que estes podem readquirir a sua liberdade natural, sacudindo o jugo do homem, que temporariamente soubera dominar os seus instinctos selvagens, os animaes domesticos pelas suas condições naturaes, só podem sahir do podêr do seu proprietario em circumstancias de serem livremente occupados, sendo por elle

*abandonados*, ou tendo sido perdidos ou extraviados.

E' certo que emquanto não perdem os seus hábitos de domesticidade os animaes domesticados são juridicamente equiparados aos domesticos, e podem ser tambem por seu dono abandonados nas mesmas condições; mas não é isso razão para os devermos confundir, porque egual faculdade tem o proprietario dos animaes bravios, mantidos em clausura, que podem ser tambem abandonados por seu dono, tornando-se desde logo objecto de livre occupação.

Onde, a meu juizo, apparece uma differença capital entre os animaes bravios e as outras duas especies, é no facto de sòmente a esta serem applicaveis as regras estabelecidas para a occupação dos animaes *perdidos* ou *extraviados*, visto que os animaes bravios, desde que se evadiram da clausura em condições de não serem immediatamente apprehendidos por seu dono, consideram-se *nullius* para todos os effeitos.

Os *animaes domesticados* exprimem, pois, uma transição natural entre os animaes bravios e os domesticos, ora regulando-se pelos princípios estabelecidos para a occupação dos primeiros, ora pelas regras prescriptas para os segundos.

Tanto os animaes bravios, como os domesticados e os domesticos podem ser objecto de occupação, como fica dicto; mas o nosso Cod. Civ. apenas denomina *caça* a *occupação dos animaes bravios que nunca tiveram dono*, comquanto mande applicar, em regra, os mesmos preceitos juridicos á occupação dos animaes bravios que, havendo tido dono, readquiriram a sua liberdade natural

(art. 400.<sup>o</sup>). A meu ver não ha, porém, motivo para estabelecer uma tal restricção, porque aquelles animaes bravios, na posse da liberdade natural e perdidos os hábitos de domesticidade, se acaso os tiveram, em cousa alguma se distinguem dos que nunca tiveram dono; e tanto que a propria lei manda regular pelos mesmos principios a sua occupação.

10. — A caça apparece na-história como uma condição essencial de vida para quasi todos os povos.

Para garantir a existencia contra a ferocidade dos animaes que o cercavam, e buscar nas suas carnes os elementos da própria subsistencia quando os productos espontaneos do solo não bastaram para a sua alimentação, viu-se o homem forçado a recorrer á caça, consagrando todos os seus cuidados a um combate persistente e arriscado com os animaes selvagens, que durou seculos, e ainda hoje vae travado com o seu character primitivo nalguns povos de civilização rudimentar.

As condições sociaes dos primeiros agregados humanos. a imperfeição dos seus instrumentos de ataque, o proprio interesse commum, que arrastava os homens á lucta com os irracionaes, fizeram com que nos primeiros tempos a caça fosse collectiva, tornando-se individual só muito tarde, com o desaparecimento daquellas causas.

Vencidos em luctas successivas, os animaes ferozes diminuíram consideravelmente de numero, e deixaram de offerecer perigo para a vida do homem, o qual encontrou tambem nos productos do solo, multiplicados pelos constantes progressos da

agricultura, mais faceis e abundantes meios de subsistencia.

A caça reveste então um character differente: não é já a occupação primária do homem, a lucta pela vida de todos os dias, mas a occupação accessoria, ficando em todo o caso um dos seus mais vivos prazeres. «*Au charme de l'emprévu, diz um escriptor, elle joint celui de la difficulté vincue et parfois l'attrait du danger; elle met en oeuvre celles de nos facultés qui sont nécessaires pour triompher des obstacles qu'on peut rencontrer, la patience, l'observation, la décision, le courage; enfin, d'après PASCAL, elle répond au besoin de distraction et de mouvement qu'éprouve l'homme, et sans lequel il ne pourrait échapper à la tristesse de sa destinée.*»<sup>1</sup>

Na idade-média, principalmente nos povos guerreiros, a caça foi a diversão privilegiada dos senhores feudaes, que organisavam e mantinham grandes matilhas de cães, e aves de rapina amestradas para aquelle effeito, cuidadosa e desveladamente, por empregados especiaes. Não havia grande festa sem que as luxuosas equipagens de caça fossem postas em movimento, nem castello digno de nota onde os tropheus da guerra se não alternassem com os despojos da caça.

A exemplo dos reis, que pouco a pouco se foram apropriando dos grandes massiços florestaes, reservando-se o direito exclusivo de ahí caçarem, os senhores arrogaram-se equal privilegio sobre grandes extensões das suas terras; e a caça, que a principio fôra livre para todos os homens, tornou-se apanagio exclusivo das classes poderosas, com gra-

<sup>1</sup> J. CLAVÉ, *La chasse en France* [Revue des Deux Mondes, xxxviii, (2.<sup>o</sup> période), 174].

ve damno para o desenvolvimento da agricultura, a cuja acção benéfica subtrahia grandes tratos de terreno destinados á criação e caça dos animaes selvagens.

Mas a transformação completa das ideias e dos costumes, que abre a idade moderna, supprimindo antigos privilegios, resgatou novamente a liberdade de caçar para toda a gente; e a descoberta das armas de fogo, assegurando ao homem uma enorme superioridade sobre os animaes selvagens, reflectiu-se por sua vez no exercicio da caça, que deixando de reclamar o concurso de várias pessoas, se individualisou, e tornou mais facil e accessivel a todos. Ao mesmo tempo os senhores, seduzidos pelos faceis prazeres dos grandes centros, deixaram os seus castellos para se installarem nas cidades, desinteressando-se quasi por completo das suas antigas diversões, que opprimiam o solo e os cidadãos.

O direito de caçar, porém, collide, algumas vezes, no seu exercicio, com os attributos da propriedade e pôde affectar poderosamente os interesses geraes da agricultura, pela destruição de certas especies animaes uteis á cultura da terra, e os da alimentação e segurança públicas; sentiuse, por isso, desde logo a necessidade de o regulamentar, coordenando os interesses oppostos, e fixando a cada um os seus respectivos limites.

Não se encontra, no entanto, completa uniformidade a tal respeito nas leis dos diversos povos, nem os escriptores estão de accordo sobre o caminho a seguir, pois ao passo que alguns consideram o direito de caça accessorio da propriedade do solo, de modo que só o proprio dono pôde caçar

nos seus predios, outros defendem, em principio, a livre faculdade de caçar para toda a gente, quer em terreno proprio, quer em terreno alheio.

A primeira opinião foi por MIRABEAU claramente resumida nestas palavras: «*tudo o homem tem o direito de caçar no seu predio; ninguém tem direito de caçar em predio alheio*»; e baseia-se principalmente na consideração de que os animaes bravios, alimentando-se dos productos do terreno onde se encontram, pertencem ao dono desse predio, que os sustenta á sua custa, devendo ser punido como ladrão quem delles por qualquer fórma se apoderar.

A doutrina romana, que declarava aquelles animaes *res nullius* e como taes sujeitos á occupação de qualquer pessoa, accrescentam os defensores desta doutrina, podia admittir-se no tempo em que as terras estavam incultas, e não individualmente apropriadas, porque então a caça, alimentando-se á custa da commuidade, não podia deixar de considerar-se commum; mas nos tempos modernos, quando o solo está na sua quasi totalidade no dominio dos particulares, affirmar aquelle principio é negar os attributos do direito de propriedade.

«A caça que se alimenta no meu terreno pertence-me a mim, e só a mim, diz um escriptor, e embora se decrete oitenta vezes que ella não tem dono, eu conservarei sempre o direito de a matar, porque a lei não pôde obrigar-me a alimentar animaes que são de toda a gente, e dos quaes eu não posso tirar proveito exclusivamente.»<sup>1</sup>

<sup>1</sup> J. CLAVÉ, *Obr. cit.*, 199.

Tal doutrina, porém, é manifestamente inadmissível, não só por falta de base verdadeira, mas porque seria fonte de gravíssimos prejuízos, que é dever do legislador prevenir e evitar.

Não pôde, com effeito, attribuir-se ao proprietario o dominio dos animaes bravios, que no seu predio se encontram, não só porque á natureza daquelle direito repugna o ter por objecto cousas que de facto se não encontram na posse e á disposição do seu titular, e que nem mesmo poderão ser por elle apprehendidas na maior parte dos casos, mas ainda porque, sendo os animaes bravios de sua natureza errantes, vagueando constantemente pelos campos. entrando agora num predio para momentos depois se passarem a outro, alimentando-se com os productos de todos, não ha razão alguma para os considerar mais ligados a este do que áquelle.

Certas aves insectivoras, que em poucos minutos percorrem, voando, longas distancias, em perseguição dos insectos alados que a natureza destinou para seu sustento, terão nesse curto lapso de tempo tantos donos, que a muitos não chegaria o tempo, ao vê-las passar, cortando rápidas o espaço aereo que fórma parte dos seus respectivos predios, para affirmarem em voz alta o seu direito de propriedade . . se o proprio ridiculo duma tal affirmacão a não tornasse impossivel.

Que titulo poderia invocar-se para justificar estas rápidas mudanças de propriedade, estas constantes adquisições de direito, logo seguidas da sua perda, sem conhecimento mesmo, na grande maioria dos casos, dos respectivos titulares?

E' certo que a alimentacão da caça está, nos modernos tempos, a cargo quasi exclusivo da propriedade privada; mas isso não é bastante para conceder ao proprietario, como accessorio do predio e a titulo de compensacão, o dominio dos animaes bravios; pois não é menos verdade que a agricultura seria impossivel, e as terras completamente improductivas para o homem, se não viessem auxiliá-lo nas suas constantes labutas muitos daquelles mesmos animaes, que destruindo as larvas damninhas, compensam generosamente o que roubam para seu sustento.

Tornar o direito de caça accessorio da propriedade era pôr nas mãos imprevidentes do proprietario a destruição das especies, por cuja conservacão a sociedade deve velar, não só em attencão aos interesses geraes da agricultura, mas tambem porque ainda hoje a caça é uma fonte abundante da alimentacão pública.

Num congresso ornithologico internacional realisado em França (*Ai-en-Provence*) nos dias 9 a 11 de novembro de 1897, foi posta em evidencia a necessidade impreterivel do Estado intervir com medidas protectoras, limitando em certo modo o exercicio da caça da volataria em relação a certas especies mais uteis ao homem; pedindo-se até ao governo francês que fizesse sentir pelos meios diplomaticos a todos os governos da Europa os perigos que a agricultura corre se não se tomarem urgentemente, por toda a parte, medidas severas, que obstem á destruição sempre crescente das aves insectivoras <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Revue scientifique*, 4.<sup>a</sup> serie, tom. ix, n.º 3, de 15 de janeiro de 1898, p. 94, v.

Esta protecção do Estado ás especies uteis não deve, porém, estender-se aos animaes dam-ninhos, cuja conservação offerece perigo para os homens, ou prejuizo para os bens; convindo, por isso, que se organise officialmente uma lista das especies que podem sem inconveniente ser extinc-tas, permittindo-se a todos a sua destruição, e encorajando-a até, por meio de premios, em casos excepçionaes.

A legislação portugueza inspirou-se em grande parte nestes principios, accusando notavel supe-rioridade em relação á da maior parte dos povos civilisados; e em muitos escriptos, espalhados na imprensa periodica do país, grandes e valiosos subsidios se encontram já para a necessaria clas-sificação das especies uteis, cuja vida carece da protecção do Estado, para beneficio da agricultura, e extirpação de velhos erros e prejuizos tradicio-naes, que conduzem á destruição progressiva de animaes, que modernas investigações, e cons-cienciosos estudos apresentam como amigos e cooperadores activos do agricultor.

11. — Entre nós foi o exercicio da caça inteiramente livre nos primeiros tempos da monar-chia; «nem podia ser de outra sorte, diz o sau-doso VISCONDE DE SEABRA, attento o estado flu-ctuante da propriedade, em meio de uma guerra aturada, e a grande extensão de terrenos ermos e incultos »<sup>2</sup>.

No entretanto reconhecia-se ao principe a fa-culdade de reservar para si, ou para certo numero

de pessoas, o direito de caçar em certos logares, ou de limitar em qualquer modo o seu exercicio aos subditos, não só no interesse da agricultura e da indústria, mas ainda no da conservação das es-ppecies. «Este exercicio, escrevia PEREIRA E SOUSA, sendo capaz de desviar os lavradores e os artifi-ces do seu trabalho, e os mercadores do seu com-ércio, póde ser do interesse público o prohibir-lho. E se o principe não restringisse o direito da caça ás pessoas, tempos, e modo que julga conve-niente, um pequeno número de insensatos des-truiria em breve tempo toda a caça, contra o in-teresse geral.»<sup>1</sup>

Os nossos reis, usando daquellas faculdades, *coutaram* por vezes extensos territorios, onde só elles podiam caçar, ou aquelles que houvessem li-cença sua.

D. AFFONSO IV fez algumas *coutadas* para ur-sos e porcos monteses; D. PEDRO I, e D. FER-NANDO estabeleceram outras; o mesmo fizeram, tambem, os mestres das ordens, e alguns gentis-homens e cavalleiros, restringindo cada vez mais a area onde a todos era licito caçar, e prejudican-do gravemente a agricultura, porque os damnos causados pelos animaes bravios, mórmente nos ar-redores das *coutadas* onde não era permittido des-trui-los, obrigava os proprietarios a deixarem de pousio os seus campos.

Muitas vezes levaram os povos as suas quei-xas contra taes abusos á presença dos reis, mas as providencias tomadas não remediaram o mal. D. FERNANDO, deferindo ao pedido feito nas côrtes

<sup>1</sup> A. L. DE SEABRA, *A Propriedade*, 142.

<sup>2</sup> PEREIRA E SOUSA, *Classes de crimes*, 157, fundado em CABEDO, p. 2, Dec. 89, n.º 5.º, e PORTUGAL, *De Donat. Reg.*, L. 3. Cap. 3, n.ºs 39 e 40.

de Lisboa de 1372, supprimiu todas as coutadas feitas posteriormente a D. AFFONSO IV; mas apesar disso, nas côrtes de Evora de 1391, representavam os povos de novo a D. JOÃO I que *muitos senhores, cavalleiros, e escudeiros, e outras pessoas, faziam per si coutadas, assim nos rios como nos montes, o que era contra a lei do reino, em a qual era conteúdo que ninguém fizesse coutada, salvo El-Rei.*

Em vez de corrigir os abusos existentes, D. JOÃO limitou-se a prevenir o seu agravamento, prohibindo que de futuro se fizessem novas *coutadas*, ordenação que, por certo, foi tão respeitada como as dos seus antecessores. A protecção a algumas especies, que corriam perigo de extinguirse, estendeu-se mesmo fóra das coutadas e seus arredores, pois no seu tempo podiam os ursos passear livremente por todo o reino, sendo condemnado em 1:000 libras quem matasse algum.

D. AFFONSO V manteve nas suas *Ordenações* o mesmo estado de cousas, o qual se perpetuou, ao que parece; até D. MANUEL, que regulou o direito de caça em geral emquanto ao modo e tempo, difficultando a caça das perdizes em Lisboa e outras terras onde a côrte costumava ir caçar <sup>1</sup>. Mas não havendo pessoa alguma especialmente incumbida de accusar em juizo os transgressores dos seus preceitos, os abusos continuavam, sendo necessário para lhes pôr freio que D. SEBASTIÃO, suscitando o cumprimento daquellas disposições, aggravando as penas, e regulando mais desenvolvidamente o tempo e modo da caça, mandasse proceder *ex officio* contra os culpados. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Ordenações Manuelinas*, L. v. Tit. 84, 111.

<sup>2</sup> LL. de 31 de dezembro de 1560, e de 1 de julho de 1565.

D. PHILIPPE I deu neste ponto satisfação quasi completa ás reclamações dos povos, pois reduzindo a cinco as *coutadas reaes* (*Lisboa, Cintra, Collares, Almeirim e Salvaterra*), aboliu todas as dos particulares, excepção feita das do Duque de Aveiro, e senhores de Pancas <sup>1</sup>; pondo em ordem nas suas *Ordenações* a legislação anterior sobre a caça, revogando todas as licenças ou provisões concedidas para caçar nas coutadas reaes, e prohibindo a todos os officiaes das mesmas que concedessem outras <sup>2</sup>.

O *Alvará* de 12 de outubro de 1612, ponderando « *o grande damno e prejuizo que em todo o reino se faz á caça com atirar á espingarda no ar, e por esse respeito ficarem as coutadas destruidas, por se matar fóra dellas desta maneira muita quantidade de caça, assim do que dellas sae, como em muitas outras partes deste reino, onde ha alguma caça* », veio prohibir expressamente, sob graves penas, que em qualquer logar do reino, ou fosse coutado ou não, *se atirasse á caça com espingarda no ar*; o que não foi sufficiente para corrigir os abusos, como 12 annos depois o declarou D. PHILIPPE: *sou informado, que dalguns annos a esta parte se introduziu de novo a invenção de atirar no ar ás perdizes, com que está quasi de todo acabada a criação dellas, não sendo de menor damno o que se faz pelas pessoas que no mês de maio as matam nos ninhos, que é de ordinário gente ociosa e de baixa sorte.*»

<sup>1</sup> *Prov.* de 9 de julho de 1594 e de 4 de abril de 1601.

<sup>2</sup> *Alv.* de 4 de abril de 1605. Em provisão registada á margem do *Alv.* de 4 de nov. do mesmo anno, existente na Torre do Tombo, permite-se aos habitantes de Collares que cacem nos seus pomares da mesma villa e seu termo (ANDRADE E SILVA, *Coll. Chronol. da Leg. Port.*, 1603 a 1612, p. 144 \*).

No proposito de prover de remedio ao mal, procurando repovoar de perdizes as coutadas que estavam quasi de todo destruidas, e em geral o reino, suscitou-se no Alvará de 23 de fevereiro de 1624 o rigoroso cumprimento da *Ordenação*. Liv. v, Tit. 80, § 15.º que prohibia expressamente aquelle modo de caçar, impondo as mesmas penas aos que vendessem ou fizessem munição, ou as fôrmas para ella; e mandava açoutar e degradar dous annos para as galés todas as pessoas que dahí em diante desmanchassem ninhos de perdizes. <sup>1</sup>

Não bastaram, porém, as providências indicadas para assegurar o desenvolvimento das especies, e evitar perigosos abusos, pois no *Alvará* do 1.º de julho de 1776 se accusa, ao lado dos antigos inconvenientes, a existencia doutros, porventura mais graves: «... me foi representado por um grande numero de Donos e Possuidores de Quintas, Fazendas, Vinhas e Terras, que de alguns annos a esta parte muitos homens ociosos, vadios e de máo viver, huns entregando-se á preguiça, outros deixando as Artes fabris, que aprendêram, e fazendo vida de caçadores, infestam armados as sobredictas Quintas, Fazendas, Vinhas e Terras: Invadindo todas por força, e violencia: Abusando dos fructos, que nella acham, como se fossem proprios; Pisando, e

<sup>1</sup> Já anteriormente, por *Alvará* de 12 de outubro de 1612 (2.º) se prohibia aos moradores de Aldeia Gallega e Alcochete, e seus termos, que podessem ter espingardas, dahí em diante, em nenhuma forma, para evitar que caçassem por aquelle meio, « de que se segue grande prejuizo e dimmuição na caça, mormente caçando com munição com que motom muita, e ferem muita mais e a que escapa, com o estrondo dos tiros se espanta e afugenta para partes mui remotas, e por a experiencia ter mostrado ser isto mui prejudicial, e se fazer muito damno á caça, e por esse respeito ficarem as coutadas destruidas, etc. ».

*destruindo no agro os que se acham verdes nos Campos, e Arvoredos: Resistindo com as armas de fogo, que publicamente levam, aos Donos, Feitores, Caseiros, Guardas, e Abegões, que, usando do seu direito, lhes pretendem impedir a entrada: Até os excessos de maltratarem huns, ferirem outros, e chegarem a privar outros da mesma vida E passando debaixo das apparencias de Caçadores a roubar nos Caminhos, e Estradas os Passageiros, e Viandantes, que ou encontram, ou procuram de proposito encontrar para os assaltarem.»*

Para cohibir a « devassidão de tão escandalosos delictos » regulou-se neste importante diploma, minuciosamente, o direito de caça, o tempo e modo do seu exercicio, revogando-se, todavia, em relação ao termo de Lisboa e provincia da Extremadura, o principio fundamental, até então sempre respeitado, de que a todos era licito caçar nos terrenos não exceptuados, quer fossem próprios, quer alheios.

Com effeito, em face do preceito generico da *Ordenação* do Livro v, Tit. 91, que prohibia terminantemente que nos montes e terras se fizessem *coutadas* ou *defêsas* para porcos montêses, veados, coelhos e perdizes, e ainda do privilegio concedido ás herdades dos Desembargadores para que ninguem podesse caçar nellas (*Ord. cit.*, Liv. II, Tit. 59, § 7.º) tinha-se concluido que a todos era licito caçar nos terrenos públicos ou particulares, não expressamente exceptuados. Aquelle *Alvará*, porém, veio em primeiro lugar prohibir a entrada, e consequentemente o exercicio da caça, a toda a gente nos terrenos murados ou vallados, em qualquer das provincias do reino, sem licença de seu dono; e no termo de Lisboa e provincia da Extremadura foi aquella prohibição ampliada tambem

às terras abertas em que houvesse sementeiras feitas, ou fructos pendentes nos arvoredos, ou nos campos.

Alem disso, deixando subsistir para o resto do paiz o antigo direito, não permittia em tempo algum o exercicio da caça nestes últimos logares a pessoas, *que não tivessem aquelle grau de nobreza civil que distingue a ordem dos cidadãos dos gremios da plebe.*

Esta excepção injustificavel em favor da Ex tremadura encontra porventura a sua explicação no facto de ser mais sentida naquella provincia pelo legislador a falta da caça, e os outros abusos referidos no preambulo do *Alvará*, visto ser alli que a côrte se entregava de preferencia aos exercicio venatorios.

Pelo novo regimento de 21 de março de 1800, foram *descoutados*, em relação á caça, muitos terrenos, afim de mais facilmente se fazer a guarda das reaes coutadas; e dentro destas, bem como legua e meia nas suas visinhanças, era prohibido a todos, qualquer que fosse o seu estado e condição, matar porco, veado, ou qualquer outra especie de caça, ou fazer-lhes armadilha; nem era permittido dentro daquelles limites comprar ou ter em casa carne de caça vedada, ou espingarda, sob pena do transgressor ser considerado caçador clandestino (art. xviii, xix e xx.)

Ficaram, porém, subsistindo os preceitos do *Alvará* do 1.º de julho de 1776, até que o advento das reformas liberaes, acabando com todos os privilegios, pôs tambem termo ás coutadas. A caça ficou desde então livre para toda a gente, sem distincção de pessoas, e só permaneceram em vigor

os preceitos relativos ao tempo e modo da caça, estabelecidos nas *Ordenações*, e mais legislação complementar.

Apesar de se haver tentado regular de novo a materia <sup>1</sup>, só o Cod. Civ. é que veio revogar aquella legislação, e ainda não inteiramente, como teremos occasião de vêr.

Foi, porém, respeitado o espirito tradicional da nossa legislação, permittindo-se o exercicio da caça a toda a gente, tanto em terreno proprio, como no alheio, e as tentativas em sentido contrario, recentemente feitas no parlamento, levantaram grande celeuma entre os caçadores, de modo que parece terem sido postas de parte as tentativas de reforma do nosso Cod. Civ., a tal respeito. <sup>2</sup>

**V. — Da caça em terreno próprio.** O proprietario ou possuidor de predios murados ou tapados, de fórma que os animaes não possam sahir e entrar livremente, póde dar-lhes caça por qualquer modo e em qualquer tempo (art. 391.º).

Alem disso é tambem permittido aos proprietarios e cultivadores destruir em qualquer tempo, nas suas terras, os animaes bravios, que se tornarem prejudiciaes ás suas sementeiras ou plan-

<sup>1</sup> O sr. Dr. Secco, em nota ao art. 254.º do Cod. Pen. de 1852, cita um *Relatorio e projecto de lei de 26 de julho de 1867*, publicado no *Diario de Lisboa*, n.º 143, do mesmo anno, tendente a regular o direito de caça; não conseguimos, porém, encontrá-lo no indicado número, nem mesmo noutros que consultámos.

<sup>2</sup> O movimento associativo das diversas classes, que em Portugal se tem accentuado nos ultimos tempos, deu origem a diversas associações de caçadores, cuja acção se tem feito sentir a bem da conservação das especies, fiscalizando a observancia do defeso, e harmonizando as prescripções regulamentares quanto ao tempo da caça, por meio de representações enviadas ás competentes auctoridades.

tações (12); tendo egual faculdade com relação ás aves domesticas, no tempo em que nos campos houver terras semeadas, ou cereaes ou outros fructos pendentes em que possãam causar prejuizo (art. 392.º e § unico) (13).

Mas, fóra das condições expostas, tanto o proprietario, como aquelles que delle houverem licença, só podem caçar em terreno próprio, cultivado ou não cultivado, conformando-se com os regulamentos administrativos, que determinam o modo e tempo da caça (14).

12. — Considerada a caça como *res nullius*, e reconhecido a todo o homem o direito de livremente a occupar, sempre que do exercicio destas faculdades não resultar a violação do direito de propriedade plena, ou de qualquer dos seus desmembramentos, se prejudicar o normal desenvolvimento das especies, cuja conservação seja reclamada pelos interesses públicos, era natural que a lei civil deixasse no arbitrio liberrimo do proprietario do terreno a caça de quaesquer animaes, que no mesmo se encontrarem reclusos e sem possibilidade de sairem da lá.

Tal é, na verdade, o disposto no art. 391.º do Cod. Civ. que põe fóra do alcance das leis e regulamentos administrativos o exercicio da caça nos terrenos murados ou tapados de fôrma que os animaes não possam entrar e sahir livremente, sendo licito aos respectivos proprietaries e possuidores, ou quem delles houver licença, dar-lhes caça por *qualquer modo* e em *qualquer tempo*.

Nesta hypothese, com effeito, nem ha que salvaguardar os interesses da agricultura, porque os damnos que possam resultar do exercicio da caça recaem sobre o próprio individuo que os produz, nem que assegurar a conservação das especies, porque, como dis o sr. DIAS FERREIRA, « a sociedade não interessa no desenvolvimento das creações desde que só ao individuo póde aproveitar a caça » <sup>1</sup>.

A lei exige que o predio esteja tapado por fôrma que os animaes não possam *entrar* nem *sahir* livremente, não estando, consequentemente, comprehendido no seu preceito o caso do predio estar murado ou tapado em condições dos animaes alli poderem entrar, mas não sahir, pela engenhosa disposição de algumas armadilhas especiaes. Nesta hypothese, embora só o proprietario, ou os que delle houverem licença, possam dar caça aos animaes, que no mesmo predio se encontram, o exercicio do seu direito está, todavia sujeito aos regulamentos administrativos quanto ao tempo e ao modo, por haverem cessado as razões especiaes que justificam o art. 391.º do Cod. Civ.

Não é, porém, essencial que o predio esteja tapado em termos de nelle não poder entrar, nem delle sahir qualquer especie de caça, para que tenha logar o preceituado naquelle artigo, pois bem póde succeder que a vedação impeça a entrada e sahida livre de certa especie de animaes bravios, por exemplo, dos coelhos, e não a doutros animaes, v. gr. das perdizes. Em tal caso o direito

de caçar em qualquer tempo e por qualquer modo refere-se exclusivamente aos animaes, que não teem entrada e sahida livre; a caça de todos os outros, que é tambem direito exclusivo do proprietario ou possuidor, está sujeita aos regulamentos administrativos.

Ha, todavia, circunstancias especiaes em que aos proprietarios e cultivadores é licito dar caça aos animaes bravios, sem sujeição aos regulamentos administrativos, mesmo nos terrenos que não estiverem murados ou tapados nas condições exigidas pelo artigo 391.º do Cod. Civ.: é *quando aquellas animaes se tornarem damnosos ás sementeiras ou plantações.*

O legislador subordinou, por esta fôrma, a protecção das especies aos interesses da agricultura; mas no próprio facto de exigir como essencial condição para o exercicio d'aquelle direito que os animaes causem prejuizo nas sementeiras ou plantações, defendeu implicitamente da destruição certas especies, cuja acção é sempre util ao lavrador.

Quem hade, porém, apreciar este prejuizo?

Bastará o simplês criterio do proprietario ou do cultivador, ou a sua allegação, para que deva considerar-se justificada a destruição de quaesquer animaes, em contravenção dos regulamentos administrativos?

Não o diz o Codigo; mas entendemos, no silencio da lei, que acceitar tão perigosas conclusões seria violar o pensamento e inutilisar os propósitos do legislador. O Cod. Civ. só permite a destruição dos animaes quando se *tornarem prejudiciaes* ás sementeiras e plantações; exige um facto

consumado — a existencia dos prejuizos — e não o simples receio delles. Por isso quando o proprietario, ou cultivador, destruir no tempo em que é defeza a caça, ou por modo prohibido, qualquer animal bravio, terá de provar a existencia daquelles prejuizos para se exhibir á punição legal.

O prejuizo das sementeiras ou plantações é uma circumstancia derimente da responsabilidads; mas carece de ser provada por quem a allega e ao seu beneficio se acolhe.

E' o que succede em direito criminal com todas as circunstancias derimentes ou attenuantes da responsabilidade do arguido, o qual precisa de fazer a sua prova, porque a lei as não presume; e aquella de que se trata deve, talvez, integrar-se na disposição do n.º 4.º do art. 44.º do Cod. Pen., para derimir da responsabilidade fixada no art. 254.º do mesmo Codigo.

13. — Outra é, porém, a doutrina legal relativamente ás *aves domesticas*, que podem ser destruidas no tempo em que *nos campos houver terras semeadas, ou cereaes, ou outros fructos pendentes em que possam causar prejuizo* (§ un. do art. 392.º); bastando, portanto a simples *possibilidade* dos prejuizos para legitimar a sua destruição.

Quanto tal possibilidade não exista, é inteiramente defêso ao proprietario destrui-las ou apprehendê-las, não tendo outros recursos para defender a propriedade, além dos que lhe são facultados pelos regulamentos da policia rural, a não ser a competente acção civil por perdas e damnos (Cod. Civ., art. 2394.º); unicos meios a que póde igualmente soccorrer-se o proprietario, mesmo no tempo das sementeiras, cereaes, ou quaesquer outros fructos pendentes, quando alguns animaes domes-

ticos quadrupedes forem encontrados em damno no seu predio, visto que o preceito do art. 393.º do Cod. Civ. é restricto ás *aves domesticas*, e não pôde ampliar-se. <sup>1</sup>

Na destruição dos animaes bravios pôde o proprietario lançar mão de quaesquer meios não expressamente prohibidos pelas leis, ou pelos regulamentos administrativos, v. gr., empregando substancias venenosas, visto que o art. 478.º do Cod. Pen. apenas incrimina o emprego daquellas substancias na destruição de animaes pertencentes a outra pessoa ou ao Estado, e os animaes bravios são cousas *nullius*.

Relativamente ás aves domesticas mais difficil se apresenta, porém, a solução, sustentando alguns juriconsultos que não fazendo o § un. do art. 392.º do Cod. Civ. distineção alguma quanto aos meios de que o proprietario ou o cultivador podem usar na destruição daquellas aves, deve reconhecer-se-lhes a faculdade de empregarem substancias venenosas, ou outras, sem embargo do preceituado no citado art. 478.º n.º 2.º do Cod. Pen.,

<sup>1</sup> DIAS FERREIRA, *Obr. cit.* I, 279; PERDIGÃO, *Obr. cit.* II, 127.

Assim, por exemplo, a destruição ou morte d'uma *cabra* é punida pelo art. 479.º do Cod. Pen., por não se achar comprehendida a hypothese no art. 392.º do Cod. Civ. segundo a *Acc. Rel. Port.* de 7 de nov. de 1899 *Rev. dos Trib.* XVIII 201; mas o S. T. J. em *Acc.* de 16 de jan. de 1900 (*Jurisprudencia dos Tribunaes em ultima instancia*, VI 67) revogou esta decisão, fundando-se em que sendo o animal ferido pelo dono do predio, vedado á cabra, que é considerada como *animal damninho* pelo código de posturas do conelho onde se deu o caso, e no uso do direito que lhe dá o art.º 392.º do Cod. Civ., não lhe podia ser applicada a disposição dos art.ºs 49.º e 480.º do Cod. Pen., porque é elemento essencial do crime de damno a intenção delibada de prejudicar o dono do animal.

A invocação do art. 392.º do Cod. Civ. parece-nos absolutamente descabida no caso em discussão, porque aquelle artigo apenas se refere a *animaes bravios* e a *aves domesticas*; ora a cabra, embora considerada como *animal damninho* pelas posturas, não cabe em nenhuma daquellas categorias.

porque não são criminosos os factos que as leis permitem <sup>1</sup>.

A opinião contrária foi, porém, defendida pela *Revista*, e muito recentemente acolhida pelo sr. DIAS FERREIRA, que a expõe e fundamenta pela seguinte fórmula:

«... nem prejudica (refere-se ao § un. do art. 392.º do Cod. Civ.) o artigo 478.º do mesmo Cod. Pen., que pune o emprego de substancias venenosas para matar os *animaes bravios* e as *aves domesticas*, porque a Comm. Revisora, decerto em homenagem áquelle preceito, eliminou as palavras — *por qualquer modo* — que no *Proj.* estavam em seguida á palavra — *destruir* — e porque o emprego de substancias venenosas é punido, não em attenção aos direitos sobre os animaes, e sim em consideração pela segurança das pessoas, comquanto já se julgasse que o emprego de substancias venenosas só é prohibido e punido fóra das propriedades do agente » <sup>2</sup>.

Julgamos mais juridica a opinião seguida pelos tribunaes superiores acima indicados. Em primeiro logar o sr. DIAS FERREIRA leu com pouca attenção o art. 478.º do Cod. Pen., pois nelle sómente é prohibida e punida a destruição de *quaesquer animaes que tenham dono*, como se infere das palavras — *pertencentes a outra pessoa ou ao Estado* — e não aos *animaes bravios*, no goso da sua liberdade natural, porque estes, como fica dito, não teem

<sup>1</sup> *Accordãos do Supremo Tribunal de Justiça*, de 8 de maio de 1877 (*Direito*, X, 165; *Rev. de Leg. e de Jur.* XV, 206) e de 28 de novembro de 1879 (*Rev. cit.* XIII, 136 e 137); e da *Relação do Porto* de 4 d'abril de 1869 (*Rev. cit.* III, 187).

<sup>2</sup> DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 279.

dono. E desta mesma distincção feita pelo legislador entre *animas com dono*, e *animas sem dono*, — que aliás é fundamental em todos os artigos desta secção II do Cod. Pen., que se refere aos *damnos* — se conclue que o emprego de substancias venenosas não é punido pela simples consideração do perigo que dellas póde provir para a vida humana, mas em attenção ao direito de propriedade.

Ora se os *animas bravios* podem ser destruidos por meio de substancias venenosas, nos termos do cit. art. 392.º, do Cod. Civ. porque motivo não hade entender-se no mesmo sentido aquelle preceito quando referido ás *aves domesticas*?

Acceptando a doutrina de que o Cod. Civ. concede o *direito de destruição*, com *substancias venenosas*, relativamente ás aves domesticas, fica indiscutivelmente excluida a criminalidade do facto, pela regra de que «*justificam* o facto os que o praticam em virtude de auctorisação legal, no exercicio de um direito, ou no cumprimento de um dever » — conforme expressamente determina o art. 44.º n.º 4.º do Cod. Pen.

Em nossa opinião os proprietarios e cultivadores podem destruir nos seus predios os animas bravios que se tornarem prejudiciaes ás sementeiras e plantações, bem como as *aves domesticas*, usando para isso de substancias venenosas <sup>1</sup>; com

<sup>1</sup> Deve, porém, haver toda a prudencia no exercicio d'este direito, pois já se tem opinado que lançando um proprietario substancias venenosas em predio seu com o intuito de destruir os animas, que ali lhes vão causar prejuizos, se acaso por este modo produz a morte dos que não estão comprehendidos no art. 392.º, § un. do Cod. Civ., commette o *crime de damno*, previsto e punido pelo art. 478.º n.º 2.º do Cod. Pen. (*Direito* xxxii 195).

A lei, com effeito, permite a destinação dos animas bravios, e aves domesticas, em determinadas condições; mas espalhar substancias venenosas,

a differença porém, de que os animas *bravios* podem ser *destruidos* em qualquer tempo, ao passo que as *aves domesticas* sómente o podem ser no tempo em que nos campos houver terras semeadas, ou cereaes, ou outros fructos pendentes em que possam causar prejuizos (art. 392.º e § un.).

E este direito de *destruir as aves domesticas* importa a negação de qualquer direito ao dono dellas para vir reclamá-las, pois uma tal faculdade traduzir-se-hia para o proprietario ou cultivador na obrigação de *conservar* aquellas aves, quando a lei expressamente lhe permite que as *destrúa*; comquanto em sentido contrário se pronuncie a *Revista* <sup>1</sup> e já antes della o *Jornal de Jurisprudencia* <sup>2</sup>. E fallámos apenas das aves domesticas, e não dos *animas bravios* conjunctamente, porque estes não teem *dono*, errando o sr. DIAS FERREIRA quando affirma o contrário. E' mesmo por esta razão, segundo cremos, que o legislador permite a sua destruição *em todo o tempo*, ao passo que para as aves domesticas aquelle direito é limitado á epocha em que ellas podem realmente prejudicar o proprietario. No primeiro caso ha sómente que garantir os interesses da agricultura, ao passo que em relação ás aves domesticas tornava-se necessa-

em circumstancias de poder causar a morte a outros animas, não pode ser permitido, e se na verdade esses *damnos* se produzem, por elles é responsavel o proprietario. Em todo o caso, considerando-se geralmente como elemento constitutivo do crime de *damno a intenção deliberada de fazer mal*, pode muitas vezes desaparecer a responsabilidade criminal, mas em todo o caso subsiste a responsabilidade civil.

Assim é tambem um acto illegal o lançar bolas de strichnina, e outras substancias venenosas nas vinhas, para matar os cães, no tempo em que ha fructos pendentes nas videiras, porque o art. 392.º do Cod. Civ. o não permite, praticando-se assim o crime de *damno*.

*Rev. de Leg. e de Jur.* cit., III, 187.  
*Jornal de Jurispr.*, IV, 597.

rio, conciliar aquelles interesses com o respeito devido á propriedade alheia, ou seja, aos direitos dos donos das mesmas aves.

Devemos todavia observar que o preceito do § un. do art. 392.º está deslocado nesta secção, porque a destruição das aves domesticas não tem o nome de caça, e só de caça aqui deveria tratar-se. O legislador deixou-se arrastar pelas intimas ligações da materia, esquecendo-se de que estava tractando da occupação dos animaes bravios *que nunca tiveram dono*, e de que as aves domesticas não podem comprehender-se sob tal designação. Mas as aves domesticadas, como são, por exemplo, as pombas chamadas *mansas*, são para todos os effeitos do § un. do cit. art. 392.º do Cod. Civ. consideradas como *aves domésticas*, podendo, consequentemente, ser destruidas pelos proprietarios ou cultivadores nas suas terras, no tempo em que alli haja sementeiras, cereaes, ou outros fructos pendentes <sup>1</sup>.

14. — Nos terrenos abertos, bem como nos tapados ou vallados por fórma que os animaes possam entrar e sahir livremente, o proprietario tem de respeitar, em todo o caso, no exercicio do seu direito de caça os regulamentos administrativos, que fixam o tempo e o modo da caça, no intuito de proteger as especies.

Não está, por isso, o proprietario sujeito aos preceitos administrativos, limitativos daquelle direito, que tem por único fim a defêsa da propriedade, visto que os damnos causados pelo caçador são por elle mesmo soffridos.

<sup>1</sup> Conf. *Rev. de Leg. e de Jur.*, xxv, 380.

Ha, porém, a notar que nos terrenos tapados ou vallados só o proprietario, ou os que d'elle houverem licença, podem caçar, ao passo que nos terrenos abertos, como veremos, a todos é licito caçar em condições identicas, salvas as restricções estabelecidas em proveito da agricultura e defêsa da propriedade.

**VI. — Da caça em terreno alheio.** E' licito a todos, sem distincção de pessoas, dar caça aos animaes bravios, conformando-se com os regulamentos administrativos, que determinam o modo e tempo da caça:

- 1.º) nos terrenos publicos, concelhios, *ou parochiaes*, não cultivados nem murados, ou não exceptuados administrativamente;
- 2.º) nos terrenos particulares não cultivados nem murados (art. 384.º, n.ºs 2.º e 3.º).

Nos terrenos cultivados, abertos, ou sejam públicos, *communs*, ou particulares, estando semeados de cereaes, ou tendo qualquer outra sementeira ou plantação annual, só será licito caçar depois de effectuada a colheita (art. 385.º).

Nos terrenos, que se acharem de vinhago, ou de outras plantas fructiferas, vivazes, de pequeno porte, só será licito caçar no tempo que medear desde a colheita dos fructos até ao tempo em que as colheitas comecem a abrolhar, cumprindo ás camaras municipaes assignar os limites do periodo

em que annualmente a liberdade da caça deve cessar (art. 386.º).

Nos terrenos abertos, plantados de oliveiras ou de outras arvores fructiferas de grande porte, poder-se-ha caçar em todo o tempo, excepto naquelle que medeia entre o começo da maturação dos fructos e a sua colheita (art. 387.º).

E', porém, absolutamente defezo destruir nos predios alheios os ninhos de aves de qualquer especie (art. 393.º) (15).

15. — Coordenando o exercicio do direito de caça com o respeito devido á propriedade e a protecção devida ás especies uteis, o Cod. Civ. portuguez estabelece nos artt. 384.º, 385.º, 387.º e 395.º os limites geraes daquelle direito, deixando aos regulamentos e leis administrativas o seu desenvolvimedo e complemento indispensaveis.

Nos terrenos murados, vallados, ou tapados com sebes, sejam ou não cultivados, só o proprietario, ou quem d'elle houver licença póde caçar, embora os animaes possam entrar e sahir livremente dos mesmos predios. E' certo que o n.º 3.º do art. 384.º sómente falla de terrenos particulares *murados*, o que podia originar dúvida relativamente á extensão do seu preceito aos predios vedados por outra fórma; mas o art. 390.º esclarece sufficientemente o pensamento do legislador, visto que prohibindo ao caçador a entrada em predios *vallados*, *murados*, ou *tapados com sebes* em perseguição do animal ferido, implicitamente lhe nega o direito de alli caçar sem permissão do dono.

O mesmo dizemos em relação aos terrenos publicos e communs em condições analogas, porque embora o n.º 2.º do art. 384.º falle sómente dos terrenos publicos e *concelhios*, o seu preceito deve ampliar-se aos terrenos parochiaes por identidade de razão: o exercicio da caça nestes terrenos só é permittido a quem obtiver para isso a competente licença das auctoridades administrativas que teem a seu cargo a administração dos mesmos terrenos.

O Cod. Civ. não regula esta hypothese, limitando-se a reconhecer a todos, sem distincção de pessoas, o direito de caçar nos terrenos publicos ou concelhios não cultivados nem *murados*; e de harmonia com elle dispõe o § un. do art. 254.º do Cod. Pen. que será punido com as penas declaradas no mesmo artigo *aquelle que entrar para caçar em terras muradas ou valladas* sem consentimento do possuidor, não fazendo distincção alguma entre terrenos publicos, communs ou particulares, e applicando-se, consequentemente, a todos elles. Ora sendo estes preceitos estabelecidos, como dissemos, em defêsa da propriedade, só aquelles a quem a lei impõe o dever de velar pela conservação e defêsa das cousas publicas e communs podem conceder as licenças necessarias para alli se caçar, porque só elles teem competencia legal para devidamente apreciar se o exercicio deste direito collide ou não, em cada caso particular, com o destino ou função própria das mesmas cousas.

O Cod. Adm. vigente dá competencia ás camaras municipaes para deliberar sobre a policia da caça nos terrenos municipaes, nos de logradouro publico e nos particulares *onde é permittido o direito de caça* (art. 52.º, n.º 2.º), mas este preceito não é applicavel á hypothese que discutimos, por-

que nos terrenos publicos e commons murados ou vallados *não é permittido o direito de caça* (Cod. Civ., art. 384.º, n.º 2.º; Cod. Pen., art. 252.º § un.); e só a estes o mesmo artigo se refere.

As camaras municipaes e as juntas de parochia encontram implicitamente definida a sua competencia para conceder as referidas licenças nos artt. 50.º, n.º 1.º e 176.º, n.º 20.º, respectivamente, do Cod. Adm. que lhes confiam a administração das cousas municipaes ou parochiaes; porque aquellas licenças nada mais são do que concessões do uso ou fruição parcial do próprio terreno onde a caça se exerce; são uma especie de *servidões pessoaes*, se assim nos é lícito exprimir.

Com relação aos terrenos *abertos*, ou sejam publicos, commons, ou particulares, estabelece o Codigo como principio geral, que a todos, sem distincção de pessoas é lícito dar caça aos animais bravios, no tempo e pelos modos que não tiverem sido prohibidos pelos regulamentos administrativos.

Este principio tem, no entretanto, duas ordens de excepções:  $\alpha$ ) umas, applicaveis tanto aos terrenos públicos, como aos commons e particulares, determinadas no interesse da agricultura, e em certo modo na defeza da propriedade;  $\beta$ ) outras, relativas sómente aos terrenos públicos ou commons, estabelecidas no interesse exclusivo da protecção das especies uteis.

$\alpha$ ) No interesse da agricultura prohibe a lei expressamente o exercicio da caça nos terrenos semeados, qualquer que seja a natureza da sementeira, emquanto se não effectuar a colheita (art. 385.º); e nos terrenos plantados de arvores ou ar-

bustos fructiferos e vivazes, de grande ou pequeno porte, só é permittido caçar quando d'ahi não resulte prejuizo para o proprietario, já pelo damno causado involuntariamente pelo caçador ou pelo seu sequito, já pela facil e quasi sempre inevitavel subtração dos fructos que gente menos escrupulosa podesse fazer a pretexto de caçar.

A's camaras municipaes compete fixar os prazos em que, no segundo caso, a liberdade da caça deve cessar, tendo em vista a distincção feita nos artt. 386.º e 387.º do Cod. Civ. entre plantas de grande e pequeno porte; mas nos terrenos *semeados* o simples facto da sementeira é bastante para impedir a entrada do caçador no predio, sujeitando-se os transgressores ás respectivas penalidades.

As queixas apresentadas pelos proprietarios da Extremadura, que se acham reproduzidas no preambulo do *Alvará* de 1 de julho de 1776, e poderiam com razão ser perfilhadas pelos das restantes provincias do reino, fornecem aos preceitos do Cod. Civ. uma justificação completa <sup>1</sup>; e para lamentar é que algumas camaras municipaes, a quem a lei, por ser impossivel estabelecer uma regra uniforme para todo o país impôs o dever de fixar os prazos em que a liberdade de caçar tem de ceder aos legitimos direitos do agricultor, tenham descurado o assumpto, dando logar a lamentaveis abusos por parte de caçadores menos escrupulosos.

$\beta$ ) No intuito de proteger as especies uteis, offerecendo-lhes asylo seguro contra a perseguição do homem, podem as auctoridades administrativas

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 63, 218.

proibir a caça em certos terrenos públicos ou communs, por modo absoluto, em qualquer tempo e por qualquer fôrma. Nestes terrenos, embora não cultivados nem murados, a ninguem é licito entrar para dar caça aos animaes bravios que nelles se encontram.

Entre os terrenos administrativamente exceptuados podemos mencionar as mattas e terrenos arborizados a cargo das circumscripções hydraulicas, onde é prohibida a caça de qualquer especie, e por qualquer fôrma que seja, salvo como providencia de policia florestal, pelos mestres e guardas, com ordem da direcção, sob pena do pagamento da multa de 5\$000 a 25\$000 réis. <sup>1</sup>

Além d'estas restricções ao livre exercicio da caça, está o caçador em todo o caso sujeito aos regulamentos administrativos que determinam o tempo e o modo da caça — ainda que seja proprietario do terreno, salvas as hypotheses especiaes dos artt. 391.º e 392.º do Cod. Civ., como por mais duma vez se tem dito; e sem prejuizo do preceito do art. 393.º, que prohibindo *absolutamente* a destruição dos ninhos, ovos, ou ninhadas de aves de qualquer especie nos predios alheios, implicitamente reconhece ao proprietario o direito de os destruir no proprio predio.

Affastando-nos, com effeito da opinão mais seguida, entendemos que o exercicio deste direito está, tambem, subordinado á regulamentação administrativa nos terrenos abertos, ou tapados por modo que os animaes possam entrar e sahir livremente, por ser essa a regra geral em relação

á caça, e não haver preceito algum de lei que determine o contrário.

No *regulamento da caça para o districto de Coimbra*, de 28 de abril de 1892, seguiu-se este mesmo parecer, ampliando-se o preceito do art. 393.º aos animaes quadrupedes, pois se dispõe no art. 14.º que « é absolutamente defeso destruir nos predios alheios e nos seus próprios que não estejam nas condições dos do art. 5.º (*correspondente ao art. 391.º do Cod. Civ.*), os ninhos de perdizes, codornizes, lebres e luras de coelhos; e bem assim prejudicar de qualquer modo as ninhadas destas especies de caça ».

Nem do facto da lei fallar de *aves de qualquer especie* deve concluir-se, como faz o sr. DIAS FERREIRA <sup>1</sup>; que o seu preceito abrange tambem os ovos, ninhos e ninhadas de quaesquer *aves domesticas*, porque a occupação destas aves regula-se por preceitos differentes dos estabelecidos para a caça, e o art. 393.º está collocado numa secção que, salva a hypothese particular do § un. do art. 392.º, só á caça se refere.

Seria com effeito absurdo que o legislador permittisse a destruição das aves domesticas sómente no tempo em que ellas podem causar prejuizos no campo, no proposito manifesto de evitar estes prejuizos, e ao mesmo tempo conferisse ao proprietario o direito de em qualquer tempo destruir os ovos e ninhadas das mesmas aves, dos quaes geralmente não provém ao predio damno algum.

<sup>1</sup> DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 273: « Não obstante o favor que merecem as creações e o augmento da caça, póde o proprietario destruir os ninhos, ovos ou ninhadas de aves, que encontre nas suas terras, qualquer que seja a especie de aves, gallinhas, patos, ou perus, etc., porque só nos predios alheios é prohibida a destruição ».

<sup>1</sup> Regulamento de 19 de dezembro de 1892, art. 308.º

A meu juizo o art. 393.º do Cod. Civ., como todos os outros da mesma secção que expressamente não declarem o contrário, só devem applicar-se aos animaes bravios e selvagens, porque só estes podem ser objecto de caça.

**VII. — Disposições communs.** O caçador apropria-se do animal pelo facto da apprehensão, considerando-se apprehendido o animal que é morto pelo caçador, emquanto dura o acto venatorio, ou que é retido nas suas artes de caça (art. 388.º, § un.); mas adquire direito ao animal que ferir, emquanto fôr em seu seguimento, salvo se o animal ferido se recolher em predio vallado, murado, ou tapado com sebes, pois em tal caso não poderá o caçador segui-lo dentro do dicto predio sem licença do dono. Porém se o animal ahí cahir morto poderá o caçador exigir que o dono do predio ou quem o representar, estando presente, lho entregue, ou lhe permitta que o vá buscar, mas sem nenhum sequito, (artt. 388.º pr. e 389.º).

Em todo o caso, o caçador é responsavel pelo damno que causar, o qual será pago em dobro sendo o facto praticado na ausencia do proprietario, ou de quem o representar; e sendo mais de um caçador, serão todos solidariamente responsaveis pelos dictos damnos. Mas o facto da entrada dos cães de caça no predio tapado, independentemente da vontade do caçador, em seguimento do

animal, que haja penetrado no dito predio, só produz a obrigação de mera reparação dos damnos que causarem. A acção para a reparação do damno prescreve por trinta dias, contados desde aquelle em que o mesmo damno foi commettido (art. 390.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º) (16)

As leis e regulamentos administrativos, além dos municipaes, designarão o tempo em que a caça ou certa caça, deve ser prohibida absolutamente, ou por certos modos, bem como as multas que devem ser impostas, quer por contravenção ás ditas leis e regulamentos, quer por violação dos direitos declarados na lei civil (17) (art. 394.º)

**16.** — A caça, sendo uma das fôrmas da occupação, só pôde dar logar á adquisição da propriedade quando satisfaça aos requisitos geraes que em logar próprio indicámos. <sup>1</sup>

A apprehensão material dos animaes é, pois, a causa geradora do dominio, e por isso com razão se dispôs no art. 388.º do Cod. Civ. *principium*, que o caçador só pelo facto da apprehensão se apropria do animal. E' então, e só então, que o animal perde a sua liberdade natural, e fica sujeito ao poder e vontade do homem, ou á sua disposição. Esta apprehensão, no entretanto, pôde ser directa ou indirecta: no primeiro caso é o homem que se apossa por si mesmo do animal, vivo ou morto; no segundo, o animal pôde estar retido

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, XIII.

nas artes de caça, <sup>1</sup> ser apanhado pelos cães, ou encontrar-se por outra razão ao seu dispôr.

A lei considera, tambem, como apprehendido o animal que foi morto pelo caçador, mas sómente emquanto dura o acto venatorio, de modo que, terminado este sem que o caçador se aposses do animal, pôde qualquer pessoa apropriar-se delle livremente pela occupação (art. 383.<sup>o</sup>)

Se o animal cahir morto em predio tapado, onde a caça não é permittida, pôde o caçador *exigir* que o dono do predio ou o seu representante lho entregue, ou lhe permitta que o vá buscar, ficando responsavel, em todo o caso, pelos damnos que causar. Nem aquelle lhe pôde recusar a entrega do animal promptificando-se a pagar o seu valor, porque a lei lhe não dá tal facultade, como bem claramente resulta do confronto do art. 389.<sup>o</sup> com o § un. do art. 402.<sup>o</sup> do Cod. Civ. Quando o proprietario do terreno onde o animal cahiu morto, ou o seu representante, estando presentes, *se recusarem a fazer a entrega, ou quando estiverem ausentes*, poderá o caçador entrar alli, para o indicado fim, mas sem nenhum sequito, ficando responsavel pelo pagamento *em dobro* dos damnos que causar, como se infere do art. 390.<sup>o</sup>, que na generalidade da sua redacção comprehende ambas as hypotheses.

Antes de ter sido apprehendido pelo caçador nos termos que ficam dictos, embora tenha sido ferido mortalmente, o animal considera-se cousa

*nullius*; mas se aquelle que o feriu fôr em seu seguimento ninguem mais tem direito a occupá-lo, porque o nosso Código só concede esse direito ao perseguidor. Não deve, porém, confundir-se este direito exclusivo de occupação com a propriedade do animal, porque esta só apparece quando o animal é apprehendido pelo caçador, ou como tal por lei se considera <sup>1</sup>; não, podendo este, consequentemente, entrar em perseguição do animal nos predios tapados ou vallados, sem licença de seu dono (art. 389.<sup>o</sup> pr.). Só lhe é permittido reclamar ou ir alli pessoalmente buscar o animal perseguido, se este morrer durante o acto venatorio, como fica dicto.

O nosso Cod. Civ. aceitou em parte a doutrina de CORRÊA TELLES <sup>2</sup>, perfilhada por COELHO DA ROCHA <sup>3</sup>, em contraposição a MELLO FREIRE <sup>4</sup> e LIZ TEIXEIRA <sup>5</sup>. No *Digesto Português* encontra-se, com effeito, a seguinte disposição, inteiramente harmonica com o art. 388.<sup>o</sup> do Cod. Civ.: « Aquelle que feriu animal bravo, ou ave, não pôde ser impedido por outro de o perseguir; e emquanto vae em seu seguimento, qualquer outro que o apprehenda lho deve entregar ». Mas levou o legislador moderno mais longe do que os antigos praxistas o seu respeito pela propriedade, pois fez extinguir

<sup>1</sup> No Direito Romano a questão foi por muito tempo controversa, sustentando TREBACIO que o animal ferido pertencia ao caçador emquanto fôsse em sua perseguição, commettendo o crime de furto quem delle se apoderasse; JUSTINIANO, porém, seguiu a opinião opposta, reconhecendo a propriedade do animal áquelle que o apprehendesse materialmente (*Inst.*, § 13. *De rerum divisione*, II 1; L. 5, § 1.<sup>o</sup> D. *De adq. res dom.*, XII, 1). Mas o que feriu o animal tinha neste caso contra o apprehensor a acção de *injuria* (L. 13, § 7, D. *De injur.*, XIV, 10).

<sup>2</sup> CORRÊA TELLES, *Digesto Português*, III, artt. 6 e 8.

<sup>3</sup> COELHO DA ROCHA, *Inst.*, II, § 411.

<sup>4</sup> MELLO FREIRE, *Inst. Jur. Civ.*, III, § 4.<sup>o</sup>

<sup>5</sup> LIZ TEIXEIRA, *Curso de Dir. Civ.*, II, 66.

<sup>1</sup> *Ord.*, Liv. v, Tit. 62, § 6.<sup>o</sup>: «E o que àchar alguma ave, ou alimaria fera em laço, ou em cepo, que outrem armasse em logar, que segundo direito e costume se devem armar, deve entregar isso, que achou em laço alheio, sem outro achadego.»

os direitos do caçador sobre o animal ferido perante a vedação dos predios onde o mesmo se acolheu, enquanto que no antigo direito não se considerava o predio tapado, onde aliás a caça era defeza, como um asylo inviolavel para os animaes feridos. Com effeito, CORRÊA TELLES ensinava tambem que «se a fera ou ave ferida entrar para quinta, ou predio murado, o dono não deve impedir a entrada ao caçador, comtanto que vá sem arma, e sem matilha de cães: salvo se o dono se offerecer a entregar o animal ferido, ou expulsá-lo fóra dos muros».

Quando a caça não é exercida por uma pessoa só, todos os caçadores respondem solidariamente pelas violações de direito e damnos que causarem, nos termos do art. 390.º do Cod. Civ., podendo, consequentemente, o proprietario reclamar a totalidade da indemnisação de todos conjunctamente, ou só de qualquer delles, ou demandar cada um separadamente pela parte que lhe pertence na responsabilidade commum (artt. 752.º e 753.º).

Esta acção, porém, só póde ser proposta no prazo de 30 dias a contar daquelle em que o damno foi praticado; o que é menos justo, porque em tão curto lapso de tempo não poderá muitas vezes o proprietario tomar conhecimento do damno e preparar os elementos indispensaveis para ir a juizo.

A solidariedade abrange tambem, segundo cremos, os damnos causados pelos cães de caça no predio tapado, esteja ou não presente o dono deste; mas na sua ausencia, ao contrário do que succede com os damnos produzidos directamente pelo caçador, que são pagos em dobro, os causados pelos cães que entrarem no predio tapado *independente da vontade* do dono, só produz a obrigação

de mera reparação civil (art. 390.º, § 2.º); devendo, porém, applicar-se-lhes aquella regra se os cães entrarem no predio *instigados pelo caçador*, por ser esse o preceito geral do art.º 390.º e não se comprehender a hypothese na excepção do § 2.º do mesmo artigo. <sup>1</sup>

Estabelecendo a solidariedade entre todos os caçadores para a reparação do damno causado consignou o legislador portuguez um preceito de elementar justiça, dada a impossibilidade em que na maior parte dos casos se veria o proprietario de fazer incidir a responsabilidade dos prejuizos soffridos sobre quem realmente os praticou, o que importaria a impunidade do delinquente e a violação irremediavel do direito de propriedade. No systema da lei o proprietario, provado o damno e a participação do réu na caçada que o originou, tem resalvados os seus direitos; ficando sempre salvo ao caçador que pagou indevidamente, ou mais do que devia, reclamar dos companheiros a sua respectiva parte, nos termos geraes do direito. (Cod. Civ., art. 754.º)

17. — Vê-se do que fica exposto nos tres numeros antecedentes que o exercicio da caça, quer seja em terreno próprio quer em terreno alheio, está sujeito, em regra, a regulamentação administrativa, que só não tem logar nas hypotheses particulares dos artt. 391.º e 392.º do Cod. Civ. Estes

<sup>1</sup> Em sentido contrário se pronuncia o sr. DIAS FERREIRA: «A entrada dos cães no predio tapado, influidos em perseguição do animal, que o caçador nem sempre póde evitar, apenas o responsabilisa pela reparação civil, responsabilidade que não se agrava pelo facto de entrarem no predio instigados pelo caçador, porque não prescreve o Codigo outra pena para este caso» (*Obr. cit.*, t. 1, 282).

regulamentos podem ter um character mais ou menos geral, e devem limitar-se:

- a) — a determinar o tempo em que é defeza a caça das diversas especies;
- β) — a indicar os modos de caçar prohibidos em relação a cada especie, ou a todas ellas;
- γ) — a fixar os limites do periodo em que a liberdade da caça deve cessar nos terrenos abertos alheios, cultivados ou plantados de arvores ou arbustos fructiferos (artt. 385.º, 386.º e 387.º), e as penas em que incorrem os que transgredirem estes preceitos.

O art. 394.º do Cod. Civ. tambem deixa aos regulamentos e leis administrativas a designação das multas que devem ser impostas aos que transgredirem os preceitos relativos ao *tempo* e *modo* da caça, bem como aos que entrarem para caçar em terrenos onde a caça é defeza; mas estando essa materia regulada no Cod. Pen. vigente, art. 254.º é § un. <sup>1</sup>, entendemos que não podem as autoridades administrativas estabelecer outras penalidades para os violadores daquelles preceitos. <sup>2</sup>

A regulamentação da caça é feita geralmente pelas camaras municipaes, a quem o Cod. Adm.,

<sup>1</sup> *Cod. Pen., art. 254.º*, Aquelle que caçar, nos meses em que pelas posturas municipaes, ou pelos regulamentos da administração pública for prohibido o exercicio da caça, ou que, nos meses que não forem defezos, caçar por modo prohibido pelas mesmas posturas ou regulamentos, será punido com a prisão de 3 a 30 dias, e multa correspondente.

§ unico: Será punido com as mesmas penas, mas só a requerimento do possuidor, aquelle que entrar para caçar em terras muradas ou valladas, sem consentimento do mesmo possuidor.

<sup>2</sup> Conf. *Rev. de Leg. e de Jur.*, xv, 513.

dá para isso especial competencia <sup>1</sup>; mas as commissões districtaes, quando julguem conveniente harmonisar a policia da caça em todo o districto, e ouvidas previamente as camaras, podem tambem formular os necessarios regulamentos, devendo, em todo o caso, entrar no respectivo cofre municipal o producto das multas impostas aos transgressores (Cod. cit., artt. 40.º, n.º 5.º, e 66.º, n.º 6.º).

Neste caso, bem como se o governo vier a regulamentar o exercicio da caça, a competencia das camaras cessa *ipso facto*, não podendo mesmo completar aquelles regulamentos, supprindo as suas ommissões, porque lho prohibe o § un. do art. 52.º do mesmo Codigo, onde se dispõe que « não é permitido ás camaras fazer posturas ou regulamentos de policia sobre assumptos da competencia de alguma outra auctoridade ou repartição pública, *ou acerca dos quaes providenciem as leis e regulamentos de administração geral ou districtal* » <sup>2</sup>.

Em todo o caso podem as camaras municipaes tornar o exercicio da caça dependente de licença prévia, pela qual os caçadores terão de pagar certas taxas, que são por lei consideradas como impostos directos <sup>3</sup>.

Nos regulamentos administrativos, ou posturas municipaes devem, tambem, estabelecer-se multas para os que no tempo em que a caça é defêsa a

<sup>1</sup> *Cod. adm., art. 52.º*: ... Compete á camara fazer posturas e regulamentos.

<sup>2</sup> Para policia dos campos e da caça nos terrenos municipaes, nos de logradouro publico e nos particulares onde é permitido o direito de caça.

<sup>3</sup> Conf. o *Officio do Ministerio do Reino* de 25 de abril de 1894, no *Ann. Ia Adm. Pol. e Civ.*, vi, 454; PERDIGÃO, *Apont. cit.*, II, 130.

<sup>3</sup> *Cod. Adm.*, art. 68.º: Os impostos directos são:

« 5.º As taxas pelas licenças para caçar nos terrenos municipaes, nos logradouros publicos, e nos particulares onde é permitido o direito de caça ».

matarem, venderem, comprarem, ou transportarem (Cod. Adm., art. 66.º, § 1.º, n.º 10.º); sendo, além disso, a caça apprehendida « nas ruas, estradas, caes, estações, mercados, lojas de viveres, casas de comida, hospedarias ou outros logares públicos onde fôr encontrada, exposta á venda ou destinada a consumo, e será entregue aos asylos e casas de beneficencia, havendo-os no concelho, e, não os havendo, será vendida, constituindo o seu producto receita municipal » (Cod. cit., art. 66.º § 5.º).

Os chefes das estações dos caminhos de ferro explorados pelo Estado devem apprehender toda a caça que ás mesmas estações concorra no tempo defêso<sup>2</sup>, a não ser que se prove ter sido legalmente occupada, nas condições especiaes em que ao proprietario é permittido fazê-lo, de harmonia com os artt. 391.º e 392.º do Cod. Civ.

Na falta de regulamentos da administração geral ou local sobre o exercicio da caça, devem ainda hoje observar-se os preceitos da *Ordenação*, Liv. v, Tit. 88, quanto ao tempo e ao modo de caçar, visto que a lei de 1 de julho de 1867 não revogou aquellas disposições por recahirem sobre materias que o Cod. Civ. não abrange. Esses preceitos são os seguintes:

*α) Quanto ao tempo:*

1.º — Nas comarcas da Extremadura e dantre Tejo e Guadiana, e no reino do Algarve é absolutamente prohibido caçar perdizes durante os meses de março abril e maio; e nas comarcas da Beira,

Riba de Cóa, Traz-os-Montes e Antre Douro e Minho, durante os meses de abril, maio e junho.

2.º — Nos mesmos logares da Extremadura, entre Tejo e Guadiana e reino do Algarve, é tambem absolutamente prohibida a caça de coelhos e lebres durante os meses de fevereiro, março e abril; e nas outras comarcas durante os meses de março, abril e maio.

3.º — No tempo da neve, onde a houver, quando a terra estiver coberta della, não é permittido caçar emquanto a neve não fôr derretida.

*β) Quando ao modo:*

1.º — Durante o mês de julho, e até meado de agosto, não se pode caçar perdizes a corricão<sup>1</sup>.

2.º — Em todo o tempo é prohibido caçar com boi<sup>2</sup>.

3.º — Em Lisboa, Almada, Cintra, Torres Vedras, Santarem, Thomar, Torres Novas, Porto de Moz, Coimbra, Evora, Monte-mór-o-Novo, Arraiolos, Vimieiro, Extremoz, Souzel, Fronteira, Viana, Vidigueira, Beja e Alcaçovas é prohibido caçar ou matar perdizes com candeos, rêdes de cevadouro, perdigão ou perdizes de chamado<sup>3</sup>.

Mas a permissão da caça em certas e determinadas epochas, ou por certas e determinadas fôr-

<sup>1</sup> Acossar a caça com cães.

<sup>2</sup> O artificio de caça que se designava por este nome, consistia em o caçador se cobrir com o couro de um boi, representando assim a figura deste animal, de que as aves se não espantam e que antes acompanham, deixando-se apanhar por este meio mui facilmente. (VITERBO, *Eluc. á palavra boi*.) *Conf. SEABRA, Propr., I, 144.*

<sup>3</sup> PERDIGÃO, *Obr. e log. cit.*

<sup>2</sup> *Port. do Min. das Obr. Pub.*, de 9 de abril de 1888.

mas, não dispensa o caçador do cumprimento de quaesquer leis especiaes que, por motivos de utilidade pública, restrinjam de algum modo aquellas faculdades, v. gr., a caça por meio de armas de fogo, que só pôde ser exercida, no tempo em que os regulamentos administrativos a permitem, por quem houver alcançado licença de porte de armas do administrador do concelho da sua residencia, ou do governador civil quando resida no concelho da capital do districto (Cod. Adm., artt. 278.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 5.<sup>o</sup> e 279.<sup>o</sup>), pagando, em todo o caso, o respectivo imposto do sêllo, que é de 2,400 reis por anno <sup>1</sup>.

Estas licenças, que são válidas em todo o reino <sup>2</sup> (Cod. cit. art. 278.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 22.<sup>o</sup>), poderão ser passadas por qualquer periodo de tempo, desde um até 12 meses, sendo o respectivo sêllo pago proporcionalmente; devendo, porém, ser passadas por forma que terminem no ultimo dia do anno civil em que forem concedidas; mas se forem tiradas só por um mês paga-se a quinta parte da taxa respectiva a um anno, como expressamente se determina na respectiva tabella.

Na pratica concede-se geralmente licença para uso e porte de quaesquer armas, considerando-se revogado o Decreto de 25 de outubro de 1836, que prohibia absolutamente o uso *das armas curtas, e das espingardas ou pistolas fulminantes* (art. 2.) para as quaes não podia ser concedida licença <sup>3</sup>; em todo o caso, na *Port.* de 8 de fev. de 1879, (*Coll. Off. Leg.* 19) manda-se observar na

<sup>1</sup> Lei de 24 de maio de 1902, xxii.

<sup>2</sup> Conf. *Port.* 20 de agosto, 87; Res. M. R. de 13 de agosto, 88, (*Ann.* t. 290.)

<sup>3</sup> Conf. PERDIGÃO, *Obr. cit.*, I, 384; *Rev. de Leg. e de Jur.*, x, 366, 602.

concessão de taes licenças o disposto nos artt. 3.<sup>o</sup>, 4.<sup>o</sup> e 5.<sup>o</sup>, do citado decreto.

E assim, em harmonia com o preceituado no art. 4.<sup>o</sup> do mesmo decreto, não é necessario que o impetrante preste fiança, para lhe ser concedida a licença, mesmo no caso de não ser conhecido do respectivo magistrado administrativo, pois aquella lei só manda lavrar termo de abonação de duas pessoas idoneas, que affiancem ser elle incapaz de abusar das armas, segundo opina o *Direito* (xx. 120; xxiii. 40; xxvi. 361).

A licença de porte d'armas, tanto pode ser concedida em termos genericos, e sem restricção alguma, como para o fim especial de caçar; mas ainda no primeiro caso se pôde tambem usar d'ella para este fim. Quando, porém, a licença é só para caçar, não pode usar-se das armas para fins diversos; e quando é só concedida para defêsa opina egualmente o *Direito* (xxiii. 40), que não pôde usar-se d'ella para caçar, porque a licença deve ser applicada conforme os termos da concessão. Em todo o caso esta opinião parece-nos pouco segura.

A falta de sêllo nas licenças obriga á pena de multa, mas não annulla a licença; e o uso e porte de armas sem licença, sujeita ás penas do art. 253, § 1.<sup>o</sup> do Cod. Pen. (*Direito*, xx. 34).

Se fôr injustamente negada a licença pelo administrador do concelho, ou pelo governador civil, pôde recorrer-se para este da recusa de aquelle, e para o governo da recusa do governador civil, aos quaes respectivamente compete remediar e castigar este abuso (*Rev. de Leg. e de Jur.* xxiii. 354).

Os funcionarios, que forem legalmente e sem limitação alguma auctorisados a usar de armas, podem empregá-las no exercicio da caça, sem impetrarem licença da auctoridade <sup>1</sup>.

§ 2.º — Da pesca

**VIII.** — Razão de ordem. Chama-se *pesca* á occupação das especies ichthyologicas contidas no seio das aguas.

Póde ser *maritima* ou *fluvial*, conforme se exerce nas aguas salgadas ou nas aguas doces; a primeira subdivide-se em *pesca costeira*, que é toda a exploração das especies animaes do mar que se pratica nas costas, enseadas, bahias, portos, rios, etc., onde chegam as aguas salgadas; e *pesca do alto mar*, que se faz em paragens longinquoas com armamentos especiaes, adequados ao ramo a que se destinam <sup>1</sup>.

A pesca fluvial é tambem de duas especies: *fluvial propriamente dicta*, que se exerce nos rios e correntes de agua doce; e *lacustre*, que tem logar nos lagos ou lagôas interiores do país.

<sup>1</sup> *Decr.-regul.* de 1 de agosto de 1884, art. 180.º. No *Reg. geral das capitánias*, serviço e policia dos portos do reino e ilhas adjacentes, de 1 de dezembro de 1892, faz-se a classificação da *pesca marítima* em tres grupos: *pesca do alto*, que se realisa fóra das aguas territoriaes, *pesca costeira*, que se exerce naquellas aguas; e, finalmente, *pesca fluvial*, que tem logar nas aguas interiores salgadas. Mas em diplomas posteriores, mormente depois que ficou radicalmente separada, sob o ponto de vista administrativo, a pesca marítima da que se verifica nas aguas doces, a designação de *pesca fluvial* é geralmente applicada á que se realisa nas aguas interiores do país.

<sup>1</sup> *Rev. de Leg.* XXVI. 516; *Rev. de Dir. Adm.* XVI. 158. Podem usar de armas sem licença, para defesa de suas pessoas, e dos serviços que lhes competem, segundo a citada *Revista* (XXIX, 209) os seguintes individuos:

- 1.º Os ministros e officaes de justiça;
- 2.º Os delegados e sub-delegados do procurador regio;
- 3.º Os governadores civis e administradores de concelho em virtude de suas funções policiaes.
- 4.º Os regedores de parochias e cabos de policia;
- 5.º Os commissarios de policia e seus subordinados;
- 6.º Os escrivães de fazenda;
- 7.º Os recebedores e seus propositos;
- 8.º Os secretarios das camaras municipaes;
- 9.º Os secretarios das administrações de concelho;
- 10.º Os empregados telegrapho-postaes, incluindo os guarda-fios, distribuidores ruraes, depositarios de caixas de correio e vendedores de sêllos;
- 11.º Os empregados dos pharoes;
- 12.º Os empregados encarregados da guarda e policia dos caminhos de ferro;
- 13.º Os chefes de conservação e cantoneiros das estradas a cargo do governo;
- 14.º Os mestres e guardas dos serviços hydraulicos;
- 15.º Os empregados do serviço interno das alfandegas;
- 17.º Os empregados das alfandegas e da fazenda, incumbidos de fiscalisar o contrabando e o descaminho;
- 18.º Os correios das secretarias do estado.

O Cod. Civ. portuguez não faz distincção entre pesca maritima e pesca fluvial, estabelecendo preceitos communs a ambas; mas na legislação administrativa profundas differenças as separam, achando-se hoje minuciosamente regulados em diplomas especiaes o modo, tempo, e demais condições em que póde exercer-se a pesca das principaes especies de peixes de agua salgada, por modo diverso do que foi estabelecido para a pesca nas aguas interiores do país.

Na impossibilidade de estudar a materia em toda a sua complexidade, limitar-nos-hemos a indicar os principios fundamentaes estabelecidos no Codigo, e alguns dos mais importantes preceitos regulamentares, dando preferencia á pesca fluvial por ser a que, por suas estreitas relações com o direito de propriedade, mais particularmente nos interessa (18).

18. — A história da pesca acompanha por muito tempo a história da caça; e se esta teve nos primordios da civilização um papel dominante, porque os homens foram obrigados a recorrer a ella não só para se alimentarem com os seus productos, mas ainda para defêsa da propria vida, não tardou que a pesca assumisse uma importancia maior como fonte inexhaurivel e preciosa da alimentação dos povos.

Na sua larga evolução a caça e a pesca atravessam a idade antiga e a meia-idade confundidas no mesmo regimen juridico: livres a principio,

absorvidas depois no sorvedouro insaciavel das pretensões reaes, e mais tarde usurpadas pelos grandes senhores como privilegios inherentes á posse das suas terras, ou direitos incluídos nas doações regias.

Longa e penosa foi a lucta que os povos, privados absolutamente do direito de pescar, ou sobrecarregados com insupportaveis tributos quando tal faculdade lhes foi concedida, tiveram de sustentar contra os poderosos, que se arrogavam aquelles direitos; mas taes privilegios não podêram resistir ao influxo benefico da civilização moderna que proclamou a liberdade da pesca, como proclamou a liberdade da caça bem menós importante do que aquella.

Cêdo se reconheceu, porém, a necessidade inadiavel de regulamentar o exercicio deste direito, não só para evitar que a insciente cupidez dos pescadores destruísse as especies uteis, que ainda são nos modernos tempos uma fonte abundantissima da alimentação de todos os povos, o recurso providencial das classes pobres que demoram juncto do mar ou dos grandes centros piscatorios, mas tambem para evitar os conflictos, desgraçadamente, bem frequentes, entre a numerosa e rude classe dos pescadores.

Em todos os povos civilizados a indústria da pesca, nas suas multiplas manifestações, especialmente a maritima, tem sido objecto de estudos conscienciosos, e de cuidado attento por parte dos respectivos legisladores e homens de sciencia, mormente na França, onde actualmente se procura com afincio remediar as desastrosas consequencias de certos processos de exploração, imprevidentemente auctorizados quando os seus efeitos ainda não eram conhecidos.

Portugal, a quem por sua privilegiada situação geographica e seculares tradições nauticas <sup>1</sup> o problema muito interessa, não tem descurado o seu estudo, mormente nos últimos tempos, em que a intelligente iniciativa da *Commissão Central de Pescarias* se tem feito sentir beneficemente sobre o desenvolvimento progressivo desta importante indústria.

18. *bis.* — O direito de pesca foi entre nós livre para toda a gente nos princípios da monarchia <sup>2</sup>; mas a cupidez dos senhores, usurpando

<sup>1</sup> Na *Provisão* de 13 de janeiro de 1773 descreve D. José em breves palavras o papel importantissimo que as pescarias exerceram na economia e destinos da nação: « . . . Me foi presente que as pescarias, e marinhas do Algarve, as quaes em outro tempo fizeram a opulencia do mesmo reino, e as bases da marinhagem e da navegação, com que depois de fundada pelo grande INFANTE D. HENRIQUE se descobriram os novos mares e novas regiões, as novas especies e materias do commercio antes desconhecidas, e os novos thesouros que produzirão o último estado de policia e abundancia, e decoro de que toda a Europa está ha quasi tres seculos gosando . . . ».

Muitos outros diplomas da nossa antiga e nova legislação tem salientado, com o devido louvor, a benéfica influencia das pescarias sobre os destinos do paiz, não só pelos seus effeitos economicos, mas sobretudo na formação do espirito aventureiro e ousado dos heroicos marinheiros que levaram a bandeira portugueza ás mais afastadas regiões do globo.

<sup>2</sup> Além da prohibição geral de fazer *coutadas* nos montes e rios, nada se encontrava nas *Ordenações Affonsinas* e *Mamequinas* relativamente á pesca, sendo D. SERRASTÃO o primeiro a regulamentá-la minuciosamente. As razões que o determinaram a proceder assim constam do preambulo da Lei de 19 de dezembro de 1560: « Faço saber que eu sou informado . . . que por não ser provido acerca das pescarias dos rios dagoa doce, e por usarem de redes varredouros, lençoadas, tesões, atarrafas, e iredmalhos, e outro genero de redes de malha, tão meúda e apertada, que se toma todo o peyxe, assi grosso como meúdo, e que alem disso lançam nos ditos rios trovisco, barbascos, coca, cal, e outros materues peçonhentos com que matão o peyxe todo e criação delle, e alem disso por os ditos materues serem peçonhentos, fazem muyto dano aos gados, que nos ditos rios e alagoas bebem, sobre o qual os officiaes das camaras d'alguns logares de meus reynos me escreveram, pedindo-me que protesse acerca disso . . . ».

As disposições desta lei foram depois ampliadas pelo referido monarcha na Lei de 1 de julho de 1565, que serviu de base á *Ordenação Philippina* do Liv. v, Tit. 88, e ainda ao n.º 3.º do art. 255.º do Cod. Pen. de 1852, reproduzido, sob equal numero, no de 1896.

direitos que as ideias do tempo incluíam nas prerogativas da corôa, frequentes vezes se contrapôs áquelle salutar principio, mormente nas aguas interiores do paiz, *coutando* em seu proprio beneficio, no todo ou em parte, alguns rios, que atravessavam ou banhavam os seus senhorios, embora considerados em direito como públicos.

Não poucas vezes os povos reclamaram, mas sempre os reis foram impotentes para remediar o mal, como succedeu em relação á caça, repetindo-se os abusos dos poderosos, umas vezes reservando o exercicio da pesca para seu uso exclusivo, outras onerando com tributos, mais ou menos toleraveis, aquelles que obtinham licença para pescar, quer nos rios interiores, quer no mar costeiro.

Nas côrtes de Evora de 1391 queixaram-se os povos a D. João I de muitos senhores, cavalleiros e escudeiros, e outras pessoas fazerem por si *coutadas* nos rios: e os mesmos queixumes foram mais tarde repetidos nas côrtes de Lisboa de 1653, pelos procuradores da villa de Vianna e Foz do Lima, representando « que no rio Lima faziam *coutadas* algumas pessoas pedorosas, prohibindo a pescaria sendo o rio Lima público e commum a todos, sem para isso terem doação ou privilegio algum, o que determinou o *Alvará* de 24 de abril de 1654 que prohibiu expressamente se fizessem *coutadas* na pescaria do dicto rio, sob pena de 50 cruzados e dois annos de degredo para a Africa.

Os proprios reis, prejudicados pelas usurpações dos seus vassallos, tiveram por vezes de intervir energicamente, cohibindo os seus abusos, em nome dos direitos da Real Fazenda. Disso dá prova o *Alvará* de 10 de novembro de 1610, em que PHILIPPE II « informado de que pelo Presidente e Deputados mais antigos da Meza da Consciencia e

Ordens se passou uma Provisão, para neste reino e nas mais partes ultramarinas de seus Reinos e Senhorios, se não pagarem os direitos devidos á sua Real Fazenda, das pescarias que se fizessem aos domingos e dias sanctos, para a canonisação dos bemaventurados S. PEDRO GONÇALVES TELMO, e S. GONÇALO DE AMARANTE», fez reverter em seu proveito todos os direitos das pescarias que se fizessem em qualquer tempo, declarando sem valor e abusiva aquella provisão, que era de 23 de dezembro de 1608; não sendo menos explicito o Alvará de 30 de janeiro de 1615, em que o mesmo rei ordena se não paguem mais ao CONDE DE ATHOUGUIA os tributos que abusivamente cobrava dos pescados que os pescadores de Peniche iam vender fóra do reino, por serem devidos, conforme o direito e justiça, á sua Fazenda.

Na diminuição do rendimento do imposto do pescado, mais do que na defeza dos direitos e interesses dos pescadores, se encontra, decerto, a razão de muitas providencias tomadas pelos nossos reis no intuito de corrigir os abusos e usurpações dos senhores; e por isso, uma véz satisfeitos os direitos da Real Fazenda, deixavam-se os pescadores abandonados ás extorsões dos poderosos em cujas terras a venda do pescado tinha de fazer-se, o que trouxe, como logica consequencia, a ruina das pescarias, que não podiam supportar as taxas, portagens, sizas, e tantos outros impostos que incidiam sobre o peixe transportado de terra para terra.

No Algarve, onde mais abundante e desenvolvida foi a industria piscatoria, por tal modo se fizeram sentir os perniciosos effeitos «da multiplicação dos intoleraveis tributos e encargos que lhes forão obstados tanto nas sahidas de seus respectivos

Corpos, como nas passagens das Cidades, Villas, e Logares por onde transitavam e a que se dirigião», que D. JOSÉ, reconhecendo o mal, julgou necessario prover-lhe de remedio, «reparando as ruínas causadas pela necessidade de tantas, tão onerosas, ou tão differentes Arrecadações e de tantos Fóraes, Alvarás, Provisões, e Ordens, quantos forão os que causaram as referidas implicações, e as oppressões que dellas se seguirão por não se haverem feito nos tempos em que se accumularam aos sobredictos titulos (de doações) as reflexões necessarias para se precaver os grandes embarços e as dissonantes desordens, que resultarã de se verem dentro do mesmo Reino, Fóraes, Leis e interesses entre si repugnantes e taes que os de huma das referidas Terras não só impedissem mas impossibilitassem a Pesca e Trafico do Commercio das outras, como infelismemente veio a acontecer»; e com effeito, na Provisão de 13 de janeiro de 1773, isentando de imposto o peixe destinado a sustento dos pescadores, lançou sobre o restante a taxa unica de 20 0/0, abolindo todos os outros direitos que, sob qualquer denominação e por qualquer titulo, fossem até então exigidos do pescado.

Em complemento de tão salutaes disposições, foi creada por Alvará de 15 do mesmo anno e mês, a Companhia Geral das Pescarias Reaes do Reino do Algarve, no intuito de restaurar as pescarias reaes do atum e da corvina em toda a costa do Algarve, sendo-lhe concedidas grandes vantagens e privilegios; e dadas novas providencias, no Alvará de 17 de março de 1774, por ter mostrado a experiencia «que, além dos favoraveis e benignos remedios já estabelecidos, ainda necessitavam de outros que fossem tão promptos, como efficazes, para desobstruir a errada imaginação, e mal

*entendidas liberdades dos Homens do mar e Pescadores do referido Reino, e para os obrigar a se aproveitarem dos grandes beneficios, que lhes tinha liberalmente repartido, e que procurava promover-lhes de um modo, que os segurasse de nunca mais se acharem privados delles» ; reconhecendo-se, tambem, aos pescadores de Setubal, que por intoleravel abuso contra a liberdade natural e utilidade publica, eram obrigados a conduzir toda a pescaria áquella villa, o direito de conduzirem livremente o peixe que matassem para todo e qualquer porto ou barra, sem limitação ou restricção alguma <sup>1</sup>.*

Não bastaram, porem, estas providencias para levantar no seu quasi aniquilamento as pescarias nacionaes, vendo-se D. MARIA forçada a isentar completamente de direitos, pelo tempo de 10 annos <sup>2</sup>, todo o peixe secco ou salgado, ou que fosse destinado para este fim. As razões e os propositos que a determinaram constam expressamente do Alvará de 18 de junho de 1787 : « *Havendo tomado na Minha Real Cousideração levantar da grande decadencia a que tem chegado as Pescarias destes Reinos, e ilhas adjacentes e da qual tem resultado consideravel detrimento á Navegação e Marinha ; e tambem consideravel falta de huma grande parte da subsistencia dos povos do continente respectivo a cada huma das referidas Pescarias, e ainda no interior do Reino ; e que a numerosa porção de familias, que vivem deste trafego, o vai desamparando, por achar*

<sup>1</sup> Decreto de 2 de setembro de 1775 ; Conf. o Decreto de 20 de fevereiro de 1783.

<sup>2</sup> Conf. Decreto de 7 de agosto de 1790. Esta isenção foi prorogada successivamente por Decreto de 30 de março de 1797, e Alvarás de 3 de junho de 1805, e 15 de junho de 1825.

*nelle a sua ruina, em lugar de utilidade, que por este mesmo procurava ; E havendo Eu ao mesmo tempo conhecido que os excessivos direitos, contribuições e gabelas, que se achão impostas sobre o Pescado, assim fresco, como seco, e salgado, tem sido, e são huma das causas, que tem concorrido para a sobredita decadencia ; Querendo Eu animar as Pescarias destes Reinos e ilhas adjacentes de um modo, pelo qual não só fique gosando das mercês, isenções, e privilegios, que lhes forão concedidos pelos Senhores Reis Meus Predecessores ; mas tambem para que delle possa resultar hum vantajoso progresso ás mesmãs Pescarias, e á Marinha, em beneficio geral da commodidade, da abundancia e da subsistencia dos Meus Fieis Vassallos . . . »*

Mais notaveis foram, no entretanto, as medidas tomadas por D. JOÃO VI, como regente do reino, no Alvará de 3 de maio de 1802, onde, depois de fazer sentir « *Que sendo as Pescarias um dos mais importantes ramos da industria nacional, em razão dos muitos individuos, que nellas se occupão, e dos muito mais, a quem procurão uma substancia comoda, forão portanto sempre consideradas pelos Senhores Reis Meus Predecessores, como um objecto muito digno da sua Real Attenção, dando para o seu augmento as providencias mais opportunas, e luminosas, pelas quaes se veio a conseguir, não só o abastecimento do Reino, mas um consideravel superfluo, que se extrahia com grande vantagem da navegação nacional, que assim fizerão o nome Portuguez famoso em todo o mundo : E porque muitas daquellas providencias se tem posto em esquecimento com grande prejuizo da causa publica, e outras não produzem agora os effeitos, que se tiverão em vista, quando forão ordenadas, querendo animar, Proteger uma industria tão proficua aos meus fieis vas-*

*sallos*. » declara em primeiro logar que *será livre a todos pescar no alto mar e suas costas independentemente de qualquer licença*, sendo apenas obrigados os mestres das embarcações a declarar a qualidade da sua embarcação, redes de que usam, e numero de pessoas da sua companhia; isenta de direitos o que fôr necessario para a construcção de barcos de pescar no alto mar, promettendo maiores auxilios a qualquer nova empreza que devesse trazer notavel augmento de pescaria; manda dar livre de direitos todo o sal que os pescadores necessitarem levar para o mar afim de beneficiarem as suas pescarias; manda proteger os barcos de pesca pela Real Armada contra os corsarios das potencias inimigas; e prohibe, que nos rios de Lisboa e Setubal, e na distancia de cinco leguas das bocas dos mesmos rios, se use de certas rêdes, tarrafas, chichorros, tartaranhas <sup>1</sup>, etc., no intuito de assegurar o desenvolvimento natural das especies ichthyologicas; não permittindo, finalmente, que os barcos de pesca sejam penhorados, nem mesmo pelas dividas da Real Fazenda.

As reformas liberaes, abolindo os privilegios exclusivos, deixaram livre a todos o direito de pesca, ainda mesmo nos rios legitimamente coutados pelo poder real, perdendo as baleias e os peixes monstruosos a sua realza, como diz um escriptor.

O Decreto de 6 de novembro de 1830, ao mesmo tempo que abolia todos os direitos, contri-

<sup>1</sup> O uso das tartaranhas foi transitoriamente permittido, em casos especiaes. *Conf.* Editaes do Senado de Lisboa de 14 de junho de 1803 e de 13 de julho do mesmo anno.

buições, dizimas, gabelas ou imposições, debaixo de qualquer nome, titulo ou pretexto, com que até então se cobravam, ou exigiam do peixe pescado em barcos ou navios portuguezes, por companhias ou tripulação portuguesa, quer nos mares das costas de Portugal, quer no mar largo, ou em pescarias longinquoas, ou nas costas pertencentes a qualquer outro Estado (art. 1.<sup>o</sup>), reconhecia explicitamente, emquanto á pesca maritima, que *a todos os portuguezes e pessoas legalmente domiciliadas nos dominios de Portugal, era licito pescar toda a sorte de peixe, e com qualquer armação, rede, ou arte, que não seja prohibida por lei geral; salgá-lo, empilhá-lo, seccá-lo, ou derretê-lo, como mais lhe convier* (art. 19.<sup>o</sup>), devendo os barcos tirar annualmente licença, a qual, todavia, lhes não podia ser negada (art. 14.<sup>o</sup>).

Esta doutrina, tão liberal como justa, foi sempre mantida na legislação posterior, e ainda mesmo na actual não devendo considerar-se verdadeira excepção a este principio a faculdade que o governo se reserva expressamente de conceder a certas pessoas ou empresas a pesca exclusiva nalgumas zonas das aguas jurisdicionaes maritimas ou das aguas públicas do interior, porque taes concessões, sendo feitas por arrematação a que todos podem concorrer não teem o caracter de *privilegio*, e são determinadas por motivos ponderosos de interesse público.

## A) Da pesca fluvial

**IX.** — Das pessoas que podem pescar. É licito a todos, sem distincção de pessoas, e independentemente de licença, pescar nas *aguas públicas* interiores do paiz, com a linha fluctuante de mão, excepto nas épochas defêsas, determinadas nos regulamentos administrativos (*Cod. Civ., art. 395.º; Regulamento de 20 de abril de 1893, art. 64.º*).

O governo, pelo Ministerio das Obras Públicas, Commércio e Indústria, ouvida a *Commissão central permanente de piscicultura*, poderá conceder ou contractar por arrematação o exclusivo da pesca em determinadas zonas dos rios, rias, esteiros, canaes e lagôas públicas, a companhias, emprezas, ou particulares mediante a licença de pesca annual de 1\$000 réis por hectare de superficie concedida, e a quantia que em praça fôr offerecida pela zona pedida pelos emprezarios, gerentes, ou particulares <sup>1</sup>. Nas zonas concedidas só ao con-

<sup>1</sup> Os tramites para obter estas concessões são os seguintes :

1.º A concessão ou contracto será requerido ao governo por intermedio dos directores das circumscrições hydraulicas, acompanhando o requerimento da planta da zona pedida, condições da concessão ou contracto, e preço offerecido pela arrematação do exclusivo da pesca na zona pretendida ;

2.º Os directores das circumscrições hydraulicas depois de abrirem inquerito administrativo, e de investigarem todas as condições da proposta informa-

cessionario ou arrematante, ou a pessoa que este auctorisar, será permittida a pesca por meio de quaesquer apparatus ou redes <sup>1</sup>, exceptuando a linha fluctuante de mão que é permittida a todos (*Reg. cit., art. 65.º pr. e § 5.º*).

Nas zonas de aguas públicas não concedidas nos termos indicados, séra permittida a pesca, com todos os apparatus não prohibidos pelos regulamentos administrativos, mediante a licença annual e individual de 1\$000 réis.

Nas *aguas communs* a todos é licito pescar, sem distincção de pessoas, guardadas as prescripções dos regulamentos administrativos, quanto ao tempo e ao modo da pesca (*Cod. Civ., art. 395.º*).

O direito de pesca nas *aguas particulares* pertence exclusivamente aos donos dos prediós, onde taes aguas estão ou correm; não estando

rão os requerimentos, em harmonia com as prescripções regulamentares, concluindo pela approvação ou rejeição do pedido;

3.º Os processos instruidos, conforme preceituum os n.ºs 1.º e 2.º subirão á consulta da *Commissão central permanente de piscicultura*, ouvido o inspector dos serviços de exploração das aguas interiores do paiz, e em seguida serão submettidos a despacho do ministro pela direcção dos serviços agricolas;

4.º O governo resolverá, segundo as informações, se deve ou não fazer a arrematação, firmando o termo de concessão ou contracto, e incluindo as condições de ser válido por um anno civil e intransmissivel durante este prazo, ficando o concessionario com a preferéncia para o anno seguinte quando o preço da arrematação fór igual ao de outro licitante;

Os annuncios para os arrendamentos por zonas serão publicados no jornal official e affixados naç igrejas matrizes do concelho em que a zona fór situada; e os arrendamentos serão feitos durante o prazo de sessenta dias, desde 15 de outubro até 15 de dezembro de cada anno, começando o contracto a vigorar no 1.º de janeiro do anno seguinte (*Reg. de 20 de abril de 1893, art. 65.º e 67.º*).

<sup>1</sup> Os transgressores incorrem na multa de 5\$000 a 50\$000 réis (*Reg. cit., art. 71.º*).

sujeita aos regulamentos administrativos a pescaria nas lagôas, tanques, viveiros e parques particulares, cujo peixe não possa ter entrada e sahida livre, salvo o caso do peixe ser destinado á venda, em que os referidos estabelecimentos podem ser visitados pelo *inspector* dos serviços de exploração das aguas interiores do país (*Cod. Civ., art. 399.º; Reg. cit., art. 62.º § un.*)

Serão consideradas *aguas particulares*, para o effeito do exercicio da pesca, os canaes de irrigação, albufeiras, estabelecimentos de piscicultura e piscifectura, viveiros, parques, e quaesquer prezas ou correntes artificiaes de agua, que forem possuídas pelo Estado, por alguma empreza ou companhia, ou gremio de proprietarios, organizado nos termos do Decreto de 30 de setembro de 1892, ou por particulares observadas as disposições do Regulamento de 20 d'abril de 1893 (*cit. Reg., art. 63.º*) (19)

19. — O Cod. Civ. reconhecia a toda a gente, em termos identicos, o direito de pescar tanto nas aguas publicas como nas communs, salvas, em todo o caso, as limitações postas pelos regulamentos administrativos (art. 395.º). A legislação complementar veio, porém, estabelecer differença entre umas e outras, deixando inteiramente livre o exercicio da pesca nas aguas communs, no tempo e pelos modos não expressamente prohibidos, mas exigindo licença previa para pescar nas aguas publicas interiores do país, e permittindo a explo-

oração exclusiva de certas zonas por pessoas que queiriram e obtenham a sua concessão.

Sómente a pesca feita por meio da linha de mão fluctuante permanece livre para todos, tanto nas aguas públicas, como nas communs. O § un. do art. 64.º do Regulamento de 20 d'abril de 1893 define expressamente em que consiste este modo de pescar <sup>1</sup>.

Com relação ás aguas particulares aquelle regulamento manteve o principio de que só o proprietario, ou quem delle houver licença, alli poderá exercer a pesca, quer o peixe tenha entrada e sahida livre, quer não; neste ultimo caso, porém, o proprietario pôde pescar em qualquer tempo e por qualquer modo, ao passo que tendo o peixe entrada e sahida livre tem de conformar-se a tal respeito com as prescripções administrativas, estabelecidas no intuito de assegurar, no interesse da collectividade, a convéniente reprodução e conservação das especies ichthyologicas. Mas o significado da expressão *aguas particulares* para o effeito da pesca é diferente do seu significado geral, fornecido pelo art. 3.º do Decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, a que já nos referimos.

Ha quem sustente que o direito de pescar deve ser reconhecido apenas aos proprietarios margi-

<sup>1</sup> «Será considerada pesca com a linha fluctuante de mão, para os effeitos deste artigo, a que attender ás disposições seguintes:

1.º A linha fluctuante pôde ter muitos anzoes e ser amarrada a uma haste qualquer;

2.º E' permitido pescar com a linha fluctuante, quer da margem quer embarcado, comtanto que a linha, ou a haste a que ella amarra esteja sempre na mão;

3.º E' permitido pescar no fundo, a meia agua, ou á superficie, pondo na linha qualquer peso, comtanto que o fluctuador suspenda a chumbada, não impedindo que a linha vá á deriva com a corrente.»

naes das aguas doces, de modo que só nas aguas marginadas por terrenos de uso público geral ou local seja licito a quaesquer outras pessoas o exercicio da pesca. Esta doutrina, que parece derivar naturalmente do direito de dominio attribuido aos proprietarios marginaes sobre as aguas que atravessam ou banham os seus predios, é, a nosso ver, inadmissivel, não só porque aquelle direito de propriedade sobre as aguas correntes é scientificamente injustificavel, mas ainda porque os peixes, passando de predio para predio no seu constante lidar, nenhuma ligação teem com este ou aquelle logar da corrente para que devam considerar-se seus accessorios.

E' certo que estas considerações conduzem logicamente a negar o direito exclusivo de pescar ao proprietario, mesmo nas aguas particulares onde o peixe tenha entrada e sahida livre; e, com effeito, o nosso legislador teria sido mais coherente se neste sentido houvesse disposto, estabelecendo para a occupação dos peixes regras analogas ás que fixou para a occupação dos animaes bravios terrestres, porque tanto uns como outros são cousas *nullius*, em condições de vida perfeitamente analogas. A protecção da propriedade privada dos terrenos banhados ou atravessdos pelas aguas ficava perfeitamente assegurada desde que só fosse permittido entrar alli para pescar nos mesmos casos em que é licito fazê-lo para a caça, conforme o disposto no art. 396.º do Cod. Civ.

Mas não procedeu assim o legislador, affastando-se, sem razão, do *Projecto Primitivo* do Cod. Civ. onde se limitava o preceito geral, estabelecido no art. 417.º pr., de que «o direito de pesca pertence exclusivamente aos proprietarios marginaes nos tra-

*ctos d'agua fronteiros dos rios ou de quaesquer correntes e depositos de aguas, que não forem publicas», pela disposição do § 3.º do mesmo artigo, onde se determinava que «se os terrenos marginaes fossem abertos, e se achassem de pousio ou montado, seria livre a pesca nos tractos de agua correspondentes, não se achando estes preoccupados por seus donos em acto de pescaria, e contanto que se não empregassem meios fixos e permanentes de pescar.»*

Esta disposição, combinada com a do art. 413.º do mesmo *Projecto*, correspondente ao art. 396.º do Cod. Civ., importava o reconhecimento dos principios que deixamos estabelecidos, sendo para lamentar que a Comissão Revisora a não accettasse nos seus precisos termos.

Se o peixe não tem entrada e sahida livre nas aguas particulares pôde em certo modo considerar-se já preocupado pelo dono do terreno onde aquellas aguas se encontram e a quem pertence tambem o uso exclusivo das mesmas aguas, sendo por isso justificado o exclusivo, que a lei lhe reconhece, da pesca nas mesmas aguas, sem dependencia dos regulamentos administrativos. E' um preceito analogo ao do art. 391.º, relativo á caça, e que tem identica justificação.

Não deve, porem, confundir-se o direito exclusivo de pescar naquellas aguas, com a *propriedade* dos peixes que allí se encontram, pois estes são cousas *nullius*, que só pela apprehensão entram no dominio do pescador, como só pela apprehensão entram no dominio do proprietario os animaes bravios que no seu predio se encontram. Desde que a pesca é uma fôrma da occupação, só legitima a aquisição do dominio quando se verifi-

quem as condições geraes da sua existencia juridica †.

Por isso, se qualquer pessoa, contra o preceito do art. 399.º do Cod. Civ., pescar nas aguas particulares a que o mesmo se refere, e, por maioria de razão, naquellas a que se refere o art. 397.º, os peixes apprehendidos pertencem-lhe, não commettendo crime de furto como erradamente se tem ensinado, ficando apenas sujeito á responsabilidade meramente civil, além das penas em que porventura tenha incorrido em face das leis geraes ou das posturas locaes por haver entrado no predio sem auctorisação de seu dono.

**X. — Do tempo e modo da pesca fluvial.** — A pescaria, emquanto ao modo, tempo, logar e multas correccionaes, será regulada administrativa-mente; mas ninguem pôde devassar os terrenos marginaes para o exercicio do seu direito de pesca, senão nos casòs em que ahí é permittida a caça, nos termos declarados nos artigos 384.º, 385.º, 386.º e 387.º do Cod. Civ. portuguez (19) *Cod. cit., art. 396.º*).

**19.** — O nosso Cod. Civ. dispõe no art. 398.º que « *a pescaria, em quanto ao modo, tempo e multas correccionaes, será regulada administrativamente no que respeita ás aguas publicas; e, relativamente ás aguas concelhias ou particulares, pelas camaras*

† *Conf. SUPRA, XIII.*

*municipaes*»; e de harmonia com elle, o Cod. Adm. de 4 de maio de 1896, repetindo sem maior criterio, no art. 52.º n.º 3.º, a doutrina dos Codigos que o precederam, dá ás camaras municipaes competencia para regularem por meio de posturas «*a policia da pesca nas aguas communs e nas particulares, cujo peixe tenha entrada e sahida livre.*»

Daqui deveria concluir-se naturalmente que ás posturas municipaes, e na sua falta ás *Orden. do reino* e mais legislação complementar, se deverá ainda hoje recorrer para determinar as condições de tempo e modo relativamente ás aguas communs; mas nada ha mais falso do que tal conclusão.

Com effeito o Decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, que reorganizou entre nós os serviços hydraulicos, sujeitou expressamente aos seus preceitos e aos do respectivo regulamento, *o uso da pesca e da caça nas aguas dos lagos, lagôas, esteiros, vallas, canaes, rios ou correntes, quer navegaveis ou fluctuaveis, quer de uso commum, nos seus alveos ou leitos, e nos terrenos inundados das bacias hydraulicas* (art. 23.º, § 2.º); dizendo o art. 360.º daquelle regulamento promulgado em 19 de dezembro do mesmo anno, que *o governo decretaria oppurtunamente o regulamento ácerca da policia da pesca*. Esse regulamento tem a data de 20 de abril de 1893, e refere-se tanto á pesca nas aguas públicas, como nas aguas communs, e nas particulares onde o peixe tenha entrada e sahida livre (art. 62.º e § un.), regulando miudamente o tempo e modo de cada uma dellas.

Nestas condições parece-nos inadmissivel que as camaras municipaes, invocando os preceitos dos codigos Civil e Administrativo que acima reproduzimos, se arroguem o direito de regulamentar a pesca nas aguas communs, ou nas particulares

cujo peixe tenha entrada e sahida livre, vista a disposição generica do § un. do art. 52.º do mesmo Codigo Administrativo, que expressamente declara *não ser permittido ás camaras fazer posturas ou regulamentos de policia sobre assumptos da competencia de alguma outra auctoridade ou repartição pública, ou ácerca dos quaes providenciem as leis e regulamentos de administração geral ou districtal.*

Devem, pois, considerarse sem valor as disposições que geralmente se encontram nas posturas municipaes sobre a policia da pesca nas aguas concelhias; e, por esta razão, nullos quaesquer contractos, ou concessões do exclusivò da pesca de certas aguas, embora feitas com todas as formalidades legais, porque a falta de capacidade invalida todas as convenções <sup>1</sup>.

Tanto nas aguas públicas, como nas communs e particulares, sujeitas aos regulamentos administrativos para os effeitos da pesca, devem, pois, observar-se *exclusivamente* os preceitos estabelecidos nos regulamentos de administração geral.

O regimen commum <sup>2</sup> estabelecido, para as aguas interiores do paiz pelo citado decreto-regu-

<sup>1</sup> A *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* em resposta a uma consulta, pronunciou-se pela nulidade da arrematação do uso exclusivo da pesca numa lagôa commum, com fundamento no preceito do artigo 395.º do Codigo Civil que reconhece a *todos* o direito de pescar nas aguas daquelle especie, não podendo as camaras, consequentemente, privar deste direito quaesquer pessoas, concedendo-o exclusivamente a certos individuos; mas reconheceu, em todo o caso, ao que parece, a competencia daquelles corpos administrativos para regular a pesca nas mesmas aguas (*Anno xxvii, 420*). Discordamos desta opinião pelas razões expostas no texto.

<sup>2</sup> A pesca nos rios limitrophes de Portugal não está sujeita ás disposições geraes, sendo exercida simultaneamente por portuguezes e hespanhoes, em conformidade dos regulamentos organisados por accordo dos dois paizes. Já a *Ordenação Philippina* fazia a mesma distincção: «E nos rios per onde estes reinos partem com os de Castella, se poderá pescar livremente em todo o tempo, e per qualquer maneira que seja, emquanto correm entre os ducos reinos sómente». *Conf.* o Reg. de 20 abril de 1893, art. 82.º

lamento de 20 d'abril de 1893, quanto ao tempo, modo, e multas correccionaes, é, nas suas linhas fundamentaes, o seguinte :

α) *Quanto ao tempo*: Em geral é prohibida a pesca de todas as especies desde o 1.º de março a 30 de junho, por qualquer modo que essa pesca se faça, inclusivè á linha de mão fluctuante, sob pena de 2\$000 a 20\$000 réis de multa (Reg. cit., artt. 43.º e 70.º)

Exceptuam-se desta regra :

- 1) A pesca dos salmões, que só é prohibida desde 20 de outubro a 31 de janeiro ;
- 2) A pesca das trutas, que o é desde 1 de novembro a 15 de fevereiro ;
- 3) A pesca do savel, da lampreia e de quaesquer outros peixes que vivem alternadamente nas aguas doces e nas salgadas, a qual póde ter logar em todo o tempo <sup>1</sup> ;
- 4) A pesca de quaesquer peixes que não tenham ainda certas dimensões estabelecidas na lei, a qual é defêsa em todo o tempo sob pena de 5\$000 a 50\$000 réis de multa. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Reg. cit. art. 43.º e §§.

<sup>2</sup> Essas dimensões são provisoriamente as seguintes :

1.º As *lampreias* e *enguas*, 25 centímetros de comprimento :

2.º Todas as especies de peixes conhecidas pelos nomes vulgares de *trutas*, *carpas*, *barbos*, *bogus*, *escalos*, *bordaillos*, *ruvacas* ou *pardelhas*, *pampos*, *lingueirões*, *tamhas*, *alvares*, *lmentos*, *negretes* ou *negrões*, *garrantos*, *ihalvos*, *bicudos*, *saltões*, *corveos*, *picões*, *mugens*, *solhas*, *savéis* e *savelhas* ou *sabogas*, 12 centímetros de comprimento.

3.º As *corumas*, *salmões* e *solhos-rei* (esturjões), 30 centímetros de comprimento.

O comprimento dos peixes, designados nos n.ºs 1.º, 2.º e 3.º será medido desde o olho até á raz da barbatana caudal.

Os peixes pescados de dimensões inferiores ás determinadas serão immediatamente deitados vivos para dentro de agua.

Os directores das circunscrições hydraulicas farão affixar editaes nas portas das igrejas parochiaes das freguezias ribeirinhas 15 dias antes de começar a prohibição da pesca, lembrando as datas do começo e do fim destes periodos (Reg. cit., art. 45.º)

Durante os periodos de prohibição da pesca são prohibidos o transporte e commércio das especies designadas ou comprehendidas na prohibição sob pena de 5\$000 a 50\$000 réis. Exceptuam-se, porém, os peixes que provierem do estrangeiro ou de reservatorios, viveiros, parques e estabelecimentos aquicolas nacionaes, provada que seja esta proveniência.

O governo poderá annualmente, por proposta da *Commissão Central permanente de piscicultura*, <sup>1</sup> decretar a prohibição excepcional da pesca de todas as especies, durante qualquer das epochas que ficam indicadas, quando esta prohibição fôr

As dimensões definitivas das especies designadas nos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e outras, serão fixadas pelo governo á medida que a commissão de piscicultura as fôr estudando e propondo.

Não estão, porém, sujeitos a estas regras :

1.º Os peixes que são apanhados para deitar em viveiros de engorda destas especies, mediante prévia auctorisação dos directores das circunscrições hydraulicas e seus agentes,

2.º Os peixes apanhados com a linha de mão fluctuante de pesca,

3.º Os peixes que forem destinados para estudos zologicos, estando o pescador munto de uma auctorisação especial para este fim ;

4.º As especies que em instrucções especiaes forem permittidas para iscas dosapparehos de pesca (Reg. cit., artt. 48.º e 49.º).

<sup>1</sup> Foi creada por Decreto de 30 de setembro de 1892, cumprindo-lhe « estudar os processos technicos mais apropriados para promover e desenvolver no pais a creação e multiplicação de peixes, crustaceos e molluscos, e consultar ácerca de todos os assumptos technicos relativos as pescas fluviaes » (Deer. cit., art. 1.º).

Tem como delegadas em diversas localidades do pais as *Commissões regionaes de aquicultura*, nomeadas pelo governo sob proposta sua.

A sua organização e attribuições acham-se actualmente definidas no Regulamento de 20 de abril de 1893.

necessaria para o desenvolvimento da especie que se pretende desenvolver (Reg. cit., art. 44.º)

Fóra do tempo defêso a pesca, *em regra*, só pôde ter logar desde o nascer até ao pôr do sol, excepto por meio de rêdes com as dimensões regulamentares, que pôdem ficar de noite na agua, sendo levantadas naquelle periodo, sob pena de 1\$000 a 10\$000 réis de multa (art. 69.º) A pesca da lampreia e a da enguia pôdem, todavia, fazer-se de noite, com prévia auctorisação das circunscripções hydraulicas (Reg. cit., art. 47.º)

Ha, porém, certos logares onde a pesca de quaesquer especies uteis é *sempre* prohibida; a saber:

- 1) Nas zonas aquaticas onde o nivel da agua tenha sido artificialmente baixado por motivo de obras ou limpeza, sob pena de 1\$000 a 10\$000 réis (Reg. cit., artt. 57.º e 69.º)
- 2) Nas zonas aquaticas designadas e assignaladas pelas circunscripções hydraulicas para abrigos, desovadeiros, e viveiros de peixe, sob pena de 2\$000 a 20\$000 réis (Reg. cit., artt. 58.º e 70.º)
- 3) Dentro das eclusas, descarregadores, aqueductos, comportas ou escadas para os peixes, assim como a uma distancia inferior a 30 metros para montante ou para jusante destas obras, excepto por meio da linha de mão fluctuante, sob pena de 1\$000 a 10\$000 réis (Reg. cit., artt. 59.º e 69.º)

5) *Quanto ao modo*: A pesca pôde exercer-se nos periodos em que não é defêsa, e nos logares não exceptuados administrativamente, por meio de

rêdes, apparatus, ou quaesquer substancias não expressamente prohibidas.

São expressamente prohibidas:

- 1) As rêdes, nassas de verga, cana ou arame, e outros apparatus semelhantes, cujas malhas ou intervallos não tenham, pelo menos, as seguintes dimensões, tomadas no lado da malha, depois da rêde bem molhada, tolerando-se apenas uma differença para menos que não exceda um decimo das indicadas:
  - a) Para os salmões, corvinas, solhos-rei (*esturjões*), e saveis, 40 millimetros;
  - b) Para as outras especies maiores, 27 millimetros;
  - c) Para especies menores, taes como: bogardos, morcas, piardas, lingueirões, bulideiras, e outras, 10 millimetros (Reg. cit., art. 50.º)
- 2) Todas as rêdes de arrastar pelo fundo, excepto a *chumbeira* ou *tarrafa de mão*, e a cõa, manobradas por um homem; sob pena de 5\$000 a 50\$000 réis (Reg. cit., artt. 53.º e 71.º)
- 3) Os grandes apparatus fixos de fundo, conhecidos pelo nome de *botirões fixos* e *armadilhas de tapa-esteiros*, sob a mesma pena (Reg. cit., artt. 54.º e 74.º)
- 4) As rêdes ou apparatus de grandes dimensões, destinados a encaminhar os peixes para espaços de onde elles não possam mais sahir, ou que os forcem a passar por um canal, esteiro ou valla, onde estejam instal-

ladas armadilhas; sob pena de 6\$000 a 10\$000 réis de multa (Reg. cit., artt. 56.º e 69.º)

- 5) O emprego de substancias explosivas, ou nocivas á vida dos seres que habitam nas mesmas aguas, sob pena de 5\$000 a 50\$000 réis (Reg. cit., artt. 33.º, 38.º e 71.º)

As rêdes fixas, fluctuantes e derivantes, não poderão exceder em comprimento dois terços da largura dos rios, rias, esteiros, canaes, ou vallas, em que forem lançados, deixando sempre ficar livre um terço daquella largura, na qual se comprehendenda o *thalweg*; e sendo muitas as rêdes appoia-das sobre a mesma margem ou em margens oppostas, devem guardar entre si uma distancia nunca inferior ao triplo do comprimento de cada rêde; sob pena de 1\$000 a 10\$000 réis de multa (Reg. cit., artt. 51.º e 69.º)

Quando se empregarem rêdes fixas deverão estas ser suspensas pelo meio, em cada semana, durante 38 horas, desde as 5 horas da tarde de cada sabbado até ás 7 horas da manhã de segunda-feira, em uma extensão equivalente á decima parte do seu comprimento, deixando entre o fundo e a tralha inferior um espaço livre com 50 centímetros, pelo menos, de altura, sob pena de 1\$000 a 10\$000 réis de multa (Reg., cit., artt. 52.º e 69.º)

Sob a mesma pena é tambem prohibido amar-rar rêdes, nassas, cestos ou outros apparatus de pesca, aos diques, barragens, descarregadores, aqueductos ou portos de agua (artt. 55.º e 69.º)

γ) *Das penalidades.* O artigo 255.º do Codigo Penal dispõe que será punido com prisão de 3 a 30 dias e multa correspondente:

- 1.º — O que pescar nos mêses defêso pelas posturas municipaes ou regulamentos de administração;
- 2.º — O que pescar por qualquer modo prohibido pelas mesmas posturas ou regulamentos;
- 3.º — O que lançar nos rios ou lagôas, em qualquer tempo do anno, trovisco, barbasco, coca, cal, ou outro algum material com que o peixe se mata.

Esta doutrina acha-se, porém, modificada em grande parte não só pelo Decreto de 10 de julho de 1884, que veio ampliar, dum modo geral, os seus preceitos, mas tambem por leis administrativas posteriores, que prevenindo muitas das hypotheses que o Codigo abrange, lhes applicam penalidades differentes.

Assim, por exemplo, no Regulamento de 19 de dezembro de 1892, prohibe-se no art. 290.º, sob pena de 5\$000 a 20\$000 réis de multa, lançar nos lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros e mais correntes de agua, quer navegaveis ou fluctuaveis, quer de uso commum, substancias ou objectos nocivos á salubridade pública, á vegetação marginal, e á existencia do peixe, quer seja em consequencia da exploração dalguma indústria, quer por outra qualquer causa; e os transgressores reincidentes por fazerem uso da dynamite, lançada junto das margens, vallados, marachões, açudes, diques, caes e mais obras nos lagos, rios, vallas, canaes, esteiros, e mais cursos de agua, tanto navegaveis ou fluctuaveis, como não navegaveis, serão punidos, além da respectiva multa e pagamento

dos damnos e prejuizos causados, com a prisão de de 1 a 6 mêses, e custas do processo.

O Regulamento de 20 d'abril de 1893 veio aggravar ainda aquellas multas, punindo tanto o emprego de substancias explosivas na pesca, como o lançamento nas aguas de substancias nocivas, com a multa de 5\$000 a 50\$000 réis, pela primeira vez, sendo o facto praticado de dia; e sendo de noite, ou havendo reincidencia scrá paga em dobro (Reg. cit., artt. 71.º, 72.º e 73.º).

Do confronto dos artt. 74.º a 76.º do Regulamento de 1893 parece resultar que ás transgressões no mesmo prevenidas são applicaveis sómente as multas alli estabelecidas, e não a pena de prisão comminada no Cod. Pen., cujo preceito ficará regulando apenas os factos que não foram pelo legislador por outra fórma punidos em leis especiaes.

O processo para a imposição e cobrança das multas comminadas no Regulamento de 1893 aos transgressores dos seus preceitos é simples: os mestres de vallas e guardas ajuramentados das circunscripções hydraulicas levantam o auto, que seja remettido ao agente do Ministerio Público da comarca onde o delicto, para que promova o competente processo, sendo o mesmo auto acreditado em juizo até prova plena em contrário. Os delegados informarão os directores da circunscripção hydraulica do andamento do processo, e da sentença final (Reg. cit., artt. 74.º e 75.º).

No caso em que o transgressor, confessando expontaneamente o facto, se promptificar ao pagamento immediato da multa pecuniaria, e dos prejuizos causados, lavar-se-ha auto da confissão, e o director da circunscripção hydraulica, quando a multa for fixa, arbitrará a quantia que o transgressor deve pagar; não sendo fixa, ser-lhe-ha

imposto o minimo da multa. O producto destas multas dará entrada no cofre das circunscripções hydraulicas, e terão o destino indicado nos respectivos regulamentos (Reg. cit., artt. 76.º e 81.º).

Os apparatus prohibidos serão apprehendidos pelos guardas e mais agentes das circunscripções hydraulicas, e destruidos, sem indemnisação, lavrando-se de tudo o competente auto. O peixe pescado será apprehendido e terá o destino que a auctoridade competente designar (Reg. cit., art. 78.º).

Pelas infracções sobre a pesca commettidas por pessoas menores; creados ou mandatarios responderão respectivamente seus paes, amos ou mandantes (Reg. cit., art. 77.º).

20. — O Decreto de 1 de dezembro de 1887, salientando a necessidade de marcar e definir as attribuições das circunscripções hydraulicas, — organisadas por lei de 6 de março de 1884, e regulamentadas por Decreto de 2 de outubro de 1886 — em relação ás das auctoridades maritimas, estabelecia, dum modo geral, os limites da sua respectiva competencia; mas as refórmulas posteriormente introduzidas na legislação tornáram indispensaveis novas providencias.

Veio por isso o Decreto de 25 de maio de 1893, invocando a grande conveniencia de com a maior precisão determinar as zonas de jurisdicção maritima, e de jurisdicção das circunscripções hydraulicas sobre a ingerencia nos negocios da pesca, que devem ficar a cargo do ministerio da marinha, e do ministerio das obras públicas para que estes serviços tivessem uma superintendencia definida, e se evitassem conflictos de

direito, e invasão de attribuições, e ordenou que uma commissão especial determinasse os limites divisorios das referidas zonas, tomando em consideração as seguintes bases :

« 1.ª) A direcção das pescas maritimas e superintendencia sobre os negocios da conchylicultura e carcinocultura maritimas ficariam a cargo do ministerio da marinha e ultramar, até aos limites dos leitões salgados das bahias, enseadas, portos, rios, rias, esteiros, canaes e lagôas que communicam com o mar ainda que temporariamente.

2.ª) A direcção das pescas fluviaes e lacustres de agua doce, e a aquicultura e piscicultura nas aguas interiores do paiz, para montante dos limites determinados no numero antecedente incumbem ao ministerio das obras publicas, commercio e industria » .

Não se tendo, porém, dado cumprimento áquelle Decreto, e reconhecendo-se vantagem em não adiar por mais tempo a delimitação das zonas maritima e fluvial, o Decr. de 18 de abril de 1895, baseado em trabalhos de toda a confiança existentes no ministerio da marinha, estabeleceu pela seguinte fórma a linha divisoria entre as duas zonas :

Nas costas	Nos portos, rios, rias e lagôas
Concelho de Caminha, desde a foz do rio Minho até ao extremo S. do mesmo concelho... ..	Rio Minho desde a foz até ao caes de Villa Nova da Cerveira e o rio Coura até á ponte do caminho de ferro.
Extremo N. do concelho de Vianna do Castelo ao extremo S. do concelho de Lixozende .....	O rio Lima desde a foz até S. Simão.
Extremo N. do concelho da Povoia de Varzim ao extremo S. do concelho de Villa Nova de Gaia .....	O rio Cavado desde a foz até á primeira ponte.
	Rio Ave desde a foz até ao primeiro açude.
	Rio Douro desde a foz até á ponte Maria Pia.
	Porto de Leixões e o rio Leça até ao primeiro açude.
Extremo N. do concelho da Feira ao extremo S. do concelho de Mira. ..	Toda a ria de Aveiro e o rio Vouga até á ponte do caminho de ferro.
Extremo N. do concelho de Cantanhede ao extremo S. do littoral da Figueira da Foz .....	O rio Mondego e seus braços desde a foz até Lares.
Extremo N. do concelho de Pombal ao extremo S. do concelho de Obidos, comprehendendo a bahia de S. Martinho	Toda a lagôa de Obidos desde a foz do Arelho.
Extremo N. do concelho de Peniche, ao abo de Espichel, comprehendendo as enseadas de Peniche, Ericeira e Cascaes	O rio Tejo e seus braços até ao caes de Alhandra, o rio Sorraia até ao nivel da Pyramde do mouchão da Cabra e a ribeira de Coia até á ponte.
Abo Espichel até ao extremo S. do concelho de Odemira, comprehendendo as enseadas de Cezimbra e de Sines .	O rio Sado desde a foz até Alcaçer do Sal, e a parte do rio Marateca até Zambujal.
Ribeira do extremo N. do concelho de Aljezur até ao extremo L. do concelho de Lagos comprehendendo a respectiva bahia .	Rio Odemira até á linha tirada do casal de D. Soeiro.
	O rio de Aljezur até 3 kilometros a montante da foz.
	A ribeira de Lagos até á ponte.
Extremo W. do concelho de Portimão ao extremo L. do concelho de Albufeira e enseada respectiva . . . . .	A ribeira de Alvor e seus respectivos braços, a ribeira do Farello até Poço Fuzero e a ribeira de Odiaxere até Valle de Lama.
	O rio de Portimão desde a foz até ao signal das Fontainhas.
Extremo W. do concelho de Loulé até ao extremo L. do concelho de Faro ..	Toda a ria
Concelho de Olhão .....	Toda a ria
Concelho de Tavira . . . . .	O esteiro desde Cacella até Santa Luzia e o rio de Tavira desde a embocadura até á ponte.
Concelho de Villa Real de Santo Antonio .....	O rio Guadiana desde a foz até Pomarão.

A jurisdição marítima tem de ser exercida, por determinação daquelle Decreto, dentro dos limites designados neste *mappa*, e até á linha do maximo preamar de aguas vivas. Nos rios em que no referido *mappa* sómente se indica para limite um ponto de demarcação na margem, a linha limite da parte marítima a montante é a perpendicular ao eixo do rio tirada desse ponto; não se comprehendendo, todavia na parte marítima os cursos de agua que nelle desembocam, além dos que ficam designados (*Dec. cit., art. 1.º §§ 1.º e 2.º*).

O Decreto de 24 de setembro de 1898 extinguiu as circunscrições hydraulicas, passando a maior parte das suas attribuições para as direcções das obras publicas; mas annuncia-se para breve a nova e completa reorganisação d'estes serviços. *Conf.* Decr. 31 agosto 96

## b) Da pesca marítima

**XI.** — Das pessoas que podem pescar. — E' permittido a todos, sem distincção de pessoas, pescar nas aguas jurisdiccionadas portuguezas, salvas as restricções impostas pelos tractados internacionaes, ou regulamentos de administração pública.

O governo póde, todavia, mediante consulta das estações competentes, e por tempo illimitado, auctorisar o usufructo de determinadas zonas e terrenos da parte marítima *das aguas públicas ou communs*, para a creação de installações permanentes de pesca, estabelecimentos de piscicultura, e viveiros de peixes, em harmonia com as disposições do Regulamento de 31 de dezembro de 1895 (*Reg. cit., artt. 1.º, 7.º e 8.º; Decr. de 18 d'abril de 1895, art. 2.º § un.*).

Consideram-se *installações permanentes de pesca* as barragens, estacadas, redes, ou circuitos fixos de qualquer natureza, nos quaes possam ter livre accesso ou entrada os peixes das aguas públicas; classificam-se como *estabelecimentos de piscicultura* os laboratorios de piscicultura, os parques de reproducção natural e os parques de engorda; e consideram-se, finalmente, como *viveiros de peixes* os depositos fechados, nos quaes se conservam vivas

as especies ichthyologicas destinadas á venda <sup>4</sup> (*Reg. cit., art. 2.º*),

Mas para que uma zona da costa ou parte maritima dos portos, rios, rias, esteiros, lagôas e margens adjacentes possa ser concedida pelo governo para os fins indicados, é preciso que satisfaça aos seguintes requisitos:

1.ª Não estar já aproveitada para uso público, commum ou particular, nem que da sua adaptação aos referidos fins resulte prejuizo para os interesses geraes, especialmente da navegação, pesca e utilização commum dos povos da localidade;

2.ª Não ficar situada em local habitualmente frequentado para a exploração da pesca, ou em posição escolhida para fundeadouro, varadouro ou carreira de navegação;

3.ª Não conter bancos naturaes de mariscôs, cujo uso seja indispensavel ao público, nem ficar a menos de 100 metros delles;

4.ª Não prejudicar a hygiene, nem a salubridade pública, pela sua adaptação aos fins a que se destina;

5.ª Não causar alteração no regimen das marés ou das correntes com as installações ou as obras necessarias á sua exploração (*Reg. cit., art. 4.º*)

Em todo o caso o governo poderá expropriar no todo ou em parte a concessão, por utilidade

<sup>4</sup> Não estão sujeitas a este regimen juridico as *installações permanentes de pesca* denominadas *armações fixas á valenciana*, ou *redondas*, que se usam na costa do continente do reino, as quaes continuam a ser regidas pelos regulamentos especiaes (*Reg. cit., § un. do art. 2.º*).

pública, nos termos das leis geraes do país, mediante indemnisação que corresponda ao valor do prejuizo realisado nas obras já feitas pelo concessionario (*Reg. cit., art. 37.º*). (21).

21. — Repellidas em todo o tempo as pretensões formuladas por alguns países ao exclusivo da pesca em certos mares, o direito internacional público proclama modernamente como um dogma a liberdade para todos os povos de pescarem no alto mar, fóra dos limites assignados pelo consenso geral ás aguas territoriaes das nações maritimas.

Esta liberdade de pesca, reconhecida a todos os povos, não significa, porém, que as nações estejam privadas de regulamentar e fiscalisar o seu exercicio por parte dos respectivos nacionaes, pois é principio universalmente acceito que as leis de cada país acompanham a sua bandeira, qualquer que seja a situação das embarcações sobre o mar livre que cobre o globo. <sup>4</sup> Pódem mesmo alguns Estados estabelecer para este fim tractados especiaes ajustando o direito de fiscalisação reciproca sobre os barcos de pesca dos respectivos países, afim de evitarem conflictos entre os pescadores, e assegurarem o desenvolvimento de certas especies animaes pelas restricções impostas em commum aos seus nacionaes.

De harmonia com estas ideias foi redigido não só o convenio de pesca entre Portugal e a Hespanha, de 2 de outubro de 1885, onde os dois Esta-

<sup>4</sup> Conf. o *Parecer da comissão de pescarias*, de 12 de setembro de 1891, *concl. 3.ª*

dos convieram na prohibição de *parelhas, muletas*, e outrosapparelhos de effeito nocivo, até á distancia de 12 milhas, podendo cada um delles fazer deter os infractores até que se levante o respectivo auto, devendo, contudo, mandar entregá-los dentro do praso de oito dias á competente auctoridade do reino visinho, para que lhes sejam applicadas as penas comminadas nas leis e regulamentos do seu país (art. 2.<sup>o</sup>), sendo a vigilancia e policia exercida por embarcações pertencentes á marinha militar dos dois países (art. 35.<sup>o</sup>); mas tambem o Regulamento de 30 de julho de 1891, onde se determinam as condições a que devem sujeitar-se as embarcações que se propozerem a pesca no alto mar com rêdes de arrastar pelo fundo a reboque de uma ou mais embarcações. <sup>1</sup>

Era, por isso, de instante necessidade que a lei definisse em termos precisos as condições indispensaveis para serem considerados portuguezes os pescadores do alto; e de facto a nossa legislação, mesmo a antiga, não descurou o assumpto, que foi explicitamente regulado no Decreto de 1 de dezembro de 1892, que manda considerar *embarcações nacionaes de pesca* todas as de construcção portugueza, pertencentes exclusivamente a indivi-

<sup>1</sup> No extenso e bem elaborado *relatorio* que precede este regulamento, a zelosa e illustrada *Commissão de pescarias* que tão assignalados serviços está prestando ao país, expõe nos seguintes termos os principios fundamentaes do seu trabalho:

«De trez bases se serviu a commissão para elaborar o projecto de regulamento que propõe:

1.<sup>a</sup>—Que nas aguas públicas maritimas tem o Estado jurisdicção para legislar tanto para nacionaes como para estrangeiros;

2.<sup>a</sup>—Que no mar livre tem direito de regulamento para embarcações nacionaes;

3.<sup>a</sup>—Que no mar livre, dentro de certos limites e restricções, não pôde impôr regras a embarcações estrangeiras, mas pôde exigir-lhes direitos commerciaes de importação nas aguas e portos nacionaes».

duos portuguezes, ou como taes naturalisados, que se empregarem na captura ou apanha das especies animaes do mar; bem como as embarcações de construcção estrangeira adquiridas por individuos portuguezes ou como taes naturalisados, quando tenham pago os direitos de nacionalidade (art. 162.<sup>o</sup> § un.) no porto ou praça a que o navio se destina (*Decr. de 18 d'abril de 1895, art. 37.<sup>o</sup>*).

Nas aguas territoriaes o direito de pesca depende exclusivamente do Estado, que pôde concedê-lo a toda a gente, nacionaes e estrangeiros, em condições identicas, como succede nos Estados Unidos, Grecia, etc.; ou reservá-lo exclusivamente para os seus nacionaes, como fazem a Inglaterra e a França; ou, finalmente, dar aos nacionaes beneficios particulares em relação a todos os estrangeiros, ou sómente aos de certos países, como acontece na Belgica, Suecia e Noruega.

O nosso Codigo Civil concede a toda a gente, sem distincção de pessoas, o direito de pescar nas aguas públicas (art. 395.<sup>o</sup>), parecendo assim reconhecer tambem aos estrangeiros aquella faculdade; mas a legislação administrativa complementar mostra que só aos nacionaes se permite, em regra, o exercicio daquella indústria. Di-lo expressamente o art. 1.<sup>o</sup> do Decreto de 14 de dezembro de 1885: «*A pesca nas aguas jurisdicionaes maritimas de Portugal é só permittida aos pescadores nacionaes*», sendo prohibido ás embarcações de pesca que não sejam portuguezas approximar-se de algum ponto da costa de Portugal a menos de 6 milhas (art. 3.<sup>o</sup>)

No convenio de pesca celebrado com a Hespanha, em 27 de março de 1893, e ractificado por carta de lei de 21 de agosto do mesmo anno, cada uma das partes contractantes concedeu, todavia,

aos nacionaes da outra, o exercicio da pesca além da distancia de 6 milhas geographicas de 60 ao grau de latitude, contadas por fóra da linha da baixamar das maiores aguas. Dentro destas seis milhas só aos pescadores nacionaes é permittido o exercicio da sua indústriá (artt. 2.º e 3.º); mas nos rios limitrophes Minho e Guadiana a pesca será exercida em commum por portuguezes e hespanhoes em harmonia com as disposições regulamentares concertadas pelos funcionarios das duas nações (art. 5.º) <sup>1</sup>

Mas o direito reconhecido a todos os cidadãos portuguezes de pescar nas aguas públicas não podia, todavia, embaraçar, sem grave prejuizo publico, a concessão do usufructo exclusivo de certas zonas, a quaesquer individuos ou sociedades, que pelo emprego de grandes capitaes, e de novos systemas aperfeiçoados, pódem contribuir efficazmente para o desenvolvimento da indústriá da pesca, e doutras com ella estreitamente ligadas.

Taes concessões, feitas em hasta pública para que todos possam disputá-las, não constituem de modo algum privilegios contradictórios com a liberdade de indústriá que a todos reconhece a Carta Constitucional, mas uma fórmula particular de exploração das cousas públicas, que póde trazer ao Estado augmento immediato de rendimento, e contribuir em grande parte para o desenvolvimento das especies animaes, que ameaçam desaparecer.

<sup>1</sup> Esta reciprocidade de pesca, que hoje vigora nos rios limitrophes, era tambem estabelecida nas costas maritimas de Portugal e Hespanha pelo convenio de 14 de julho de 1878.

O Decreto de 24 des etembro de 1901 modificou alguns artigos do regulamento internacional da pesca no rio Minho.

Neste levantado propósito foi, por exemplo, publicado o Decreto de 1 de outubro de 1895, relativo á exploração de ostreiras no continente do reino, onde por muitos annos foram uma fonte importantissima de riqueza, que é de esperar ainda volte.

**XII. — Do tempo e modo da pesca.** — A pesca maritima do alto é geralmente permittida em todo o tempo; a das aguas territoriaes é defêsa, em relação a cada especie, nas epochas da sua mais activa reproducção, que são muito variaveis; reservando-se o governo, em todo o caso, o direito de prohibir temporariamente a pesca de qualquer especie de peixes das aguas públicas, quando o achar conveniente para a sua multiplicação (*Reg. de 31 de dezembro de 1895, art. 5.º*).

Mas tanto em relação á pesca do alto, como á costeira, só é permittido usar de rêdes e apparelhos não expressamente prohibidos; salvo nas zonas concedidas em usufructo exclusivo a qualquer pessoa, nos termos já indicados, porque dentro dos limites da concessão, póde o respectivo concessionario empregar os systemas de reproducção, criação, engorda e exploração que julgar mais convenientes para os seus interesses, sendo-lhe apenas defêso o emprego de materias explosivas ou toxicas (*Reg. cit., artt. 6.º e 17.º*).

E' tambem absolutamente prohibido, em qualquer tempo, o emprego da dynamite e outras ma-

terias explosivas, ou toxicas, na pesca de quaesquer especies, quer nas aguas dos lagos e correntes navegaveis, quer nos portos e costas banhadas pelo mar territorial, e proximo ás redes ou armações de pesca com o fim de afugentar o peixe (*Decr. de 10 de julho de 1884; Cod. Pen., art. 255.*); bem como o uso, nas aguas públicas maritimas de Portugal, de rêdes de arrastar pelo fundo a reboque de uma ou mais embarcações movidas por qualquer motor <sup>1</sup> (*Reg. de 30 de julho de 1891, art. 1.º*); e o emprego de quaesquer meios de intimidação ou aggressão ás differentes especies animaes do mar, com o fim de activar ou avolumar o fructo da indústriã da pesca (*Portarias de 16 de setembro de 1882, e 29 de julho de 1893*).

As embarcações que se destinam á pesca devem ser registadas nas respectivas capitãfias dos portos a que pertençam, e sollicitar da alfandega a necessaria licença (*Decretos de 17 de novembro de 1891, art. 1.º; e de 1 de dezembro de 1892, art. 193.º § 2.º*); podendo, tambem, fóra do porto de Lisboa, empregar-se accidentalmente na indústriã da pesca as embarcações de serviço dos portos e rios, obtendo previamente aquella licença. (*Reg. cit. de 1892, art. 160.º*). (22)

<sup>1</sup> No propósito de restringir successivamente o uso destas especie de rêdes, foi absolutamente prohibido o seu emprego de noute, do cabo Mondego para o norte, por Decr. de 20 de agosto de 1862.

22. — Os preceitos regulamentares da pesca marítima, quer esta seja exercida no alto mar por cidadãos portuguezes, ou por emprezas ou sociedades como taes consideradas, quer seja exercida nas aguas territoriaes de Portugal por quaesquer pessoas a quem a lei reconheça aquelle direito, acham-se espalhadas por tão numerosos e extensos diplomas, que impossivel seria resumi-los aqui, ainda que a sua importancia o reclamasse.

A elaboração das instrucções e regulamentos geraes relativos á industria da pesca marítima, tendentes a melhorar e coordenar o seu exercicio, está hoje a cargo da *Commissão de pescarias*, creada pela Portaria de 2 de agosto de 1878, e reorganizada por Decreto de 14 de agosto de 1892, a qual passou a denominar-se *Commissão central de pescarias* pelo Decreto de 28 de março de 1895, art. 1.º, que no propósito de chamar em auxilio das auctoridades que têm de resolver sobre os assumptos relativos á pesca os homens experimentados das localidades, afim de aproveitar a sua experiencia nas medidas a adoptar, creou nas localidades de pesca outras commissões em que se aproveita o elemento pratico, tendo nellas representação os armadores e concessionarios de locaes, os mestres de artes de pesca, e outros individuos que pelos seus conhecimentos especiaes possam habilitar o governo a fomentar este importante ramo da riqueza pública, promulgando disposições essencialmente praticas tendentes a melhorar a exploração, vulgarisar os methodos aperfeiçoados de pesca, desenvolver outros, e pôr cõbro ás desintelligencias que frequentemente se levantam entre os pescadores, como expressamente

se declara no *Relatorio* do citado Decreto, de 28 de março de 1895.

Por Decreto de 17 de agosto de 1901 foi dada nova organização á *Commissão de pescarias*; sendo o respectivo regulamento publicado por Decreto de 26 de dezembro do mesmo anno.

§ 3.º — Dos animaes bravios que já tiveram dono

**XIII.** — Principio geral; suas restricções. —

E' licito a qualquer apropriar-se dos animaes bravios, que, tendo tido dono, voltaram á natural liberdade, sem prejuízo do que se acha determinado *relativamente á caça* nos artt. 384.º e seguintes do Cod. Civ., e das declarações e restricções em seguida exaradas <sup>1</sup>:

α) Os animaes ferozes e maléficos, que se evadirem da clausúra em que seu dono os tiver, poderão ser destruidos ou occupados livremente por qualquer pessoa que os encontre (art. 403.º); (23)

β) Os animaes bravios habituados a certa guarida, ordenada por indústria do homem, que se passarem para outra guarida de diverso dono, ficarão pertencendo a este, se não podérem individualmente ser reconhecidos; pois, no caso contrario, póde o antigo dono recuperá-los, contanto que o faça sem prejuízo do outro. Provando-se, porém, que os animaes foram attrahidos por fraude

<sup>1</sup> Conf. art. 400.º do Cod. Civ.

e artificio do dono da guarida, a que se hajam acolhido, será este obrigado a entregar ao antigo dono os dictos animaes, ou pagar-lhe em dobro o valor delles, se não poder restitui-los; isto sem prejuízo das penas correccionaes que possam ser applicadas (24) (art. 401.º e § unico);

γ) E' licito a qualquer occupar os enxames, que primeiro encontrar, se estes não forem perseguidos pelo dono da colmeia, de que houverem enxameado, nem se acharem pousados em predio do dono da mesma colmeia, ou em qualquer edificio, ou dentro de predio em que não seja permitido caçar. Mas se o enxame fôr perseguido pelo dono da colmeia, será o proprietario do predio obrigado a permittir-lhe, que o recolha, ou a pagar-lhe o valor delle (25) (art. 402.º e § unico.)

23. — Os animaes *bravios*, que pela occupação entráram no patrimonio do homem, podem tornar-se *nullius* ou por facto e vontade de seu dono, ou mesmo contra a sua vontade.

Extingue-se *voluntariamente* o direito de propriedade sobre aquelles animaes quando o dono os *abandona*, renunciando aos direitos que sobre elles tinha; *contra a vontade do dono* podem os animaes pôr termo ao dominio do homem, evadindo-se do seu poder, sem entrarem no de outrem.

Em ambos os casos dá-se uma transformação na propria natureza juridica dos animaes, que reacquirindo a sua natural liberdade, se tornam sus-

ceptiveis de occupação, como se nunca houvessem tido dono; mas nem por isso devemos equiparar inteiramente os seus effeitos, por isso mesmo que o facto do abandono opéra a transformação *immediata* do animal em *res nullius*, ao passo que a *fuga* ou *evasão* dos animaes só produz, em regra, aquelles effeitos quando o dono deixa de ter possibilidade de os apprehender, perdendo a sua posse, porque só então o animal se encontra livre do poder do homem.

Assim, por exemplo, se eu tenho em meu poder uma perdiz, a que cortei as azas para que não se escapasse do parque onde a lancei, este animal póde tornar-se *nullius*, e como tal objecto de occupação para qualquer pessoa, ou sendo por mim abandonada, ou evadindo-se da clausura em condições de não ser immediatamente apprehendida; mas se eu presenciar a evasão do animal, e fôr correndo em sua perseguição, claramente que elle só póde considerar-se livre do meu poder quando se me tornar impossivel lançar-lhe a mão, ou porque o seu desapparecimento ponha termo á perseguição, ou porque esta se reconheça já inutil por o animal se ter distanciado muito de mim.

Já os romanos assim o entendiam: *naturalem libertatem recipere intelligitur* (fera bestia et volucris) *quum vel oculos nostros effugerit, vel ita sit in conspectu nostro, ut difficiles sit ejus persecutio*<sup>1</sup>; e resulta, manifestamente, do § 2.º do art. 474.º do Cod. Civ. onde se declara que a posse duma cousa se conserva emquanto dura a possibilidade da sua retenção, visto ser a posse incompativel com a natureza *nullius* da cousa.

<sup>1</sup> L. 5. D. De adq. rer. dom.

O art. 403.<sup>o</sup> auctorisando a occupação dos animaes ferozes e maléficos *logo* que estes se evadam da clausúra em que seu dono os tinha, consigna evidentemente uma restricção ou excepção ao preceito generico do art. 400.<sup>o</sup>, pois doutra fórma seria inutil a sua disposição; o que vem corroborar a nossa doutrina, porque toda a excepção *suppõe* uma regra em contrario.

Esta excepção justifica-se, todavia, pela necessidade de proteger as pessoas contra os ataques dos animaes ferozes, que se hajam evadido da clausúra em condições de poderem fazer mal, e, em certo modo, como punição da negligencia do proprio dono, que, aliás, difficilmente poderia apprehendê-los depois que se evadiram, dada a natureza feroz dos mesmos animaes, que pelo simples facto da evasão se consideram no goso da sua natural liberdade, susceptiveis de occupação para qualquer pessoa que es encontre.

Mas o fim que o legislador se propôs ao redigir o artigo determina desde logo os seus precisos limites: desde que a destruição e occupação dos animaes só é permittida como medida de segurança, segue-se que tal direito fica inteiramente dependentê da circumstancia dos animaes andarem em condições de poder fazer mal, não podendo, consequentemente, exercer-se relativamente aos que andarem, por exemplo, açaimados. <sup>1</sup>

A's auctoridades administrativas compete providenciar para que os donos de animaes malfazejos os conservem sempre em condições de não fazerem mal, tomando as medidas necessarias para evitar

a sua divagação, e para que sejam extinctos. (Cod. Adm., artt. 251.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 1.<sup>o</sup>, e 278.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 13.<sup>o</sup>)

«O direito da auctoridade pública a regular e a impôr condições de segurança na exposição de animaes ferozes, quer em estabelecimento fixo e proprio, quer em transito nas ruas e praças públicas, *diz um escriptor*, estende-se tambem á hypothese em que os particulares queiram ter dentro dos seus predios, embora fechado, algum animal daquella classe. Os interesses da segurança individual dos vizinhos legitimam neste caso, tanto o direito da auctoridade, como a limitação posta ao uso da propriedade particular.» <sup>1</sup>

O preceito do art. 403.<sup>o</sup> é, tambem, certamente, applicavel nos seus precisos termos aos *animaes domesticados*, quando elles, andando em liberdade, offereçam perigo para as pessoas, por que a lei falla de *animaes ferozes e maléficos*, sem distincção alguma. Mas sê-lo-ha, egualmente, o preceito generico do art. 400.<sup>o</sup>?

A circumstancia da lei fallar apenas de animaes *bravios*, e não serem geralmente incluídos nesta classe os *domesticados*, parece levar á solução negativa; no entretanto é opinião nossa que o art. 400.<sup>o</sup> tem por egual applicação aos *animaes domesticados*, que readquiram a sua natural liberdade.

E' certo que emquanto estes animaes conservam hábitos de domesticidade, vivendo ao lado do homem, ou voltando á guarida ordenada por industria sua, sendo para todos os effeitos *bens no patrimonio*, não pódem ser objecto de oc-

<sup>1</sup> BRUSCHY, *Obr. cit.*, II, 50; DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 286-287.

<sup>1</sup> PERDIGÃO, *Obr. cit.*, I, 244-245.

cupação, salvo nas condições especiaes em que tambem o pódem ser os animaes *domesticos*, aos quaes se acham equiparados, como já noutro logar se disse <sup>1</sup>; mas perdidos aquelles hábitos, desaparecem todos os vestigios do poder que o dono sobre elles exercia, passando consequentemente á categoria de animaes *selvagens*, ou *bravios*, sujeitos aos mesmos principios que regem a occupação destes.

Difficil é, porém, determinar o momento em que esta transição se opéra, devendo na opinião de alguns, que neste particular seguiram o direito romano <sup>2</sup>, considerar-se como *bravio* o animal domesticado que por dois ou trez dias deixar de recolher-se á sua antiga habitação na hora costumada <sup>3</sup>; doutrina que nos parece inaceitavel, ainda mesmo quando olhada no campo dos principios, porque diversas causas podem demorar fóra da costumada guarida um animal, sem que este haja perdido a sua domesticidade.

Aos juizes cumpre resolver a questão, que é manifestamente de *facto*, em cada caso particular, tomando em consideração não só o maior ou menor espaço de tempo que os animaes se acharem ausentes da sua habitual morada, mas quaesquer outras circumstancias que possam explicar essa demora, v. g., o factio de terem sido apprehendidos por terceiro, andarem perdidos ou extraviados, haverem-se recolhido a outra guarida — casos em que os animaes evidentemente, não readquirem a sua *liberdade natural*.

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 9.

<sup>2</sup> Inst., § 15, De rer. divis.

<sup>3</sup> LIZ TEIXEIRA, Obr. cit., II, 71.

Perdidos os habitos de domesticidade, os animaes *domesticados* ficam sujeitos inteiramente aos preceitos que regulam a occupação dos animaes bravios que nunca tiveram dono, salvas as hypotheses especialmente prevenidas nos artt. 401.º e 402.º do Cod. Civ. E' precisamente na possibilidade que aquelles animaes teem de readquirir a sua liberdade natural que se encontra a differença fundamental entre elles e os domesticos, como noutro logar dissémos. <sup>1</sup>

23. *bis.* — E', pois, condição essencial para que os animaes bravios, que já tiveram dono, possam ser objecto de occupação, o haverem voltado á sua natural liberdade; mas importa agora determinar as condições geraes em que essa occupação deve ter logar.

O art. 400.º do Cod. Civ. concede a toda a gente o direito de se apropriar daquelles animaes, mas *sem prejuizo do disposto nos artt. 384.º e seguintes, e das restricções e declarações exaradas nos artt. 401.º a 403.º*

Ha, portanto que attender a duas ordens de condições:  $\alpha$ ) as estabelecidas nos artt. 384.º e seguintes;  $\beta$ ) e as indicadas, para casos especiaes, nos artt. 401.º a 403.º; mas se as segundas facilmente se determinam, não acontece o mesmo com as primeiras.

Com effeito, que artigos do Cod. Civ. se comprehendem na expressão «384.º e seguintes» do art. 400.º?

São apenas os da caça, ou os da pesca tambem?

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 9.

O systema geral seguido no Codigo leva a crêr que o legislador apenas quiz referir-se aos que tractam da caça, pensamento que no *Proj. Primit.* se encontrava bem claro, pois em vez daquellas palavras se empregavam as seguintes: «sem prejuizo do disposto na secção 1.<sup>a</sup> deste capitulo», ou seja apenas dos preceitos relativos á caça.

Não consta das *Actas* da Comm. Rev. que a modificação introduzida no *Projecto* fosse intencional, significando alteração na doutrina, e por isso inserimos no texto esta ideia.

Mas resolver nestes termos a duvida proposta, é levantar uma nova difficuldade, pois sendo tambem os peixes animaes bravios, importa averiguar a que preceitos deve subordinar-se a sua occupação quando *hajam tido dono*.

Como o Codigo é omissio a este respeito, teremos de applicar os principios geraes da pesca, onde, aliás, se não faz distincção entre animaes que nunca tiveram dono, e animaes que já o tiveram, dando a entender que o pensamento do legislador foi referir-se a uns e outros. Mas sendo necessario para que estes ultimos se tornem cousas *nullius* que se haja extinguido o direito de propriedade, que sobre elles tinha o seu primitivo dono, applicaremos por analogia as regras que ficam indicadas para os quadrupedes e volateis, afim de caracterisar o momento em que se extingue aquella propriedade, voltando os peixes á sua natural liberdade.

O direito romano, que o legislador português nesta parte adoptou, já equiparava as duas especies de animaes, applicando-lhes os mesmos principios: *Terra marique capta, quum in suam natu-*

*ralem laxitatem perveniant, desinunt eorum esse qui ceperunt. . . Piscis, vel aper, vel avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit. . .»*<sup>1</sup>

24. — Mas não voltam á sua *natural liberdade* os animaes quando mudam de logar, ficando em todo o caso sob o poder do homem; nem podem, consequentemente, ser neste caso objecto de occupação.

Assim, por exemplo, se eu tenho no meu pateo uma lebre, que por qualquer motivo se escapou para o pateo do meu vizinho, onde ficou encerrada, não permite a lei que outrem a aproprie, porque não se havendo extinguido o meu direito de propriedade, não póde a lebre ser objecto de livre occupação, podendo eu reclamá-la de quem a apprehender. Tractando-se, porém, de animaes ferozes e maléficos outra é a doutrina legal, porque o simples facto de serem encontrados fóra da clausúra em que *seu dono* os tinha, é sufficiente para justificar a occupação, nos termos que ficam indicados.<sup>2</sup>

No art. 401.<sup>o</sup> faz o Cod. Civ. rigorosa applicação destes principios aos animaes bravios habituados a certa guarida que se passarem para outra guarida de diverso dono, o que muitas vezes succede com as pombas chamadas *mansas*, que são, evidentemente, animaes domesticados.

Afastando-se do Cod. Civ. francês (art. 564.<sup>o</sup>) e do italiano (art. 462.<sup>o</sup>), e ainda do nosso antigo

<sup>1</sup> L. 44 D. De adq. rer. dom.

<sup>2</sup> Conf. SUPRA, n.<sup>o</sup> 23.

direito <sup>4</sup> que attribuíam a propriedade destes animaes aos donos da nova guarida, o legislador português manteve em princípio o direito do antigo proprietario, permittindo-lhe que reclame do possuidor os animaes sempre que elles possam ser individualmente reconhecidos.

Emquanto os animaes *domesticados* se conservam no seu *captivo* voluntario, como diz um escriptor, emquanto não readquirem os seus instinctos selvagens, esquivando-se absolutamente ao poder do homem, podem sêr reclamados por seu dono, porque o simples facto delles se afastarem da sua habitual guarida não importa por si só a perda do direito de propriedade; — pela mesma razão por que não perde o seu direito sobre um animal domestico, ou sobre qualquer outra coisa movel, aquelle que as não tem em seu poder, embora mesmo ignore onde taes cousas se encontram num dado momento.

Nestas condições, para attribuir ao dono da nova guarida a propriedade dos animaes fugidos, seria preciso invocar outro titulo, como na realidade fazem alguns escriptores, e até os Codigos francês e italiano, que fundamentam os seus preceitos nos principios da *accessão*.

Esta doutrina, porém, é inteiramente inaceitavel, porque a natureza juridica da accessão reclama a *união ou incorporação* de duas cousas pertencentes a donos differentes, em termos de não poderem separar-se sem deterioração de uma ou de outra, e tal requisito não se verifica no caso de que se tracta, em que os animaes pódem ser individualmente reconhecidos e separados da guarida.

Bem andou, pois, o legislador português preferindo a doutrina consignada no art. 401.º á theoria da accessão, que, sendo falsa em princípio, era inconveniente e injusta nos resultados.

Não diz o Cod. Civ. os meios de que o antigo dono dos animaes pôde valer-se para os reaver da posse de terceiro, tendo até a Commissão Revisora supprimido a expressão *de qualquer modo*, que se lia em seguida á palavra *recuperá-los* no art. 422.º do *Proj. Prim.*; mas esta modificação não influe em cousa alguma sobre o fundo da doutrina, porque as palavras supprimidas só poderiam entender-se como referidas a *qualquer modo legítimo*, e não, decerto, á força ou violencia, que seriam sempre injustificaveis.

Ora os meios normaes e legitimos de nos restituirmos ao goso dos direitos de que fomos esbulhados são as *acções*; e como no respectivo Codigo se não encontra processo algum *especial* para aquelle effeito, o dono do animal, quando o proprietario da nova guarida lhe não permitta que alli o vá buscar, só poderá rehavê-lo por meio de acção com processo ordinario.

O *pedido* não deve, porém, ser concebido sempre nos mesmo termos, variando com o facto dos animaes terem passado para a nova guarida por *fraude e artificio* de seu dono, ou espontaneamente. No primeiro caso deve pedir-se *que o réu seja condemnado a entregar ao A. os animaes que attrahiu para o seu predio* (ou o valor em dobro, quando a restituição seja impossivel), conforme o preceituado no § un. do art. 401.º, devendo notar-se que esta acção só pôde ser proposta depois de verificada a fraude pelos meios criminaes (Cod.

<sup>4</sup> COELHO DA ROCHA, *Obr. cit.*, II, § 411; CORRÊA TELLES, *Digesto*, III, art. 12.º; LOBÃO, *Notas a Mello*, III, 131.

Civ. art. 2373.º); no segundo caso, como o dono da nova guarida só é obrigado a *consentir* que o proprietario dos animaes os recupere sem lhe causar prejuizo, deve este limitar-se a pedir que *o dono da nova guarida seja condemnado a entregar ao A. os animaes que fugiram para o seu predio, ou a consentir que elle os vá buscar alli.*

Quando o animal não pôde ser individualmente reconhecido não concede a lei ao antigo dono direito de o recuperar; nem podia concedê-lo porque a propria natureza das cousas a isso se oppõe.

A *reivindicação* é um direito essencial de toda a propriedade, consequencia do seu *exclusivismo* e *perpetuidade*; mas é bem de vêr que tal direito não pôde exercer-se desde que é impossivel reconhecer a cousa que se pretende reaver.

Que animal pediria o auctor?

Que animal teria o réu de entregar no caso de ser condemnado?

E' impossivel responder; e esta mesma impossibilidade nos indica que se operou uma transformação profunda na propria natureza juridica do animal, que pelo simples facto de não poder individualisar-se, passou a ser uma cousa *nullius*, e nesta qualidade entrou pela occupação no dominio do proprietario da nova guarida. Desde que a cousa, objecto do direito, não pôde ser identificada, a propriedade extingue-se forçosamente, por ser physica e logicamente impossivel o exercicio em relação a ella das faculdades comprehendidas no *dominio*; o animal fugido, desde que não pôde ser individualmente reconhecido torna-se susceptivel de *occupação*, sendo, portanto, esta, e não a *acces-*

*são* o verdadeiro titulo da sua apropriação pelo dono da nova guarida.

Não basta, todavia, a enunciação dos principios fundamentaes que ficam indicados para o conhecimento completo do systema do Cod. Civ. sobre o assumpto, pois nos falta indicar os direitos e obrigações reciprocos dos proprietarios das duas guaridas.

Para isso torna-se necessario attender ás causas que determinaram a passagem dos animaes de uma para outra, pois conforme no caso interveio ou não *fraude* e *artificio* do proprietario da nova guarida, assim variam os seus direitos e obrigações. Na primeira hypothese, dada a impossibilidade de restituição dos animaes, quer pela supradicta impossibilidade de os reconhecer, quer por não se acharem já em seu poder, ou por qualquer outra razão, é o dono da nova guarida obrigado a pagar em dobro o seu valor, além das penas de furto estabelecidas no art. 421.º do Cod. Pen.; mas se não interveio da sua parte fraude e artificio os animaes, que não poderem ser individualmente reconhecidos, ficar lhe-hão pertencendo, sem obrigação de indemnisar o antigo proprietario.

25. — Uma das restricções por lei estabelecidas ao principio geral do art. 400.º do Cod. Civ. diz respeito aos *enxames*, ou sociedades de abelhas, que costumam emigrar das colmeias quando estas se tornam insufficientes para conter todós os individuos que as habitam.

A *rainha* ou *abelha-mestra*, acompanhada duma parte mais ou menos consideravel de *abelhas-obreiras*, sae da colmeia, e depois de voarem por algum

tempo, pousam em regra nos ramos das arvores, agarradas umas ás outras em fôrma de cacho, podendo ser então apprehendidas por qualquer pessoa, fazendo-as entrar em novos *cortiços*, ou por qualquer outro meio, transportando-as para logar apropriado.

O nosso Cod. Civ. apenas se refere no art. 402.º ás abelhas que já tiveram dono, ou seja ás que emigram de colmeias particulares; mas isso não significa que alguns enxames não possam ter diversa origem, pois nos troncos carcomidos de velhas arvores, em logares retirados, installam-se por vezes enxames, vivendo em condições identicas ás dos primeiros, emigrando como elles, os quaes nem sempre pôdem considerar-se particulares, mas verdadeiramente selvagens, sujeitos manifestamente á occupação como verdadeiras cousas *nullius*, que são, v. g., os que enxameam de colmeias installadas em arvores do dominio público.

Na falta de preceitos especiaes temos, pois, de recorrer aos preceitos geraes da caça para determinar as condições em que estes enxames podem ser occupados; ainda que a hypothese raras vezes se dará, porque as abelhas são muito apreciadas nos povos cultos, e por isso difficilmente se encontrarão enxames que nunca hajam tido dono.

Os enxames que já tiveram dono, pôdem ser por este de novo occupados, ou por qualquer outra pessoa; mas a lei concede ao primeiro maiores garantias e privilegios em attenção, por certo, ao seu antigo direito de propriedade, que, aliás só deve considerar-se extincto com a perda da posse.

Deste modo, se as abelhas *pousarem em predio do dono da colmeia*, embora nelle seja permittido caçar, ninguem pôde apropriar-se do enxame, tal-

vez pela consideração de que achando-se os animaes á discripção do seu antigo dono, o primitivo direito não deve considerar-se extincto, e portanto, não pôdem as abelhas considerar-se *res nullius*.

Se *pousarem em predio alheio*, as regras applicaveis variam com o facto de serem ou não perseguidas pelo dono da colmeia: neste último caso a sua occupação é permittida a todos os que pôdem caçar no predio onde o enxame tenha pousado, e sómente aos respectivos donos naquelles em que a caça é defeza, ou nos edificios.

Mas se o antigo dono vae em sua perseguição, os animaes não pôdem dizer-se em liberdade natural emquanto aquelle tiver possibilidade de os apprehender <sup>1</sup>, e essa possibilidade existe emquanto a perseguição durar, porque a impossibilidade natural em que os enxames se encontram de percorrer grandes distancias, e os meios conhecidos de artificialmente os obrigar a pousar, asseguram ao dono a sua apprehensão dentro de curto prazo.

Por isso com razão o nosso Codigo prohibe a sua occupação por qualquer pessoa quando o dono os fôr perseguindo; a não ser que vão pousar em qualquer edificio alheio, ou em predio onde a caça não seja permittida, porque ali não poderá o dono entrar sem licença do respectivo proprietario. E' o direito de propriedade sobre o enxame em colisão com o direito de propriedade sobre o predio: tendo de sacrificar um em respeito do outro, o

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 23.

legislador português deu preferencia ao predio, como mais importante, sem deixar de garantir a propriedade do enxame, pois o proprietario do predio é obrigado a consentir que o dono das abelhas alli as vá recolher, ou a pagar-lhe o seu valor (§ unico do art. 402.º)

Em qualquer dos casos não voltaram as abelhas á sua natural liberdade, e por isso não pódem ser objecto de *occupação*; pagando o seu valor ao antigo dono, o proprietario que lhe impede a entrada no seu predio não adquire o enxame por occupação, mas pela *compra*, embora forçada, que delle fez ao legitimo proprietario.

Esta transferencia de direitos tem como natural consequencia ficar o adquirente proprietario do enxame emquanto se encontrar no proprio local onde pousou, e com o direito exclusivo de o occupar em qualquer outro predio que lhe pertença, e de o perseguir em predios alheios onde a caça seja permittida, tudo nas condições em que o podia fazer o antigo dono.

Mas se o enxame fôr perseguido, não pelo dono da colmeia de que houverem enxameado, mas por qualquer outra pessoa que os viu sahir, ou os encontrou, voando, ou pousados?

Não previne o Codigo esta hypothese no art. 402.º, tendo, por isso, de recorrer-se aos preceitos geraes da caça, segundo os quaes o caçador só adquire direito ao animal pelo facto da apprehensão, ou pelo do *ferimento* se fôr em sua perseguição. Por isso, quando o animal não tenha sido ferido, — e a hypothese considerada é daquellas em que tal condição nunca poderá ter logar — a circumstancia de ser ou não perseguido é indifferente para a adquisição do dominio pela occupação.

Nem obsta o facto da lei só reconhecer a faculdade de occupar os enxames que *primeiro encontrar*, porque tal disposição evidentemente não deroga os preceitos geraes que dominam a materia.

**25 bis.** — E' certo que do facto da lei não estabelecer fôrma especial para a occupação dos enxames alguns jurisconsultos têm concluido, comparando o art. 383.º com a primeira parte do art. 402.º do Cod. Civ., que o *facto de encontrar um enxame primeiro do que ninguem é sufficiente para se dar emquanto a elle a occupação*; de modo que se um individuo encontrou um enxame pousado em logar onde por lei lhe era concedido o direito de o occupar, embora não tenha praticado qualquer acto que denote a intenção de se apropriar d'elle, ninguem mais pôde já occupá-lo, porque ninguem mais pôde ser o *primeiro a encontrá-lo*, e o art. 402.º pr. do Cod. Civ. só permite a occupação dos enxames a quem primeiro os encontrar. <sup>1</sup>

Tal opinião, é, porém, manifestamente erronea: as palavras «*que primeiro encontrar*» do citado art. 402.º pr., não pódem ter o sentido que lhes é attribuido por aquelles escriptores, e os principios geraes da occupação repellem uma tal doutrina, que levaria ás mais extravagantes e absurdas consequencias.

Na verdade o proprio art. 402.º do Cod. Civ. exclue claramente aquella interpretação, pois não se declara nelle que os enxames *se consideram occupados* por quem primeiro os encontrar, mas que a estas pessoas *é licito occupá-los*, o que significa a

<sup>1</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, xv, 279.

necessidade de um facto posterior áquelle encontro para que a occupação se realize.

Qual esse facto deva ser não o diz expressamente a lei, tendo por isso de recorrer-se aos principios geraes da caça, resalvados no art. 400.º, segundo os quaes o animal só pela *apprehensão* se considera apropriado (art. 388.º) E se o facto da apprehensão é condição necessaria do dominio sobre as cousas *nullius*, bem de vêr é, tambem, que as referidas palavras do art. 402.º, pr. do Cod. Civ. não excluem do direito de occupação qualquer pessoa, porque não deixando os enxames de ser *nullius* pelo facto de alguém os encontrar, devem considerar-se objecto de livre occupação, guardadas as restricções estabelecidas na lei.

E tanto assim é, que o nosso legislador só obriga o dono do predio em que o enxame pousou, nos casos em que o dono do enxame não tem direito a entrar alli, a pagar-lhe o seu valor, ou a permitir-lhe que o vá buscar, se o enxame fôr perseguido *por seu dono*, e não quando o seja *por quem o tenha encontrado primeiro*, o que aliás não deixaria de fazer, pelo respeito e protecção devidos á propriedade, se o facto do encontro fosse bastante para crear o dominio sobre o enxame.

Nem tal doutrina poderia praticamente observar-se pela impossibilidade que haveria em cada caso particular de averiguar se o enxame tinha já sido visto ou encontrado por alguém, e pela quasi insuperavel difficuldade na determinação dos direitos correlativos de diversas pessoas que ao mesmo tempo descobrissem no ar um enxame, que outro depois apprehendia.

Para que haja occupação é necessario que exista a posse da cousa, e esta só apparece com o facto da *retenção*. (Cod. Civ. art. 474.º)

#### § 4.º — Da occupação dos animaes domesticos, abandonados, perdidos ou extraviados

**XIV.** — Razão de ordem. Os animaes *domesticos*, nascidos e creados sob o poder do homem, não podem ser objecto de occupação enquanto se não tornarem cousas *nullius* pela extincção dos direitos de propriedade, que ao respectivo dono pertenciam.

Esta transformação da natureza juridica dos animaes só pelo *abandono*, expresso ou tácito, se opéra geralmente; mas póde tambem resultar da disposição da lei, como succede relativamente aos *animaes perdidos*, comquanto os seus preceitos se baseiem fundamentalmente na presumpção daquelle mesmo abandono.

Ha, porém, differenças importantes no regimen juridico dos animaes domesticos susceptiveis de occupação, segundo têm dono conhecido ou desconhecido; e por isso, deixando para o fim as *disposições communs*, estudaremos separadamente aquellas duas hypotheses, notando desde já que apesar do Codigo não ser a este respeito bem expresso, só em relação á primeira se deve tratar de *animaes abandonados*, porque a noção juridica de

abandono não se compadece com o desconhecimento do dono do animal. (26)

26. — Nos animaes *bravios* o dominio do homem anda tão estreitamente ligado á sua posse, que, perdida esta, aquelle dominio desde logo se extingue.

Não succede, porém, o mesmo com os animaes domesticos, nem geralmente com os *domesticados* enquanto conservam os seus habitos de domesticidade, pois o dominio do homem subsiste mesmo quando a posse se perde. Ainda que o dono ignore absolutamente onde a cousa se encontra, e não possa, consequentemente, reivindicá-la num dado momento, o seu direito de propriedade persiste sempre, nem d'elle pôde ser privado contra sua vontade, a não ser em cumprimento de obrigações contrahidas para com outrem, ou sendo d'elle expropriado por motivos de utilidade pública (Cod. Civ. art. 2360.º)

Nestas condições é bem de vêr que uma cousa que tenha dono só pôde tornar-se *nullius* quando aquelle voluntariamente renuncie aos direitos que sobre ella tinha, ou motivos superiores á sua vontade tornem material e juridicamente impossivel o exercicio das faculdades contidas no dominio, não accidental e transitoriamente, mas dum modo absoluto e perpetuo — como succede, por exemplo, quando o animal bravo volta á sua natural liberdade.

Conformar-se-hia com esta doutrina o nosso Cod. Civil?

Os animaes *perdidos* ou *extraviados*, suscepti-

veis de occupação, terão sahido do patrimonio de seu dono por qualquer daquellas fôrmas?

Decerto não. O Codigo começa por fazer distincção entre animaes *abandonados* (art. 404.º) e animaes perdidos (art. 405.º e seg.), mostrando claramente que não fô *voluntariamente*, e pela renúncia do proprietario que estes últimos se tornaram susceptíveis de occupação; a segunda causa da extincção da propriedade tambem não se verifica, porque o dono dos animaes perdidos, ainda mesmo que ignore num dado momento o seu paradeiro, só accidental e temporariamente está privado do exercicio do seu direito, que poderia exercer-se logo que o animal apparecesse. E tanto assim é, que o próprio Codigo expressamente o reconheceu no art. 410.º do Cod. Civil, onde se impõe ao achador que não praticou certas diligencias marcadas na lei a obrigação de entregar ao dono o animal achado, a todo o tempo que este appareça, o que importa o reconhecimento de que este não perdeu o seu dominio sobre o mesmo animal.

Qual é, pois, a razão porque em determinadas condições se permite a occupação destes animaes?

Qual o motivo porque a lei faz extinguir o direito de propriedade do antigo dono, desde que o achador praticou certas diligencias, e decorreu certo lapso de tempo relativamente curto?

Foram, em primeiro logar, considerações de interesse publico, para evitar que a propriedade estivesse por muito tempo *fôra do commercio* e num regimen de *incerteza*, tão prejudiciaes sempre ao desenvolvimento da riqueza e tranquillidade

publicas; o proprio *interesse do proprietario*, em segundo logar, porque sendo a esperança da aquisição estímulo poderoso para levar o achador a promover as diligencias prescriptas na lei para levar ao dono o conhecimento da achada, quem perde uma cousa tem por este modo maiores facilidades em a encontrar; e ainda, principalmente, a justificada presumpção de que o dono do animal, não o reclamando dentro de certos prazos depois de divulgado o seu apparecimento pelos mais convenientes meios, quiz renunciar ao seu direito, tornando-se a cousa, por esta fórma, *nullius*.

Por isso dissémos que fundamentalmente os animaes domesticos só pódem ser occupados por terceiro quando seu dono os haja realmente abandonado, ou a lei, por motivos superiores de interesse público estabeleça a presumpção *juris et de jure* d'esse abandono.

Mas sendo o *abandono* um facto voluntario de alienação, demanda a existencia de certos requisitos que só podem comprovar-se quando seja conhecido o dono dos mesmos animaes, e por isso nada tem que vêr com a occupação dos animaes perdidos a qual, por seu lado, tambem só póde ter logar quando o dono dos animaes seja desconhecido, como em seguida veremos. Por esta fórma toda a *secção IV* deste capitulo do Cod. Civ. podia e devia subdividir-se para os effeitos da occupação, em tres sub-secções, na primeira das quaes se tratasse da occupação dos animaes domesticos *cujo dono é conhecido*, daquelles *cujo dono se desconhece* na segunda, deixando para o fim as poucas disposições communs.

Tal será o caminho que seguiremos.

**XV.** — Dos animaes cujo dono é conhecido. Os animaes domesticos, que forem lançados á margem ou abandonados por seu dono, poderão ser occupados livremente pelo primeiro que os encontrar (27) (art. 404.º); porém os animaes perdidos ou extraviados só o pódem ser *quando seu dono, para se eximir ao pagamento das despêsas feitas, os abandonar ao achador* (art. 409.º).

Em todo o caso aquelle, que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado, sabendo cujo é, deverá restituí-lo, ou fazer saber a seu dono como é achado, dentro de tres dias, ao mais tardar, sendo o dito dono domiciliado ou residente no mesmo concelho da achada.

Se o dono não fôr domiciliado ou residente no mesmo concelho, e o achador não poder satisfazer áquellas diligencias, fará saber á auctoridade administrativa da freguezia *ou bairro*, no dicto prazo de tres dias, como o animal é achado, a fim de que o participe a seu dono (artt. 406.º e 407.º) (28)

27. — Uma das mais importantes faculdades que se contêm no *dominio* é o direito de alienação, a qual póde operar-se por fórmias diversas, já transmittindo directamente a outra pessoa os proprios bens, já *abandonando-os* pura e simplesmente.

Neste último caso as cousas, sahindo do pa-

trimonio de seu dono, ficam na communidade negativa do genero humano, naquelle de SAVIGNY, podendo ser livremente occupadas por quem dellas se apoderar; tal é o preceito expresso do art. 404.º do nosso Cod. Civ., relativamente aos animaes, tal a disposição terminante do art. 411.º, relativamente ás cousas moveis inanimadas.

Esta doutrina, que em principio se applica tanto aos moveis como aos immoveis, acha-se restricta entre nós, como em quasi todos os povos civilizados, ás cousas da primeira especie, porque não sendo geralmente permittida a occupação dos immoveis a consequencia necessaria do seu abandono é a successão do Estado. <sup>1</sup>

Não deve, porém, confundir-se o *abandono da propriedade*, com o *abandono da posse*, que é apenas um dos seus elementos: pois, como é sabido, nem sempre os dois andam reunidos. Para que uma cousa se considere abandonada é, com effeito, necessario, que ao facto positivo e claro do abandono da posse, se junte a *intenção* de renunciar ao proprio direito.

O individuo que, em caso de incendio, lança porta fóra os objectos que guarneciam a sua casa; aquelle, que para não ser roubado num caminho, atira com a carteira a um logar desviado onde mais tarde irá procurá-la: nenhum delles, por certo, renunciou aos seus direitos de propriedade ao abandonar a posse da cousa, porque o seu propósito era, apenas, evitar o mal emminente, pelo abandono temporario da cousa, que mais tarde procuraria reaver.

Taes objectos não devem, consequentemente,

considerar-se *nullius*, devendo quem os encontrar restitui-los a seu dono.

Mas se o abandono da posse é acompanhado da *intenção* de renunciar ao proprio dominio, se o individuo lança fóra uma cousa porque de nada lhe serve ou porque a não quer no seu patrimonio por qualquer outra razão, o seu direito extingue-se pela simples renuncia (art. 815.º), e a cousa fica desde logo *nullius*, e como tal sujeita á livre occupação.

A ponta de charuto que o fumador lança fóra, as moedas e generos que se atiram por vezes aos rapazes (*missilia*), os papeis velhos, trapos, ossos e restos de comida, emfim o lixo deposto nas ruas, etc., são verdadeiramente *cousas abandonadas*, que pódem ser livremente apropriadas pela occupação. <sup>1</sup>

Tendo, porém, o *abandono*, relativamente ao dono da cousa, effeitos identicos aos da *alienação* em geral, porque tanto num como noutro caso o proprietario fica privado do seu direito de dominio sobre a cousa, é bem de vêr que só poderá abandonar válidamente quem tiver capacidade para alienar. Os menores e os interdictos, que não têm o exercicio dos seus direitos civis, não podem, consequentemente *abandonar* os seus bens, a não ser por intermedio das pessoas que legalmen-

<sup>1</sup> É sabido que o costume de lançar na rua, todas as noites, essa multidão de cousas que se designam geralmente com o nome de *lixo*, deu nas grandes cidades origem a uma indústria particular, tendente a reunir e aproveitar em certos fins lucrativos muitas dessas cousas abandonadas. Referimo-nos aos *traperos*.

Modernamente, ainda mesmo em terras de menor importancia, por motivos de hygiene publica, costumam as municipalidades recolher todo o lixo das povoações, que depois alienam para adubar as terras.

É o exercicio do direito de occupação.

te os representam, comquanto possam, por favor da lei, adquirir as cousas *nullius* por meio da occupação (art. 480.<sup>o</sup>)

Tres são, portanto as condições essenciaes do *abandono*:

- 1) o *facto positivo* da perda da posse;
- 2) a intenção de renunciar ao dominio;
- 3) a capacidade legal para alienar.

E como os factos se não presumem, competindo a quem os allega fazer a sua demonstração, o achador da cousa, que allegar o abandono desta para justificar a aquisição do seu dominio pela occupação, carece de fazer a prova daquelles requisitos quando pelo antigo dono sejam contestados (art. 2405.<sup>o</sup>), tendo este de mostrar apenas que a cousa lhe pertencia anteriormente. Tanto um como outro podem, todavia, recorrer a todos os meios de prova estabelecidos na lei civil, inclusive ás simples presumpções de *facto* derivadas das circumstancias particulares em que o objecto foi encontrado.

Mas nos casos em que a lei estabelece a presumpção de abandono das cousas encontradas em determinados logares, ou em condições especiaes, o achador não carece já de provar o abandono: ao dono, quando a lei o admitta, é que cumpre demonstrar que não renunciou ao seu direito.

De harmonia com estes principios dispõe o art. 421.<sup>o</sup> do Cod. Civ., relativamente ás cousas inanimadas, que a cousa se presumirá *perdida* quando

se não souber *ao certo* se é perdida ou abandonada; devendo, por analogia, seguir-se a mesma doutrina relativamente aos animaes <sup>1</sup>, cujo abandono carece geralmente de ser provado.

Ora a necessidade de fazer esta prova indica desde logo que não póde fallar-se de *cousas abandonadas* quando é desconhecido o seu antigo proprietario, pois doutro modo seria impossivel demonstrar a existencia dos requisitos que o caracterizam, mormente da *capacidade* de alienar.

A intenção de renunciar ao proprio dominio e a perda da posse poderiam, é certo, nalguns casos demonstrar-se pelas circumstancias que acompanham o acto, visto que o abandono tanto póde ser *expresso* como *tácito*; mas a existencia das condições legais de capacidade para fazer o abandono é que só poderão ser verificadas quando o dono da cousa seja conhecido.

E' certo que este ultimo requisito, é tido *usualmente* em menos conta considerando-se, por exemplo, válidamente feito o abandono quando um menor lança fóra os restos dum charuto, uma caixa de phosphoros vazia, etc.; mas não prova isso que *em face da lei* aquelles actos sejam válidos como o não são, evidentemente, as doações por elles feitas de cousas de pequeno valor, v. gr., cigarros, fructos, fato usado, etc., visto que o Cod. Civ.,

<sup>1</sup> O animal doméstico, que fugiu de casa de seu dono, indo para a dum vizinho, onde se conservou, deve considerar-se *perdido* e não *abandonado*.

«Para um animal doméstico se poder dizer abandonado—escreve a *Rev. de Leg. e de Jurispr.*—é necessario, que seu dono o tenha lançado á margem ou praticado algum facto indicativo de que renuncia ao dominio que tem sobre elle, taes como, deitá-lo para fóra de casa, deixá-lo em qualquer logar depois de o despojar de tudo o que pertencia ao mesmo dono, etc.; e neste caso não está um animal doméstico que deixou a casa do dono contra vontade deste, e entrou pela casa de outro individuo, pois não ha facto algum indicativo de que o dono do animal renunciára ao direito a elle». (*Anno LX, 279*). Conf. DIAS FERREIRA, *Obr. cit.* I, 289.

regulando a sua incapacidade e os meios de a supprir não estabelece differença fundamental entre cousas de grande ou de pequeno valor (art. 98.º)

No campo do direito stricto, onde nos cumpre estudar a questão, a *capacidade* de alienar é sempre indispensavel para que o abandono produza os seus effeitos, não podendo, consequentemente, fallar-se de cousas abandonadas quando o dono seja desconhecido.

Tal foi a razão que nos levou a reunir no mesmo grupo os artt. 404.º e 407.º do Cod. Civ. portuguez.

27, *bis*. — O abandono póde ser, como dissemos, *expresso* ou *tácito*, conforme a vontade ou intenção do proprietario se manifesta por palavras ou por escripto no primeiro caso, ou por factos donde elle necessariamente se deduza no segundo, que aliás é o mais vulgar (art. 648.º).

E' impossivel á previsão humana determinar *á priori* os factos pelos quaes o abandono tácito se manifesta; sendo, porém, o valor da cousa um dos mais importantes elementos da sua determinação, por não ser vulgar que um individuo se despoje de objectos de valor, que facilmente poderia alienar por título oneroso, e haver o costume geral de lançar fóra as cousas que não têm préstimo; o que, todavia, não obsta a que certos objectos de valor sejam abandonados pelo dono, e que outros sem valor algum para a generalidade das pessoas sejam cuidadosamente guardados pelos proprietarios, como recordação de familia, ou por qualquer outra razão.

Com o valor do objecto se liga intimamente o logar onde foi encontrado pelo achador, de modo

que, por exemplo, o facto d'uma cousa de insignificante valor ser encontrada em logar onde seja costume lançar objectos da mesma natureza, que não prestam, lixo, entulho, etc., é indício seguro de que o respectivo dono renunciou ao seu dominio, podendo qualquer pessoa appropriá-la livremente.

O Cod. Civ. faz expressa referencia a este elemento quando falla, no art. 404.º, dos animaes *lançados á margem*, expressão que no dizer de BRUSCHY «é principalmente applicavel ao gado maior, quando algum dos seus individuos é lançado fóra das pastagens pelo dono, e o pobre bruto tem de ir pastar, nas margens dos campos, porque não tem outras pastagens.»<sup>1</sup>

Ao juiz cumpre decidir em cada caso particular se houve realmente abandono, sendo a contestação do antigo proprietario simples resultado de arrependimento, ou se na verdade a cousa tinha apenas sido *perdida*; devendo tomar em consideração principalmente os usos locais, o valor da cousa, o logar onde foi achada, as circunstancias da pessoa a quem pertencia, o tempo que esteve fóra do seu poder, as diligencias empregadas para a encontrar, etc.

Mas uma vez abandonada a cousa, não pode o antigo dono revogar o próprio acto, reclamando-a de novo, porque o arrependimento posterior nunca poderá invalidar a transformação que pelo facto do abandono se operou na propria natureza juridica da mesma cousa, que ficou sendo *nullius*; sendo-lhe apenas lícito, como a qualquer outra pessoa, readquiri-la pela occupação emquanto não tiver sido occupada.

<sup>1</sup> BRUSCHY, *Obr. cit.*, II, 53.

28. — O art. 405.º do Cod. Civ., declarando que «os animaes perdidos ou extraviados só podem ser occupados nos termos seguintes», e referindo-se nos artt. 406.º e 407.º á hypothese do dono ser conhecido, pôde levar a crêr que tambem estes podem ser objecto de occupação; mas lendo attentamente aquelles artigos não é difficil reconhecer que tal não foi, nem podia ser, o pensamento do legislador.

Os animaes perdidos ou extraviados, cujos donos sejam conhecidos, nunca podem ser objecto de occupação, e o achador apenas tem direito a ficar com elles de preferencia a qualquer outra pessoa, no caso de serem abandonados pelo dono para se eximir ao pagamento das despêsas feitas (art. 409.º)

Em troca destas vantagens, e para que possa aproveitá-las, impõe a lei ao inventor a obrigação de no prazo de tres dias, restituir o animal, ou pelo menos participar ao dono o facto da achada, sempre que lhe seja possível fazê-lo, quer o dono tenha o seu domicilio no concelho onde o animal foi encontrado, quer não.

Mas neste último caso, se o achador *directamente não poder fazer entrega do animal, nem avisar o dono*, deverá no mesmo prazo participá-lo á competente auctoridade administrativa para que esta leve officialmente a noticia do achado ao conhecimento do proprietario do animal, não podendo este reclamá-lo, sem pagar todas as despêsas, com elle feitas (art. 409.º)

Qual é, porém, o prazo dentro do qual esta reclamação pôde ser feita?

Não o diz a lei neste logar, nem precisava dizê-lo, desde que esse prazo nada tem com a occupação, por não poder esta recahir, como dissemos, sobre os animaes domésticos que têm dono conhecido — a não ser quando este, para evitar o pagamento das despêsas feitas, prefira *abandoná-los* (cit. art. 409.º)

Temos por isso de recorrer aos principios geraes da aquisição das cousas alheias, para determinar o titulo justificativo da transferencia do animal achado para o dominio do achador, titulo que, dada a falta de consentimento por parte do antigo dono, só pôde encontrar-se entre os modos de adquirir direitos *por facto e vontade própria independentemente da cooperação de outrem*. Ora desses meios, como é obvio, só a *prescrição* poderia ter no caso cabimento, se ponderosas razões a não excluíssem.

Na primeira edição d'este trabalho sustentámos nós, com effeito, a doutrina de que o achador podia fazer seu o animal achado pela prescrição negativa, arrastados pelos graves inconvenientes que resultam de ficar indefinidamente incerto o direito do achador<sup>1</sup>; mas ponderando, de novo a

<sup>1</sup> Eis o que então escrevemos:

«Nem se diga que o achador não pôde adquirir em tempo algum a propriedade do animal, visto que a lei lhe não concede expressamente esse direito. — O disposto no art. 410.º, que só obriga o inventor *que não cumpriu com as obrigações que lhe são impostas* a restituir a cousa a *todo o tempo*, mostra, combinado com o art. 533.º, que outro foi o pensamento do legislador. Este não poderia, com effeito, sem offensa dos interesses públicos que reclamam a zurança da propriedade, deixar o inventor sujeito aos caprichos do dono do animal, impondo-lhe a obrigação de conservar este em seu poder eternamente, em a menor esperança de recompensa.

A difficuldade está sómente em determinar qual das duas especies de prescrição deverá ter no caso applicação.

Por um lado, desde que o achador tem o animal em seu poder, parece que sua aquisição só pôde ter logar pela prescrição *positiva* ou *adquisitiva* (art. 505.º § un.), e, nessa hypothese, deveriam invocar-se as regras do art.

questão vieram as hesitações do espirito, e por fim a convicção de que errámos ao enunciar uma tal affirmacão.

E de muitas, que em substituição d'ella ensaiámos no sentido de conceder ao achador direito de adquirir o animal achado, nenhuma nos satisfiz; sendo, por isso, opinião nossa actualmente que aquelle jamais poderá adquirir o animal achado, cujo dono seja conhecido.

Assim parece indicá-lo o art. 533.º do Cod. Civ., na generalidade dos seus termos, que só admite a prescripção das cousas moveis *perdidas* a favor de *terceiros de boa fé*; assim o deixa acreditar o silencio dos artt. 406.º e 407.º, que não dão tal direito ao achador, quando no art. 408.º o legislador procedeu por fórma inteiramente diversa quanto aos animaes cujo dono se desconhece.

Reformámos, por isso, a primeira opinião, que sobre o assumpto apresentámos.

Mas qualquer que seja a doutrina do Codigo parece-nos injustificavel, pois exigindo largos prazos para a adquisição do animal, tira ao achador

532.º, que regulam a prescripção das cousas moveis; mas esta doutrina tem contra si a consideração de que o achador, nas proprias diligencias que por disposição da lei praticou, deu claramente a entender que não possuia em seu proprio nome, *animo domini*, mas como simples *detendor*, e em tal caso a prescripção positiva não pôde ter lugar (art. 510.º)

Nestas condições mais razoavel parece recorrer á *prescripção negativa*, visto achar-se o inventor pelo simples facto de se apoderar do animal, constituido na *obrigação de o entregar* a seu dono, e ser aquella prescripção o meio normal de extinguir as obrigações (artt. 505.º e 535.º) Nem o facto do Cod. Civ. fallar das cousas moveis perdidas no art. 536.º, relativo á prescripção positiva, pôde servir de embaraço a esta opinião, porque referindo-se aquelle artigo sómente á hypothese do inventor não ter praticado as diligencias que a lei determina, tinha naturalmente o seu lugar no capitulo onde se encontra, porque a commissão, por parte do achador, do cumprimento das obrigações impostas no Cod. Civ. indica que elle pretendia apoderar-se da coisa achada, e por isso começou a possuí-la em proprio nome e *animo domini*.

todo o estímulo no cumprimento dos seus deveres, torna incerta a propriedade, retirando o animal por largo periodo do commércio, e deixa ao inventor tão pequena esperanza de recompensa que difficilmente se encontrará quem, por interesse proprio, se subjeite a recolher os animaes perdidos cujo dono seja conhecido.

Convinha, por isso, que se estabelecessem prazos curtos, como se fez para os animaes cujo dono se desconhece, afim de que os respectivos proprietarios podessem reclamar os animaes; sendo bem mais fundada a presumpção de *abandono* quando estes não fossem reclamados, porque havia a certeza de que a seus donos chegára o conhecimento da achada, o que em relação áquelles nem sempre succederá.

As penalidades em que incorre o achador que não cumprir as obrigações estabelecidas na lei acham-se indicadas no art. 410.º, que estudaremos a proposito das *disposições communs*.

## XVI. — Animaes cujo dono se não conhece.

Se aquelle, que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado, não souber cujo é, deverá, sem demora, apresentá-lo á auctoridade administrativa da parochia, ou bairro, onde fôr encontrando. A auctoridade administrativa mandará tomar nota da qualidade, signaes, estado e valor apparente do animal, e do lugar onde foi achado, e o fará depositar em poder da pessoa que o encontrar, ou de outrem, se aquella se escusar (art. 408.º, § 1.º).

Mas se a pessoa, em cujo poder o animal for depositado, não tiver meios para o sustentar,

ou se elle estiver em risco de padecer deterioração, poderá requerer, que elle seja arrematado e depositado o producto, applicando-se á quantia em depósito as mesmas regras que presidem á occupação do proprio animal (*cit. art.*, §§ 7.º e 8.º).

Sendo volátil o animal encontrado, fal-o-ha a dicta auctoridade apregoar no primeiro domingo consecutivo, á porta da igreja parochial, ao entrar da missa conventual; e, se dentro de quinze dias não lhe apparecer dono, ficará o animal pertencendo á pessoa que o houver encontrado. O mesmo se observará sendo o animal achado, óvelha, cabra, porco ou qualquer outro quadrupede das especies miudas, ou ainda sendo de outras, se o vallor delle não exceder a seis mil réis, com a differença de que o praso assignado será de trinta dias e se repetirão os pregões de oito em oito dias (*cit. art.*, §§ 2.º e 3.º)

Se o animal achado fôr de gado grosso, ou quadrupede de grande especie, cujo valor exceda a seis mil réis, observar-se-hão egualmente aquêlles preceitos com as seguintes modificações:

1.ª Além dos pregões, fará o achador inserir á noticia da achada do animal no *Diario do Governo*;

2.ª O animal achado só ficará pertencendo ao occupante passado tres mêses.

As diligencias prescriptas serão sempre gratuitas, excepto os pregões, que serão pagos pelo proprietario ou pelo achador, se aquelle se não apre-

sentar em tempo util; e os prazos assignados contar-se-hão desde o dia dos primeiros pregões (*cit. art.* §§ 5.º e 6.) (29)

29. — A occupação dos animaes perdidos ou extraviados <sup>1</sup>, cujo dono se não conhece, só pôde ter logar quando não sejam reclamados em tempo util por aquelle a quem pertencem, porque o silencio d'este justifica legalmente a presumpção do abandono, que aliás não pôde ser invalidada por qualquer prova em contrário desde que hajam decorrido os prazos marcados na lei, e se tenham praticado todas as diligencias, egualmente por lei estabelecidas, no propósito de levar ao dono do animal a noticia da achada.

O Cod. Civ., aproveitando os meios usuaes de publicidade, procura divulgar a noticia nas regiões onde deve presumir-se que o dono do animal reside, tomando para isso em consideração a especie e valor do animal, que são elementos importantes para determinar o logar a que pertencia, e as intenções do dono a seu respeito, como acima fizemos já sentir <sup>2</sup>.

Mas a defêsa da propriedade alheia, que o legislador tem por dever assegurar, e o proprio interesse do achador, reclamavam que ao mesmo tempo se providenciasse para evitar a deterioração do animal, provendo á sua conveniente sustentação; e dahi resultaram as disposições dos §§ 1.º

<sup>1</sup> BRUSCHY faz distincção entre animaes *perdidos* e animaes *extraviados*, dizendo que os primeiros são aquelles de quem se ignora o dono, e os segundos os separados do logar proprio (*Obr. cit.*, II, 53); mas reconhece que legalmente são tomadas como synonymas as duas expressões.

<sup>2</sup> *Conf. SUPRA*, n.º 78.

e 7.º do art. 408.º, mandando depositar o animal, ou proceder á sua venda quando estiver em risco de padecer deterioração, já pelo depositario não ter meios para o sustentar, já por qualquer outro motivo.

Tal é, nos seus traços fundamentaes, o systêma do nosso Cod. Civ. sobre a occupação dos animaes perdidos.

Das diligencias tendentes á divulgação da achada, e á conservação do animal, impendem algumas sobre o proprio achador, e outras sobre a auctoridade administrativa competente, que é em Lisboa o administrador do bairro onde o animal fôr encontrado, e nas demais terras o regedor de parochia (*Decr. de 29 de agosto de 1893, art. 47.º; Cod. Civ., art. 408.º pr.; Cod. Adm., art. 294.º*)

Ao achador incumbe:

- 1.º) Apresentar o animal á auctoridade administrativa (*art. 408.º pr.*)

A lei não fixou o praso, como fez no art. 406.º, mas da expressão *sem demora* do art. 408.º resulta que deve fazê-lo no mais curto espaço de tempo possível, cumprindo-lhe provar legitimo impedimento se demorar a participação por mais tempo do que parecer razoavel áquella auctoridade.

- 2.º) Fazer publicar a noticia da achada no *Diario do Governo*, quando se tractar de gado grosso, ou qualquer quadrupede de grande especie, cujo o valor exceda a 6\$000 réis (*cit. art., § 4.º, mod. 1.ª*).

- 3.º) Pagar os *pregões* e despêsas feitas com o animal, quando o dono se não apresentar em tempo util (*cit. art., § 6.º e arg. do art. 409.º*)

A' auctoridade administrativa compete organizar o processo da achada; dirigindo-o superiormente, e tomando todas as providencias necessarias para assegurar a conservação do animal, e a divulgação da achada, na conformidade da lei, cumprindo-lhe especialmente:

- a) Tomar nota da qualidade, signaes e valor apparente do animal, e do logar onde foi achado (*cit. art., § 1.º*).

O sr. DIAS FERREIRA opina <sup>1</sup>, que a determinação do valor deve ser feita por peritos; nada ha, porém, na lei, que auctorise este parecer, antes parece deduzir-se da circumstancia do Cod. Civ. fallar, não do *valor real* do animal, mas do seu *valor apparente*, que deixa essa determinação á competente auctoridade administrativa <sup>2</sup>.

Mas não ficam, por isso, estas auctoridades privadas de se valerem daquelle meio quando não tenham competencia para o determinar, sendo em todo o caso para desejar que o *valor apparente*

<sup>1</sup> DIAS FERREIRA, *Obr cit.*, I, 291.

<sup>2</sup> «O Cod. não diz qual o modo de estabelecer o *valor* da cousa achada, mas sómente que logo depois de achada se lhe deve dar o valor para os outros actos a praticar. Parece-nos que esta avaliação deve ser feita pela auctoridade, e não pelo achador, porque este tem um interesse directo em que elle seja pequeno, para mais depressa tornar sua a cousa achada; mas depois, quando no caso do § 7.º do art. 408.º, em que ha arrematação, e no do § 4.º do art. 419.º, em que ha a subtracção da terça para os estabelecimentos de beneficencia, tem de haver praça, porque não se tracta de classificar o meio de publicidade; mas de effectivamente obter o maior preço no interesse de todos.» (BRUSCHY, *Obr. cit.*, II, 61.º)

fixado, vista a sua grande influencia sobre os prazos e diligencias prescriptas na lei, corresponda ao *valor real* do animal.

b) Depositar convenientemente o animal achado  
(*cit. art. e §*)

O achador tem direito de ser nomeado depositario de preferencia a qualquer outra pessoa, e só quando elle se escusar é que a auctoridade administrativa poderá escolher outrem, devendo nomear pessoas que tenham meios sufficientes para assegurar ao animal os cuidados e tractamentos convenientes.

A pessoa nomeada não pôde escusar-se, nem mesmo com fundamento na falta de meios para sustentar o animal, devendo neste último caso requerer á auctoridade administrativa que o faça vender em hasta pública, depositando o seu producto, quer na mão do primitivo depositario, quer na doutra pessoa.

Aquella auctoridade, todavia, se entender que ha inconveniente na arrematação do animal deve indeferir o pedido, nomeando novo depositario quando se reconhecer a impossibilidade do primeiro continuar; mas no caso do animal correr risco de deterioração deverá fazê-lo arrematar, ainda mesmo que lhe não seja requerido, como medida de protecção aos direitos do dono (Cod. Adm., art. 278.º n.º 16.º).

c) Fazer apregoar o animal á porta da igreja parochial, ao entrar da missa conventual  
(*cit. art., §§ 2.º, 3.º e 4.º*).

Estes pregões serão pagos pelo dono do animal quando vier reclamá-lo, ou pelo achador quando o dono não tiver apparecido em tempo util (*cit. art., § 6.º*); e têm logar maior ou menor numero de vezes conforme a especie e valor do mesmo animal.

Assim:

*serão apregoados:*

- |  |  |
|--|--|
| 1) Os <i>volateis</i> .....                            | } no primeiro domingo consecutivo.       |
| 2) Os quadrupedes das <i>especies meúdas</i> . . . . . |  |
| 3) O <i>gado grosso</i> até 6\$000 réis . . . . .      | } em todos os domingos, durante 30 dias; |
| 4) O <i>gado grosso</i> , de maior valor . . . . .     |  |

Todas estas diligencias, á excepção dos pregões, serão praticadas gratuitamente pela competente auctoridade administrativa, que não poderá, sob pretexto algum, exhibir-se ao cumprimento das obrigações, que ficam especificadas. E quando se recuse deve aquelle que encontrou o animal dirigir-se aos superiores legitimos da mesma auctoridade queixando-se da ommissão, e cumprir por sua parte as obrigações que a lei lhe impõe, para não incorrer nas penalidades comminadas no art. 410.º do Cod. Civ. <sup>1</sup>

29, *bis*. — Praticadas todas as diligencias que ficam indicadas, tanto por parte do achador, como pela competente auctoridade administrativa, se ninguem vier reclamar o animal em tempo util, considerar-se-ha este como propriedade do achador, não desde que o praso terminou, mas desde

<sup>1</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, IX, 279.

que o mesmo animal foi por elle encontrado e apprehendido, porque o facto de não apparecer pessoa alguma a pedir a sua entrega significa legalmente que seu dono o *tinha* abandonado.

O periodo dentro do qual o animal perdido ou extraviado póde ser reclamado por quem a elle tiver direito é mais ou menos longo, segundo a especie, e o valor que lhe tiver sido attribuido. Esses prazos, contados em todo o caso desde o dia do primeiro *pregão* lançado á porta da igreja parochial, são os seguintes:

- |   |                      |
|---|----------------------|
| 1) Sendo os animaes <i>volateis</i> ...   | } dentro de 15 dias; |
| 2) Sendo <i>quadrupedes das especies meúdas</i> , v. gr., ovelhas, cabras, porcos, etc.; ou                           |                      |
| 3) Sendo de <i>gado grosso</i> , ou <i>quadrupedes de grande especie</i> , de valor não excedente a 6\$000 reis . . . | } dentro de 30 dias; |
| 4) Sendo de <i>gado grosso</i> , ou <i>quadrupede de grande especie</i> , cujo valor exceda 6\$000 reis . . .         |                      |

Deve, porém, notar-se que o sr. DIAS FERREIRA não interpreta o Cod. Civ. nos termos em que o fizémõs neste quadro, entendendo que sã ao *valor* e não á *especie* dos animaes quadrupedes se deve attender para determinar o praso util da sua reclamação, escrevendo que « para descobrir o dono dos animaes é differente o processo segundo é volátil ou quadrupede o animal, e *sendo quadrupede, segundo o preço excede ou não o valor de 6\$000 réis*: porque . . . sendo quadrupedes, se o valor não exceder 6\$000 réis, fará seu o animal o achador não apparecendo o dono dentro do praso

de 30 dias . . e se o valor exceder 6\$000 réis o animal só ficará pertencendo ao occupante passados 3 menses . . »<sup>1</sup>

Ora, comparando entre si os §§ 3.º e 4.º do art. 408.º do Cod. Civ. vê-se claramente que tal opinião é infundada, porque a lei não fixa valor algum para os animaes quadrupedes *das especies meúdas*, subjeitando-os todos á mesma regra. Para lhes applicarmos tambem a expressão « *se o valor delle não exceder a seis mil réis* », do cit. § 3.º do art. 408.º, chegaríamos ao absurdo de não encontrar preceito que fixasse o praso util para a reclamação dos animaes quadrupedes daquellas especies, *de valor excedente a 6\$000 réis*, visto que o § 4.º do mesmo artigo sómente se refere aos quadrupedes *de gado grosso*, e outro não ha que formule regras para animaes daquelle valor.

As palavras, que sublinhamos, do referido § 3.º do art. 408.º do Cod. Civ. só podem, consequentemente referir-se aos quadrupedes de grande especie, como acima dissémos.

**XVII. — Disposições communs.** — O dono do animal perdido ou extraviado, se não preferir abandoná-lo, será obrigado a pagar as despêsas feitas com elle, quando vier reclamá-lo (*art. 409.º*)

Mas o achador, que não cumprir com as obrigações que lhe são impostas, será obrigado, além da responsabilidade civil e penal, a restituir o animal ou o seu valor ao dono, a todo o tempo

<sup>1</sup> DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 290.

em que este appareça, sem indemnisação alguma das despêsas, que haja feito com o dicto animal (*art. 410.*)

Qualquer animal doméstico solto na via pública, sem ser em acto de carga, descarga, ou conducção, será considerado como perdido e removido para logar conveniente. Se fôr conhecido o dono, ou elle apparecer no praso de tres dias, ser-lhe-ha entregue o animal, pagando as despêsas feitas, e a multa correspondente, se não preferir abandoná-lo; se não fôr conhecido, ou não se apresentar no praso de tres dias o dono, será o animal apresentado á auctoridade administrativa da parochia onde tiver sido encontrado, para esta auctoridade proceder nos termos do art. 408.º do Cod. Civil. (*Reg. de 21 de fevereiro de 1889, art. 126.*) (30).

30. — O dono do animal que alguém encontrou perdido ou extraviado, se viér reclamá-lo dentro dos prazos em que o póde fazer, tem de pagar as despêsas com elle feitas, porque seria iniquo sobre-carregar com ellas o achador, a quem a lei impôz pesadas obrigações em troca da esperança, tantas vezes illudida, de poder adquirir o animal pela occupação. Mas só a essas e ao pagamento dos pregões — além das multas que em casos particulares lhe sejam impostas pelo seu desleixo, v. g., no art. 196.º do *Regulamento de 21 de fevereiro de 1889*, relativo á policia e conservação das estradas — é obrigado o proprietario, não podendo o achador reclamar qualquer premio ou

alviçaras, que, aliás, é de uso dar quando o objecto perdido tem valor consideravel.

Mas se o achador não cumprir as obrigações que por lei lhe são impostas commette o crime previsto no art. 423.º do Cod. Pen., ao qual correspondem as penas de furto attenuadas, não podendo nunca apropriar-se do animal, porque o Codigo o declara imprescriptivel (art. 533. ), tendo de entregá-lo ou pagar o seu valor a todo o tempo em que o dono appareça; e nenhum direito lhe assiste a ser indemnizado das despêsas feitas como o mesmo animal (art. 410.º)

A nossa *Ord.* do L. v, tit. 62.º, § 3.º já dispunha que o achador de ave alheia ou outra qualquer cousa, tanto que soubesse cuja era, lh'a entregasse logo, posto que requerido não fosse, sob pena de furto; e não sabendo de quem era, deveria apregoá-la por espaço de 30 dias, nos logares públicos e costumados, sob a mesma pena; devendo em todo o caso restituir a cousa achada a todo o tempo, sem poder demandar achadego ou alviçaras, não sendo promettidas, salvo se fossem açôres, ou *falcões*. Mas os quadrupedes extraviados, chamados *cousa achada de vento*, depois de apregoados nas audiencias, pelo juiz a quem fossem denunciados, por espaço de quatro meses, não apparecendo o dono, eram vendidos em haste pública, pertencendo o seu producto liquido ao thesouro nacional (*Ord. L. III, Tit. 94.*)

Na exposição da doutrina desta secção adoptaremos a ordem do Código Civil por não haver nisso inconveniente. (31)

#### Da occupação das cousas inanimadas

**XVIII.** — Razão de ordem. — A rúbrica desta secção, que é a mesma do Código Civil, não corresponde exactamente ás materias que nella teremos de versar, pois tambem a secção III tem por objecto, *em parte*, a occupação das cousas inanimadas. Comparando entre si os artigos agrupados em cada uma teremos occasião de vêr que só das *cousas moveis que já tiveram dono* se tracta na primeira dellas, ao passo que a segunda é consagrada aos preceitos relativos á occupação dos *objectos e productos naturaes communs* ou *não apropriados*, ou seja, em geral, ás *cousas moveis inanimadas, que nunca tiveram dono*.

As primeiras são pouco coherentemente classificadas em quatro grupos: a) moveis abandonadas; b) moveis perdidas; c) thesouros e cousas escondidas; d) embarcações e outros objectos naufragados; devendo tambem estas duas últimas classes considerar-se, rigorosamente *cousas moveis perdidas*, a que a lei só deu regulamentação separada em attenção á sua importancia e natureza excepçionaes.

**31.** — Todas as cousas existentes podem classificar-se em dois grupos: *animadas*, ou *inanimadas*, pertencendo necessariamente a um delles todas as que não couberem no outro. Por isso, se a expressão *cousas inanimadas*, que encima as disposições em cujo estudo vamos entrar, fossem tomadas no seu significado litteral, não haveria materia para o *Cap. IV* do Cod. Civ., visto que da occupação das *cousas animadas* se tractára já no *Cap. II*.

Lendo, porém, os seus preceitos com attenção vemos que sob o rúbrica «*da occupação dos objectos e productos naturaes communs ou não apropriados*», que subordina o referido *Cap. IV*, se tracta não só de *substancias animaes* (art. 429.<sup>o</sup>), mas tambem de *cousas inanimadas*, cumprindo, por isso, estabelecer as características differenciaes entre o seu particular objecto e o dos capitulos anteriores.

Restringindo o problema ás *cousas moveis inanimadas*, de que ora vamos tractar, vê-se, porém do confronto entre os *Cap. III* e *IV* deste titulo do Cod. Civ. que no primeiro sómente de *cousas que já tiveram dono* se tracta, ficando naturalmente destinadas ao último aquellas que nunca foram individualmente apropriadas.

Mas as *cousas que já tiveram dono* só podem ser objecto de occupação, como por mais duma vez se tem dicto, quando o primitivo direito se haja extinto ou perdido, por vontade do proprietario, ou por disposição da lei — ora fundada esta

na presumpção do abandono, ora na impossibilidade physica e juridica de conservar o dominio, como succede em relação aos animaes que voltam á natural liberdade (art. 400.º) Por isso mal se comprehende como o legislador poude abrir duas secções novas para tractar dos *thesouros*, e dos *objectos naufragados*, depois de haver regulamentado a occupação das cousas moveis abandonadas, e das perdidas, quando o art. 383.º do Cod. Civ. só reconhece estas duas especies como objecto de legitima occupação.

Esta separação, apparentemente injustificavel, não significa, todavia, que os thesouros e objectos naufragados não tenham cabimento nas classes anteriores, porque realmente o têm, devendo considerar-se cousas perdidas; mas o legislador entendeu, que a occupação destas cousas, pela sua consideravel importancia, e condições especiaes em que se verifica a sua perda, ou achada, mereciam regras especiaes, que as fizessem sahir do regimen commum das cousas perdidas, e por isso restringiu o significado litteral desta expressão, collocando de fóra os thesouros, e os navios e objectos naufragados.

Mais difficil é, porém explicar a separação feita pelo legislador das cousas moveis abandonadas e das perdidas, que tracta em secções distinctas, depois de ter agrupado numa secção única os preceitos relativos aos *animaes abandonados ou perdidos*, que aliás se regulam por disposições analogas, — comquanto a expressão *cousas abandonadas* tenha neste logar um sentido mais amplo do que no capitulo relativo á occupação dos animaes, o que nos leva a modificar o plano que se-

guimos na exposição dos preceitos relativos á occupação dos animaes abandonados e perdidos, para tractar em primeiro logar das cousas moveis abandonadas, deixando para o § seguinte o estudo dos preceitos relativos ás *cousas moveis perdidas*, quer tenham dono conhecido, quer não.

§ 1.º - Das cousas moveis abandonadas

**XIX. — Principio fundamental; excepções.**

— Na occupação ou na entrega das cousas moveis, abandonadas em estações de transporte ou viação, ou em alfandegas, ou em quaesquer outras casas fiscaes, observar-se-ha o que estiver determinado nos respectivos regulamentos de caminhos de ferro, correios, malas-postas, alfandegas e outros (art. 412.º); mas fóra destes casos, as cousas moveis abandonadas pódem ser livremente occupadas por qualquer pessoa, que primeiro as encontre (art. 411.º)

Quando se não souber ao certo, se a cousa é perdida ou abandonada, presumir-se-ha perdida (art. 421.º) (32)

32. — Na exposição dos principios geraes relativos ao abandono dos animaes domesticos dissémos que a sua validade dependia de tres condições, que só podiam ser verificadas quando fosse conhecido o seu antigo dono; mas que, uma vez abandonado, não podia o animal voltar ao dominio do antigo proprietario por simples revogação do mesmo acto, mas sómente pela occupação, se o

animal ainda não tivesse sido por outrem apropriado.

Analysando agora o art. 412.º do Cod. Civ. á luz destes principios reconheceremos desde logo que a expressão «*cousas abandonadas*» tem aqui um significado differente, pois se applica tambem a objectos *que ainda não sahiram do patrimonio* de seu dono. Isso se deduz claramente das palavras «*na entrega*» oppostas á palavra «*occupação*», no mesmo artigo empregadas, pois uma cousa *nullius* não se *entrega*, occupa-se: só póde entregar-se uma cousa que tenha dono. Este é o significado litteral da palavra, e com elle se conformou o legislador nos artt. 389.º, 401.º e outros do Cod. Civ.

O preceito do art. 412.º, portanto, não tracta sómente do verdadeiro *abandono*, no sentido juridico do termo, mas de todas as cousas que seus donos, sejam ou não conhecidos pouco importa, deixáram ficar nas estações de transporte, alfandegas, etc., ou por quererem renunciar ao seu dominio (*abandono*), ou por não saberem onde estão, ou porque motivos de ordem diversa lhes não permittiram reclamá-los.

Em todos estes casos é regra geral, estabelecida nos competentes regulamentos, que as empresas, companhias, etc., devem pagar-se pelo valor desses objectos das despêsas de transporte, armazenagem, e outras legitimas, de preferencia a qualquer pessoa que a ellas se julgue com direito, revertendo o excedente, quando não seja reclamado dentro de certos prazos, em favor do Estado ou das mesmas companhias. Mas a venda dos objectos só poderá ter logar depois de passados certos prazos, fixados

de maneira que os referidos objectos não venham a soffrer deterioração.

Observam-se, portanto, disposições analogas ás que regulam a occupação das cousas perdidas, e porisso melhor fôra que o legislador collocasse o art. 412.º na secção relativa á occupação das *cousas moveis perdidas*, respeitando o significado legal da expressão *cousas abandonadas*, que noutro logar indicámos. <sup>1</sup>

Quando haja, porém, verdadeiro *abandono* fôra dos logares que ficam indicados, a cousa pôde ser livremente occupada por quem primeiro a encontrar (art. 411.º); mas a cousa só entra no dominio do occupante desde que por elle tenha sido apprehendida, nos precisos termos em que o devem ser os animaes abandonados. <sup>2</sup>

## § 2.º — Das cousas moveis perdidas

**XX.** — Das cousas que têm dono conhecido. — Da mesma fórma que os animaes, não podem as cousas inanimadas, cujo dono se conheça, ser occupadas por quem as encontrar, devendo ser restituídas, ou pelo menos noticiado o seu apparecimento ao dono, no praso de tres dias, se o achador o poder fazer; e quando não possa, informar-se no mesmo praso a competente auctoridade administrativa, para que esta o participe ao proprietario, em harmonia com o disposto nos artt. 406.º e 407.º do Cod. Civ. (33) (art. 414.º)

**33.** — Manda o legislador portuguez applicar á occupação das cousas inanimadas moveis cujo dono se conhece, as regras já formuladas para os animaes que em identicas condições forem por qualquer pessoa encontrados. Nem havia razão para doutra fórma proceder, porque o direito de propriedade não é menos respeitavel num caso do que no outro.

Mas ao passo que se fallou de animaes *perdidos* ou *extraviados*, aqui refere-se o Codigo sómente a cousas inanimadas *perdidas*, decerto porque em relação aos animaes o legislador quiz evitar a

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 78.

<sup>2</sup> Idem, idem.

dúvida, que naturalmente surgiria, sobre os animaes que *por si mesmo* fugiram de casa de seu dono, e por não atinarem com o caminho deixáram de voltar alli, — aos quaes na linguagem vul-se chama *extraviados* — deveriam, ou não, considerar-se *perdidos*. As cousas inanimadas, como não pôdem sem acção exterior deslocar-se no espaço, quando não se encontram na posse de seu dono consideram-se como perdidas a não ser que o abandono se demonstre, e por isso não havia necessidade de fallar expressamente no caso de se terem *extraviado*.

O praso dentro do qual o proprietario pôde vir reclamar a entrega da cousa é o mesmo que se acha estabelecido para os animaes.

**XXI.** — Das cousas cujo dono se desconhece. — Quem achar cousa perdida, não sabendo cuja é, deve, no praso de tres dias, dar disso conhecimento á auctoridade administrativa da parochia, ou *bairro*, onde a cousa fôr achada, declarando a natureza do objecto, o seu valor approximadamente, e o dia e o logar onde a achou, para que a dicta auctoridade mande affixar nas portas da igreja parochial a noticia do facto (*art. 415.*), enviando ao mesmo tempo uma copia dessa noticia ao *Diario do Governo* para ser publicada, se o valor da cousa exceder a tres mil réis (*art. 416.*)

Haverá em poder da referida auctoridade um caderno numerado, rubricado e encerrado, no qual se copiem as sobredictas noticias, declarando-se o

dia em que foram affixadas, e pondo-lhes a auctoridade o seu visto e assignatura (*art. 415.*, § *un.*)

O achador fará sua a cousa achada, nos termos seguintes:

1.<sup>o</sup> Se a cousa não exceder o valor de tres mil réis, não lhe apparecendo dono dentro de quarenta e cinco dias, contados desde a data da affixação da noticia.

2.<sup>o</sup> Se a cousa exceder o valor de tres mil réis até seis mil réis, não lhe apparecendo dono dentro de tres mêses, contados desde a data da publicação no *Diario do Governo*.

3.<sup>o</sup> Se a cousa exceder o valor de seis mil réis até doze mil réis, não lhe apparecendo dono dentro de meio anno, contado desde a mesma data.

4.<sup>o</sup> Se a cousa exceder o valor de doze mil réis, só poderá ficar pertencendo ao achador passado um anno, contado desde a mesma data, mas com reserva do valor da terça parte, deduzidas todas as despêsas, que será applicado para o conselho de beneficencia pupillar da comarca, onde a cousa fôr achada, ou da magistratura que o substituir (*art. 419.*) (34)

34. — São analogos os preceitos que regulam a occupação dos animaes e a das cousas moveis inanimadas, cujo dono se desconhece, porque identico é o seu fundamento; mas ainda assim, no dizer dum escriptor, «é mais benevolo o Codigo com o

achador de animaes do que com o achador de cousas inanimadas, não só quanto ao praso da occupação, mas tambem quanto ao direito sobre a cousa achada, pois o achador de animaes fã-os seus, ou o preço total, se forem vendidos, por mais alto que seja, não apparecendo o dono dentro de tres mêses ao mais tardar desde os pregões e annuncios, quando o achador de cousas inanimadas em caso nenhum pôde havê-las, por mais insignificante que seja o seu valor, sem valor, sem terem decorrido 45 dias, nem as faz suas sem passar um anno, e ainda assim, só no valor de dois terços, se ellas excederem o valor de 12\$000 réis.»<sup>4</sup>

Esta differença nos prazos baseia-se, a meu juizo, na consideração de que exigindo os animaes cuidados diarios constantes, o seu desaparecimento não pôde deixar de ser immediatamente conhecido pelo dono, que, não querendo renunciar ao seu direito, naturalmente se entregará desde logo ás diligencias convenientes para o reaver; ao passo que as cousas inanimadas podem ser, e frequentes vezes são perdidas, sem que o dono disso se apreceba, havendo, consequentemente, necessidade, de maiores prazos para fundamentar a presumpção de abandono, por lei estabelecida, para legitimar a sua occupação por terceiro.

Acresce ainda a circumstancia das cousas inanimadas poderem mais facilmente, sem dispendio nem trabalho por parte do achador, ser conservadas, occultando-se á vista do grande publico, o que é bastante para diminuir a publicidade da achada, que relativamente aos animaes, principal-

mente nos pequenos logares, á todos se patenteia em cada dia, pela presença do mesmo animal.

Outras differenças se notam, ainda, entre os preceitos legais relativos á occupação dos moveis e á dos animaes perdidos, as quaes resultam da distincta natureza desta cousas, pois sendo a *especie* um elemento importanté a que houve de attende-se relativamente aos animaes, emquanto ás cousas inanimadas só ha que tomar em consideração o seu valor, que será logo indicado, *aproximadamente*, pelo achador, nos termos do art. 415.º do Cod. Civ.; o que, todavia, não obsta a que a auctoridade administrativa possa mandá-las avaliar por peritos, para evitar que o achador, por sugestões do proprio interesse, lhe attribua um valor insignificante, no propósito de encurtar o praso util para a reclamação do dono, diminuindo ao mesmo tempo a divulgação da achada.

Esta divulgação faz-se por duas fórmãs: affixando na porta da igreja parochial a noticia circumstanciada do facto, declarando a natureza do objecto, o seu valor aproximadamente, e o dia e logar onde foi encontrado; e publicando, tambem, esta noticia no *Diario do Governo*, quando o objecto achado tenha valor excedente a 3\$000 réis (artt. 415.º e 416.º).

E' á auctoridade administrativa da parochia, ou ao administrador do respectivo bairro em Lisboa, que compete proceder official e gratuitamente a estas diligencias logo que o achador lhe dê noticia da achada, — o que elle tem de fazer no praso maximo de tres dias (artt. 417.º e 415.º), não carecendo todavia, de entregar a propria cousa, que ficará em depósito na sua mão até ser

<sup>4</sup> DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 290.

reclamada pelo dono ou até que a occupação possa ter logar.

Se o achador, porém, se recusar a ter em seu poder o objecto deve a auctoridade administrativa consigná-lo em depósito, nomeando pessoa competente, ou conservá-lo mesmo na respectiva repartição, com a devida segurança, o que, no entretanto, por ser mais usual, não deixa de ser menos regular, por não haver a quem se imponha a responsabilidade do descaminho, se por ventura este se dér.

O dono pôde vir reclamar a cousa dentro dos prazos seguintes, contados desde o dia em que a noticia foi affixada na porta da igreja, ou publicada no *Diario do Governo*, quando o deva ser:

Se o valor da cousa não exceder a	}	3\$000 réis, 45 dias
		6\$000 réis, 3 meses
		12\$000 réis, meio anno
Sendo de valor excedente a . .	}	12\$000 réis, um anno.

Decorridos estes periodos sem que o dono appareça o achador faz seu o objecto achado; mas se a cousa valer mais de 12\$000 réis, deve separar-se o valor da terça parte, deduzidas todas as despêsas, em favor do conselho de beneficencia pupillar da comarca onde teve logar a achada, ou da magistratura que o substituir (art. 419.º).

Este encargo imposto ao achador tem manifestamente um character fiscal ou tributario, e justifica-se com razões analogas áquellas em que assenta o imposto lançado sobre as doações meramente *beneficas*, não derogando fundamentalmente os principios da occupação, porque a cousa passa em todo o caso para o dominio do achador logo que,

pela extincção do prazo marcado na lei, se firmou a presumpção legal do abandono.

Mas na execução pratica deste preceito tem surgido difficuldades por não se acharem ainda creados os estabelecimentos de beneficencia pupillar, a que o Cod. Civ. se refere, nem haver lei que expressamente declare quaes as instituições que para este effeito os substituem.

Dahi divergencias de opinião, que é conveniente referir.

**34. bis.** — O sr. DIAS FERREIRA opina, que não se achando ainda creados áquelles estabelecimentos de beneficencia, não pôde ter applicação nesta parte o § 4.º do art. 419.º do Cod. Civ. devendo pertencer a cousa achada a quem a encontrou, sem deducção alguma, qualquer que seja o seu valor<sup>1</sup>; aceitando, por este modo, a doutrina da *Portaria do Ministerio do Reino*, de 14 de setembro de 1875, que se baseia no art. 4.º da Lei de 1 de junho de 1867, onde se preceitua que «as disposições do Cod. Civ. cuja execução depender da existencia de repartições publicas, ou de instituições ainda não creadas, só obrigarão desde que estas instituições funcionem.»

Em sentido contrario se pronunciou o sr. PERDIGÃO, antes salientando a necessidade de reformar a lei, do que demonstrando a inanidade daquellas razões, que ao tempo da publicação da *Portaria* eram realmente inatacaveis. «A mente do legislador, diz elle, ao attribuir aos conselhos de beneficencia pupillar este auxilio para o desempenho dos seus encargos, não foi por certo beneficiar essas instituições, mas sim a classe de pessoas

<sup>1</sup> DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 291.

para cuja protecção as creou. Embora, pois, não exista a instituição, como existem os desvalidos em favor de quem a receita foi creada, entendemos que não ha motivo para deixar de applicá-la em seu beneficio, e que pouco importa para isso a qualidade da denominação do intermediario a quem se incumba a applicação, comtanto que se consiga o fim util, que a lei teve em vista.»<sup>1</sup>

Entende por isso o citado auctor que seria mais consentaneo com o pensamento do legislador o attribuir aquella parte aos estabelecimentos de beneficencia, que tem por fim a educação e protecção da infancia desvalida, os quaes, se não estão designados por lei como substitutos daquellas instituições, estão incumbidos e desempenham de facto em grande parte, o seu papel.

A publicação do Cod. de Proc. Civ. veio modificar os termos da questão, dispondo no art. 969.º que «as multas, que segundo o Cod. Civ. devem ser applicadas para estabelecimentos de beneficencia pupillar, reverterão em Lisboa para a *Casa Pia*, nas outras terras para algum asylo de infancia desvalida, e onde não o houver para a Misericordia, emquanto não se acharem creados os estabelecimentos de beneficencia a que o mesmo Codigo se refere.»

Deverá este preceito, que só falla de *multas*, ampliar-se ao caso de que estamos tractando?

Pensámos que sim, porque naquelle artigo se indicam claramente os estabelecimentos que substituem os conselhos de beneficencia pupillar, em-

<sup>1</sup> PERDIGÃO, *Aponi. cit.*, I, 49.

quanto estes não forem creados. O facto dessa indicação ser feita a propósito do destino a dar ás multas nada importa, porque o legislador não podia, evidentemente, referir-se naquelle logar ás cousas perdidas, ou a outros assumptos extranhos á materia de que tractava, e a indicação uma vez feita deve applicar-se em todos os casos, quando mais não seja, por analogia (Cod. Civ., art. 16.º) Onde a mesma razão, a mesma disposição.<sup>1</sup>

**XXII. — Disposições communs.** — O dono da cousa, que se apresentar em tempo util a reclamá-la, pagará todas as despêsas que o achador tiver feito com a sua conservação, se não preferir abandoná-la (*art. 418.º*)

Mas os que acharem quaesquer objectos perdidos, e não cumprirem com as diligencias, de que são encarregados, ficarão obrigados a restituir ao respectivo dono a cousa achada ou o seu valor, sem que se lhes abone qualquer despêsa, e sujeitos, além disso, á responsabilidade civil e penal (*art. 420.º*) (35)

<sup>1</sup> Conf. em sentido contrario, o sr. DR. SANCHES DA GAMA, na *Legisl. Compl. do Cod. Civ.*, pag. 171: «A applicação que, segundo o art. 969.º do Cod. de Proc. Civ., deve ser dada ás *multas*, que o Cod. Civ., em diversos artigos manda que sejam entregues aos estabelecimentos de beneficencia pupillar da comarca, de certo não abrange a hypothese do art. 419.º § 4.º, regulada pela *Portaria de 14 de setembro de 1875*.

«A reserva da terça parte do valor liquido dos objectos achados, que este artigo manda deduzir a favor do conselho de beneficencia pupillar da comarca não pôde ser considerada como uma *multa*; mesmo porque se deve julgar ao abrigo de qualquer responsabilidade civil ou penal o inventor, que deu integral cumprimento ás diligencias ordenadas, art. 406.º, 408.º, 415.º, 416.º e 419.º do Cod. Civ. Veja-se o Cod. de Proc. Civ., art. 964.º e 969.º, e a *Noviss. Ref. Judic.*, art. 295.º e 672.º.»

35. — Comparando o art. 420.º com o art. 410.º do nosso Cod. Civ. nota-se entre elles uma pequena differença de redacção que parece significar divergencia na doutrina, quando realmente os dois artigos estabelecem principios identicos.

Com effeito, o primeiro delles preceitua, que o achador dum animal domestico, quando deixe de cumprir as obrigações, que por lei lhe são impostas, fica obrigado a restituir o mesmo animal ou o seu valor *a todo o tempo*, que o dono appareça; ao passo que as palavras que deixamos sublinhadas não se encontram no art. 420.º, tendo sido até supprimidas do artigo correspondente do *Projecto Primitivo* pela Comissão Revisora, o que parece indicar da parte do legislador o propósito de tornar a obrigação do achador imprescriptivel no primeiro caso e não no segundo.

Esta conclusão é, porém, de todo o ponto inaceitavel, porque a expressão «*a todo o tempo*» está longe de significar a imprescriptibilidade de qualquer direito ou obrigação, devendo sempre entender-se sem prejuizo das regras geraes estabelecidas para a extincção dos direitos. Neste sentido foi ella indubitavelmente empregada, por exemplo, no art. 1681.º do Cod. Civ., como do § 2.º do mesmo artigo resulta.

E' certo que a obrigação de restituir o animal é, como dissémos, imprescriptivel em favor do achador na hypothese do art. 410.º, mas essa imprescriptibilidade resulta exclusivamente do preceituado no art. 533.º, onde tambem se comprehende a hypothese do art. 420.º do Cod. Civ.

A divergencia na redacção não significa, portanto, divergencia na doutrina.

### § 3.º — Da occupação dos thesouros e cousas escondidas

**XXIII.** — Noção de thesouro; distincção entre thesouro e coisa escondida. — A palavra *thesouro* tem dois significados no Cod. Civ. portuguez: α) no *sentido lato* comprehende *todo o depósito de ouro, prata, ou quaesquer outros objectos de algum valor, que tiverem sido enterrados ou escondidos em algum predio (artt. 425.º, 426.º e 427.º)*; β) no *sentido stricto* abrange sómente os objectos daquella natureza, que *tiverem sido enterrados num predio rustico; e não os que tiverem sido occultos em predios urbanos, aos quaes pertence legalmente o nome de cousas escondidas (arg. dos artt. 422.º e 424.º)*

Os thesouros e cousas escondidas estão sujeitos ás mesmas regras; mas só podem ser occupados aquelles cujo dono não seja conhecido, pois sabendo o achador a quem pertencem deverá, no praso maximo de tres dias, restitui-los a seu dono, ou fazer-lhe saber como são achados, directamente ou por intermedio da competente auctoridade administrativa, para que possam vir reclamá-los, nos termos dos artt. 406.º e 407.º do Cod. Civ. (*art. 422.º*)

Referindo-nos, por isso, exclusivamente á occu-

pação dos thesouros, cujo dono se não conhece, tractaremos separadamente *do direito de invenção, das obrigações do achador*, e finalmente da *repartição do thesouro*, tomada esta palavra no sentido lato. (36)

36. — Não definiu o Codigo Civil *thesouro*, nem definiu *cousa escondida*, e dahi resultou naturalmente a divergencia de opiniões que a tal respeito se nota entre os nossos juriconsultos, sustentando alguns <sup>1</sup> que as duas expressões são synonymos, mas opinando outros <sup>2</sup> que só devem considerar-se *thesouros* os objectos de ouro, prata, etc., cujo dono se não conheça (artt. 423.º e seg.), chamando-se-lhe *cousas escondidas* quando o dono é conhecido (art. 422.º)

Parecem-nos legalmente infundadas ambas as opiniões, nos termos em que se acham formuladas: a primeira, porque o Cod. Civ., empregando a cada passo a phrase «*thesouro e cousas escondidas*» claramente mostra que as duas expressões, separadas pela copulativa, não exprimem a mesma ideia; para isso seria preciso, que em vez daquella conjunção, se empregasse a alternativa *ou*. A segunda opinião é, tambem manifestamente inaceitavel porque o Codigo mais do que uma vez falla expressamente de *cousas escondidas*, cujo dono se desconhece, v. gr., nos artt. 424.º e 427.º

Qual é, pois, a differença por lei estabelecida entre as duas expressões?

Lendo o art. 427.º do Cod. Civ. reconhecemos desde logo que a palavra *thesouro* é allí empregada, *in fine*, para comprehender os *thesouros* e *cousas perdidas* a que na primeira parte se refere o que significa, manifestamente, que a palavra *thesouro* pôde ser tomada em dois sentidos, um mais lato, comprehendendo tambem as *cousas escondidas*, e outro mais restricto, opposto a estas.

Surge, por isso, a necessidade de investigar desde já qual seja esse sentido *restricto*, ou *proprio* da palavra *thesouro*. A lei não o diz expressamente, mas combinando as suas diversas disposições poderemos surprehender o pensamento do legislador.

Ora logo no art. 422.º, a que os seguintes fazem expressa referencia, vemos que thesouros e cousas escondidas se não distinguem emquanto ao objecto, que é o mesmo: «*deposito de ouro, prata, ou quaesquer objectos de algum valor*», o que importa a necessidade de procurar noutro elemento a sua caracteristica differencial. Esse elemento só pôde, consequentemente existir nas expressões «*enterrado ou escondido*», que completam a noção legal daquellas cousas, e se acham de novo empregadas no art. 424.º — «*onde a cousa foi enterrada ou escondida*»; e sendo assim, parece-nos logico affirmar que a palavra *thesouro*, opposta a *cousas escondidas*, abrange exclusivamente as *cousas enterradas*.

Foi talvez porque os juriconsultos romanos, prevenindo a hypothese mais vulgar, referiram a noção de *thesouro* ás cousas depositadas sob a terra,

<sup>1</sup> BRUSCHY, *Obr. cit.*, DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, (1.ª ed.), I, 412; e *Rev. de Leg. e de Jur.*, v. 363.

<sup>2</sup> DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, (2.ª ed.), I, 295.

*sub terra, in solo*, no que foram imitados entre nós por D. AFFONSO III, que só fallava de *thesouros escondidos em agro ou herdade* <sup>1</sup>, que o legislador português, afim de prevenir quaesquer dúvidas, que de futuro podessem levantar-se, fallou nesta secção de *thesouros e cousas escondidas*, para abranger todos os objectos de algum valor occultos nos predios rusticos ou urbanos.

A'parte a differença que deixámos apontada não se encontra outra no Cod. Civ. português entre *thesouros e cousas escondidas*, que estão inteiramente sujeitos ao mesmo regimen juridico. Por isso em toda esta materia empregaremos a palavra thesouro no seu mais lato significado, para comprehender tambem as cousas escondidas, afim de não repetir em relação a estas, o que a respeito daquelles se tenha dicto.

36, bis. — A noção legal de *thesouro* em face do Cod. Civ., diverge bastante da que os nossos praxistas apresentavam, fundados no direito romano. PAULO definiu-a assim: *Thesaurus est vetus quaedem depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*. E acrescentava: *Alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodie, condiderit sub terra, non est thesaurus*. <sup>2</sup>

Baseado nesta definição procura BRUSCHY, criticando a doutrina do Cod. Civ., determinar os

caracteres differenciaes entre thesouro e cousa escondida, dizendo:

- a) que só havia *thesouro* quando a cousa occulta fosse dinheiro; ao passo que podia ser *escondida* qualquer outra cousa;
- b) que só podiam considerar-se *escondidas* as cousas que seus donos *voluntariamente* occultáram; ao passo que o *thesouro* tanto existe quando o dinheiro foi *voluntariamente* escondido, como quando foi perdido. <sup>3</sup>

Estas conclusões são, porém, inconciliaveis com a definição romano: a primeira, porque a palavra *pecunia* não significava apenas o dinheiro, como é expresso em varios textos: *pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam jura continentur* <sup>2</sup>; a segunda porque importando a necessidade de conhecer quem escondeu a cousa, para saber se procedeu voluntaria ou involuntariamente, era a negação da ultima característica: *cujus non extat memoria*. . . ; além de que a palavra *depositio* antes parece indicar que o thesouro devia ser escondido voluntariamente por seu dono.

COELHO DA ROCHA approximava-se da noção romana, melhor comprehendida em todo o caso, comprehendendo na palavra *pecunia*, além do di-

<sup>1</sup> SEABRA, *Propr.*, I, 154.

<sup>2</sup> L. 31, § 1.º D. *De adq. rer. dom.* (XLI 1).

<sup>1</sup> BRUSCHY, *Obr. e log. cit.*

<sup>2</sup> L. 222, D. *De verb. sign.* (L. 16).

nheiro, *quaesquer outras preciosidades*, exigindo em todo o caso *que o dono se não podesse averiguar*.<sup>1</sup>

Mas em face do Cod. Civ. português a noção de thesouro é muito menos complexa, não só emquanto ao seu objecto, mas também relativamente aos restantes elementos. Para que uma cousa deva considerar-se thesouro é, com effeito, necessario e bastante que satisfaça aos seguintes requisitos;

- α) *Ser movel e ter algum valor* (art. 422.º);
- β) *Estar enterrada ou escondida em qualquer predio* (artt. 424.º, 425.º e 426.º);
- γ) *Manter a sua individualidade própria*, distincta da do predio onde se encontra.

Quando falte algum destes requisitos não pôde a cousa dizer-se *thesouro*; e faltando sómente o segundo deve considerar-se como *perdida*, e regular-se pelos respectivos preceitos legais, qualquer que seja o seu valor e o logar onde foi encontrada. Tal é, por exemplo, o caso dum objecto precioso ser encontrado sobre um campo, a descoberto; duma quantia de dinheiro encontrada na sala dum *club*, etc.; tal é finalmente, a hypothese dum objecto ser achado escondido em qualquer *movel*, porque a lei quando se refere ao logar onde o thesouro foi achado, falla sempre de *predio, dono de predio*, etc., excluindo, portanto, as cousas encon-

tradas nos moveis, ainda que o contrario tem já sido ensinado.<sup>1</sup>

E' certo que as palavras *deposito, enterrada, escondida*, que o legislador a cada passo emprega para designar o thesouro, supõem manifestamente o facto *voluntario* do homem, collocando as cousas no logar onde foram encontradas; mas como esta *voluntariedade* não poderia ser determinada, na maioria dos casos, sem que o dono da cousa fosse conhecido, e o nosso Codigo, como aliás succede em todas as legislações, só reconhece a occupação de thesouros, cujos donos se desconhecem, bem de vêr é que não poderíamos incluir esta condição entre os seus elementos essenciaes.

O facto de ser conhecido ou desconhecido o dono é também indifferente, em face do nosso Codigo, para a existencia do *thesouro*, como resulta indiscutivelmente do art. 422.º, subordinado á epigraphe *da occupação de thesouros e cousas escondidas*; mas tem uma importancia capital na determinação das regras juridicas applicaveis, porque só os thesouros, cujo dono se não conhece, podem ser legalmente occupados. Quando o dono é conhecido observam-se os preceitos, já anteriormente estudados, relativos á entrega dos animaes perdidos ou extraviados (*artt. 406.º e 407.º*); ao passo que não se sabendo a quem pertence, o achador pôde fazê-lo seu pela occupação, nos termos que noutro logar serão indicados.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> COELHO DA ROCHA, *Obr. cit.*, II, § 416.º. «*Thesouro* diz-se o depósito antigo de dinheiro, ou de outras preciosidades enterradas ou occultas, cujo dono se não pôde averiguar.»

<sup>1</sup> *Conf.* DEMOLOMBE, *Obr. cit.*, XIII, 34; MAZZONI, *Obr. cit.*, III, 121.

<sup>2</sup> *Conf.* INFRA, n.º XXXVI.

**XXIV.** — Da invenção dos thesouros. — A ninguém é permittido procurar thesouros, *por qualquer maneira*, em predio particular alheio, sem permissão de seu dono; nem, tampouco, em predios municipaes ou do Estado, por maneira tal que os possa deteriorar, sem licença da municipalidade, ou da repartição pública respectiva.

O contraventor perderá, em proveito dos respectvos proprietarios, tudo o que achar, respondendo, além disso, por perdas e damnos (*artt. 425.º e 426.º*) (37)

37. — Resulta da propria natureza do thesouro que a sua descoberta exige sempre uma certa ordem de esforços ou trabalhos por parte do homem, a fim de o pôr a descoberto, e por isso com razão, em nome do respeito devido á propriedade, e até no interesse da tranquillidade do proprietario, a cada passo ameaçado pelas impertinencias de qualquer sonhador, o nosso Cod. Civ. prohibe a procura de thesouros em predio particular alheio, e tambem, por modo que possa deteriorá-los, nos predios municipaes, ou do Estado, — preceito que deve ampliar-se tambem aos *parochias*, porque o silencio da lei a este respeito não impede que se recorra á analogia (*art. 16.º*).

Só o proprietario, ou aquelles que houverem licença sua, pôdem emprehender as diligencias necessarias para encontrar quaesquer thesouros; e considera-se como achado pelo empresario o thesouro encontrado pelos operarios para aquelle fim especialmente empregados, os quaes não pôdem neste caso reclamar para si.

**XXV.** — Das obrigações do achador. — O que achar qualquer thesouro, não sabendo cujo é, e não se conhecendo evidentemente que tem mais de trinta annos de antiguidade, tem de participar o achado á auctoridade administrativa da parochia, ou ao administrador do respectivo bairro em Lisboa, dentro do praso de tres dias, contados desde que elle aconteceu, e fál-o-ha tambem annunciar no *Diario do Governo*.

A auctoridade administrativa, a quem o facto fôr noticiado, fará immediatamente constar aquelle achado por via de editaes e de annuncios em algum periodico, para que qualquer pessoa, que a elle tiver direito, venha récebê-lo dentro de dois annos, sob pena de o perder (*art. 423.º e § unico*).

O achador que não cumprir as diligencias que lhe são ordenadas nunca poderá adquirir o thesouro por prescripção, ficando, além disso, sujeito ás penas de furto attenuadas (*Cod. Pen. art. 423.º; Cod. Civ. art. 533.º*) (38)

38. — O processo relativo á achada do thesouro é da competencia da auctoridade administrativa, que deverá pelos meios legaes divulgar a noticia da achada, convidando todas as pessoas que a elle se julguem com direito a vir reclamá-lo dentro do praso de dois annos (*art. 423.*); mas levantando-se contestação sobre a data do depósito, sobre a parte do achador, sobre a legitimidade do requerente, ou sobre qualquer outro assumpto contencioso, aquella auctoridade deve remetter logo o

processo ao poder judicial, porque a lei lhe não confere poderes para resolver estas questões <sup>1</sup>.

A data do depósito é uma circumstancia importantissima para definir os direitos e obrigações do achador, visto que as diligencias prescriptas na lei para tornar conhecido o facto da achada tem lugar sempre que a sua data fôr desconhecida ou do próprio depósito se conheça que foi feito ha menos de 30 annos, dispensando-as a lei somente quando *do mesmo depósito se evidenciar que tem mais de 30 annos* de existencia (*art. 424.º*).

Neste ultimo caso não ha necessidade de praticar aquellas diligencias, porque não se admite já opposição alguma aos direitos do achador, presumindo-se o thesouro abandonado por seu dono, e como tal subjeito á occupação. Mas ao dono, ou a quem legalmente o represente é permitido, afim de poder reclamar a sua entrega, contestar a data do thesouro, demonstrando que não foi depositado na epocha que se lhe attribuia, mas menos de 30 annos antes.

Esta reclamação deve ser feita perante o poder judicial, por meio de acção com processo ordinario, movida contra o achador e o proprietario do predio onde o thesouro foi achado, e nella se deverá pedir a entrega dos objectos achados, ou o reconhecimento do direito do auctor; convindo em todo o caso, se os objectos achados estiverem ainda depositados, ou á disposição da mesma auctoridade, requerer, tambem, á auctoridade administrativa que não faça a divisão do thesouro, ou a sua entrega, ás pessoas que a elle se julgarem

com direito, emquanto aquella acção não fôr decidida.

A prova da data em que o depósito teve lugar, e do direito sobre elle, incumbe ao reclamante, não podendo ser admittida no processo a intervenção de pessoas, que não tenham direito ao thesouro; devendo, porém, o M. P., como representante da F. N. intentar a competente acção, quando se verifique que o depósito não tem mais de 30 annos, e o respectivo dono falleceu sem outros herdeiros successiveis (*art. 1969.º*).

**XXVI.** — Da repartição do thesouro.— Se o dono da cousa fôr desconhecido, e o próprio depósito se evidenciar que foi feito mais de trinta annos antes, ficará pertencendo inteiramente ao dono do predio onde a cousa foi enterrada ou escondida, se elle pessoalmente a achar; e achando-a outra pessoa, pertencerão dois terços ao dono do predio, e um terço ao achador (*art. 424.º*). Da mesma fórma se procederá quando não se reconheça evidentemente que o dicto depósito tem mais de trinta annos de antiguidade, se, feitas as diligencias prescriptas na lei, o dono não vier reclamá-lo dentro do praso de dois annos (*art. 423.º*).

Sendo o predio, onde o depósito se achou, emphytheutico ou subemphytheutico, o emphytheuta ou subemphytheuta serão para este effeito equiparados aos proprietarios com pleno dominio (§ *un. do art. 424.º*); mas o predio dado em usu-

<sup>1</sup> *Acc. do S. T. de J. de 7 de maio de 1872 (Direito; IV, 422)*; DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 296; *Rev. de Leg. e de Jur.*, v, 376.

fructo será para este effeito considerado como alheio em relação ao usufructuario (*art. 2216.º*).

Aquelle que se apropriar de thesouro ou cousa escondida, em prejuizo dos direitos de terceiro, declarados *precedentemente*, perderá a parte, que aliás lhe pertenceria, a qual será applicada em proveito dos estabelecimentos de beneficencia pupillar da comarca <sup>1</sup>, onde o thesouro tiver sido achado (*art. 427.º*) (39).

39. — Nem os principios doutrinaes, que devem presidir á aquisição dos thesouros, nem os preceitos legaes nos diversos paizes, se acham uniformemente estabelecidos, dividindo-se as opiniões pelas mais divergentes e inconciliaveis soluções.

Alguns auctores, considerando o thesouro como accessorio do predio onde foi achado, concedem-no inteiramente ao proprietario; outros, tendo-o como cousa *nullius*, dão-no ao primeiro occupante; estes, negando fundamento scientifico áquellas duas opiniões, invocam motivos de equidade e de utilidade pública, para o repartir, em proporções differentes, pelo achador e pelo proprietario; havendo, finalmente, quem entenda, modificando a segunda opinião, que o direito exclusivo do achador deve ser limitado pela presumpção de que o thesouro foi depositado pelos antigos donos do predio, attribuindo-o, consequentemente, na sua totalidade, ao proprietario sempre que este demonstre que o mesmo predio, desde tempo immemorial, tem sido occupado pela mesma familia.

Ao lado destas opiniões, e adaptando-se ora a uma ora a outra, apparece o *fisco*, allegando, com fundamentos varios, o seu direito a partilhar do thesouro, e até por vezes a reclamá-lo na sua totalidade.

E', por isso, de boa razão que estudemos o thesouro na sua propria natureza juridica, afim de melhor se aquilatar do valor intrinseco, e das consequencias provaveis de cada um dos systemas que ficam delineados, e se encontram, em grande parte, realisados na história juridica do thesouro em Portugal <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Fazendo a história da nossa legislação sobre thesouros escrevia o fallecido VISCONDE DE SEABRA: «Nos primeiros tempos da monarchia pertenciam na sua totalidade ao rei, aonde quer que fossem achados; mas D. AFRONSO III, por fazer favor aos seus sujeitos, como elle mesmo diz, *determinou que, se alguém achasse thesouro escondido, de senhor desconhecido, em seu agro, ou herdade, tivesse duas partes, e el-rei a terça, e vice-versa*, sendo achado em herdade, ou em logar publico. Sendo achado em predio particular, mas alheio, devia ser uma terça para o achador, outra para o proprietario, e outra para o rei. Se o achador o negasse, ou se houvesse servido de encantamentos e artes magicas para o descobrir, perdia tudo.

Esta lei, que se acha incorporada do *Código Affonsino*, foi mandada observar por D. DINIZ nas suas *Concordatas*, mas não passou para o *Código Manoelino*, nem para o *Philippino*, ficando este ponto ao arbitrio dos juriconsultos e julgadores, que nem sempre se acharam de accordo. PEDRO BARBOSA, apesar de ter tido conhecimento desta lei, não hesita em declarar-se pela doutrina do direito romano (*in Leg. Divortio*, cap. 8, § *Si fundum*). CABEDO seguiu a mesma opinião, e cita varios casos julgados, sendo um delles ácerca do thesouro achado nas torres de Santa Cruz em 1553. PORTUGAL sustenta, que se o thesouro é descoberto no proprio fundo, pertence na totalidade ao descobridor; e se no fundo alheio, por metade. PASCHOAL JOSÉ DE MELLO, com muitos outros juriconsultos, seguem que os thesouros, como bens vagos, pertencem exclusivamente ao principe, não obstante qualquer prática em contrario, fundando-se na generalidade da Ord., liv. 2, tit. 26, § 17.— que na realidade não falla senão dos bens de raiz — no sentido, que os Romanos davam á palavra — *bona*. O sr. MANOEL ANTONIO COELHO DA ROCHA decide-se pela doutrina do direito romano, considerando abolida a Ordenação do liv. 2, tit. 26, pelo Decreto de 13 de Agosto de 1832; — opinião, que preferimos: — 1.º por mais conforme com os principios do direito de occupação; 2.º — porque a apropriação exclusiva do Estado só pôde servir de fomentar contravenções, sempre facéis em semelhantes casos».

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 83, bis.

39. *bis.* — A noção tradicional de *thesouro*, mantida em seu fundamental conceito nos modernos Codigos, indica muito claramente que os objectos de que é formado estiveram já no patrimonio de alguém. Importa não esquecer este facto, porque elle influe poderosamente na solução do problema.

Com effeito embora enterrado ou escondido em predio alheio, o thesouro continuará sempre no dominio do seu dono, emquanto este não transferir para terceiro os seus direitos, por qualquer modo legitimo. O nosso Cod. Civ. assim o reconhece quando manda restituir ao respectivo proprietario o thesouro encontrado, qualquer que seja a sua antiguidade, se o dono fôr conhecido (art. 422.º); e sendo desconhecido, mas vindo ainda a conhecer-se dentro dos prazos legaes, aquelle principio é da mesma fórma respeitado. O *desconhecimento do dono*, que importa a impossibilidade da restituição, é, portanto, a causa determinante do apparecimento do instituto juridico, do que nos estamos occupando.

Encontra-se, pois, o achador em frente de objectos, por vezes de mui consideravel valor, não sabendo, nem podendo saber, a quem pertencem.

Deverá entregá-los ao dono do predio onde estavam escondidos?

Poderá o Estado apropriar-se delles?

Ou deverá o achador guardá-los para si?

Como se tracta duma aquisição de propriedade, vejamos os titulos que por cada uma daquellas entidades pôdem ser para tal effeito invocados.

α) O proprietario do predio onde o thesouro foi achado <sup>1</sup> só pôde reclamar a sua entrega *jure accessionis*, ou *jure successionis*: no primeiro caso considera-se o thesouro como accessorio do predio; no segundo reputa-se o proprietario herdeiro e representante do depositário.

Mas nenhum destes fundamentos é scientificamente defensavel: não o primeiro, porque o thesouro não se acha unido e incorporado no solo, de modo a tornar-se seu accessorio (art. 2289.º), antes mantém sempre a propria individualidade, e uma natureza distincta da do predio <sup>2</sup>; e não o segundo, porque, embora o predio, desde tempo immemorial, tenha sido occupado pela mesma familia, não prova isso que o thesouro alli fosse depositado pelos seus antepassados, nem, quando o tivesse sido, que o proprietario, e só elle seja o herdeiro daquelles.

Desconhecendo-se o seu antigo dono, e até, na maior parte dos casos, a epocha do deposito, impossivel se torna saber quem deverá succeder no thesouro; attribui-lo ao proprietario é, pois, estabelecer uma presumpção que os factos de modo nenhum justificam — tanto mais que, sendo na maior parte dos casos o receio dum roubo a causa determinante do deposito, seu dono buscará de preferencia predios alheios para o esconder, no intuito de frustrar quaesquer investigações, que naturalmente recahirão sobre os predios próprios; além de que, especialmente nos grandes centros,

<sup>1</sup> Não pôde invocar-se a *prescripção* como titulo justificativo da aquisição em favor do proprietario, porque ignorando este a existencia do thesouro, e não o tendo, portanto, ao seu dispor, faltam inteiramente os requisitos essenciaes da *posse*, e sem posse não ha prescripção.

<sup>2</sup> *Conf. SUPRA*, n.º 87, *bis*.

onde o numerario mais abunda, poucos são os que vivem em casa propria.

Não ha, pois, razão alguma que justifique uma tal presumpção em favor do *proprietario*, preterindo mesmo, incoherentemente, a melhor fundada esperança de quem conserva o predio em seu poder, — ou possua em proprio nome ou em nome alheio, — durante annos e annos successivos, sem que, muitas vezes, os respectivos donos alli ponham o pé, ou saibam mesmo da sua existencia.

β Não ha, tambem, razão alguma para que o thesouro seja incorporado na Fazenda Nacional: o *jus successionis* é inadmissivel em relação ao Estado, como o é em relação aos particulares, visto que *não existe herança sem auctor conhecido e sem comprehender certa universalidade de direitos*, embora não sejam conhecidos os herdeiros (art. 1737.º) <sup>1</sup>; e, desde que se permite e legitima a apropriação individual das cousas moveis perdidas reconhecer-lhe o direito exclusivo de *occupação*, com prejuizo do achador, seria inverter os principios fundamentaes deste instituto, pois a coherencia mandava em tal caso que se considerassem tambem do Estado todas as demais cousas *nullius*, houvessem ou não tido dono.

Praticamente esta doutrina teria, ainda, o grave inconveniente de levar o achador a occultar o thesouro, para delle se apropriar inteiramente; o que inutilisaria em grande parte as disposições da lei, desmoralizando os cidadãos.

Isto não obsta, porém, a que, em nome dos interesses sociais, se faça incidir o imposto sobre

os thesouros descobertos, quer o tenham sido pelo proprio dono do predio, quer por qualquer outra pessoa. Não ha, com effeito, razão para tributar, por exemplo, as doações gratuitas, e deixar livre de imposto a aquisição do thesouro, mais favoravel e benefico do que aquellas.

γ) A sequencia lógica das ideias conduz naturalmente, por exclusão de partes, a reconhecer *a priori* a legitimidade da última opinião apontada attribuindo ao achador a totalidade do thesouro; e uma analyse attenta das circumstancias que acompanham a achada justifica plenamente aquella solução.

Com effeito, reconhecida a impossibilidade de encontrar o seu antigo dono, o primitivo dominio deve reputar-se extinto, revestindo o thesouro, consequentemente, a natureza de coisa *nullius*, e sendo como tal susceptivel de livre occupação. O achador, que primeiro o apprehende, é, pois, em face dos principios, o seu legitimo e unico proprietario, visto que nenhum titulo pôdem invocar em seu favor nem o proprietario do logar onde foi encontrado, nem tampouco o Estado.

No entretanto, se esta é, no rigor dos principios a única solução verdadeira do problema, emquanto se reconhecer a occupação como meio legitimo de adquirir direitos, considerações de interesse social, e, porventura, a influencia decisiva duma larga tradição, fizeram prevalecer nos Codigos modernos um systema intermedio, que attribue a propriedade do thesouro ao achador e ao proprietario. Mas tão arbitrário é, e tão falto de base scientifica, este systema, que novas divergencias se levantam na fixação da parte que a cada

<sup>1</sup> Acc. do S. T. J. de 7 de maio de 1872. (Rev. de Leg. e de Jurispr. VI, 480).

um deve pertencer, reunindo, todavia, maiores suffragios a doutrina romana, que faz a divisão em partes eguaes. <sup>1</sup>

O nosso Cod. Civ., afastando-se deste caminho, concede maior beneficio ao proprietario, reservando apenas a terça parte do thesouro para o achador, o que é sobremaneira injusto, como do exposto naturalmente fue. Nem as considerações que se invocam geralmente em favor da tradição romana por modo algum auctorisam semelhante extravagancia.

Com effeito DEMOLOMBE, apertado entre a evidencia esmagadora dos principios, a que na sua obra magistral tanto relêvo dá, e o desejo de justificar o Cod. Civ. Francês, apresenta as seguintes razões, cuja debilidade se vê forçado a confessar antecipadamente:

« Não se sabendo—diz elle—a quem pertencem os objectos enterrados ou escondidos, deve tomar-se em linha de conta a possibilidade de que elles tivessem sido enterrados ou escondidos pelos antepassados do actual proprietario; e que, tendo o predio servido para guardar e conservar estes objectos, seria dureza excessiva negar totalmente ao dono do mesmo predio os beneficios da achada, podendo a concessão de metade do thesouro considerar-se como um *equitativo beneficio* do predio.» <sup>2</sup>

Estas razões, porém, longe estão de justificar a doutrina tradicional, e muito menos a do nosso

Cod. Civ., que, afastando-se della, ainda commetteu erro maior; referindo-as, LAURENT declára que o faz sómente para exprimir aos seus jovens leitores o desgosto que lhe causa uma tal ordem de raciocinios. <sup>1</sup>

Retomando o argumento, com maior brilho e mais fundada argumentação, BIANCHI condensa nas seguintes palavras a melhor explicação da incoherente e falsa doutrina, que attribue ao proprietario uma parte do thesouro:

« A attribuição do thesouro na sua totalidade ao achador violaria os principios da equidade; porque o acaso, que levou um estranho á descoberta do thesouro, privaria o dono do predio da vantagem, resultante da sua posse, de poder elle proprio encontrar mais tarde aquellas cousas por meio de investigações convenientes, que só a elle são legalmente permittidas, fazendo em tal caso as mesmas cousas inteiramente suas. Deve além disso notar-se, que, recusando-se ao dono do predio qualquer participação no thesouro casualmente alli descoberto por outrem, se ia dar origem a muitas questões inconvenientes, porque o proprietario confiado na difficuldade das provas a este respeito, que tornaria pelo menos incerta a decisão do litigio, se esforçaria sempre por mostrar que a achada não tinha sido casual. Ainda sob este aspecto, e no proposito de evitar similiaes controversias, o interesse publico reclamava que se repartisse equitativamente o beneficio da casual descoberta do thesouro pelo dono do predio e pelo inventor.» <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Conf. os Cod. Civ. *Italiano* (art. 714.º); *Francês* (art. 716.º); *Hespanhol* (art. 614.º e 351.º); *Mexicano* (art.º 856.º); *Argentino* (art. 2556.º); *Uruguay* (art. 683.º); etc.

<sup>2</sup> DEMOLOMBE, *Obr. cit.*, XIII, 43.

<sup>1</sup> LAURENT, *Obr. cit.*, VIII, 447.

<sup>2</sup> BIANCHI, *Obr. cit.*, IX, 402.

Fracas são as razões apresentadas, mas é força reconhecer que outras melhores se não produziram ainda para explicar a doutrina, que o nosso Cod. Civ. fundamentalmente perfilhou. Não tendo o proprietario outro titulo para legitimar a aquisição do thesouro além da occupação, porque nem a *posse* nem a *accessão*, nem a *successão* pôdem ser por elle invocadas, <sup>1</sup> não ha motivo para lhe reconhecer a totalidade ou uma parte daquelles valores, quando outrem os tenha encontrado e apprehendido. E se as leis fazem perder a sua respectiva parte ao achador, que intencionalmente foi procurar o thesouro, é para garantir o exclusivismo da propriedade contra terceiros, que a pretexto de descobrir thesouros perturbariam o proprietario no exercicio legitimo dos seus direitos.

Demais, a doutrina tradicional não consegue evitar as controversias, que BIANCHI aliás exagera pois tendo o proprietario direito á totalidade do thesouro (art. 425.º) quando a descoberta não fôr casual, ou por elle auctorizada, muito lhe convem provar que o achador o foi procurar intencionalmente, encontrando, de mais a mais, na parte do thesouro, que na sua qualidade de proprietario desde logo lhe é attribuida, meios sufficientes para sustentar a competente acção.

Do exposto resulta que nem os principios scientificos, nem as suas vantagens praticas, são bastantes para que deva manter-se no Cod. Civ. portuguez o systema tradicional sobre a repartição

do thesouro, que deve ser attribuido na sua totalidade ou, quando menos, na sua maior parte, ao inventor, fazendo reverter o resto em favor do Estado, ou de quaesquer estabelecimentos de utilidade publica, a exemplo do que se acha disposto relativamente ás cousas perdidas, no § 4.º do art. 419.º do mesmo Codigo.

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, p. 360, a.

§ 4.º — Da occupação das embarcações e de outros objectos naufragados

**XXVII.** — Principio geral; direitos e obrigações do achador. — Não é licito a qualquer apropriar-se pela occupação de embarcações naufragadas, ou seus fragmentos, da sua carga, ou de quaesquer fazendas ou objectos do dominio particular, que o mar arrojar ás praias ou se apprehenderem no alto mar (*Cod. Com., art. 676.º*); tendo o achador de praticar, em todo o caso, certas diligencias tendentes a assegurar a conservação dos mesmos objectos com o menor damno possível, e a descobrir o dono, quando não seja conhecido.

Em certos casos, porém, garante a lei ao achador uma parte do valor da cousa achada, como estímulo, e recompensa dos seus serviços. (40)

40. — O nosso Cod. Civ., em vez de fixar os principios geraes relativos á occupação dos objectos naufragados, ou pelo mar arrojados ás praias, deixou para o Cod. Com. e leis administrativas a sua inteira regulamentação. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> «Tudo o que diz respeito a embarcações naufragadas, á sua carga, ou a quaesquer fazendas ou objectos do dominio particular, que o mar arroje ás praias, ou que se apprehenderem no alto mar, *diz o art. 428.º*; será regulado pelas disposições do Cod. Com. e das leis administrativas.»

As estreitas relações desta materia com o commercio marítimo justificam completamente o procedimento do legislador português, dada a separação actual entre os dois ramos do direito privado; e explicam conjunctamente o pouco desenvolvimento, que neste logar daremos á materia.

As diligencias que devem ser praticadas pelos que salvarem os navios ou fazendas, a que a lei se refere, variam conforme é, ou não, conhecido e presente o dono dos referidos objectos, ou o seu representante. No primeiro caso, o que salvar aquellas cousas é obrigado a entregá-las immediatamente, se lhe forem pedidas pelo dono ou seu legitimo representante, uma vez que estes dêem caução bastante ás despêças de salvação; e se faltar ao cumprimento deste dever perderá todo o direito a qualquer salário de assistencia ou salvação, respondendo pelos danos causados pela retenção, tudo sem prejuizo da acção criminal, se esta houver logar (*Cod. Com., art. 677.º*)

Quando o dono não fôr conhecido, aquelle que salvar ou arrecadar o navio ou fazendas, no mar ou nas costas, transportará e entregará immediatamente á auctoridade fiscal, do logar mais proximo da salvação os objectos salvos; e não o fazendo perderá o direito que tiver a qualquer salário de assistencia ou salvação <sup>1</sup>, e responderá por perdas

<sup>1</sup> O salario de *salvação* é devido nos casos indicados no art. 681.º do Cod. Com.; e o da *assistencia*, que deverá ser fixado em menos do que aquelle (art. 686.º § 1.º), tem logar nas hypothèses prevenidas no art. 682.º do mesmo Codigo; sendo tanto um como outro fixados pelo juizo competente, quando não tenha havido *convenção* entre os interessádos, e regulado segundo as regras da equidade, tendo principalmente em consideração as circunstancias apontadas no art. 685.º do citado Codigo.

Aquelle que justificar ter direito a salário de assistencia ou salvação de navio ou de sua carga, poderá requerer *caução*, nos termos do art. 171.º do Cod. do Proc. Com.

e damnos, sem prejuizo da acção criminal se a esta houver logar (*Cod. Com., art. 678.º*)

A salvação dos navios encalhados, em perigo, ou naufragados, assim como das fazendas arrojadas á costa, quer o capitão esteja presente, quer ausente, deverá ser sujeita á fiscalisação da auctoridade competente (*Cod. Com., art. 679.º pr.*)

Qual é, porém, a auctoridade a quem compete presidir ao salvamento?

O Cod. Adm., especificando as attribuições dos administradores de concelho, diz no art. 278.º, n.º 17.º, que lhes compete « providenciar para pro-  
«teccção e segurança das *personas* e *cosas*, nos «casos de incendio, inundação, *naufragio*, calamidade pública e semelhantes, promovendo a pres-  
«tação e distribuição de soccorros.»

Daqui poderia inferir-se que é a estas auctoridades que o Cod. Com. se refere no § un. do cit. art. 679.º; mas não o entendeu assim a REV. DE LEG. <sup>1</sup> que opinou dever interpretar-se aquella disposição per modo que se não tolham as funcções que sobre os mencionados assumptos compitam a outras auctoridades em virtude de lei especial. « Havendo esta lei, diz a REVISTA, só pódem os administradores de concelho intervir, na falta dos funcionarios a quem especialmente foi incumbido o serviço, ou como simples auxiliares, se elles lhes demandarem a sua coadjuvação.»

Ora nos termos do *Regulamento da Alfandega de Lisboa* de 17 de setembro de 1885, nesta parte

applicavel a todas as outras casas fiscaes por força do preceituado no § 1.º do art. 3.º do Decreto que o precede, é ao *chefe da respectiva repartição marítima*, ou a empregado da sua nomeação quando o sinistro occorrer em logar distante e ao chefe não fôr possível comparecer pessoalmente, que pertence cuidar do salvamento das pessoas e fazendas, quando haja naufragio, navio encalhado, ou qualquer outro sinistro, observando-se em todo o caso as disposições respectivas do Cod. Com., e não se embarçando a acção que em taes casos compete aos consules, e aos capitães, donos ou consignatarios dos navios (*cit. Reg., artt. 343.º, 344.º e 345.º*)

Se algum navio fôr encontrado nas proximidades da costa, abandonado pelos tripulantes, o chefe da delegação procederá de accôrdo com as auctoridades da fiscalisação externa, para que se consiga o salvamento, averiguando a que nação pertence tal embarcação; e de tudo dará conhecimento ao respectivo agente consular, enviando logo á alfandega conta circunstanciada dos factos (*cit. Reg., art. 347.º*)

A' auctoridade que presidir ao salvamento incumbem:

- 1.º Inventariar os objectos salvos, provendo á sua arrecadação (*Cod. Com., art. 679.º; cit. Reg., art. 346.º*) com declaração de marcas, números, ou quaesquer outros signaes visíveis e bem assim, os nomes dos achadores ou salvadores (*cit. Reg., art. 348.º, § 1.º*)
- 2.º Ordenar, não havendo reclamação, a venda pública das fazendas sujeitas á perda immediata, ou cuja conservação e guarda fôr

*evidentemente* prejudicial aos interesses do proprietário, v. gr., por despêsas ou difficuldades de conducção (*Cod. Com., art. 679.º, n.º 2.º, cit. Reg., art. 348.º, § 3.º*)

- 3.º) Annunciar dentro dos 8 dias seguintes á salvação, em um dos periodicos da localidade, ou da mais próxima que houver, todas as circumstancias do sinistro, com designação das marcas e números das fazendas, e convidar os interessados a fazer as suas reclamações, dentro de um praso que não será inferior a oito dias, e declarando-se que, findo este praso, será ordenada a venda em hasta pública (*Cod. Com., art. 679.º, n.º 3.º; cit. Reg., art. 348.º, § 6.º*)
- 4.º) Dar superiormente conta do evento, e das providencias tomadas (*Cod. Com., art. 679.º, § 4.º*); e finalmente
- 5.º) Praticar tudo o mais que os regulamentos especiaes prescreverem (*Cod. Com., art. 679.º, n.º 5.º*)

Apresentando-se o dono, ou seu legitimo representante, a reclamar dentro do praso indicado, ser-lhe-hão aquelles objectos entregues ou o seu producto, pago o salário devido e mais despêsas, ou prestada caução idonea (*Cod. Com., art. 680.º pr.*) Entre essas despêsas menciona o citado Reg. de 1885, no § 7.º do art. 348.º, as de transporte, guarda, e conservação, quando as haja; abonando o mesmo dono uma terça parte do valor do objecto, calculada sobre o preço da avaliação, para dar ao achador (*cit. Reg., art. 348.º, § 8.º*) Havendo dúbida sobre o direito do reclamante, opposição de terceiros, ou contestação sobre a sal-

vação, serão as partes remettidas para juizo (*Cod. Com., art. 680.º, § 1.º*)

Mas não apparecendo reclamantes no praso indicado nos annuncios, os objectos salvos serão vendidos em almoeda, depois de annunciada por por novos editaes, declarando-se nestes o local, dia e hora certa (*cit. Reg., art. 347.º, § 9.º; Cod. Com., art. 680.º, § 2.º*) Não se effectuando nesse dia a arrematação lavrar-se-ha termo dessa circumstancia e annunciar-se-ha novo dia (*cit. Reg., art. 348.º, § 10.º*)

Realizada a arrematação, devem deduzir-se por sua ordem:

- 1.º) As despêsas de transporte, guarda, e beneficiação;
- 2.º) A terça parte para o achador;
- 3.º) 10 % para o Monte-pio das Alfandegas;
- 4.º) Direitos e imposições applicadas ás mercadorias importadas, tendo-se em attenção o preço da venda, e o valor dos objectos no seu perfeito estado;
- 5.º) Finalmente, as custas do processo, que nunca poderão exceder á 3.ª parte do preço da arrematação.

A parte restante será consignada na Caixa geral dos depósitos (*Cod. Com., art. 680.º, § 2.º*), onde poderá ser reclamada por seu dono, quando appareça em tempo util.

## CAPITULO III

### Da occupação dos objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados

#### § 1.º — Disposição geral

**XXVIII.** — Principio fundamental; razão de ordem. — E' licito a todos occupar quaesquer objectos ou productos naturaes, que não fôrem propriedade exclusiva de outrem, salvas as declarações e restricções inseridas na lei civil. (41)

Essas restricções dizem respeito ás substancias animaes creadas nas aguas públicas ou communs, que vierem arroladas ás margens ou praias, ás aguas, aos mineraes, e finalmente ás substancias vegetaes aquaticas ou terrestres; e por isso só poderemos determinar o verdadeiro alcance deste preceito legal estudando successivamente aquellas restricções.

Tal será respectivamente o objecto dos §§ 2.º, 3.º, 4.º e 5.º desta secção.

41. — Interpretando o art. 383.º do Cod. Civ. mostrámos, que a *occupação das cousas immoveis* era hoje, legal e doutrinalmente, inadmissivel; e partindo deste principio fundamental estudámos

os Capp. II e III deste Tit. III da parte II do Cod. Civ. onde se consignam respectivamente as regras que presidem á occupação dos *animaes*, e *cousas inanimadas*.

Cumprindo-nos agora entrar no estudo do Cap. IV, a primeira necessidade logica do nosso espirito consiste naturalmente em determinar a razão de ser deste novo capitulo, pois a simples aproximação da rubrica dos anteriormente analysados parece excluir a possibilidade dum capitulo novo em materia de occupação, visto que todas as cousas existentes, necessariamente se comprehendem em algum dos termos da classificação legal estabelecida nos Cap. II e III; *cousas animadas* ou *animaes*, e *cousas inanimadas*.

D'aqui resulta, como immediata consequencia, que as cousas de que o nosso Codigo vae occupar-se no Cap. IV, são *animadas* ou *inanimadas*, isto é, são da mesma natureza das que foram já estudadas nos capitulos antecedentes. Urge, por isso, que precisemos quanto antes as caracteristicas differenciaes entre aquellas cujo estudo agora vamos iniciar, e as restantes.

Ora lendo os artt. 429.<sup>o</sup> e seg. do Cod. Civ., constitutivos do Cap. IV, reconheceremos que nelles se tracta da *occupação de animaes*, e da *occupação de cousas inanimadas*.

Como conciliar então os preceitos consignados nos capitulos anteriores, com os do Cap. IV, que em grande parte divergem daquelles?

A resposta tem de ser dada em relação especial a cada especie:

α) Quanto aos *animaes*, no Cap. IV apenas se tracta dos que *nunca tiveram dono*, como se vê da

propria inscripção do capitulo, que se refere sómente aos *objectos e productos naturaes communs ou não apropriados*, tomada aqui a palavra *communs* no sentido tradicional de *cousas NULLIUS*. Portanto a occupação dos *animaes abandonados, perdidos, ou extraviados* deve regular-se exclusivamente pelos principios formulados no Cap. II.

Além disso, mesmo em relação aos *animaes communs* ou não apropriados, *creados nas aguas públicas ou communs*, o Cap. IV previne apenas a hypothese em que os mesmos sejam arrolados ás margens ou ás praias (art. 429.<sup>o</sup>), e por isso em todas as demais hypotheses deverão observar-se os principios geraes formulados no Cap. II.

β) Quanto ás *cousas inanimadas*, como noutro lugar dissémos <sup>1</sup>, o confronto das disposições correlativas dos Capp. III e IV mostra, que no Cap. III o Codigo se occupa apenas de *cousas que já tiveram dono*, embora fossem abandonadas, perdidas ou escondidas; ao passo que no Cap. IV, confôrme da sua propria inscripção claramente resulta, o legislador apenas teve em vista as *cousas que nunca tiveram dono*. E', pois, inteiramente distincto o objecto dos dois capitulos, e por isso não pôdem levantar-se a seu respeito as difficuldades, que a occupação dos *animaes creados nas aguas públicas ou nas communs* poderia originar.

Estabelecido assim o *criterium* para separar entre si, pelo seu objecto, as cousas comprehendidas nos Capp. II, III e IV, deste titulo do Cod.

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 82.

Civ., vamos agora occupar-nos separadamente de cada uma das secções em que este ultimo se acha dividido, tendo, porém, sempre em vista *que todas as cousas de que o nosso Codigo se occupa neste logar são communs ou não apropriadas.*

41 bis. — A secção I deste capitulo do Cod. Civ., sómente comprehendia no *Proj. Prim.* um artigo, correspondente ao art. 430.º do Codigo, e redigido em termos equivalentes. O art. 429.º foi, portanto, introduzido mais tarde pela *Commissão Revisora*, que se esqueceu de harmonisar com esta alteração a correspondente rúbrica.

O principio geral relativo á occupação dos objectos e productos naturaes communs ou não apropriados acha-se consignado no art. 430.º do Cod. Civ., que a todos reconhece aquelle direito, salvas as restricções na mesma lei estabelecidas. O ambito ou alcance deste preceito só pôde, consequentemente avaliar-se pelo estudo das diversas restricções estabelecidas na lei. Essas restricções dizem respeito, no ponto de vista especial que agora nos occupa, quer: 1) das substancias animaes creadas nas aguas públicas ou nas communs (art. 429.º); 2) quer das aguas (artt. 431.º a 464.º); 3) quer aos mineraes (artt. 465.º a 467.º); 4) quer, finalmente, das substancias vegetaes, aquaticas ou terrestres (artt. 467.º a 473.º)

O Codigo menos coherentemente tracta das substancias animaes na secção I, onde só cabem legitimamente disposições geraes, quando deveria abrir uma secção especial para dellas se occupar, da mesma fórma que procedeu relativamente ás substancias vegetaes, a cujas disposições faz especial referencia.

Este defeito de methodo não influe no fundo da doutrina; mas isso não impede, que no estudo das correspondentes disposições sigâmos a ordem que mais logica nos parece, abrindo um § especial para tractar das substancias animaes arroladas ás margens ou praias.

## § 2.º — Das substancias animaes

**XXIX.**—A occupação das substancias animaes de qualquer natureza, creadas nas aguas públicas ou nas communs, que vierem arroladas ás margens ou ás praias, regular-se-ha pelos principios seguintes:

As substancias animaes de qualquer natureza produzidas nas aguas públicas, pôdem ser livremente occupadas por qualquer pessoa, que dellas queira aproveitar-se, salvo o disposto nos regulamentos administrativos.

As substancias animaes produzidas nas aguas communs, só pôdem ser occupadas pelos vizinhos do respectivo municipio ou parochia, salvo com permissão da camara municipal, ou havendo antigo uso e costume em contrário (*artt. 429.º, 468.º e 469.º*) (42)

42.—O Cod. Civ. determina no art. 429.º, que «a occupação das substancias animaes de *qualquer natureza*, creadas nas aguas públicas ou nas communs, *que vierem arroladas AS MARGENS ou AS PRAIAS*, regular-se-ha pelo que nos artt. 468.º e 469.º, vae determinado ácerca das substancias vegetaes aquaticas.»

Mas tendo sido alterados, ou revogados, aquelles artigos por diplomas posteriores nos quaes nenhuma referencia se faz ás substancias animaes, deverão ainda applicar-se a estas as regras nos dictos artigos formuladas, ou aquellas que os substituiram?

Parece que o legislador portuguez, fazendo no art. 429.º expressa referencia aos artt. 468.º e 469.º do Cod. Civ., teve manifestamente em vista equiparar, sob o ponto de vista juridico, as substancias animaes ás vegetaes aquaticas, e por isso deveria talvez entender-se, que, substituidos aquelles artigos por novas disposições, deveriam estas ser por igual applicaveis ás substancias animaes.

Julgámos no entretanto que outra deve ser a solução da difficuldade. O art. 429.º, fazendo referencia aos artt. 468.º e 469.º do Cod. Civ., deu como reproduzida a sua doutrina nesta secção, por que o legislador por certo entendeu que as regras nos mesmos formuladas eram perfeitamente applicaveis ás substancias animaes. Se as reformas posteriormente introduzidas no regimen hydraulico do paiz tornaram necessária a substituição daquellas regras relativamente ás substancias vegetaes aquaticas, dahi não resulta por modo algum que as novas disposições tenham igual cabimento em relação ás substancias *animaes*.

Se o Codigo, em vez de fazer uma simples referencia aos artt. 468.º e 469.º, reproduzisse os seus preceitos nesta secção, deveria, porventura, considerar-se esta doutrina revogada pelo simples facto de o terem sido aquelles artigos? Por certo não. Logo não ha motivo plausivel para que deixemos de applicar ainda hoje ás substancias animaes, de que falla o art. 429.º, o preceituado nos

artt. 468.º e 469.º, quaesquer que tenham sido as alterações, que estes hajam posteriormente soffrido.

De harmonia com a opinião que defendemos a occupação das substancias animaes creadas nas *aguas públicas, que vierem arroladas ás margens ou ás praias*, pódem ser livremente occupadas por qualquer pessoa, salvo o disposto nos regulamentos administrativos; é as que forem creadas nas *aguas communs* só pódem ser occupadas pelos vizinhos do respectivo municipio ou parochia, salvo com permissão das respectivas corporações administrativas, ou havendo antigo uso e costume em contrário.

Estas regras, porém, sómente dizem respeito ao caso das substancias animaes *serem arroladas ás margens ou praias*, conforme a expressa determinação do citado art. 429.º, não podendo mesmo invocar-se a analogia, como faz o sr. DIAS FERREIRA, para affirmar, *que os mesmos principios se devem applicar quando as substancias animaes estiverem no seio das aguas*. A hypothese de se encontrarem as dictas substancias no seio das aguas publicas ou communs, está regulada noutros artigos, e subjeita a outros principios. Como já dissemos, a sua occupação tem logar por meio da *pesca*, devendo, portanto, observar-se as disposições dos artt. 395.º e 397.º, do Cod. Civ., e mais legislação complementar, que opportunamente foi indicada.

A expressão «*margens ou praias*», do art. 429.º, tambem empregada nos artt. 468.º e 469.º, tem de ser entendida de harmonia com o art. 470.º, cuja disposição mostra claramente que nas referidas

palavras o legislador apenas quiz referir-se a terrenos *públicos* ou *communs*, e não a prédios *particulares*. As substancias animaes, embora creadas nas aguas públicas, ou nas communs, *quando sejam arroladas sobre um prédio particular, só pelo dono deste pódem ser occupadas*, como resulta do confronto dos citados artt. 429.º, 468.º, 469.º e 470.º, e ainda do art. 2291.º — se acaso elle *póde ter applicação ás cousas communs ou não apropriadas*.

## § 3.º—Das aguas

**XXX.**—Razão de ordem. Um dos capitulos mais importantes da nossa legislação civil é sem duvida o consagrado á occupação das aguas, que abraça no Codigo Civil os artigos 431.º a 466.º, em grande parte modificados por decretos posteriores, que vieram regulamentar e completar a sua doutrina.

Embora as aguas sejam na sua totalidade insusceptíveis de apropriação individual, pôdem, todavia, entrar em fracções limitadas no patrimonio do homem, por meio da occupação, (43) devendo nestas condições considerar-se cousas moveis, (44) porque só estas pôdem ser occupadas.

Pondo de parte a classificação das aguas formulada no *Decreto de 1 de dezembro de 1892*, a qual é scientificamente inadmissivel, e legalmente inconciliavel com o systema do Codigo Civil, cuja doutrina, aliás, se propunha sómente explicar, <sup>1</sup> da-

<sup>1</sup> «E' principalmente com o fundamento de que deve haver a maior harmonia entre as disposições regulamentares e as da lei, da qual aquellas se derivam, diz o *Relatorio*, que se julgou necessario que a publicação de quaesquer novas providencias regulamentares seja precedida pela publicação de um decreto com força de lei no qual se explique a doutrina do Codigo Civil e se estabeleçam os principios geraes que devem regular o uso das aguas e a execução e conservação das obras para o seu aproveitamento, e para o melhoramento dos campos marginaes.»

remos preferencia á classificação do Codigo, embora no desenvolvimento das doutrinas, e para maior facilidade do nosso estudo, sigâmos a ordem inversa.

Deste modo occupar-nos-hemos successivamente, em outras tantas secções distinctas, das *aguas pluvias*, das *fontes e nascentes*, das *correntes não navegaveis nem fluctuaveis*, e finalmente das *aguas publicas*, reservando para o fim a exposição dos preceitos legais relativos *aos aqueductos e outras obras* necessarias para o conveniente aproveitamento das aguas. (45)

43. — Tracta o nosso Cod. Civ. a materia das aguas no titulo consagrado á *occupação*. Este facto importante esclarece desde logo o pensamento do legislador ácerca da *natureza* destas cousas, assente como já ficou, a proposito do art. 383.º, que por aquelle meio só podem adquirir-se cousas *nullius*, ou porque nunca tiveram dono, ou por terem sido abandonadas ou perdidas pelo antigo proprietario.

E além de *nullius* devem as aguas por egual considerar-se *cousas moveis*, porque a occupação tambem não pôde recahir sobre os *immoveis*.

Serão, porém, ambas estas conclusões verdadeiras?

As aguas deverão, com effeito, considerar-se legalmente *cousas moveis e nullius*?

Ou revogaria o Codigo Civil nesta materia os principios anteriormente estabelecidos?

Eis o que de momento nos cumpre apreciar, em face da lei portugueza, entendida á luz dos

principios scientificos, e sem perder de vista a natureza particular das cousas de que se tracta.

43. *bis.* — Da mesma fórma que o ar, a luz, o calor, etc., tambem as *aguas*, consideradas na sua totalidade e taes como a natureza nol-as apresenta, são insusceptiveis de propriedade particular, por não ser possivel ao homem exercer sobre ellas o seu poder ou dominio. Na phrase dos antigos juriconsultos são *res communes*, ás quaes, portanto, não é, segundo dissémos, applicavel a classificação de *res in commercio* e *res extra-commercium*; mas na doutrina legal portugüesa devem considerar-se *fóra do commercio por sua propria natureza*.

Consideradas, porém, sob um ponto de vista mais restricto,—no ponto de vista legal—as aguas podem ser objecto de apropriação, em porções mais ou menos consideraveis, sobre as quaes o homem exerce, depois de occupadas, plenos direitos de propriedade.

E assim consideradas, como realmente o são pela jurisprudencia universal, as aguas podem dizer-se com effeito *cousas nullius*, mas susceptiveis de propriedade privada: *nullius*, porque tendo todas a mesma origem remota, a chuva, sobre ellas ninguem póde exercer direitos antes de baixarem á terra, estando, portanto, fóra do patrimonio, emquanto pela occupação se não transformar a sua primitiva natureza juridica; *appropriaveis*, porque consideradas em pequenas fracções o homem póde recolhe-las por maneiras diversas, applicando-as á satisfação de multiplas necessidades.

Qualquer que seja a fórma porque ellas se apresentem: seguindo subterraneamente por con-

ductos naturaes, ou brotando á superficie em fontes e nascentes; despenhando-se em correntes mais ou menos caudalosas, ou reunindo-se por fim nesse immenso reservatorio que se chama o mar — emquanto não forem pelo homem apprehendidas, as aguas são, pois, cousas *nullius*, que só pela occupação podem entrar no dominio particular.

As pessoas que as podem usufruir ou occupar, os modos e limites desta occupação ou daquelle uso é que variam, conforme as aguas se nos offerecem sob um ou sob outro aspecto.

Satisfazem, pois, as aguas ao primeiro dos requisitos essenciaes para que sobre ellas possa recahir a occupação: resta, portanto, verificar se com effeito ellas podem considerar-se *cousas moveis*, ou se neste ponto o legislador portugües alterou os principios fundamentaes da occupação, formulados no art. 383.º, permitindo que por este modo se adquiram tambem cousas *immobiliarias*.

44. — Abordando a questão da *mobilidade* ou *immobilidade* das aguas, o sr. Dr. ASSIS TEIXEIRA <sup>1</sup> sustenta que ellas devem considerar-se cousas *immoveis*, comquanto hesite sobre os fundamentos da doutrina. «E' certo, porém, escreve elle, que as disposições genericas dos artigos 374.º e 375.º nenhuma dúvida oppõem aos que pretenderem incluir as aguas na classe da propriedade immobiliaria. Ou as aguas sejam immoveis *por natureza*, á similhaça dos edificios que são tambem qualificados *naturalmente* <sup>2</sup> immoveis por causa da sua

<sup>1</sup> ASSIS TEIXEIRA, *Das aguas*, n.º 17, p. 84.

<sup>2</sup> Aliás, *mediante a acção do homem* (Cod. Civ., art. 374.º)

incorporação no sólo (art. 374.º § un.,) ou sejam immoveis por disposição da lei, como *partes integrantes* dos predios a que prestam utilissimo serviço (Cod. Civ., art. 375.º, n.º 1.º) não pôde duvidar-se de que, pelo systema do Codigo, não é permittido inclui-las na classe mobiliaria.»<sup>1</sup>

Esta opinião foi depois perflhada pela REVISTA DE LEGISLAÇÃO,<sup>2</sup> manifestando em todo o caso a mesma incerteza, que aquelle professor já confessára, sobre o fundamento legal do seu voto. «As aguas, diz com effeito a REVISTA, quer se tracte das que são destinadas aos serviços agricolas de um predio rustico, ou sejam encanadas para um predio urbano, e ahi destinadas ao serviço domestico, não pôdem deixar de ser consideradas como bens immobiliarios, nos termos dos artt. 374.º § un. e 375.º, n.º 1.º do Cod. Civ.»<sup>3</sup>

Não se encontra, a meu juizo, nas palavras que ficam indicadas a solução verdadeira do problema.

Pondo completamente de parte a referencia, decerto impensada, feita por aquelles illustres jurisconsultos ao § un. do art. 374.º, que é a negação da propria doutrina, que nelle se pretende basear, — pois não pôdem as aguas por modo algum considerar-se predios *urbanos*, nem tampouco predios *rusticos*, — apreciaremos sómente o segundo argumento apresentado.

Poderão com effeito, as aguas considerar-se partes integrantes do predio onde se encontram?

Tomada a questão na sua maior generalidade, referindo-a tanto ás aguas das nascentes como ás das correntes, podemos sem receio affirmar que uma tal affirmação é contraria á verdade.

Quando estudámos o art. 375.º do Cod. Civ. dissémos<sup>1</sup> que uma cousa sómente podia considerar-se *parte integrante* doutra quando satisfizesse simultaneamente ás seguintes condições: 1) *ser, por sua natureza, movel*; 2) estar unida ou affixada ao predio; 3) mantendo a sua individualidade propria; 4) e prestando ao mesmo predio algum serviço util.

Ora as aguas não sastifazem a estes requisitos, e portanto não pôdem considerar-se *partes integrantes* dos predios onde accidentalmente se encontram ou por onde correm. E que não satisfazem, facil é demonstrá-lo.

a) Quanto ás aguas *correntes*, fogem ellas por sua propria natureza a qualquer ideia de *ligação* ou *affixação* ao sólo; deslocando-se constantemente, é impossivel determinar, *antes da sua apropriação*, quaesquer ligações materiaes entre as suas moleculas e os predios por onde incessantemente deslissam. Embora, pois, consideremos a corrente, não na sua totalidade, mas numa simples fracção mais ou menos importante, mas *susceptivel de ser individualmente apropiada*, as suas aguas não reunirão *nunca* as condições essencialmente constitutivas das *partes integrantes* dos predios rusticos ou urbanos.

Nem se diga que ellas satisfazem a estes requisitos posteriormente á occupação, porque em tal caso, como só podem ser conservadas em quaes-

<sup>1</sup> ASSIS TELXEIRA, *Obr. cit.*, p. 86-87.

<sup>2</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, XII, 232; XXII, 437.

<sup>3</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, XXII, 434.

<sup>1</sup> *Conf. SUPRA*, n.º 37, *ter.*, 103.

quer reservatórios, são estes, em geral, e não as *aguas*, que estão ligados ao predio, mantendo aquellas, apesar disso, a sua natureza mobiliaria — como succede, tambem, na hypothese de serem represadas no proprio sólo.

Assim, por exemplo, se eu tiro dum rio uma bilha de agua, e a lanço a um tanque de madeira, poderá este tanque ser parte integrante do predio a que estiver *unido* ou *ligado*, mas a agua nelle contida será sempre uma cousa *movel*.

E se a agua fôr represada na propria terra dá-se precisamente o mesmo: a agua é ainda *movel*, como moveis são, por exemplo, as sementes, os adubos, os arbustos destinados á plantação, depositos sobre o proprio solo; como *moveis* são, o vinho recolhido nos lagares, o milho e o trigo depositado nas tulhas, etc.

Mas se a agua se infiltra no terreno, e vae combinar-se com outros elementos, que nelle existam, dando logar ás variadas reacções chimicas necessarias para o mysterioso trabalho da vegetação, tal agua passa a ser, não *parte integrante* do sólo, porque perdeu a sua propria individualidade, mas *parte componente* delle, e não ha desde então que discutir se é *movel* ou *immovel*, porque juridicamente deixou de existir.

β) Quanto ás aguas subterraneas, que seguem de predio para predio por entre os diversos estratos do terreno, o que deixamos dicto para as correntes superficiaes tem por egual applicação. Entre umas e outras só ha fundamentalmente uma differença: o serem ou não *visiveis*. Todas têm a mesma causa remota, a *chuva*; esta, infiltrando-se no sólo, vae formar as correntes ou veias subter-

raneas, as quaes, chegando á superficie do sólo naturalmente ou mediante a acção do homem, dão origem ás *correntes*. Mas ou sejam olhadas á superficie, ou sejam consideradas no sub-solo, ellas seguem seu caminho, conforme as leis da gravidade, sem dependencia nem ligação com os predios por onde correm. E', por isso, tambem, impossivel classificá-las entre as *partes integrantes* dêsses predios.

γ) Pelo que respeita ás *fontes* e *nascentes* a mesma solução se impõe a quem demorar a sua attenção sobre as estreitas relações em que se encontram com as duas classes anteriores.

Ellas nada mais são, em verdade, do que as aguas subterraneas, que naturalmente ou por facto do homem brotam á superficie do sólo, antes de se transformarem em corrente, ou seja, antes de transporem os limites do predio onde surgiram ou para onde foram por seu dono conduzidas <sup>1</sup>. Ora desde o momento em que chegaram á superficie do sólo, até ao de deixarem o predio onde nasceram, aquellas aguas: a) ou são recolhidas em qualquer reservatorio, não podendo em tal caso deixar de considerar-se *moveis*, como já dissemos; b) ou se infiltram de novo pelo sólo, e em tal hypothese: 1) ou acaba a sua existencia autonoma, quando se confundem ou combinam com os demais elementos do sólo, 2) ou vão de novo incorporar-se nos conductos subterraneos, de que já fallámos, e onde conservam a sua natureza mobiliaria.

Portanto, mesmo neste caso particular, em que o exame superficial das cousas parece conduzir á solução opposta, as aguas não podem ser de modo

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 51, 161.

nenhum consideradas como *partes integrantes* do predio onde permanente ou transitoriamente se encontram.

δ) As aguas *pluvias* estão precisamente nas mesmas condições: ou se infiltram no sólo onde caem, ou seguem, em torrente mais ou menos regular, até de todo desaparecerem, já por infiltrações successivas, nos predios que atravessam, já, formando geralmente curso, nalguma corrente de aguas vivas, ou no mar.

O que fica dicto, portanto, em relação ás classes anteriores applica-se aqui inteiramente.

44, *bis*. — Do exposto resulta que as aguas, qualquer que seja a fórma porque se nos apresentam na natureza, ainda mesmo consideradas em porções limitadas e susceptíveis de apropriação, não devem considerar-se legalmente cousas *immovéis por sua natureza ou mediante a acção do homem* (art. 374.º e § un.), nem tampouco como *partes integrantes* dos predios rusticos ou urbanos (art. 375.º, n.º 1.º) E não podem, por outro lado, considerar-se como *productos* dos predios rusticos (n.º 1.º do cit. art. 375.º) porque nenhuma ligação têm com os predios, e, como tambem ficou dicto, os *productos* dum predio só podem considerar-se *immovéis* quando a elle se achem unidos, ou nelle incorporados <sup>1</sup>.

Daqui é força concluir, vista a disposição dos artt. 374.º e 375.º, combinados com o art. 376.º, que *as aguas, consideradas como objectos do dominio, são cousas moveis por sua propria natureza.*

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 36, *bis*, 90.

A opinião contrária, ou desconhece o principio fundamental que informa o art. 375.º, onde só cabem cousas que são *moveis* por sua propria natureza, ou pretende attribuir ás aguas uma natureza diversa da que realmente lhes pertence.

E' bem certo que uma corrente, um lago, uma nascente, taes como a natureza no-las offerece, não podem considerar-se cousas *moveis*, no sentido de poderem ser deslocadas no espaço: são cousas que, por sua propria natureza, não podem ser objecto de occupação, por não ser possivel ao homem, submettê-las *in totum* ao seu dominio. Mas em tal caso o problema que discutimos não se levanta, porque a classificação das cousas em *moveis* e *immovéis* só tem importancia juridica *relativamente ás cousas que estão no commercio.*

Quando as aguas apresentam este caracter, isto é, quando nos limitamos a considerá-las sómente em *porções limitadas e apropriaveis, então e só então,* é que surge a necessidade de as classificar, e certamente nestas condições ellas são *moveis* por sua natureza, visto como podem ser transportadas de um para outro logar.

A' face do Cod. Civ. portugûes não pôde affirmar-se outra cousa, não só porque não tendo ellas cabimento em qualquer dos numeros do art. 375.º, e não podendo considerar-se predios rusticos ou urbanos (art. 374.º,) necessariamente são comprehendidas na primeira parte do art. 376.º; mas tambem porque, reconhecendo-se sobre ellas o direito de *occupação*, implicitamente se affirmou a sua mobilidade.

44, *ter.* — Não devem, porém, confundir-se as *aguas*, com o *direito de as occupar*, ou com o *direito de as explorar*, ou com quaesquer *direitos* com ellas mais ou menos intimamente ligados de *uso* do predio onde são apropriadas.

Assim é, por exemplo, que nos termos do art. 450.º do Cod. Civ. a todos é licito procurar aguas no seu predio, por meio de poços, minas, ou quaesquer outras excavações, quando não haja offensa dos direitos de terceiro; faculdade que pôde ser livremente transmittida a qualquer pessoa, nos termos e pela fôrma indicada no art. 444.º e § unico do mesmo Codigo.

Quando o dono dum predio vende o direito de explorar as aguas subterraneas do mesmo predio, embora na apparencia se tracte apenas da alienação das proprias aguas — sendo até como tal geralmente indicada nos contractos — é certo que o contracto tem uma natureza muito mais complexa.

Com effeito a analyse attenta destas convenções mostra a existencia dos seguintes elementos:

- 1) O *direito de occupar* as aguas subterraneas;
- 2) As *proprias aguas*, objecto dêste direito;
- 3) E, finalmente, o *direito de usar* do predio, fazendo poços, minas, ou quaesquer outras obras necessarias para o aproveitamento ou occupação das dictas aguas.

Os dois primeiros elementos só racionalmente podem separar-se, pois não se comprehende a existencia dum direito patrimonial sem objecto. O direito de *occupar* as aguas comprehende, portanto, juridicamente as mesmas aguas, e por isso, relativamente aos seus effeitos, tanto importa dizer que

se alienam as aguas *subterraneas* do predio, como o direito de as occupar, comquanto seja esta a expressão mais correcta, porque sendo as aguas, antes de occupadas, cousas *nullius*, não podem ser rigorosamente *alienadas* por pessoa alguma. Quando, porém, as aguas tenham já sido captadas ou recolhidas devidamente pelo proprietario, pôde este vender as *aguas* já occupadas, mas não o *direito de as occupar*, porque as cousas, que estão no patrimonio, só podem ser transferidas para o dominio de outrem por qualquer dos modos *derivados* de adquirir.

Mas em qualquer dos casos a alienação regula-se pelos princípios relativos ás cousas *moveis*, porque moveis são as aguas e moveis os direitos que sobre ellas immediatamente recaem.

Outra é, porém, a natureza do *direito de usar* do predio para o fim de explorar ou captar as aguas. A alienação deste direito, que *geralmente* acompanha o primeiro, é um verdadeiro *desmembramento* da propriedade, constituindo uma *servidão*, se é feito em favor de outro predio, ou um direito real de analoga natureza, se é concedido em proveito directo duma pessoa; mas é sempre um direito *immobiliario*, porque recae directa e immediatamente sobre o predio, é um direito a elle *inherente*, na phrase da lei (art. 375.º, n.º 2.º)

Portanto, quando o proprietario vende as aguas do seu predio faz geralmente uma dupla alienação: do direito, que por lei lhe pertencia, a occupar as mesmas aguas (*venda mobiliaria*), e de um dos *usos* do seu predio, o que importa um desmembramento da propriedade (*venda immobiliaria*.)

Como, porém, estes direitos andam quasi sempre associados, na relação de principal para accessorio, embora fundamentalmente distinctos, são geralmente confundidos. Dahi resulta que a nossa jurisprudencia exige, por exemplo, o consentimento da mulher para que o marido possa vender os *fundos* dum predio do casal, isto é, o direito a explorar ahi aguas, com fundamento nos artt. 375.º, n.º 2.º, 450.º, 1119.º, 1191.º, 2321.º e 2322.º do Cod. Civ., não porque as aguas sejam realmente *immoveis*, mas porque aquella alienação *importa* quasi sempre a venda do correspondente *direito do uso* do predio onde ellas nascem, que é *immobiliario*, como fica dicto.

Mas o direito de *occupar as aguas*, que não pertence indifferentemente a qualquer pessoa, mas a pessoas diversas conforme a diversa natureza das mesmas aguas, nem sempre se nos offerece acompanhado daquelle direito de uso. E assim é, por exemplo, que o proprietario marginal duma corrente *commum* póde alienar, em beneficio do proprietario fronteiro, o seu *direito de occupar* as aguas da mesma corrente, sendo esta venda manifestamente *mobiliaria*, porque o comprador póde aproveitar as aguas sem *usar* do predio alheio, como a cada passo succede. Nestas condições, não tendo applicação os artigos que acima ficam citados, é legalmente dispensavel a intervenção da mulher do vendedor no contracto, comquanto só por escripto ou auto publico possa ser levado a effeito, por fôrça do preceituado no art. 439.º do Cod. Civ.

Isto mostra que não é inutil, antes de urgente

necessidade, a distincção, que procurámos estabelecer, entre o *direito de occupar* as aguas, e o direito de as *explorar*, que em si encerra geralmente, além daquelle direito, um outro de natureza differente: o de *usar do predio*, onde a occupação se realiza.

45.— São as aguas classificadas pelo nosso Cod. Civ. em quatro grupos: *Públicas* (sub-secção I); *Communs* (sub-secção II); *Fontes e nascentes* (sub-secção III) e finalmente *Pluviaes* (sub-secção IV.)

No intuito de enquadrarem esta classificação das aguas no preceito generico do art. 379.º, que divide todas as cousas, sob o ponto de vista *das pessoas a quem a sua propriedade pertence, ou que dellas se pôdem livremente aproveitar*, em tres categorias — *cousas publicas, communs e particulares* — procuram os interpretes equiparar as *aguas pluviaes* ora ás *communs*, ora ás *particulares* — pois a este respeito ha divergencias — dizendo que são *cousas particulares* as aguas de que o legislador se occupa sob a rubrica *Das fontes e nascentes*.

O Decreto de 1 de dezembro de 1892 veio dar alentos a esta doutrina, porque fugindo á classificação do Codigo, apenas falla de aguas *publicas, communs e particulares* (artt. 1.º a 3.º)

Esforço vão, todavia! Até hoje ainda se não conseguiu fazer, por fôrma completa e aceitavel, aquella demonstração, que a nossos olhos se apresenta como impossivel.

α) Não ha dúvida de que na doutrina legal as aguas, cujo aproveitamento foi regulado nas duas primeiras sub-secções, são respectivamente *públicas*

<sup>1</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, XII, 232.

e *communis*, pois assim o declaram expressamente os artt. 380.º, 381.º e outros; mas para chamar *particulares* ás fontes e nascentes, é preciso mudar o significado legal daquella palavra, porque os termos do art. 382.º, onde se definem *cousas particulares*, excluem todas as especies de aguas.

A própria rubrica do capitulo, onde vem tractada a materia das fontes e nascentes evidencia que o pensamento do legislador foi considerar as aguas fóra do patrimonio individual, chamando-lhes *objectos ou productos* <sup>1</sup> *naturaes COMMUNS, ou NÃO-APROPRIADOS*; e, sempre dominado pela mesma ideia, foi, com effeito; bem explicito em não attribuir a *propriedade* das aguas das fontes e nascentes aos donos dos prédios onde ellas brotam, limitando-se a conceder-lhes o *uso* das mesmas aguas, o que é fundamentalmente diverso; ao passo que o art. 382.º definindo *cousas particulares*, só considera taes aquellas «*cuja propriedade* <sup>2</sup> pertence a pessoas singulares ou collectivas.»

<sup>1</sup> Deve notar-se que a palavra *productos* é aqui tomada em sentido mui differente do que lhe é attribuido no art. 375.º, n.º 1.º do Cod. Civ.

<sup>2</sup> O VISCONDE DE SEABRA, no seu livro *A Propriedade* (I, pp. 159 e 160) pretende encontrar uma tal ou qual incoherencia no facto de se fazer distincção entre a *propriedade* e o *uso* duma coisa, cuja utilidade e importancia consiste toda no uso; mas tal incoherencia não existe realmente. Nós tivemos já occasião de vêr que *rigorosamente* a *propriedade* das *cousas publicas* não residia em pessoa alguma, ao passo que o seu *uso* pertence a todos; e nos direitos reaes, ou propriedades imperfeitas, encontraremos tambem feita essa distincção, que é, aliás, em muitos casos indispensavel.

Mas ainda que houvesse incoherencia, o certo é que a distincção foi expressamente reconhecida pelos redactores doCodigo, como se vê da *Acta* da sessão da *Commissão Revisora*, de 2 de dezembro de 1861 (*Actas*, p. 176 e 178), em que foi approvada por maioria a proposta do sr. MARTENS FERREIRO, feita em 27 de novembro do mesmo anno, na qual se lembrava que não fosse garantida a *propriedade* das aguas nativas, mas que fosse garantido o seu *uso* e a faculdade de dispôr delle.

Em consequencia desta proposta e de harmonia com ella, foi redigido o art. 444.º do nosso Cod. Civ., onde a mesma doutrina foi consignada.

Tenha, pois, ou não tenha fundamento scientifico a distincção, no campo legal não é permitido desconhecê-la.

Além disso, exige tambem o mesmo art. 382.º para que uma cousa seja *particular* que della *ninguem possa tirar proveito senão as ditas pessoas a quem a sua propriedade pertence, ou outras com seu consentimento*.

Satisfarão as aguas das fontes e nascentes a este requisito?

Decerto não. O art. 450.º permite a todos explorar por meio de minas, poços, etc. as aguas subterraneas do seu predio; ora como as aguas não estão, em regra, subterraneamente circunscriptas aos limites do mesmo predio, resulta dahi que dessas obras pôde resultar, e com effeito frequentes vezes resulta, que as aguas duma fonte ou nascente do visinho são aproveitadas por terceiro, sem seu consentimento — embora fóra do predio onde nasciam. E que são as mesmas as aguas occupadas por esse terceiro nenhuma duvida resta, por vezes, pois a antiga fonte deminue ou sécca completamente.

Pôde então dizer-se que o proprietario do terreno, onde a fonte brotava, era *dono* das aguas, ou, o que vale o mesmo, que ellas eram *cousas particulares*, no sentido do art. 382.º?

Seria isso desconhecer os principios fundamentaes que regem a propriedade privada nas legislações modernas.

Nem se diga que a lei não considera como particulares as *aguas subterraneas* — unicas que foram occupadas por terceiro no exemplo apontado — mas sómente as que manam á superficie do sólo, natural ou artificialmente; porquanto se a doutrina que combatemos se resume *em considerar apenas como COUSAS PARTICULARES as aguas das nascentes, quando tenham sido já OCCUPADAS pelo dono do*

*predio*, quer represando-as em reservatorios convenientes, quer recolhendo-as em qualquer vaso ou bilha, etc. — tal doutrina não offerece novidade, nem diz cousa que não seja applicavel a *todas as especies de aguas*.

A agua que eu tenho num côpo, e da qual posso, consequentemente, dispôr livremente, é sempre uma *cousa particular*, ou essa agua fosse colhida no mar, ou nalguma corrente, ou numa simples nascente. *Depois de individualmente occupadas todas as aguas são PARTICULARES; sobre ellas tem o occupante inteiro e completo dominio*.

A questão, portanto, não pôde ser tomada neste campo; o que se discute é se *antes da occupação* as aguas das *fontes e nascentes* são ou não *particulares*, no sentido do art. 382.º E posta assim a difficuldade a resposta não pôde deixar de ser *negativa*.

Mas se tivesse de ser *affirmativa* a coherencia mandava que se eliminasse dêste capitulo a materia das *fontes e nascentes*, pois não pôde fallar-se de *occupação* a propósito de cousas que *já teem dono*, porque *cousas particulares* e cousas *nullius* exprimem ideias incompativeis.

Do que deixâmos dicto se infere que a expressão *aguas particulares*, usada de ha muito pela nossa jurisprudencia, e modernamente empregada no cit. Decr. de 1 de dezembro de 1892, art. 3.º, precisa de ser tomada num sentido particularissimo muito differente do que rigorosamente lhe devia ser attribuido, nos precisos termos do art. 382.º do Cod. Civ.

(β) As aguas *pluviaes*, de natureza completamente distincta de todas as outras, não pôdem ser

por seu lado, incluídas em qualquer das categorias do art. 379.º Erram os que pertendem equipará-las ás *aguas communs*, mas não erram menos os que as consideram *aguas particulares*. *Aguas do vento*, como lhes chamavam na antiga jurisprudencia pátria, a sua existencia é contingente e accidental; mas ora se nos apresentam em condições identicas ás das fontes e nascentes, ora decorrem em torrentes e enxurros, similhando as correntes de aguas vivas, ou com estas confundidas.

Fallar das *aguas pluviaes*, como um typo definido, sem attender ás modalidades da sua existencia, é architectar mais ou menos engenhosamente theorias que a realidade promptamente desfaz.

O legislador portuguez, affastando-se nesse ponto do Cod. Civ. francês, que a tal respeito foi ommisso, deu-lhes no Codigo um logar proprio, distincto do das outras especies de aguas. Procedeu bem, porque attendeu á natureza particular destas aguas, que não se confundem com quaesquer outras.

Reconhecendo o fundamento da distincção, formaremos da matéria das aguas duas secções — *aguas nativas* — e *aguas pluviaes* — e principiaremos por estas o nosso estudo, porque são ellas, com effeito, as que teem na natureza o primeiro logar.

São as aguas *pluviaes* que, infiltrando-se no sólo, vão formar as aguas subterraneas, accumuladas sobre as camadas impermeaveis do sub-solo, as quaes seguindo em veias ou conductos naturaes, por entre os diversos extractos do terreno, conforme as leis da gravidade, voltam, natural ou artificialmente, á superficie, dando logar ás fontes e nas-

centes, onde as correntes e os lagos tomam por sua vez origem.

E', pois, de razão que o estudo desta materia siga a ordem inversa da que no Código vae indicada, acompanhando as aguas desde que baixaram das nuvens á terra, e seguindo-as quando veem brotar á superficie do sólo, e vão, sob o invencivel influxo das leis naturaes, transformadas em correntes, cada vez mais importantes e caudalosas, receber novas e mais geraes applicações, até de todo se perderem na immensidade dos mares.

## CAPITULO IV

### Das aguas pluviaes

**XXXI.**—Razão de ordem. As aguas pluviaes cahindo sobre a terra podem ter destino vário:

$\alpha$ ) uma parte, evaporando-se, volta de novo para a athmosphera, fugindo á apropriação individual;

$\beta$ ) outra parte, infiltrando-se no sólo,  $a$ ) ou se combina com algum dos seus elementos constitutivos, formando diversos hydratos e passando assim, pela *accessão*, ao dominio do proprietario, como elemento componente do proprio sólo;  $b$ ) ou vae dar origem, ou engrossar as correntes e depósitos subterraneos, que seguem o pendor natural das camadas impermeaveis do terreno, conforme as leis da gravidade;

$\gamma$ ) e as restantes, finalmente, permanecendo á superficie da terra, podem ser pelo homem usufruidas ou apropriadas para satisfação das suas necessidades.

Sob o ponto de vista da occupação nada temos que vêr neste logar com as aguas das duas primeiras classes, que perdendo a sua individualidade propria não pôdem já dizer-se *aguas pluviaes*; quanto

ás da terceira classe, únicas de que o nosso Cod. Civ. tracta nos artt. 453.º a 455.º, podem ellas offerer modalidades diversas, que fazem variar correspondentemente as normas juridicas applicaveis.

Com effeito, quando o sólo não é inteiramente plano ou horisontal na sua superficie, as aguas, qualquer que seja a natureza do terreno, procuram naturalmente o *thalweg*, ou linha mais inferior do valle, dando origem ás *torrentes* e aos *encurros* sempre que a componente da gravidade, seguindo a linha do declive do terreno, seja mais forte do que as variadas causas que tendem a fazer entrar as gottas da chuva no sólo subjacente; quando, porém, o relêvo do terreno se apresenta noutras condições, sendo impermeavel, as aguas ficarão estacionarias, como num pantano, á superficie do predio onde cahiram.

A boa ordem e clareza do nosso estudo reclama que consideremos separadamente as duas hypotheses, determinando os preceitos legaes applicaveis a cada uma dellas. Tractaremos por isso successivamente das *aguas pluviaes, que não saem do predio onde cahiram*, e ás quaes chamaremos *aguas estagnadas* e das *torrentes ou encurros* em segundo logar. (46)

46.—As aguas da chuva, especialmente quando são em grande quantidade, ajuntam-se em torrentes de maior ou menor importancia, segundo a disposição e natureza do terreno favorece mais ou menos a sua concentração em grandes massas.

Algumas vezes, sendo o terreno pouco accidentado, a concentração das aguas realiza-se em pequena escala, e estas correm pela superficie do sólo, formando insignificantes regueiras, que se dividem e perdem em differentes direcções, merecendo bem pela irregularidade e incerteza do seu curso o nome de *aguas selvagens*, que os francezes lhes dão. Outras vezes, porém, o declive accentuado do sólo, e a fôrma convergente da sua superficie provoca a concentração rapida duma consideravel massa de aguas, cahidas em larga extensão de terreno, dando assim origem a cursos de agua, rápidos e violentos na sua marcha, que abrem um leito próprio, sempre o mesmo, por onde seguem até se perderem no mar, ou nalguma corrente ou lago; estes cursos de agua, quasi sempre temporarios, formam as *torrentes* e os *encurros*, palavras que exprimem fundamentalmente a mesma ideia, applicando-se todavia á segunda, no uso geral, para designar as torrentes de menor importancia.

As torrentes são quasi sempre *temporarias*, sendo até dêsse facto que deriva o significado litteral do termo; mas não é isso bastante para estabelecer a caracteristica differencial entre estes cursos de agua e os *rios*, porque dêstes alguns ha tambem que séccam durante uma grande parte do anno.

O próprio legislador portuguez empregou noutro logar a palavra *torrente* prescindindo daquelle requisito. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 57, 190, Sr. Dr. GONÇALVES GUIMARÃES, *obr. cit.*, 208, 159.

## A) Das aguas estagnadas

**XXXII.**—Direito de occupação; effeitos desta. As aguas pluviaes, que cáem directamente sobre qualquer predio rustico ou urbano, podem ser livremente occupadas e usufruidas pelos donos dos dictos predios (47) (*art. 454.º, pr.*); e cahindo sobre terrenos públicos ou communs podem ser occupadas ou usufruidas, guardados os regulamentos administrativos, por todos aquelles, que dos mesmos terrenos podem tirar proveito. (48)

47.—E' quasi unanime a doutrina em attribuir ao dono do predio o uso exclusivo das aguas pluviaes que no mesmo caem, e, pela disposição natural do terreno, delle não podem sahir; mas dividem-se as opiniões quanto ao fundamento daquelle direito, que uns dizem ser derivado da *accessão*, e outros fundamentam na *occupação*.

O Cod. Civ. portuguez acolheu evidentemente a segunda opinião, pois em vez de reconhecer ao dono do predio direito de propriedade sobre as aguas que nelle cáem, apenas lhe permite que as *occupe* ou *usufrua*. E com fundados motivos, porque a *accessão* exige substancialmente a incorporação das duas cousas (*art. 2289.º*), a qual, na hypothese, indubitavelmente se não dá, não haven-

do, consequentemente, outro titulo, além da *occupação*, para justificar a aquisição das aguas, visto não terem estas perdido pelo simples facto de cahirem no sólo a natureza *nullius*, que antes tinham.

As cousas, que não teem dono, só podem entrar no patrimonio do homem por meio da occupação; e esta apenas se verifica, como a seu tempo dissemos, pela apprehensão da cousa, com animo de a tornar própria. Emquanto estas condições se não realizarem as aguas pluviaes, que caem directamente sobre qualquer predio, ou este seja público, ou commum, ou particular, devem considerar-se *nullius*, e como taes sujeitas á livre occupação.

Mas realizada esta, como succede, por exemplo, quando o dono do predio recolhe as aguas numa cisterna, tanque, ou qualquer outro reservatorio, surge a propriedade privada sobre as mesmas aguas, podendo o occupante desde então dispôr dellas livremente, nos mesmos termos em que lhe é permittido fazê-lo, relativamente a quaesquer outras cousas moveis. Não deve, porém, confundir-se por modo algum o direito de propriedade sobre as aguas já occupadas, com o simples direito de occupação das mesmas aguas, porque este, envolvendo quasi sempre um direito de uso sobre o predio, só poderá ser alienado nas mesmas condições em que os immoveis o podem ser. <sup>1</sup>

E assim como póde aliená-las, póde tambem conduzi-las para predio diverso daquelle onde foram captadas, impondo até sobre os predios intermedios a servidão de aqueducto, nos termos geraes em que o art. 456.º do Cod. Civ. o permite, porque estando aquellas aguas, depois de occupa-

<sup>1</sup> Conf. SUPRA, n.º 95, *ter.*

das, inteiramente sujeitas ao regimen juridico da propriedade privada, certamente se comprehendem na expressão *aguas a que tenha direito*, no mesmo artigo empregada. O art. 462.º do Cod. Civ., applicavel ás aguas de que se tracta, claramente indica que outro não foi o pensamento do legislador. <sup>1</sup>

Dentro do predio onde ellas cahiram pôde o occupante dar-lhes qualquer applicação, quer em proveito da agricultura, quer no da indústria, ou mesmo de simples recreio, porque o art. 454.º do Cod. Civ., dizendo que as aguas *pódem ser livremente occupadas e usufruidas*, expressamente auctorisava todos os usos possiveis.

Demais, a referencia feita no mesmo artigo ás aguas que cáem directamente sobre predios *urbanos* mostra com toda a clareza que tal preceito não foi apenas estabelecido em proveito da agricultura ou da indústria, porque o destino normal destes predios não é compativel com taes fins; e além disso mostra, tambem, vista a limitação da ultima parte do artigo, que ao proprietário é licito apropriar-se, não apenas das aguas necessarias para o uso normal do predio, *mas de todas as que sobre elle directamente cáem*.

<sup>1</sup> Pronuncia-se em sentido contrario o meu illustrado collega Dr. Affonso COSTA, que a este respeito escreve o seguinte:

«Destas aguas (*as que cáem em terrenos particulares*) não podem os donos dos respectivos predios dispôr livremente: é-lhes prohibido aliená-las ou cedê-las a outros proprietarios, ou conduzi-las subterraneamente ou a descoberto para quaesquer predios seus em que não cáiam; tem de deixar seguir as remanescentes pelo seu curso natural, salvo se consentirem na mudança tanto os donos dos predios sobre que as aguas corriam espontaneamente, como os dos predios sobre que vão agora correr.» (*Lições de 96-97*, p. 235).

Esta opinião procura appoio na última parte do art. 454.º do Cod. Civ., que não pôde ter, por modo algum, a interpretação que o sabio professor lhe dá na passagem transcripta, como em breve teremos occasião de vêr.

Por esta fôrma o dono dum predio urbano pôde fazer uma cisterna onde recolha *todas* as aguas, que sobre o mesmo predio cáem, e dar ou vender a quaesquer pessoas essas aguas, sem que ninguem tenha direito a reclamar contra o facto; da mesma fôrma que o dono de um predio rustico pôde construir nelle um tanque, lago, ou reservatorio onde recolha todas as aguas da chuva, que no mesmo predio cahirem, dando-lhes a applicação que mais conveniente julgar.

No aproveitamento destas aguas nada tem o proprietariô que vêr com os *regulamentos administrativos*, a não ser na parte relativa ás medidas de segurança e de conveniencia publicas, que devem ser observadas por todos os cidadãos, no seu proprio interesse pessoal, e no da Fazenda publica. Assim é, por exemplo, que pôdem as Camaras Municipaes, de conformidade com o *Decreto sobre consulta do Conselho de Estado*, de 26 de julho de 1869 <sup>1</sup> «obrigar os donos das casas a recolherem «em tubos interiores ou exteriores as aguas pluvias das vertentes dos telhados de suas casas,» não com o intuito de regular a occupação das referidas aguas, mas com o fim de evitar o incommodo pessoal dos cidadãos, e a deterioração das estradas ou ruas publicas, como expressamente vem declarado num dos considerandos do referido Decreto. <sup>2</sup>

Esta decisão é baseada no art. 120.º, n.º IX, do Cod. Adm. de 1842, ao qual corresponde o art.

<sup>1</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, III, p. 101-102.

<sup>2</sup> «Considerando que é manifesta a conveniencia de prohibir as caleiras ou telhões despejando as aguas das chuvas dos telhados para as ruas, *pela ruína que a estas causam, e pelo incommodo que dahi resulta aos que por ellas transitam.*»

52.º, n.º 9.º do Código de 4 de maio de 1896, onde se dá ás Camaras competência para fazerem posturas sobre *conservação e limpeza das ruas, estradas*, etc. e por isso mal pôde ser invocado para sustentar que apesar do silencio do art. 454.º do Cod. Civ. a este respeito, o aproveitamento das aguas pluviaes, a que o mesmo artigo se refere, tem de ser feito *na conformidade dos regulamentos administrativos*, como succede na hypothese do art. 453.º

O sr. Dr. AFFONSO COSTA, que sustenta esta opinião, <sup>1</sup> não se limita, porém, ao argumento exposto, invocando mais os seguintes em favor da sua doutrina :

- 1) O art. 381.º manda guardar os *regulamentos administrativos* no aproveitamento de todas as *aguas communs*, e, portanto, tambem no das *aguas pluviaes*, que participam do regimen juridico daquellas ;
- 2) O art. 227.º do Reg. de 19-XII-92 estabelece uma providencia que respeita a *todas* as aguas pluviaes, mostrando dêsse modo que mesmo as que cáem em predios particulares estão sujeitas ás restricções impostas por esse e por outros regulamentos.

A meu juizo, porém, nenhum dos argumentos colhe: não o primeiro porque, como noutra logar já dissémos, as *aguas pluviaes*, quando cáem directamente em predios particulares, só arbitrariamente podem ser equiparadas ás aguas communs; e não o segundo, porque o art. 227.º do Reg. cit. não se refere a todas as *aguas pluviaes*,

<sup>1</sup> Sr. Dr. AFFONSO COSTA, *Lições*, cit., p. 232

mas sómente «*ás torrentes ou enxurros, de caudal descontinuo, cujo leito e margens, no ponto onde se construir a obra, seja do DOMINIO PUBLICO OU COMMUM,*» o que bem mostra que a intervenção administrativa neste caso só deriva *da natureza dos terrenos onde são feitas as obras*.

A *ocupação* das aguas pluviaes, portanto, quando ellas cáem directamente sobre um predio particular, rustico ou urbano, não está sujeita aos regulamentos administrativos, e pôde ser *livremente* feita pelo dono dêsse predio, conforme é expressamente permittido no art. 454.º A propria palavra LIVREMENTE, que não se encontra no art. 453.º, e a ommissão da ultima phrase deste mesmo artigo que o legislador por certo não deixaria de repetir no art. 454.º, se quizesse alli consignar doutrina identica, mostram bem a semrazão da opinião que combatemos.

48. — Até agora, porém; apenas temos discutido a hypothese das aguas cahirem directamente sobre um predio *particular*; resta-nos, por isso, para complemento da doutrina, considerar o caso das aguas cahirem sobre terreno *público ou commum*.

O nosso Cod. Civ. não resolve expressamente a hypothese, visto que o art. 453.º sómente se refere ás aguas das *torrentes e enxurros*, e nós estamos considerando ainda o caso das aguas *estagnadas* no predio. Temos, por isso, nos termos do art. 16.º do mesmo Código, de recorrer aos *casos analogos*, e nenhum ha mais semelhante do que o prevenido no cit. art. 454.º

Applicando a sua doutrina á hypothese considerada entendemos que a todos os que podem

*utilisar-se* do predio ou terreno é tambem licito aproveitar-se das aguas pluviaes, que nelle caiam ou se encontram.

Essas aguas, como cousas *nullius*, deviam ser apropriaveis para toda a gente, nos termos geraes do art. 383.º e 430.º do Cod. Civ., visto não haver na lei *restricção* alguma a tal respeito; mas como o seu aproveitamento só pôde ser levado a effeito mediante o *uso* do predio onde se encontram, claro é que aquelle preceito geral se acha naturalmente limitado, quanto aos terrenos *communs*, pelo disposto no art. 381.º, que só permite o seu *uso* aos habitantes de certas circunscrições administrativas, ou que fazem parte de alguma corporação pública.

A occupação destas aguas está, porém, sujeita aos regulamentos administrativos, visto realisar-se em predios por sua propria natureza subordinados áquella regulamentação.

#### B) Das torrentes e enxurros

**XXXIII.** — Das aguas que saem do predio onde cahiram. As aguas pluviaes, que cáem directamente sobre qualquer predio rustico ou urbano, ou nelle entram não apropriadas, podem ser livremente usufruidas pelos donos dos mesmos predios; mas estes não teem direito a desviá-las do seu curso natural para lhes darem outro (49) sem consentimento expresso (50) dos donos dos predios a quem tal mudança causar prejuizo (art. 454.º)

Em todo o caso, os donos dos predios servientes não podem adquirir por prescrição o direito de receber as dictas aguas (art. 455.º)

Mas as aguas pluviaes das torrentes e enxurros, que correm por terrenos, estradas ou ruas publicas, podem ser occupadas, na sua passagem, por qualquer proprietario confinante, na conformidade dos regulamentos administrativos. Este direito, porém só pôde ser prescripto nos termos do art. 438.º do Cod. Civ. (51) (art. 453.º e § unico.)

49. — Quando as aguas pluviaes, em vez de ficarem represadas no predio onde cáem, são forçadas pelo relêvo do sólo a reunir-se em *torrentes* ou

*encurros*, pertencem ainda ao dono do predio onde cahiram e por onde correm, se este as occupar, porque o art. 454.º do Cod. Civ. dando-lhe a faculdade de occupar todas as aguas que alli cáem directamente, não faz distincção alguma relativamente ás modalidades differentes, que as aguas pôdem assumir dentro do mesmo predio.

E quando não bastasse aquelle preceito generico, deveriamos chegar á mesma conclusão por argumento de analogia com o disposto no art. 3.º do Decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, em que se declaram particulares as aguas que nascem em qualquer predio, emquanto não transpõem os limites dêsse predio, embora vão transformar-se depois em correntes públicas ou communs.

Tem, pois, o dono do predio onde as aguas cáem directamente, e emquanto não ultrapassarem os seus limites, o direito de as occupar livremente; e com razão, porque só podendo fazer-se a sua *occupação* mediante o *uso* do predio onde correm, certamente não poderiam ser occupadas por terceiro, sem offensa do direito de propriedade, que é de sua essencia *exclusivo*, não tendo outros limites além dos estabelecidos na lei (*art. 2339.º*)

Mas ao lado dêsse direito de livre occupação tem o dono do predio a faculdade de se utilizar apenas das aguas, sem as apropriar na sua totalidade, deixando seguir as restantes seu *curso natural*, ou seja o caminho que o relevo do sólo naturalmente impõe; tal é o preceito expresso do art. 454.º do Cod. Civ., quando reconhece ao dono do predio o direito de *usufruir* as aguas pluviaes que nelle cáem directamente.

Neste caso pôde, tambem, o dono do predio, que receber as aguas excedentes, occupá-las e usufrui-las livremente, como se no mesmo predio cahissem directamente. Não o diz o Codigo expressamente, mas infere-se esta doutrina da ultima parte do art. 454.º, quando falla dos *prejuizos*, que os donos dos predios servientes podem soffrer; do art. 455.º; e ainda dos principios geraes sobre occupação. Desde que as aguas não foram occupadas pelo dono do predio onde cahiram, ou se juntaram, formando torrente ou enxurro, conservam a primitiva natureza de cousas *nullius*, e como taes pôdem ser livremente occupadas pelos donos dos predios onde entráram.

Estes é que em nenhum caso pôdem obrigar os donos dos predios superiores a transmittir-lhes as aguas que sobejarem das necessidades do proprio predio, não só porque essa obrigação seria incompativel com a faculdade de occupar as mesmas aguas *livremente*, no todo ou em parte, e de as applicar a quaesquer usos, alienando-as mesmo em proveito de terceiro, mas ainda porque o art. 2282.º do Cod. Civ., applicavel tambem ás aguas pluviaes, mostra claramente que o predio inferior tem, não o *direito*, mas o *encargo* de receber as aguas que naturalmente decorrem do predio superior. E quando alguma duvida restasse, desfazê-la-hia o art. 455.º, que, apezar da sua defeituosa redacção <sup>1</sup>, suppõe evidentemente que os donos dos predios servientes, a que nos estamos referindo, não têm *direito* a receber as aguas, que cáem no predio superior — pois se tal direito existisse nunca os proprietarios servientes o poderiam adquirir por prescrição, sendo consequentemente

<sup>1</sup> Emprega a palavra *posse* em lugar de *direito*

absurdo o preceito do mesmo artigo. Além de que, proibindo a sua aquisição pela prescrição a lei reconhece implicitamente que pôde ser por outro modo adquirido aquelle direito, o que supõe no proprietario dômínante a faculdade de o alienar, que acima dissémos pertencer-lhe. <sup>1</sup>

O proprietario inferior não tem, pois, o direito de fiscalisar a occupação das aguas pluviaes no predio superior; não pôde oppôr-se a que seu dono se aproprie de todas ellas, ou lhes dê qualquer applicação; a lei sómente lhe permite *obstar* a que o proprietario superior, *quando não queira ou não possa occupar as aguas*, que correm pelo seu predio, as desvie do *curso natural*, com prejuizo alheio.

Este preceito é inteiramente justo, não só pela regra *ubi commodum ibi incommodum*, mas ainda porque sendo as aguas pluviaes cousas *nullius*, desde que o proprietario superior as não quer ou não pôde aproveitar, não podia a lei reconhecer-lhe a faculdade de impedir que dellas se utilisassem as pessoas a quem a propria natureza as destinou — que são os proprietarios inferiores.

<sup>1</sup> O pensamento do legislador a este respeito era bem expresso nos artt. 480.º e 481.º do *Proj. Prim.*, correspondentes aos artt. 454.º e 455.º do *Codigo*. No primeiro daquelles artigos dispunha-se que não poderiam os donos dos predios onde as aguas cahissem «desviá-las do seu curso natural para as dirigirem de preferencia sobre predio que não seja de serventia pública, sem consentimento expresso de seu dono.»

E no art. 481.º dispunha-se que, embora os proprietarios inferiores não podessem adquirir por prescrição o direito a receber as aguas, todavia poderiam oppôr-se a «que se mudasse a sua direcção, se o dono do predio superior as pretendesse desviar por accinte, e sem utilidade conhecida.»

Estas duas disposições, que foram synthetizadas na ultima parte do art. 454.º do *Codigo*, mostram que o legislador nunca pensou em limitar o direito de occupação das aguas pluviaes, que cahirem no predio superior, mas apenas em compensar quanto possivel os encargos que a natureza impôs aos predios inferiores, assegurando-lhes as regalias, que da sua mesma situação podem derivar.

O *Proj. Prim.* sómente reconhecia este direito de opposição aos *donos dos predios servientes*; mas o *Cod. Civ.* falla *dos donos dos predios a quem tal mudança causar prejuizos*, comprehendendo não só o proprietario vizinho, e todos os que, pela disposição natural dos logares estavam sujeitos á servidão de receber as aguas, e que com effeito as receberiam se o proprietario superior não mudasse o seu curso, mas tambem os donos dos predios para onde as aguas eram de novo dirigidas, o que, aliás já resultava da propria disposição do art. 2282.º

Deve, porém este direito ser entendido de harmonia com as disposições legaes relativas ao regimen da propriedade, por modo que não vá ficar o proprietario superior de braços manietados pelo disposto nos artt.º 454.º e 2282.º, ao ponto de não poder servir-se do seu predio pelo modo que mais conveniente julgar.

Com effeito o *Cod. Civ.* reconhece no art. 2315.º, a todo o proprietario a faculdade «de modificar ou alterar por qualquer maneira, em todo ou em parte, e até de destruir a substancia da coisa própria.», e no exercicio dêste direito pôde elle transformar ou modificar com novas culturas o estado dos logares, por modo que dahi resulte, como necessaria consequencia, a mudança do curso natural das aguas pluviaes. Poderão os individuos prejudicados reclamar contra este facto?

E' certo que o art. 2316.º expressamente determina que «o direito de transformação pôde ser limitado por disposição da lei» e por isso, deveriam talvez considerar-se os artt. 454.º e 2282.º como limitações legaes do art.º 2315.º, ficando assim o proprietario impedido de transformar o seu pre-

dio por modo a modificar o antigo curso das aguas.

Não o entendemos, porém, assim, não só porque seriam absurdas as consequências de tal doutrina, que reduziriam o proprietario a completa inacção, mas ainda porque o pensamento do legislador, mais explicito no *Proj. Prim.*, relativamente aos predios, que recebiam as aguas, foi apenas evitar que *por accinte*, ou sem utilidade, os proprietarios inferiores fossem privados das compensações, que a propria natureza lhes offerecia pelo encargo de receber as aguas pluviaes. Além de que, mudada a situação dos logares por modo que o curso natural das aguas se desloque, claro é que os antigos predios servientes não podem mais considerar-se *predios inferiores*, e não teem que recear já os incommodos da servidão, faltando, portanto, motivo para reclamarem aquelle beneficio.

E relativamente aos predios, que de novo recebem as aguas, não pôde tambem admittir-se outra solução, porque o art. 2282.º, que os obriga a receber as aguas, que naturalmente e sem obra do homem decorrem dos predios superiores, decerto não exclue as que mudarem de curso em consequencia do uso normal e legitimo da propria cousa.

Entendemos, por isso, que pôde legitimamente o proprietario superior transformar, como, e quando quizer, o seu predio, adaptando-o a novas fôrmas de cultura, ou destinando-o apenas a recreio — quaesquer que sejam as consequências que desse facto resultem para os predios inferiores, sob o ponto de vista que nos occupa. Embora o curso natural das aguas pluviaes se desloque, os antigos proprietarios servientes não teem reclamações a fazer, porque a lei, impondo ao proprietario superior a obrigação de não alterar o curso natural das

aguas, que nelle cáem, ou por elle correm, *para lhes dar outro*, teve sómente em vista prohibir as obras, que tenham por fim directo mudar o curso, que as aguas naturalmente seguiriam, dadas as condições do predio ao tempo em que as mesmas obras são feitas, mas não evitar que o proprietario exerça o seu direito de transformação pela fôrma que mais conveniente julgar.

Tal é tambem o pensamento que resulta claramente dos artt. 2324.º e 2327.º do Cod. Civ. <sup>1</sup>

50. — O Codigo prohibe ao proprietario superior a mudança do curso natural das aguas pluviaes que correm pelo seu predio, como dissémos, em beneficio dos predios servientes, e pelo respeito devido á propriedade alheia, dando direito de opposição a todos os proprietarios a quem tal mudança prejudicar, isto é, tanto aos donos dos predios por onde a agua corria, como aos donos daquelles por onde iria correr de novo, qualquer que seja a distancia a que se encontrem do predio

<sup>1</sup> Com effeito o art. 2324.º reconhece a todo o proprietario o direito de levantar em predio seu quaesquer edificações, salvas as restricções indicadas nos artigos seguintes. Ora uma dessas limitações é a do artigo 2327.º que diz textualmente o seguinte «O proprietario deve edificar de modo, que a beira do seu telhado não goteje sobre o predio vizinho deixando pelo menos um intervallo de cinco decimetros entre os dyclos predios e beira, se de outro modo o não poder evitar.»

Vê-se dèste artigo, que sendo levantado um predio urbano que occupe toda a superficie dum chão, ou predio rustico, não pôde o proprietario fazer gotejar as aguas, que no mesmo edificio cahirem sobre qualquer dos predios vizinhos, a não ser com auctorisacão dèstes; mas que não é obrigado a recolher e encaminhar as mesmas aguas para o predio, que anteriormente as recebia. Aqui temos, pois, um caso bem expresso em que o proprietario superior alterou o curso natural das aguas, sem que os antigos proprietarios servientes tenham direito a oppôr-se á construcção da obra. Porquê? Porque as obras feitas não tendiam directamente a mudar o curso natural das aguas, embora esta mudança seja uma consequencia necessaria das mesmas obras.

onde a mudança foi levada a effeito. Daqui resulta, que, consentindo elles na mudança, esta pôde fazer-se; sendo porém de notar-se, que o art. 454.º do Cod. Civ. exige *consentimento expresso* duns e doutros.

Por que fôrma poderá ser, porém, dado este *consentimento expresso*?

A resposta tem de basear-se na prévia determinação da natureza jurídica do acto; para isso considerá-lo-hemos em relação a cada grupo de proprietarios.

α) Os donos dos predios *para onde as aguas pluviaes vão correr de novo* subjeitam manifestamente o seu predio a um encargo — o encargo de as receber — em proveito ou serviço do predio onde ellas cáem, e por onde correm;

A natureza dêste encargo di-la expressamente o art. 455.º, quando chama aos predios inferiores *predios servientes*.

Trata-se, pois, de uma servidão, com todos os caractéres indicados no art. 2267.º do nosso Cod. Civ., a qual só por sua origem differe da que pesava sobre os predios inferiores, pois ao passo que esta resultava da propria *natureza dos logares*, a novamente constituída resulta da *vontade do homem*, ou seja, do contracto entre os dois proprietarios.

Devem, portanto, applicar-se á sua aquisição os principios geraes relativos á constituição das servidões voluntarias, segundo os quaes o consentimento do proprietario serviente tem de ser dado sempre *por escripto*, variando todavia a sua fôrma com a natureza do contracto.

E assim, se o *consentimento* foi dado em troca de dinheiro, ou doutra cousa, applicar-se-hão as regras que determinam a fôrma externa dos con-

tractos de compra e venda ou troca; se foi por doação ou testamento, applicar-se-hão respectivamente os preceitos de lei que regulam estas fôrmas de alienação. (Cod. Civ., artt. 2272.º e 2273.º) Quanto ás condições de capacidade das pessoas que pôdem fazer este contracto, ou prestar o seu consentimento, são tambem as mesmas que se exigem para a constituição das servidões, as quaes noutro logar procurámos determinar, e por isso nos dispensámos de repetir aqui. <sup>1</sup>

β) Quanto *aos donos dos predios inferiores*, que pela mudança ficam privados das aguas pluviaes, mais difficil se apresenta a solução do problema.

Qual é, com effeito, a natureza do direito, que elles cedem ao dono do predio dominante?

Dissémos anteriormente que a lei lhes não concede direito algum ás aguas, não podendo sequer oppôr-se a que o proprietario superior se aproveite dellas na sua totalidade; tendo apenas a faculdade de reclamarem contra o facto do mesmo proprietario fazer obras tendentes, não ao melhor aproveitamento das aguas, mas a desviá-las do seu curso natural, para lhes darem outro.

Tracta-se, consequentemente, do direito *de impedir que o dicto proprietario superior use do seu predio para determinado fim, ou por determinado modo*, quando dahi não resulte prejuizo aos predios inferiores.

Ora este direito não pôde deixar de considerar-se, relativamente aos predios onde as aguas cáem ou por onde correm, como uma *servidão negativa*, em proveito ou serviço dos predios inferiores: é um *encargo* para o predio superior, porque não

<sup>1</sup> Cont. as minhas *Servidões*, vol. II, cap. I, § 1.º

póde seu dono fazer nelle obras que alterem o curso natural das aguas; e que este encargo representa *um beneficio* para os predios inferiores resulta do proprio facto delles serem *prejudicados* quando as obras são feitas, isto é, quando o *encargo* desaparece. Satisfaz, portanto, a todos os requisitos do já citado art. 2267.º do Cod. Civ.

Ha, pois, entre os dois predios, superior e inferior, uma *dupla* relação de servidão, sendo ambos respectivamente e simultaneamente, dominantes e servientes. Varia, porém o *objecto* da servidão, que em relação aos predios inferiores consistê na obrigação de receberem as aguas, que naturalmente decorrem do predio superior; e em relação a este, na obrigação de não estorvar as dictas aguas no seu curso natural, dando-lhes outro qualquer.

Quando, portanto, os proprietarios inferiores *consentem* na mudança do curso natural das aguas, *cedem* ou *renunciam* ao direito de servidão, que a lei lhes garantia, extinguindo-se esta, nos termos do art. 2279.º, n.º 3.º

Esta cedencia importa, consequentemente, a transférencencia dum direito immobiliario, e por isso são-lhe applicaveis as regras relativas á alienação dos immoveis, regras que variam segundo o acto ou contracto por meio do qual se faz.

E ainda que a *renúncia* dos direitos, permittida pelo art. 815.º do Cod. Civ., tanto póde, em geral, ser feita, tacita, como expressamente, no caso de que tractámos, tem sempre de ser expressa, por força do preceituado no art. 454.º do mesmo Codigo, que exige *consentimento expresso*, e por isso só póde realizar-se por meio de *venda*, *troca*, *doação* ou *testamento*, observando-se relativamente a cada um destes actos as correspondentes disposições da lei civil.

50. *bis.* — Mas o facto da lei exigir o *consentimento expresso* dos proprietarios prejudicados para que os donos dos predios onde as aguas pluviaes cahiram ou por onde correm, mudem o seu curso natural, não impede que estes o façam, sem previamente alcançarem a necessaria auctorisação, cumprindo, por isso, determinar as consequencias legais deste facto.

Não ha duvida de que os proprietarios offendidos podem vir logo a juizo reclamar, por meio da competente acção, o cumprimento da lei, fazendo voltar as aguas ao seu curso natural e reclamando ao mesmo tempo as perdas e danos soffridos, nos termos geraes do direito.

Mas ser-lhes-ha permittido exercer estas faculdades a todo o tempo, independentemente dos preceitos relativos á prescripção?

Ou poderá o proprietario dominante adquirir por este meio direito a desviar as aguas do seu curso natural?

A questão precisa de ser tambem considerada relativamente aos dois grupos de proprietarios interessados.

α) Quanto *aos predios para onde as aguas foram indevidamente encaminhadas*, tracta-se manifestamente da imposição duma *servidão continua*, pois não depende ella no seu exercicio de facto do homem (art. 2270.º § 1.º). Portanto, se esta servidão se revelar por obras ou signaes exteriores, isto é, se fôr *apparente* (art. 2270.º § 3.º), póde ser adquirida pela *prescripção* (art. 2272.º). Pouco importa que os signaes estejam no predio superior, ou nos predios inferiores; mas é em todo o caso

essencial que elles sejam *visiveis*, *inequivocos* e *idoneos* para o exercicio da servidão. <sup>1</sup>

Verificadas estas *condições*, o proprietario superior terá adquirido aquelle direito de servidão sobre os predios para onde encaminhou de novo as aguas, decorridos que sejam os prazos necessarios para a prescripção dos immoveis.

β) Quanto *aos antigos proprietarios servientes*, a perda do seu *direito de opposição* á mudança feita pelo proprietario superior importa a extincção duma *servidão*. Resta, portanto, averiguar qual a natureza particular desta servidão, e as condições em que póde terminar.

Demonstrámos acima, que o direito dos proprietarios inferiores importa para o proprietario superior uma *servidão negativa*, e, portanto, uma *servidão continua*, porque são *continuas* todas as servidões negativas. <sup>2</sup>

Póde ella, consequentemente, acabar pelo *não-uso* durante o tempo necessario para a prescripção negativa <sup>3</sup> (art. 2279.º, n.º 2.º), contando-se o prazo desde o dia em que o seu exercicio se interrompeu (art. 2280.º), ou seja, desde que foram feitas as obras necessarias para desviar as aguas pluviaes do seu curso natural.

<sup>1</sup> Conf. as minhas *Servidões*, I, 210-213.

<sup>2</sup> *Servidões*, cit. I, 181.

<sup>3</sup> Alguns auctores, e nomeadamente o sr. conselheiro DIAS FERREIRA, (*Obr. cit.*, I, 372) entendem que a *prescripção* de que se falla no art. 2279.º, n.º 2.º do Cod. Civ. é a *adquisitiva*, devendo, portanto, applicar-se á extincção das servidões os preceitos dos art. 526.º a 528.º

Não o entendemos assim, nem é doutrina corrente a do illustre juriscônsulto, que apesar das apparencias de verdade tem contra si graves e ponderosas razões. Para que haja prescripção adquisitiva é *sempre* indispensavel a posse da cousa ou direito; e como a posse das servidões consiste na fruição do correspondente direito (art. 474.º), e este só póde ser exercido pelo dono do predio dominante, por serem as servidões inseparaveis do predio a que activa ou passivamente pertencem (art. 2268.º), segue-se que o proprietario serviente

Do que fica dicto resulta, que o dono do predio superior póde adquirir pela prescripção direito a desviar as aguas pluviaes do seu curso natural, dando-lhes outro differente, sem *consentimento expresso* dos prejudicados. <sup>4</sup> Os prazos para essa prescripção vêm respectivamente indicados nos artt. 526.º, 528.º e 535.º do Cod. Civ., e começam a contar-se desde que as obras foram feitas.

50, *ter.* — Para completar o quadro das relações juridicas dos predios superiores com os inferiores, resta-nos considerar ainda uma hypothese:

*Tendo o proprietario superior adquirido o direito de mudar o curso natural das aguas, com ou sem o consentimento dos prejudicados, poderá fazer voltar as cousas ao seu estado anterior, independentemente da vontade dos mesmos proprietarios?*

Visto serem profundamente distinctas as relações em que o proprietario superior se encontra com os proprietarios vizinhos, consideraremos tambem esta hypothese sob os dois aspectos, que ella póde offerecer-nos.

jámais poderá invocar a prescripção positiva para justificar a adquisição das servidões, que oneravam o seu predio, e deixaram de exercer-se por certo lapso de tempo. O não-uso corresponde, portanto, á *prescripção negativa*, e tem, consequentemente, de regular-se pelas disposições dos artt. 535.º e seg. do Cod. Civ.

A questão será por nós discutida com maior desenvolvimento no vol. II das *Servidões*, que temos em publicação

<sup>4</sup> Esta mudança do curso natural das aguas póde tambem, em certos casos, resultar da *destinação do pae de familia*, nos termos do art. 2274.º do Cod. Civ.

α) Quanto aos donos dos *predios por onde as aguas correm*, é bem de ver que nenhuma opposição pôdem levantar contra a nova mudança do seu curso artificial. O proprietario superior, ou *dominante*, tem o direito, não a obrigação, de encaminhar as aguas sobre aquelles predios, e por isso pôde livremente exercê-lo como e quando quizer, independentemente da vontade do proprietario serviente.

Por este lado, portanto, nenhum embaraço lhe pôde ser levantado; devendo, apenas notar-se que se elle desviar as aguas, deixando decorrer o tempo necessario para a prescripção, sem as encaminhar de novo para estes predios, o seu direito extingue-se pelo *não-uso*, nos termos dos já citt. artt. 2279.º, n.º 2.º, e 2280.º do Cod. Civ.

β) Relativamente aos donos dos *predios inferiores*, que por lei são declarados *servientes*, a questão limita-se a saber se a antiga servidão natural se extinguiu, ou não, pelo seu *não-uso* durante o tempo necessario para a prescripção.

A meu juizo o *não-uso*, de que falla o art. 2279.º do Cod. Civ. é inapplicavel ás servidões, que derivam da situação dos logares, ao numero das quaes pertence aquella de que tractámos.

E' a propria natureza que impõe aos predios inferiores a obrigação de receberem as aguas, que naturalmente decorrem dos predios superiores, e, quer estes proprietarios usem constantemente do seu direito, quer deixem de usar d'elle por pouco ou muito tempo, as leis naturaes voltarão a exercer a sua acção, desde que o homem retire os obstaculos que pôs ao curso das aguas, correndo estas de novo conforme o declive natural do terreno pela simples acção da gravidade.

Póde, consequentemente, o proprietario superior renunciar a todo o tempo ao seu direito de servidão sobre o predio para onde artificialmente encaminhou as aguas, deixando que estas sigam o seu curso natural, porque os proprietarios inferiores não teem o direito de oppôr-se, quer as mesmas aguas tivessem sido desviadas com o seu consentimento, quer o houvessem sido abusivamente.

Um facto curioso se observa, todavia, neste caso: é que, voltando a agua ao seu curso natural, quando os proprietarios inferiores hajam já perdido o direito de impedir a mudança do mesmo curso para outro logar, ou por terem a elle renunciado, ou por o terem perdido pelo *não-uso*, não mais pôdem invocá-lo, a não ser que expressa e voluntariamente lhes seja concedido pelo proprietario dominante, nos termos geraes, visto não poderem adquirir pela prescripção o direito de receber as dictas aguas (art. 455.º).

Para que esta anomalia se não dê, sempre que o proprietario superior mudar o curso natural das aguas, dando-lhes outro, devem os proprietarios servientes, se lhes não convier reclamar de prompto o restabelecimento do antigo estado de cousas, vi-giar por que não se verifique a prescripção, fazendo-a interromper pelos meios ordinarios; e se a mudança fôr operada com expresso consentimento seu, convirá que dêem auctorisação condicional, reservando-se o direito de obstar de novo á mudança se o proprietario superior, fazendo por qualquer motivo seguir de novo as aguas pelo seu curso natural, vier mais tarde a desviá-las artificialmente do seu rumo.

51. — Acham-se formuladas no art. 453.º do Cod. Civ., as regras que presidem á occupação das aguas pluviaes das *torrentes* e *enxurros*, que correm por *estradas*, *terrenos*, ou *ruas publicas*: essas aguas pódem ser occupadas, na sua passagem, por qualquer proprietario confinante, na conformidade dos regulamentos administrativos.

Na expressão *terrenos públicos* do art. 453.º devem comprehender-se todos os que são destinados ao *uso público*, isto é, tanto os de uso público *geral*, como os de uso público *local*. Esse é o sentido vulgar daquellas palavras, e tambem o seu sentido legal; e quando algumas dúvidas houvesse, por completo as faria desaparecer o art. 227.º do *Regulamento de 19 de dezembro de 1892*, que expressamente se refere ás aguas pluviaes das torrentes e enxurros, que correm por terrenos do *domínio público ou commum*.

A differença é importante, porque são diversas as auctoridades a quem compete fazer os regulamentos necessarios para a occupação destas aguas, pois correndo por terrenos públicos só ao poder central compete regular o seu aproveitamento, e correndo por terrenos municipaes, esse dever incumbe ás respectivas camaras municipaes, se a tal respeito não providenciarem as leis ou regulamentos de administração geral ou districtal (Cod. Adm., art. 52.º e § un.)

Actualmente encontram-se algumas providencias sobre este assumpto no citado art. 227.º do *Reg. de 19 de dezembro de 1892*; e foi recentemente apresentado ao parlamento, mas não chegou a ser discutido, um projecto de lei tendente a regular, em harmonia com os antigos usos locais, o aproveitamento das aguas pluviaes, que

correm pelos leitos dos rios e ribeiras da ilha de Santo Antão.

Nos termos daquelle regulamento o direito de livre occupação reconhecido pelo art. 453.º do Cod. Civ. aos proprietarios confinantes com as torrentes ou enxurros, soffre algumas limitações, feitas no interesse publico, e no interesse dos proprietarios vizinhos.

Por motivo de interesse publico, não pódem os donos dos predios marginaes das torrentes e enxurros construir barragens de terra, pedra, ou açudes moveis, ou auto-moveis para utilização das aguas pluviaes, quando dessas obras resulte embaraço ao transito nos caminhos públicos; em protecção dos proprietarios visinhos, tambem não é licito fazer aquellas obras, se dellas algum perigo ou prejuizo para estes resultar.

Quando das obras construidas resultarem os perigos ou damnos no mesmo artigo indicados, as obras serão demolidas nos termos e com as formalidades dos artt. 279.º e 280.º do citado *Reg. de 19 de dezembro de 1892*.

Guardadas estas restricções pódem os proprietarios confinantes <sup>1</sup> occupar livremente as aguas pluviaes, na sua passagem.

<sup>1</sup> Comparando o art. 453.º do Codigo com o art. 257.º do Regulamento nota-se entre elles uma differença, que convém assignalar: o Codigo concede o direito de occupar as aguas, que correm por terrenos, estradas ou ruas publicas, a *qualquer proprietario confinante*—mas não diz se é confinante com o predio, ou com a *torrente* ou *enxurro*. Daqui resulta poder duvidar-se se os proprietarios que confinam com um terreno público pódem ou não occupar as aguas das torrentes e enxurros, que seguem pelo meio do mesmo terreno, mais ou menos distantes daquelles predios confinantes.

O art. 227.º do Regulamento resolve a difficuldade em termos sufficientemente claros, referendo-se a predios *marginaes* ou *inferiores*, excluindo assim a possibilidade de aproveitamento das aguas das torrentes ou enxurros por proprietarios *não-marginaes*. Esta mesma doutrina deveria já inferir-se tam-

Mas o direito que teem os proprietarios marginaes a occupar as aguas pluviaes das torrentes e enxurros, que correm por terrenos, estradas ou ruas públicas, não é *inseparavel* dos seus predios, podendo ser voluntariamente transferido para terceiros, ou mesmo por estes adquirido pela prescripção.

Quando seja *voluntariamente* alienado pelo proprietario, applicar-se-hão as regras geraes que anteriormente ficam formuladas; quando, porém, seja adquirido pela prescripção deverá attender-se ao disposto no art. 438.º do Cod. Civ., neste ponto applicavel por força do § un. do art. 453.º: a prescripção sómente deverá ser attendida quando se funde em opposição não seguida, ou na construção de obras no predio superior de que possa inferir-se abandono do primitivo direito.

Esta prescripção pôde realizar-se tanto em favor dos predios marginaes inferiores, como de quaesquer predios não marginaes, porque a lei não faz a este respeito distincção alguma; mas a occupação das aguas pelo novo adquirente está sujeita ás mesmas restricções, que acima indicámos para os proprios proprietarios marginaes, porque sendo o direito adquirido por terceiros precisamente o mesmo que o proprietario marginal perdeu, não pôde aquelle arrogar-se faculdades

bem das palavras *na sua passagem* do art. 453.º do Cod. Civ., pois o proprietario não marginal estava pela propria natureza das cousas impossibilitado de occupar as aguas pluviaes, que atravessam terrenos públicos confinantes com o seu predio, visto que essas aguas não passam por elle, e a lei só permite que ellas sejam occupadas *na sua passagem*.

Portanto, na hypothese por nós formulada, as aguas pôdem ser occupadas livremente por todos os que teem direito a *usar* do terreno, ou logar público, por onde ellas correm, guardados, em todo o caso, os regulamentos administrativos.

que este proprietario não tinha. Dahi resulta que se este novo adquirente não pôde, ou não quer, occupar na sua totalidade as aguas da torrente, é obrigado a fazer seguir as remanescentes pelo seu *curso natural*, ou seja pelo antigo leito da torrente. Não lhe é, consequentemente permittido encaminhar para o seu predio, por meio dum rego ou aqueducto, todas as aguas da torrente, fazendo derivar sobre os predios *inferiores ao seu* as aguas remanescentes: neste caso só pôde derivar a porção de aguas de que legitimamente carecer e que não se escõem para outros predios.

Quando, porventura, proceda por modo diferente pôdem chamá-lo judicialmente ao cumprimento da lei, tanto os outros proprietarios marginaes da torrente ou enxurro, ou os que a elle são inferiores, como os proprietarios prejudicados com a nova direcção dada ás aguas, conforme o preceituado no art. 454.º, aqui applicavel por analogia e 2282.º, que na generalidade dos seus termos abrange claramente a hypothese.

Este direito de opposição pôde no entretanto, ser prescripto nos termos geraes do direito.

51. *bis.* — Reconhecendo a lei a todos os proprietarios marginaes ou inferiores ás torrentes ou enxurros o direito de occupar as aguas na sua totalidade, qualquer que seja a natureza do predio, e os usos a que as mesmas aguas são destinadas, é bem de ver que por mais longa que seja a posse de qualquer proprietario de receber as mesmas aguas na sua totalidade, isso não obsta a que um proprietario superior, embora não tenha usado daquelle direito até então, se aproprie dellas inteiramente.

ramente, privando do seu uso todos os proprietarios inferiores. <sup>1</sup>

Mas se a lei lhes concede o direito de occupar as aguas na sua passagem, por vezes lhes *impõe a obrigação de o fazerem*, estabelecendo assim sobre os seus predios *servidões* de utilidade publica. Já na *Provisão de 29 de junho de 1709* se obrigavam os donos de fazendas que entestavam com caminhos publicos, cada um na sua testada, a terem sempre abertos os agueiros, que nelles se deixam quando se fazem de novo, para vasarem as aguas e não estarem represadas; cumprindo ás Camaras Municipaes a fiscalisação daquelle preceito.

O Decreto de 31 de dezembro de 1864, sobre policia de viação pública, tambem declara no art. 21.º, n.º 6.º que os proprietarios dos predios confinantes com as estradas publicas são obrigados a receber e dar escôo prompto ás aguas dos aqueductos e valletas, e a conservar em seus predios as vallas que para esse effeito se construirẽm, doutrina ainda hoje em vigor.

Pódem, consequentemente, os proprietarios confinantes com as estradas publicas ser obrigados a receber as aguas dos enxurros ou torrentes, que por ellas correm; e nas estradas municipaes, ou caminhos parochiaes póde succeder o mesmó, competindo ás Camaras Municipaes regular o assumpto nas suas posturas, por força do preceituado no art. 52.º, n.º 9.º do Cod. Adm. <sup>2</sup>

Os *agulheiros*, *agueiros* ou *boeiros* abertos para o indicado fim não pódem, neste caso, ser tapados ou obstruidos pelos proprietarios servientes, sem

legitima auctorisação, mormente resultando dahi prejuizo de terceiros, porque tendo sido devidamente estabelecida a servidão, não póde esta cessar por simples vontade do proprietario onerado; podendo reclamar contra o facto todos os proprietarios, que forem prejudicados com a dicta obstrucção.

O mesmo não succede, porém, se os referidos *agueiros* forem voluntariamente abertos pelo proprietario, no uso do direito, que lhe é reconhecido pelo art. 453.º, porque neste caso, embora tenha recebido as aguas por muitos annos, póde elle deixar de as occupar quando quizer, sem que a ninguém a isso o possa compellir; a não ser que as dictas aguas corram para o seu predio *naturalmente*, porque a situação dos logares lhe impõe, nesta hypothese, a *servidão* ou *encargo* de as receber, prohibindo-lhe o art. 2282.º que faça quaesquer obras tendentes a estorvar a mesma servidão.

Daqui resulta que para determinar com precisão os direitos e obrigações dos proprietarios confinantes com terrenos, estradas e ruas publicas, relativamente ás aguas pluviaes das torrentes e enxurros, necessitãmos attender aos regulamentos administrativos e á situação dos logares:

α) Se as aguas pluviaes são dirigidas sobre os predios confinantes, em consequencia de prescrições administrativas, os proprietarios não pódem deixar de as receber sem consentimento das competentes auctoridades, visto tractar-se de servidões legitimamente constituídas;

β) Se os terrenos ou logares por onde as aguas correm são superiores aos predios confinantes, de

<sup>1</sup> *Acc. de 13 de novembro de 1868*, (Rev. I, 507), (Conf. *Acc. da Rel. do Porto* de 14-XII-75, e *Sent.* que o precede, na *Rev.*, XI, 187 e seg.).

<sup>2</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, IX, 214.

modo que as aguas, entrando nestes, seguem o seu curso natural, tambem os proprietarios, em vista do art. 2282.º do Cod. Civ., não pódem exhimir-se a recebê-las, sem licença expressa dos donos dos predios, que pódem ser prejudicados com o seu facto. <sup>1</sup>

γ) Quando, porém, se não verifique alguma das hypotheses anteriores póde o dono do predio deixar de se aproveitar das aguas, fazendo-as seguir o seu curso natural, a todo o tempo em que isso lhe convenha.

Mas em qualquer dos casos apontados não póde o proprietario impedir que o dono dum predio superior se aproveite das mesmas aguas na sua passagem, no todo ou em parte, a não ser que tenha sobre ellas adquirido direito exclusivo por prescripção ou por qualquer outro titulo legitimo.

## CAPITULO V

### Das aguas nativas

**XXXIV.** — **Razão de ordem.** O Cod. Civ. portugúes regúla a materia da occupação das aguas nativas em tres sub-secções, tractando em primeiro logar das *aguas publicas e particularmente das correntes navegaveis e fluctuaveis*, em segundo logar *das correntes de aguas não navegaveis nem fluctuaveis* e finalmente *das fontes e nascentes*.

Invertendo a ordem do Codigo pelas razões que anteriormente exposemos, cumpre-nos tractar agora das aguas da ultima especie, deixando para mais tarde a exposição das regras que presidem á occupação das aguas e correntes publicas e comuns, que estão sendo objecto de estudos particulares por parte duma commissão especial incumbida pelo governo de averiguar e *propor* os meios de remediar graves inconvenientes attribuidos á execução dos decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892. (52)

52. — A execução dos decretos de 1892 sobre organização dos serviços hydraulicos, tem levantado grandes attrictos no paiz, e provocado muitas reclamações, mais ou menos energicas, mas quasi

<sup>1</sup> Conf. Acc. da Rel. do Porto, 16-II-1875, na Rev., x, p. 172.

sempre fundamentadas. Interpellado no parlamento o ministro das obras publicas nas primeiras sessões do mês de maio de 1898 sobre o modo como havia interpretado em certa concessão de terrenos o regulamento de 19 de dezembro, apurou-se na discussão que alguns dos seus preceitos estavam em contradicção com as disposições do decreto organico de 1 do mesmo mês e anno, contra o qual havia já representado mais de um anno antes a camara municipal de Penafiel. <sup>1</sup>

Em 5 de maio de 1898 foi nomeada uma commissão para estudar e propôr as modificações necessarias naquelles diplomas; e a Portaria de 16 de maio, para dar satisfação « ás queixas e reclamações que em differentes epochas e por diversas vias se teem ápresentado contra o modo porque tem sido entendidos e executados os referidos decretos » mandou suspender, em certo modo a sua execução, até que se ultimem os trabalhos da commissão. <sup>2</sup>

## SUB-SECÇÃO I

### Das fontes e nascentes

**XXXV.** — Fontes e nascentes: sua noção. **Ordem das materias.** Alguns escriptores fazem distincção entre *fonte* e *nascente*, mas o nosso Cod. Civ. emprega indifferentemente as duas expressões para designar as aguas que brotam á superficie do solo, naturalmente ou por industria do homem, emquanto não transpõem, abandonadas, ou não apropriadas, os limites do predio onde nasceram; (53) equiparando a estas, para os effeitos juridicos, as aguas conduzidas por seu dono do predio onde nasceram para outro, onde são aproveitadas.

São, todavia, differentes os direitos, que a lei reconhece ao proprietario, conforme se tracta de aguas, que não saem do predio onde nasceram ou para onde foram conduzidas, ou de aguas que não são todas consumidas alli, e por isso estudaremos separadamente as duas hypotheses; tomando ao mesmo tempo em consideração a circumstancia, a que o legislador deu não pequena importancia, de terem sido descobertas por industria do homem, ou brotarem naturalmente á superficie.

<sup>1</sup> Conf. *Diario do Governo*, n.º 24, de 1 de fevereiro de 1897

<sup>2</sup> Conf. *Diario do Governo*, n.º 108, de 17 de maio de 1898.

Antes, porém, de analysar os preceitos legais relativos á occupação ou fruição daquellas aguas, temos de fixar as condições geraes em que a sua exploração póde ter logar, visto ser a materia tractada pelo legislador nesta mesma sub-secção, decerto para não scindir materias tão estreitamente ligadas entre si.

Dêste modo occupar-nos-hemos successivamente:

A) *Da exploração das aguas subterraneas;*

B) *Das aguas, que não saem do predio onde nascem;*

C) *Das aguas, que não são todas consumidas no predio onde nascem.*

53.—Fallando de *fonte* e de *nascente* em diversos logares, não define o legislador português estas palavras em parte alguma, e dahi as divergencias, que se encontram a cada passo nos escassos escriptos onde esta importante e difficil materia é versada.

O sr. conselheiro DIAS FERREIRA, abordando a difficuldade, opina que «na *linguagem ordinaria* e *no uso commum*, fonte e nascente não significam exactamente o mesmo pensamento, porque a *fonte* presuppõe algum trabalho para o aproveitamento das aguas, e a palavra *nascente* emprega-

se para designar a agua que brota naturalmente do solo.»<sup>1</sup>

Outros, porém, sem identificarem o significado das duas expressões, procuram firmar em diversas bases a distincção; a este numero pertence o sr. Dr. ASSIS TEIXEIRA, que a tal respeito escreve o seguinte: «chama-se *nascente*, no sentido rigoroso, ao ponto onde a agua sae do seio da terra: *caput aquae illud est unde aqua oritur*. Nada importa que a agua brote espontanea, ou que tenha sido procurada artificialmente: em nenhum dos casos deixa de ser considerada nascente para os effeitos do art. 444.º, embora sejam distinctas as duas hypotheses em relação aos vizinhos inferiores (artt. 446.º, 449.º e 2282.º). Se o proprietario recolhe as aguas da nascente, dirigindo-as subterraneamente ou a descoberto para um ponto, aonde o accesso é mais facil, e a agua póde ser aproveitada com mais commodidade, então o logar onde se estabelece a queda, e donde a agua é, enfim, derivada e utilizada, toma, em sentido vulgar, o nome de *fonte*.»<sup>2</sup>

Embora aparentemente inconciliaveis as duas opinões, pódem, todavia, explicar-se, se attendermos a que ambas vão tomar origem na linguagem vulgar ou usual, que não attribue um significado uniforme ás duas palavras. Regiões ha onde por *nascente* se entende apenas a agua que brota espontaneamente do solo, seja ou não aproveitada no proprio logar onde nasce; noutras se usará a palavra no sentido que pelo sr. Dr. Assis lhe é

<sup>1</sup> DIAS FERREIRA, *obr. cit.*, I, 315.

<sup>2</sup> DR. ASSIS TEIXEIRA, *Das fontes e nascentes*, 33-34; Conf. Dr. AFFONSO COSTA, *Lições cit.*, 71-72; COELHO DA ROCHA, *Obr. cit.*, II, §§ 414.º e 592.º, LOBÃO, *Diss. sobre aguas subterraneas*, § 8.º; *Tratado das aguas*, §§ 50.º e 67.º; VISCONDE DE SEABRA, *Propriedade*, 159.

attribuido, o qual se me affigura tambem ser o mais rigoroso e conforme á sua etymologia; da mesma fórma que por vezes, e em certos logares, se chama *fonte* ao proprio logar onde as aguas brotam, sendo neste sentido geralmente empregada quando as aguas são destinadas a gastos domesticos ou pessoaes.

De pouco vale, porém, a determinação precisa dos significados particulares daquellas expressões, a não ser na interpretação dos diversos actos e contractos onde tenham sido empregadas; o que principalmente nos importa é averiguar o sentido em que foram neste logar usadas pelo legislador, a fim de fixar o correspondente regimen juridico.

O sr. DIAS FERREIRA, pondo de parte o significado vulgar daquellas palavras, affirma que *fonte* e *nascente* exprimem *em direito* a mesma ideia; e nem outra opinião me parece sustentavel em face dos artt. 444.º e seg. do nosso Codigo, apesar do legislador haver empregado noutros logares a palavra *fonte* num sentido muito particular. Basta a leitura do art. 446.º do Cod. Civ. para convencer de que não encontrou guarida na lei a distincção, de que o sr. DIAS FERREIRA se fez echo, pois ahí se emprega a palavra *nascente* para designar aguas que só por obra do homem vieram á superficie. E que não foi acceita a distincção referida pelo sr. Dr. ASSIS, claramente o demonstram, não só o art. 447.º, onde se falla de *nascentes* de aguas, que são aproveitadas fóra do predio onde brotaram, como a seu tempo veremos, mas tambem o art. 451.º, onde a palavra *fonte*, opposta a *qualquer reservatorio*, comprehende tanto as aguas, que são aproveitadas no proprio logar onde nascem, como

as que são conduzidas para logar diverso, afim de serem mais facilmente apropriadas.

Emprega, pois, o nosso legislador indifferentemente as duas expressões para significar a mesma ideia, e por isso não ha motivo para estabelecer a este respeito distincções, que só teriam por effeito lançar maior confuzão em assumpto, que de sua propria naturera é já difficil. Por isso, conformando-nos com a tecnologia légal, usaremos daquellas expressões como synonymas.

## A) Da exploração das aguas subterraneas

**XXXVI.**—Predios particulares: pessoas que nelles pôdem explorar aguas. E' licito a qualquer procurar aguas no seu predio (54), por meio de poços, minas, ou quaesquer excavações (artt. 450.º e 2321.º), *salvas as restricções em seguida declaradas* :

α) Nenhum proprietario pôde estender as suas minas, e excavações, além da linha perpendicular divisoria, sem consentimento do seu vizinho (55) (art. 2322.º);

β) No seu proprio predio ninguem poderá abrir poços, fossos, vallas, ou canos de despejo, juncto de muro, quer commum, quer alheio, sem guardar a distancia, ou fazer as obras necessarias, para que dêsse factio não resulte prejuizo ao dicto muro, observando-se, nesta parte, os regulamentos municipaes, ou administrativos. Logo, porém, que o vizinho venha a padecer damno com as obras mencionadas, será indemnizado pelo auctor dellas, salvo se tiver havido accordo expresso em contrário (56) (art. 2323.º, §§ 1.º e 2.º);

γ) Ninguem pôde explorar aguas no seu predio de modo que prejudique direitos, que terceiro haja adquirido, por justo titulo, sobre aguas dêsse predio (57) (art. 450.º, *fine*);

δ) Aquelle que por qualquer fórma alterar ou diminuir as aguas de fonte ou de qualquer reservatorio, destinadas a uso público, será obrigado a repôr as cousas no seu estado anterior (58) (art. 451.º);

O que fica exposto não prejudica, porém, quaesquer outras restricções estabelecidas por diplomas especiaes, que devam ser observados, nos termos geraes de direito <sup>1</sup>.

54.—São as aguas subterraneas *cousas moveis* e *nullius*, como noutro lugar dissemos, e porisso deveria ser permittida a toda a gente a sua occupação, se a necessidade de manter o direito de propriedade em sua plenitude a isso não obstasse.

A captação das aguas subterraneas só pôde ser levada a effeito mediante a abertura de poços, minas, ou quaesquer outras excavações; e como estas são o resultado do legitimo exercicio do

<sup>1</sup> Disposições especiaes, que neste ponto limitam os direitos do proprietario, são, por exemplo, as estabelecidas nos artt. 13.º e 19.º do Reg. de 5 de julho de 1895, relativo ao aproveitamento das aguas medicinaes. Nos terrenos dos cemiterios, que pôdem ser vendidos logo que cesse o seu primitivo destino (Port. de 13 d'abril de 1868), não é tambem permittido fazer quaesquer excavações nos primeiros 10 annos, que se segurem ao último enterramento, segundo declara a Port. de 27 de fevereiro de 1873. Conf. Rev. de Leg. e de Jur., xiii, 50.

direito de propriedade, num dos seus elementos constitutivos — o direito de transformação (*art. 2321.*) — o legislador português encontrou-se naturalmente em face das seguintes soluções: ou restringir o direito de occupação em homenagem á propriedade individual, ou sacrificar esta ao direito geral de occupação.

Neste logar, como em tantos outros onde o problema se lhe deparou, o nosso Cod. Civ deu sempre preferencia ao direito de propriedade, o que tem levado alguns auctores, arrastados inconscientemente pelas apparencias, a desconhecer a verdadeira natureza do direito, que a lei reconhece aos proprietarios sobre as aguas subterraneas dos seus predios, considerando-o como verdadeiro *dominio*.

A proposito da classificação legal das aguas dissemos já o que a tal respeito pensámos, mostrando o erro desta opinião, que confunde inadvertidamente o direito de occupar as aguas, com o uso do predio onde se encontram, o que nos dispensa de tractar mais demoradamente a questão neste logar.

Para justificar o preceito legal, que dá ao proprietario direito *exclusivo* de explorar aguas no seu predio, basta invocar o direito de transformação, que só a elle pertence, e é condição essencial para o exercicio do primeiro; attribuir-lhe o dominio sobre as aguas subterraneas é desconhecer a propria natureza destas aguas, que nenhuma ligação teem com o predio onde se encontram.

Sob a poderosa acção da gravidade cada gotta de agua lucha constantemente com os obstaculos que a natureza lhe oppõe no seu continuo, embora por vezes moroso percurso, até delles triumphar,

ora descendo a grandes profundidades, ora aproximando-se da superficie do solo, mas deslocando-se sempre, enquanto lhe não fôr dado repousar no logar mais baixo do globo — o mar!

Que ligação pôde encontrar-se, pois, entre as aguas subterraneas, e os predios onde accidental e temporariamente se encontram num dado momento?

«A agua considerada em si mesma, escreveu PARDESSUS, não tem nada de fixo, nada de immutavel, nada que possa em rigor basear um direito de propriedade: no momento actual está num ponto, logo depois occupará outro ponto, e ali mesmo uma nova porção de agua lhe succederá.»

O direito *exclusivo*, por lei reconhecido ao dono do predio, de occupar as aguas subterraneas, que no mesmo se encontram, não significa de modo algum que elle tenha direito de propriedade sobre essas aguas, pois são ellas verdadeiras cousas *nulius*, mas sómente que o seu dominio sobre o predio a ninguem mais permite o exercicio daquelle direito de occupação.

**55.** — Consequencia dos principios expostos, que vem confirmar, e ainda dos preceitos legais estabelecidos nos artt. 2167.º, 2170.º e 2288.º do Cod. Civ., a primeira restricção, que apontámos, ao direito que o proprietario tem de abrir poços ou minas no seu predio, não carece de larga justificação: os direitos do proprietario, se abrangem o sólo em toda a sua profundidade e o espaço aereo correspondente, não podem manifestamente ir além dos planos divisorios entre elle e seus vi-

zinhos, porque seria isso a negação daquelles mesmos principios.

Consentindo, porém, estes vizinhos em que as minas se prolonguem por seus predios, cessa a prohibição do artigo, que tendo por unico fim a disciplina do direito de propriedade, não pôde prevalecer contra a vontade do interessado, a quem a lei reconhece o direito de alienar o predio, no todo ou em parte.

Todavia, este consentimento, — envolvendo a constituição duma servidão sobre o predio vizinho se as aguas são exploradas para beneficiar outro predio, (que é o caso mais vulgar), ou pelo menos um direito real immobiliario de analoga natureza se as aguas são destinadas para uso das pessoas — só pôde ser dado *por escripto*, embora o art. 2322.º o não diga expressamente, visto que só por escripto pôde ter logar a alienação das cousas immobiliarias. <sup>1</sup>

Qual deverá ser, porém, a natureza dêste escripto? Aquelle consentimento poderá ser dado por documento particular, ou exigirá em todos os casos, escriptura ou auto publico?

Para maior simplicidade do problema devemos desde já advertir que a alienação daquelle direito só poderá ter muitas vezes logar por instrumento publico, o que succederá sempre que seja feita por testamento, ou por qualquer outro acto, que reclame escriptura ou auto publicos para prova da sua existencia, como succede, por exemplo, com

as vendas de valor superior a 50\$000 réis. A questão fica deste modo limitada aos actos que por sua propria natureza tanto pôdem ser feitos por escriptura ou auto publico, como por escripto particular, v. gr., a venda, e a troca de bens immobiliarios de valor inferior a 50\$000 réis (artt. 1459.º, 1590.º e 1594.º)

O DIREITO sustentou já, em resposta a uma *consulta*, que deviam applicar-se na hypothese os principios geraes, considerando-se validamente feita a venda por documento particular das aguas subterraneas dum predio, se o preço foi inferior a 50\$000 réis <sup>1</sup>; e no mesmo sentido se pronuncia tambem o sr. conselheiro DIAS FERREIRA. <sup>2</sup> Outra nos parece, todavia, ser a verdadeira solução do problema.

Com effeito o § un. do art. 444.º do Cod. Civ. declara que as disposições dos art. 438.º e 439.º são applicaveis *às aguas* de que no mesmo artigo se tracta, isto é, ás *aguas das fontes ou nascentes*; e como o legislador portuguez tractou sob esta mesma rubrica das *aguas subterraneas* mostrando assim que as equiparava áquellas, se acaso com ellas as não identificou, bem de ver é que não pôde deixar de applicar-se á alienação destas aguas o disposto no art. 439.º do Cod. Civ., que só reconhece a sua validade quando tenha sido feita por escriptura ou auto publico.

Nem havia razão para estabelecer esta providencia especial relativamente ás aguas das fontes e nascentes, acceitando o principio contrário a respeito das aguas subterraneas, que vão ali-

<sup>1</sup> Esta auctorisação não pôde, pela mesma razão, ser dada pelo marido sem outhorga da mulher. (Cod. Civ., artt. 1119.º, 1191.º, 2321.º e 2322.º) Conf. *Rev. de Leg. e de Jur.* XII, 232.

<sup>2</sup> *Direito*, XVII, 35.

<sup>3</sup> DIAS FERREIRA, *obr. cit.*, I, 319.

mentar aquellas, e dellas em certo modo fazem parte. <sup>1</sup>

A validade do contracto fica ainda dependente de se ter pago opportunamente a contribuição de registo que fôr devida, quer a alienação seja por titulo oneroso, quer seja por titulo gratuito, doutrina que foi expressamente consignada na Lei de 18 de maio de 1880, art. 3.º, de onde passou para os diplomas posteriores e nomeadamente para o Reg. de 1 de julho de 1895 (artt. 1.º, 3.º n.º 5.º e 4.º n.º 2.º) <sup>2</sup>

Se o proprietario estender as suas minas sem *consentimento* do competente proprietario, dado com as devidas formalidades, pôde ser compellido a todo o tempo a repôr as cousas no antigo estado, sem que lhe aproveite a prescripção, visto ser por lei declarado *imprescriptivel* o direito que o proprietario tem a explorar as aguas subterraneas do seu predio, nos termos do art. 439.º, que é, como dissémos, applicavel á hypothese.

<sup>1</sup> Conf. *Rev. de Leg. e de Jur.*, XII, 232; mas no vol XXII, 435, afirma incoherentemente o contrario

<sup>2</sup> A *Rev. de Leg. e de Jur.*, consultada sobre a alienação do sub-sólo dum predio, para ahí serem exploradas aguas, mediante certa quantia em dinheiro e *alem disso um dia por semana, para o vendedor de toda a agua explorada* opinou que era devida contribuição de registo não só pelo preço em dinheiro, mas tambem pelo dia de agua (XXI, 148).

Parece-nos illegal a solução apresentada, na parte em que declara sujeito a pagamento da contribuição de registo o *proprio vendedor* do sub-sólo, pelo dia de agua, que nos termos do contracto lhe pertence. O equivoco da *Revista* provém de considerar aquelle dia de agua como *preço* da venda, quando a verdade é que tal se não dá.

Com effeito o dono do predio tinha direito a explorar, usufruir e dispôr de *todas* as aguas, que nelle se encontravam; e se depois do contracto só tem direito a usar de parte dessas aguas, a conclusão a tirar é que *alienou as restantes*. O preço da compra (*dinheiro*) refere-se, portanto, não á totalidade das aguas do predio, mas só á porção que o vendedor para si não reservou. Este nada *adquiriu* do comprador, porque as aguas com que ficou já antes lhe pertenciam, não tendo, portanto, que pagar contribuição de registo.

56. — A segunda restrição ou limitação ao direito do proprietario, que acima deixamos apontada, diz respeito ás cautellas necessarias para que das excavações feitas num predio não resulte prejuizo ao muro do vizinho, ou em que elle seja comproprietario. (art. 2323.º)

O legislador portuguez, sem marcar precisamente quaes devam ser essas cautelas, o que seria, em geral, muito arriscado attenta a multiplicidade de hypotheses que pôdem dar-se, e a impossibilidade de calcular antecipadamente as circunstancias que pôdem influir em cada uma dellas, deixou aos regulamentos administrativos, e ao prudente arbitrio do julgador, fixá-las em cada caso particular, affastando-se assim da nossa velha jurisprudencia onde se marcavam determinadamente as *distancias*, que era obrigado a guardar quem abrisse poços, vallas, ou quaesquer outras excavações no seu predio. <sup>1</sup>

Esta disposição da lei justifica-se pelo principio de que ninguem pôde fazer da sua propriedade instrumento de ruina da propriedade alheia.

Mas se apesar de guardadas todas as cautelas, ainda assim resultarem alguns damnos para o proprietario vizinho, tem este direito a ser delles indemnizado.

No Cod. de Proc. Civ. vem indicado, nos artt. 487.º a 491.º, o processo para prevenir o damno, que das referidas excavações pôde resultar; devendo, porém, notar-se que a *Relação de Lisboa*, em Accordão de 5 de março de 1887, <sup>2</sup> já decidiu

<sup>1</sup> Conf. CORREIA TELLES, *Dig. Port.*, I, artt. 771.º, 779.º, 780.º e 820.º; COELHO DA ROCHA, *Inst.* § 592.

<sup>2</sup> *Gazeta da Relação de Lisboa*, II, 60.

que este processo só era competente emquanto as obras não estivessem concluídas, porque, terminadas ellas, não ha já cautelas que fixar, mas indemnisações que pedir, devendo, portanto, recorrer-se ao processo civil ordinario.

Claro é, porém, que esta indemnisação deixará de ter logar quando as partes entre si o hajam convencionado expressamente, conforme o disposto no § 2.º do cit. art. 2323.º do Cod. Civ. Este *accordo expresso* importa a *renuncia* dum direito, que pôde ser feita e provada por qualquer titulo ou documento, ou mesmo por testemunhas. <sup>1</sup>

57. — Não pôde, tambem, o proprietario prejudicar com os poços, minas, ou quaesquer excavações, tendentes a procurar aguas no seu predio, os direitos que terceiro haja adquirido *por justo titulo*, sobre aguas desse predio (art. 450.º *fine*.)

Estes direitos, que terceiro pôde ter sobre aguas dum predio alheio, ora se referem ás próprias aguas subterraneas, ora ás que brotam á superficie em fonte ou nascente. Com relação ás primeiras, o direito dêsse terceiro representa para o dono do predio, ora *uma servidão negativa* ou um direito real de analoga natureza, que consiste em aquelle poder oppôr-se a que o proprietario *use* do seu predio, explorando ou captando as aguas, que por elle correm; ora *uma servidão affirmativa*, consistindo na faculdade, que esse terceiro haja adquirido, de ir explorar aguas no predio alheio. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Conf. Sr. Dr. LOPES PRAÇA, *Lig. de Dir. Civ.*, de 1895 a 1896, 657.

<sup>2</sup> Exemplo do 1.º caso: quando um proprietario combina com o proprietario vizinho não explorar estas aguas no seu predio, já para evitar que dêsse facto resulte diminuição das aguas que brotam no predio daquelle, já por qualquer outra razão.

Neste caso o proprietario vendeu ou alienou o direito que tinha a occupar

Quanto ás aguas que brotam á superficie, em fonte ou nascente, são-lhes egualmente applicaveis as restrições que acabamos de indicar: o proprietario só pôde explorar aguas no seu predio quando das obras por elle empreendidas não resulte diminuição ou prejuizo daquellas fontes ou nascentes. Dêste modo, se elle abrir um poço que faça secar ou diminuir as aguas duma nascente que, em parte ou totalmente, pertença a terceiro, é obrigado, por força do preceituado no art. 450.º, a restituir as cousas ao seu estado anterior; mas se, tendo secado a referida nascente, o dono do predio serviente explorou noutro logar do mesmo predio quaesquer aguas, não é obrigado a dar nellas quinhão aos proprietários dominantes, nem estes tem o direito de aprofundar a primitiva nascente, porque seria isso aggravar a servidão, o que a lei não permite. Se as aguas, porém, alli voltarem novamente antes de extincta a servidão pelo *não-uso* (art. 2279.º, n.º 2.º), podem servir-se dellas na fórma costumada os antigos utentes. <sup>1</sup>

as aguas que passam subterraneamente pelo seu predio, mas não transferiu conjuntamente ao adquirente o direito de *usar* do predio por modo a exercer aquelle mesmo direito de occupação. Daqui resulta que a servidão é puramente *negativa*, pois se traduz para o proprietario serviente na obrigação de *não fazer* um determinado uso do seu predio, mas nem por isso, como díssemos, o proprietario dominante deixa de *ter direito sobre aguas dêsse predio*, nos termos do cit. art. 450.º, como acabamos de dizer.

Exemplos do 2.º caso são muito frequentes: um individuo combina com o vizinho *minar* pelo predio dêsse, para explorar, em proveito do seu proprio predio, as aguas que por alli correm. Feito este contracto não pôde já o proprietario serviente abrir poços ou minas no mesmo predio, embora o proprietario dominante não tenha feito a mina, porque perdeu por aquelle contracto o direito de o fazer. Quando, porém, em vez da concessão de explorar *todas* as aguas do predio, o proprietario sómente concede o direito de explorar as que correm ou existem em certa parte delle, v. gr., quando apenas dá o direito de *minar* até á distancia de 10 metros, nem por isso fica inhibido de explorar aguas em qualquer outro ponto do mesmo predio, uma vez que não faça diminuir, ou venha por outra fórma a prejudicar as aguas da referida mina.

<sup>1</sup> Conf. *Rev.* XII, 583.

57, *bis*. — Mas quer o direito de terceiro sobre aguas do predio onde são feitas as minas, poços, ou quaesquer excavações, recaia sobre as aguas subterraneas, quer sobre as aguas superficiaes, a lei só o manda respeitar, no art. 450.º, quando haja sido adquirido *por titulo justo*.

Qual será, porém, o verdadeiro significado desta expressão?

O sr. DIAS FERREIRA afirma que «as palavras *justo titulo*, empregadas no artigo 450.º, referem-se a todo e qualquer titulo legitimo, tanto nos termos da lei anterior, como nos termos da lei nova, segundo a aquisição do direito haja tido lugar antes ou depois da promulgação do Cod. Civ., e não simplesmente aos titulos especificados nos artt. 438.º e 439.º, que respeitam apenas ás correntes de aguas não-navegaveis nem fluctuaveis, bem como a quaesquer outras aguas a que o legislador faça referencia expressa, como as dos artt.ºs 444.º e 453.º»<sup>1</sup>

Outros seguem, porém, doutrina opposta, sustentando que nas palavras *titulo justo* do art. 450.º se comprehendem sómente os titulos de que falam os citados artt.ºs 438.º e 439.º<sup>2</sup>

Justificando esta opinião, que tambem perfilha, escreve o sr. Dr. AFFONSO COSTA:

«Primeiramente as razões que dictaram a applicação dos artt.ºs 438.º e 439.º ás correntes de uso commum, não pódem deixar de prevalecer quando se tracta de quaesquer aguas particularès;

— em segundo logar, porque se o Codigo fez referencia expressa *às aguas de que tracta o art. 444.º*, implicitamente a faz tambem á exploração das aguas subterraneas existentes em predios particulares, pois que alli, como aqui, se tracta de *nascetes*; — e em terceiro logar porque os preceitos dos artt. 438.º e 439.º constituem um favor para os proprietarios que teem direito a usar das aguas, e *favorabilia amplianda*. . . »<sup>1</sup>

A meu parecer confundem-se nesta discussão duas cousas completamente distinctas: o titulo da aquisição, com a sua *forma externa*.

O art. 450.º refere-se ao titulo de aquisição do direito, e não ao *documento* da aquisição, como das suas proprias palavras claramente resulta; fallar, portanto, de *escriptura pública* ou *escripto particular* na interpretação dessas palavras, — nem outra cousa significa a invocação do art. 439.º, — é deslocar o problema, difficultando-o. As palavras *adquirido por justo titulo* significam, a meu vêr, o mesmo que *legitimamente adquirido*; a escriptura pública, e o titulo particular, não são, nem devem considerar-se por modo algum, *meios de aquisição*, mas apenas a fôrma externa dos actos e contractos. A palavra *titulo* é empregada no art. 450.º para significar o *fundamento da aquisição* ou a *causa do direito*, como succede tambem noutros artigos, e nomeadamente no art. 2266.º do Cod. Civ.<sup>2</sup>

Quaes são, pois, neste sentido, os *titulos justos* para a aquisição das aguas das fontes e nascentes?

<sup>1</sup> Conselheiro DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 319.

<sup>2</sup> Dr. ASSIS, *Obr. cit.*, e *Rev. de Leg. e de Jur.* XII, 832.

<sup>1</sup> Dr. AFFONSO COSTA, *Liq. cit.* 250-251.

<sup>2</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, XXV, 313.

Já dissémos que este direito adquirido por terceiro sobre as aguas dum predio alheio importava sempre para este um desmembramento da propriedade, que tanto podia ser uma servidão, como um direito de natureza analoga, conforme era ou não estabelecido em proveito doutro predio, ou das pessoas. Portanto, os *justos titulos* de aquisição dêsse direito, nada mais são, em definitiva, que os diversos modos de constituição das servidões (artt. 2272.º e 2273.º), em tudo aquillo que não se ache modificado por alguma disposição especial.

Ora os modos de adquirir as servidões são em geral, além da *destinação do pae de familia*, especialmente regulado no art. 2274.º do Cod. Civ., a *prescrição*, as *convenções*, e o *testamento*.<sup>1</sup>

Serão todos elles applicaveis ás aguas das fontes e nascentes?

De certo não: o art. 439.º referido ás aguas desta especie pelo disposto no § un. do art. 444.º, como já dissemos, declara *imprescriptivel* o direito do proprietario a servir-se e dispor das fontes e nascentes do seu predio. Logo o direito ás aguas não póde, em caso algum, adquirir-se por *prescrição*. Mas todos os outros meios indicados pódem ser aqui applicados, porque nada em contrario dispõe a lei.

O *justo titulo* do art. 450.º do Cod. Civ. hade, portanto, referir-se ou ao *testamento*, ou ás *convenções*, ou á *destinação do pae de familia*.

Tem cada um destes actos normas especiaes que o regulam, e lhe são próprias, ás quaes a servidão tambem fica, consequentemente, adstricta.

Quaes são, porém, as formalidades externas necessarias para constituir as servidões de aguas por qualquer delles?

Quanto ao *testamento* sabido é que só póde ser feito por escriptura ou auto publico, e portanto as servidões por elle constituidas ficam includidas na mesma regra; mas as *convenções*, abrangendo a *doação*, *compra e venda*, e *troca*, pódem em geral ser feitas por *escriptura publica*, ou por *titulo ou escripto particular*, conforme o valor do direito immobiliario é ou não superior a 50\$000 réis. Esta disposição generica encontra, porém, uma limitação expressa no art. 439.º do Cod. Civ., que só permite a alienação do direito, que o proprietario tem ao uso das aguas das fontes e nascentes do seu predio, por meio de escriptura ou auto público. (§ un. 444.º)

Quanto á *destinação do pae de familia* as servidões não resultam neste caso de escripto particular ou escriptura pública, pois a existencia de signaes postos em um, ou em ambos os predios ligados pela servidão, é que fazem a *prova* da sua existencia (art. 2274.º), se o contrário não tiver sido declarado quando os mesmos predios se separaram em relação ao dominio.

Este facto—admittido uniformemente pela nossa jurisprudencia, e sem sombra de dúvida—vem corroborar quanto é para lamentar a confusão estabelecida por alguns escriptores entre o *titulo de aquisição* do direito ás águas, e as *formalidades* externas dos respectivos *actos e contractos*, pois se referissemos a expressão *justo titulo* do art. 450.º do Cod. Civ. aos artt. 438.º e 439.º, relativamente ao futuro, ficariam excluidos os direitos adquiridos por *destinação do pae de familia*, visto que o

<sup>1</sup> Conf. *Servidões*, II, 14 e 15.

art. 439.º só falla de escriptura ou auto público, e nenhuma destas *fórm*as tem referencia áquelle meio particular de aquisição; e, todavia, frequentes são, e duma alta importancia, as applicações do art. 2274.º em materia de aguas.

Assim, por exemplo, o dono dum predio encaminhou por meio dum aqueducto de pedra, bem visivel e permanente, para outro predio seu, as aguas duma fonte, que brota no primeiro, vendendo depois este segundo predio a qualquer pessoa, sem fazer no titulo da venda declaração alguma ácerca das mesmas aguas.

O art. 2274.º diz que a existencia das obras é bastante para *provar* a constituição da servidão, isto é, do direito que o comprador tem a utilizar no predio comprado as aguas da fonte ou nascente, que brota no outro predio, e a consequente obrigação para o dono dêste de não abrir poço, mina, ou qualquer outra excavação, que vá prejudicar aquelle direito <sup>1</sup> (art. 450, *fine*).

Mas se *titulos justos* de aquisição do direito sobre aguas dum predio particular são, depois de promulgado o Cod. Civ., apenas os que deixámos indicados, outros indica o nosso Codigo, no art. 438.º, relativamente ao passado, que tem de ser por igual applicados nesta materia por força do § un. do artigo 444.º. O simples confrónto dos artigos 438.º e 439.º mostra claramente que o primeiro se refere, não á *fórma externa* dos actos e contractos por via dos quaes podiam ser adquiridas aguas anteriormente ao Cod. Civ., mas dos próprios

*titulos* ou *fundamentos* da aquisição, que eram a lei, uso e costume, concessão expressa, sentença e prescrição, devendo esta recair sobre opposição não seguida, ou sobre a construção de obras no predio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito.

Quando analysarmos aquelle artigo teremos, porém, occasião de vêr se todos os meios indicados, e só estes, serviam para adquirir as aguas subterraneas dos predios particulares antes da promulgação do Cod. Civ., e quaes pôdem ter neste caso particular applicação.

58.—Resta-nos considerar agora, para complemento do nosso estudo, a última das restricções por lei estabelecidas, ao direito do proprietário explorar as aguas subterraneas do seu predio. Essa limitação acha-se consignada no art. 451.º do Cod. Civ., que obriga quem por qualquer fórma alterar ou diminuir as aguas de fonte, ou de qualquer reservatorio, destinadas a uso público, a repôr as cousas no seu estado anterior.

Nêste preceito do nosso Codigo encontra-se uma justa applicação do principio geralmente admittido—o *interesse particular deve ceder ao interesse público*.

Sendo, alem disso, as aguas subterraneas, como realmente são, cousas *nullius*, e portanto na communitate negativa do genero humano, poderiam no rigor dos principios ser livremente occupadas por toda a gente. Todavia o legislador restringiu aquella faculdade aos donos dos predios, dando-lhes o direito *exclusivo* de as apropriar, pela razão de que só podendo, em regra, aquelle direito ser exercido mediante o *uso* ou *exercício* de um dos

<sup>1</sup> Conf. *Acc. do Rel. de Lisboa*, de 7-VII-86, (*Gaz. da Rel. de Lisboa*, II, 66-68), e a *Rev. de Leg. e de Jur.*, XIX, 278.

direitos da propriedade, teria, para respeitar aquella doutrina, necessidade de esbulhar dêste direito o proprietario, o que seria violento e quasi sempre de perniciosos effeitos, se não inteiramente impraticavel. Cessando, porém, a razão daquelle preceito, deve cessar tambem a disposição; e é precisamente isso o que succede quando as aguas, que atravessam subterraneamente por qualquer predio, vão alimentar alguma fonte ou reservatorio destinados ao uso público, pois neste caso as aguas, cousas *nullius*, pôdem ser apropriadas sem o exercicio do direito de propriedade, que a terceiros pertença.

Eis a razão porque, a despeito do preceituado no art. 145.º, § 21.º, da Carta Constitucional, o legislador estabeleceu a restricção do art. 451.º do Cod. Civ., sem prévia indemnisação do proprietario. Este não foi privado dos seus direitos, porque nenhuns tinha sobre as aguas, sendo-lhe até licito, em geral, ir occupá-las ás fontes ou reservatorios públicos para onde correm, guardados os regulamentos administrativos, que teem por fim principal harmonisar e conciliar os direitos eguaes e simultaneos dos cidadãos relativamente ás cousas *nullius*, e tambem, em certo modo, disciplinar e definir os limites da propriedade privada.

Na expressão *aguas de fonte, ou de qualquer reservatorio, destinadas a uso público*, do cit. art. 451.º do Cod. Civ. entende geralmente a nossa jurisprudencia que se comprehendem tanto as *fontes públicas*, de que nos falla o art. 380.º, como as *fontes communs*, referidas no art. 381.º <sup>1</sup>

<sup>1</sup> O Cod. Adm. em vigor, emprega a expressão *fontes públicas*, no art. 52.º, n.º 9.º, manifestamente no sentido que acabamos de indicar, pois seria na verdade absurdo que as camaras tivessem competencia para «prover á conserva-

A distincção entre uma e outra classe de *fontes* é difficil de estabelecer, devendo em minha opinião <sup>1</sup> considerar-se *communs* as que tiverem sido construidas á custa dos concelhos e parochias, ou de cujas aguas sómente se utilizam os habitantes de certas circunscricções administrativas, sendo todas as outras públicas, ou particulares.

No art. 451.º, porém, não se falla de *fontes públicas*, mas de *aguas destinadas a uso público*, quer brotem ou se dirijam a uma *fonte*, quer a um *reservatorio*. Ora as aguas das *fontes communs* são tambem destinadas ao *uso público* da respectiva circunscricção, e não pôdem, por isso, deixar de considerar-se comprehendidas no preceito terminante daquelle artigo.

A palavra *reservatorio*, que tambem encontramos no art. 381.º, n.º 3.º, designa manifestamente os tanques, poços, lagos artificiaes, ou quaesquer outras aguas represadas pelo homem, e que não entrem na classe das *fontes*, qualquer que seja o uso a que são applicadas: para abastecer os moradores duma povoação ou casal, para saciar a sêde dos animaes domesticos, para lavagem de roupas, para acudir a incendios, etc. <sup>2</sup>

ção e limpeza das *fontes públicas*», e não relativamente ás *fontes communs*, o que teriamos de admitir se estas não estivessem comprehendidas naquella designação generica. E que lá estão comprehendidas, vê-se ainda do preceituado no art. 50.º, n.º 14.º, onde se diz que as camaras podem deliberar «sobre construcção e conservação de fontes, reservatorios e aqueductos *para abastecimento das povoações do concelho*.» As fontes de que aqui se tracta são indiscutivelmente *communs*, no sentido do art. 381.º do Cod. Civ.

Conf. *Acc. Rel. Port.*, de 2-III-83; *Sent. 1.ª inst.*, de 7-VII-82, na *Rev.* XVI, 279 e 297; *Acc. Rel. Lsb.*, de 4-V-89. *Boll.*, v, 42) e do *S. T.*, de 19-V-91. (*Boll.*, VI, 565); Conselheiro DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 319; Dr. AFFONSO COSTA, *Lig. cit.*, 264.

<sup>1</sup> Vid. *Servidões*, I, 103 e seq.

<sup>2</sup> DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 319; BRUSCHY, *Obr. cit.*, II, 82.

O Código, fallando de *fonte* ou *reservatorio*, exclue intencionalmente as aguas das *correntes públicas* e *communs*, ainda mesmo no caso particular em que dellas se utilisem para os seus gastos domesticos os respectivos vizinhos, nos termos do art. 440.º do mesmo Cod.; mas devem comprehender-se neste preceito legal as aguas a que se referem os artt. 447.º e 448.º porque são *aguas de fonte, destinadas a uso público*, e entre estas não faz a lei distincção alguma.

Em contrario, porém, se teem já pronunciado alguns auctores, fundados nas seguintes razões:

- a) O art. 451.º falla de *fonte*, e o 447.º falla de *nascente*; ora as duas expressões não podem confundir-se, porque fonte é o logar onde a agua é aproveitada, e nascente o logar onde ella brota do sólo;
- b) O artigo 451.º refere-se ás aguas destinadas a *uso público*, ao passo que o art. 447.º tracta de aguas destinadas ao uso de uma *communidade de pessoas*, que habitam numa povoação ou num casal proximo da nascente;
- c) Seria absurdo exigir que as aguas duma nascente particular *não fossem por qualquer fórma diminuidas* pelos respectivos donos, o que aliás succederia se ás aguas de que tractam os artt. 447.º e 448.º se applicasse o preceito do art. 451.º

Demorando, porém, um pouco a nossa attenção sobre estas razões, vemos que ellas não previam o que se pretende.

α) Com effeito a pretendida distincção entre *fontes* e *nascentes* não existe legalmente, como já tivemos occasião de mostrar; mas quando existisse nos termos que são indicados pelo auctor que combatemos, os artt. 444.º e 448.º, combinados e confrontados com o art. 447.º do Cod. Civ. mostrariam que se não tracta aqui de *nascente* propriamente dicta, mas de *fonte*, porque as aguas não são colhidas ou aproveitadas *no ponto onde brotam do sólo*, mas noutro logar, *fóra do predio*, como da própria redacção do art. 447.º resulta, quando prohibe a mudança do «seu *curso* costumado.» A palavra *nascente*, no sentido acima indicado, é incompativel com a palavra *curso*. O primeiro argumento apresentado é, pois, contraproducente.

• β) O 2.º argumento restringe demasiadamente o significado da expressão *destinadas a uso público*, do art. 451.º do Cod. Civ. Se a interpretassemos pelo art. 380.º do Cod., como se pretende na doutrina que impugnâmos, não só ficariam excluidas as aguas de que falla o art. 447.º, mas tambem as *fontes communs*, do artigo 381.º; e não se comprehende por que motivo, sendo estas comprehendidas no art. 451.º, segundo é doutrina corrente, o mesmo não haja de succeder ás aguas do art. 447.º

*Aguas destinadas a uso público* são todas aquellas de que ao *público* é licito utilizar-se — ou seja a *todos* os individuos da nação, ou sómente aos *habitantes duma certa circunscripção* administrativa, — porque tanto numa como na outra hypothese o fundamento do direito é sempre o mesmo: *a sua qualidade de cidadãos*. O direito, neste caso, não é *peçoal* de cada utente: é, geralmente, um direito de *servidão* constituido em beneficio da

*povoação* ou *casal*, da *urbs*, e pôde ser portanto exercido *por todos os que habitam no referido lugar, e emquanto nelle residirem*, perdendo-o logo que pela mudança de domicilio venham a perder também aquella qualidade. São dos chamados *direitos de uso civico*.

γ) O 3.º argumento apresentado não é mais forte do que os antecedentes, pois assenta num principio falso. Com effeito seria absurdo que o dono *duma nascente particular* não podesse diminuir por qualquer forma as suas aguas: mas precisamente o que se discute é se as aguas de que se tracta *são ou não particulares*, no sentido em que esta palavra deve ser juridicamente tomada. Claro é que se considerarmos como *particulares* as aguas de que fallam os artt. 447.º e 448.º, não pôde ser-lhes applicado o preceito do art. 451.º, porque este só falla de *aguas destinadas a uso publico*, isto é de *aguas que não são particulares*.

Mas tractarão, com effeito, os artt. 447.º e 448.º de aguas *particulares*?

A simples leitura dos dois artigos mostra que *não*, porque dando ao proprietário do terreno onde brota a nascente *sómente* o direito de ser indemnizado do prejuizo que para elle resultar de *ser privado do livre uso das aguas*, mostra que taes aguas lhe não pertencem, mas sim *á povoação* ou *casal* (art. 448.º); é uma *expropriação*, que a lei ordena em beneficio do publico, indemnizando o proprietário dos prejuizos soffridos. Por essa expropriação adquirem os habitantes da povoação ou casal o *uso das aguas* da nascente, que *foi particular*,—se acaso o não tinham já adquirido por *titulo justo*, como diz o cit. art. 448.º pr.

Daqui resulta, ao mesmo tempo, que embora aquellas aguas não fossem comprehendidas no preceito do art. 451.º, teriam de subordinar-se ao disposto no art. 450.º do Cod. Civ., para o effeito de não poderem ser prejudicadas pelo proprietário, que abrisse no seu predio poços, minas, ou quaesquer outras excavações.

Absurdo, e não pequeno, resultaria, porém, de ser aceita a doutrina que combatemos, porquanto se dava ao proprietário direito a diminuir até aos últimos limites, ou por qualquer forma alterar as aguas de que se abasteciam os habitantes de qualquer povoação, *apesar destes terem adquirido por titulo justo o uso das mesmas aguas* (art. 448.º pr.), tendo pago até, em alguns casos, a correspondente indemnização ao proprietário.

Entendemos, por isso, que entre as aguas destinadas a uso publico, de que falla o art. 451.º, se comprehendem também as que veem mencionadas nos artt. 447.º e 448.º, cuja analyse mais demorada faremos em logar opportuno. <sup>1</sup>

**58. bis.** — Se dos poços, minas ou excavações feitos pelo proprietário no seu predio resultar a alteração ou diminuição das aguas a que acabamos de referir-nos, *será aquelle obrigado a repôr as cousas no antigo estado*, conforme dispõe na sua ultima parte o art. 451.º Cod. Civ.

Mas obrigado por quem?

<sup>1</sup> Conf. *Acc. da Rel. do Porto*, de 17-1-82, (*Rev. de Leg. e de Jur.* xxii, 172), e a *Rev. de Leg. e de Jur.*, I, 477. O preceito do art. 451.º era também ampliado pela nossa jurisprudencia ás aguas *minero-medicinaes*, depois de devidamente reconhecida a sua *utilidade pública*. O Decreto de 30 de setembro de 1892 veio, porém, modificar aquella doutrina, mantendo, é certo, a prohibição de abrir poços ou minas, que vão prejudicar aquellas aguas, mas reconhecendo ao proprietario impedido o direito de ser devidamente indemnizado.

Estando as *fontes publicas e communs*, em regra, sob a administração das Camaras Municipaes, <sup>1</sup> não ha duvida de que estas corporações teem direito a compellir judicialmente o proprietário a cumprir aquella obrigação; e o mesmo direito cabe á administração central relativamente ás *fontes publicas* sob a sua immediata vigilancia, como são, por exemplo, as construidas á beira das estradas publicas, cuja policia pertence ás repartições de obras publicas. <sup>2</sup>

Mas será tambem licito aos cidadãos recorrer a juizo com o mesmo fim?

A questão foi já levantada nos tribunaes portuguezes, e resolvida contradictoriamente.

A *Rel. do Porto*, em *Acc.* de 13 de dezembro de 1881 <sup>3</sup> pronunciou-se no sentido de que todos os que se utilisam das aguas da fonte, ou a isso teem direito, isto é, *todos os habitantes da respectiva circumscripção*, pódem mover aquella acção, independentemente da attitude da respectiva Camara Municipal; fundando-se esta decisão no art. 2219.º do Cod. Civ. que dá ao *usufructuário*, para se manter no seu usufructo, os mesmos direitos que tem o proprietário, e affirmando que os cidadãos, no caso subjeito, são verdadeiros *usufructuários das águas*. Mas em sentido contrario se tinha já pronunciado o S. T., em *Acc. de 8 de novembro de 1891* <sup>4</sup> declarando com toda a razão, que os cidadãos não pódem ser considerados como *usufructuários* das fontes publicas, sendo, portanto, mal invocado o art. 2219.º do Cod. Civ. para fundamentar aquelle direito.

Hoje a questão está resolvida expressamente pelo Cod. Adm., de 4 de maio de 1896, que no art. 422.º permite *a qualquer cidadão intentar em nome e no interesse do corpo administrativo, em cuja circumscripção fôr eleitor, as acções judiciaes competentes para manter, reivindicar, ou reaver bens ou direitos, que ás respectivas administrações tenham sido usurpados, ou de qualquer modo tenham sido lesados*; mas estas acções sómente pódem ser propostas quando as respectivas corporações as não propozerem no prazo de 3 meses depois de lhes ter sido apresentada uma exposição circunstanciada ácerca do direito, que se pretende fazer valer, e dos meios probatorios de que se dispõe para o tornar effectivo.

Se os indicados cidadãos obtiverem vencimento no todo ou em parte, teem direito a ser indemnizados pelas corporações interessadas das despêsas, que fizeram com os pleitos, contanto que ellas não excedam o valor real dos bens, ou direitos mantidos ou readquiridos (cit. art. 422.º §§ 1.º e 2.º)

Mas em lugar de proporem directamente a acção pódem tambem os cidadãos indicados reclamar contra as deliberações das camaras, quando estas resolverem não usar do seu direito; e se as corporações tutelares revogarem aquella deliberação, ordenando ás camaras que proponham a dicta acção, estas devem cumprir, fazendo um orçamento suplementar, se porventura não tiverem meios no orçamento ordinario para intentarem o pleito. E pódem ser compellidas ao cumprimento deste dever pelo Governador Civil, sob as penalidades comminadas no art. 188.º do Cod. Pen., segun-

<sup>1</sup> Cod. Adm. de 4 de maio de 1896, artt. 52.º n.º 9.º, e 50.º n.º 14.º

<sup>2</sup> Decr. n.º 9.º, de 1 de dezembro de 1892, art. 16.º

<sup>3</sup> Na *Rev. de Leg. e de Jur.*, XII, 171.

<sup>4</sup> Na *Rev. de Leg. e de Jur.*, XXII, 110.

do opina a REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA. <sup>1</sup>

E poderão também oppôr-se, os que se aproveitam das aguas sobejas das fontes publicas?

Pela affirmativa *quando elles tenham adquirido direito aos referidos sobejos por titulo justo*, se pronunciou, *embora indirectamente*, o Supremo Tribunal, no cit. Acc. de 8-XI-81, <sup>2</sup> affirmando que em tal caso deveriam invocar, não o art. 451.º mas o art. 450.º; e na mesma opinião assentou a Rel. do Porto no Acc. de 13-XII-81, <sup>3</sup> embora não indique os fundamentos da decisão.

Julgamos, porém, infundada esta doutrina, porque o proprietário não pôde ser prejudicado por terceiro, com quem não contractou, ou que contra elle não prescreveu. Aquelles que legitimamente adquirem direitos aos *sobejos* das fontes publicas não adquirem, por esse facto, direito ás aguas que alimentam subterraneamente aquellas fontes. Ora os artt. 450.º e 451.º sómente limitam o direito do proprietário a explorar aguas no seu predio pelos direitos adquiridos por terceiro sobre aguas do mesmo predio, ou pelos damnos causados em aguas *destinadas ao uso publico*; e, se o primeiro fundamento não pôde, como é obvio, ser invocado, muito menos o pôde ser o segundo, porque o art. 451.º falla de *aguas destinadas ao uso publico*, e os sobejos das fontes publicas não teem tal destino. <sup>4</sup>

Deve ainda notar-se que a jurisprudencia patria, a meu ver com mui fracas razões, se pronuncia

quasi uniformemente no sentido de não reconhecer direitos privativos sobre os sobejos das aguas das fontes publicas, quer esses direitos se fundem na concessão das corporações administrativas, quer derivem da prescripção; baseando-se em que as fontes publicas estão fóra do commercio, e não pôdem, por isso, os sobejos ser adquiridos pelos particulares, a não ser pelo modo especial determinado nas leis de desamortisação. <sup>1</sup>

Em conclusão: entendemos que só as camaras municipaes, ou os cidadãos eleitores quando estas se recusem, mas nunca os que recebem os sobejos e a este simples titulo, pôdem oppôr-se a que um proprietário abra no seu predio poços ou minas que prejudiquem as aguas das fontes publicas; excepto quando estas fontes estiverem por lei a cargo doutra auctoridade, porque em tal caso só a esta pertence aquelle direito de opposição.

**58. ter.**—Mas para que as pessoas, que deixamos indicadas, possam ir a juízo pedir o cumprimento do art. 451.º do Cod. Civ. é necessario que as aguas destinadas a uso publico *tenham sido alteradas ou diminuidas por facto de terceiro*, como se infere da propria lettra do artigo, nas palavras «*será obrigado a repôr as cousas no SEU ESTADO ANTERIOR.*»

A doutrina contrária foi, porém, já perfilhada por Acc. da Rel. do Porto de 17-I-82 <sup>2</sup> que julgou procedente uma acção tendente a interromper a mina, que o réu andava fazendo no seu predio, com o fundamento de que os peritos haviam de-

<sup>1</sup> Rev. de Leg. e de Jur., IX, 245-246.

<sup>2</sup> Rev. de Leg. e de Jur., XXII, 110.

<sup>3</sup> Rev. de Leg. e de Jur., XII, 171.

<sup>4</sup> Conf. Sentença de 1.ª instancia, de 15-IV-72, e Acc. do Rel. do Porto, de 21-VI-73, na Rev. de Leg. e de Jur., VI, 535 e seg.

<sup>1</sup> Esta doutrina foi, porém, combatida por mim nas *Servidões*, I, 62 e seg.

<sup>2</sup> Na Rev. de Leg. e de Jur., XXII, 172.

clarado que da continuação da mesma mina resultaria necessariamente o corte das aguas da fonte.

Tal doutrina, que aliás parece encontrar fundamento no art. 380.º do Cod. de Proc. Civ., quando viesse a prevalecer, limitaria muito e sem justificação possível, os direitos do proprietário a explorar aguas no seu predio, pois deveria ser tambem applicada na hypothese do art. 450.º do Cod. Civ.; mas outros julgados, e melhor fundamentados, lhe poderiam ser contrapostos, se não bastasse, como dissémos, a própria letra da lei. <sup>1</sup>

**XXXVII.** — Aguas subterraneas dos terrenos publicos e communs; condições em que podem ser exploradas. — E' permitido a todos fazer minas ou poços nos terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, em busca de aguas subterraneas, precedendo licença da respectiva auctoridade administrativa ou municipal. (59) (*art 452.º*)

59. — O Cod. Civ. estabelece como principio geral, que a todos é licito explorar aguas nos terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, mas exige em todo o caso prévia licença da competente auctoridade administrativa.

Qual é, porém, essa auctoridade competente?

O pensamento do legislador ao redigir o art. 452.º foi decerto fazer referencia ao Estado, municipios e juntas de parochia, conforme se tractasse de terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, respectivamente, apesar da redacção defeituosa do mesmo artigo, que só falla de auctoridade administrativa ou municipal.

Esta ommissão da lei a respeito das juntas de parochia é facil de comprehender em face da historia do art. 452.º, pois no *Proj. Primit.* apenas se fallava em terrenos publicos e municipaes, decerto por influencia da legislação administrativa de 1842, que collocava a junta de parochia fóra da

<sup>1</sup> O accordão da Relação do Porto de 19 de fevereiro de 1869, julgou cumprida a formalidade do artigo 451.º mediante um termo de responsabilidade.

organisação da administração publica, e por isso só o Estado e os municípios podiam ter competencia para conceder as licenças a que o cit. art. 452.º se refere. A modificação posteriormente feita na primeira parte do artigo, afim de estender o seu preceito aos terrenos *parochiaes*, deveria ser acompanhada da modificação correspondente na sua ultima parte, o que decerto so por esquecimento deixou de fazer-se.

A legislação administrativa, a que teremos de recorrer para complemento deste preceito do Cod. Civ., vem confirmar a opinião que emittimos, pois estando sob a immediata e directa administração das mencionadas entidades os terrenos, a que o art. 452.º faz referencia, bem de ver é que só a ellas compete providenciar para que o exercicio do direito, a todos reconhecido, de alli explorarem aguas, se não transforme em motivo de grave prejuizo publico.

Tal é a opinião aceita geralmente na jurisprudencia patria, e confirmada em muitos diplomas emanados do poder central; <sup>1</sup> tal é tambem a conclusão que necessariamente deriva da analyse de alguns preceitos do Cod. Adm. vigente, onde se fixa a competencia das corporações administrativas. A determinação exacta desses preceitos exige, porém, a verificação prévia da natureza juridica da *licença* administrativa, a que o art. 452.º do Cod. Civ. se refere.

A Portaria de 1 de novembro de 1877, procurando determinar as formalidades que devem ser observadas na concessão d'aquella licença,

<sup>1</sup> Conf. DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 319; Portaria de 1 de novembro de 1877, (*Coll. de Leg. de 1877*, 257.)

começa por affirmar « que a abertura de minas nos terrenos publicos importa o estabelecimento de uma servidão sobre elles »; mas esta opinião é de todo o ponto inaceitavel, não só porque sobre cousas publicas não podem constituir-se servidões, mas tambem porque, se tal impossibilidade não existisse, o direito concedido só teria aquella natureza quando redundasse em proveito ou serviço dentro predio (art. 2267. )

O Cod. Adm. reconhece, com effeito, ás camaras municipaes (art. 51.º, n.º 4.º) e ás juntas de parochia (art. 176.º, n.º 7.º), competencia para resolverem sobre concessão de *servidões* em bens municipaes ou parochiaes, as quaes, todavia, conservarão sempre a natureza de *percarias*; mas o Cod. Civ. no art. 452. não se refere, decerto, aos *bens patrimoniales* destas corporações, ou do Estado, mas sómente aos *terrenos publicos ou communs*, que não estão, como os primeiros, sujeitos ao regimen commum da propriedade privada. E' nos *terrenos de uso publico geral ou local* que a lei permite a todos a exploração das aguas, e só nestes; porque nos bens proprios do Estado ou das corporações administrativas está essa exploração sujeita a outros principios, e dependente inteiramente da vontade das competentes auctoridades.

Esta é a illação, que necessariamente deriva da propria natureza das aguas subterraneas, que sendo *nullius*, como dissémos, podem ser livremente occupadas por qualquer pessoa, sempre que dahi não resulte offensa para os direitos de terceiro. Nos terrenos particulares o *exclusivismo* do direito de propriedade impede o exercicio daquella faculdade a quem não fôr dono do predio, ou por este devidamente auctorisado; mas nos terrenos de *uso publico*, geral ou local, cessa o motivo da-

quella prohibição, sempre que a exploração das aguas não vá embaraçar o uso normal e legitimo daquellas cousas.

Assim, por exemplo, se eu pretendo explorar aguas sob uma estrada pública, por meio de minas abertas em condições de não affectar a segurança dos transeuntes, nem embaraçar o exercicio das funcções a que a mesma estrada é destinada, não ha motivo algum para esse direito me não ser reconhecido. A administração nada mais tem a fazer do que verificar se as condições em que eu me proponho executar as obras offerecem algum perigo para a segurança da estrada, ou damno para o público; este é o fim unico da licença prévia, que o Cod. Civ. manda solicitar.

Daqui resulta que nem o Estado, nem as corporações administrativas pôdem recusar a seu arbitrio as licenças pedidas por qualquer pessoa para exploração de aguas nos terrenos públicos ou communs, pois a lei civil expressamente reconhece *a toda a gente* aquelle direito, deixando para a competente auctoridade administrativa simplesmente a apreciação das condições em que a obra deve ser feita, e os prejuizos que della pôdem derivar para a collectividade. Este pensamento era bem expresso no *Proj. Prim.*, onde se dispunha, em additamento á regra hoje formulada no art. 452.º do Cod. Civ., que a referida licença *só poderia ser recusada tornando-se a exploração prejudicial aos interesses públicos ou municipaes* (§ un. do art. 478.º); e ainda hoje, apesar do silencio do Codigo a tal respeito, a mesma doutrina tem necessariamente de seguir-se. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Neste sentido se pronuncia a *Rev. de Leg. e de Jur.*, embora por diverso fundamento: «Pôde este corpo administrativo (*camara*) exigir todas as cautelas

A exploração das aguas nas condições indicadas constitue, portanto, uma forma particular de uso e gôso das cousas do dominio público ou commum, e por isso a concessão da respectiva licença compete, como acima dissémos, ao Estado, ás camaras municipaes, ou ás juntas de parochia, que teem por dever fiscalisar e regulamentar o uso e fruição dos terrenos públicos, municipaes ou parochiaes, nos termos geraes das leis de administração pública (*Cod. Adm., artt. 50.º, n.º 4.º, e 176.º, n.º 2.º*); sendo tambem dever seu regulamentar o exercicio do direito concedido em termos genericos no art. 452.º do Cod. Civ. <sup>1</sup>, de maneira que se fixe a conveniente area da acção de cada pessoa, para que não se inutilisem os beneficos resultados, que daquelle preceito pôdem e devem resultar.

No cumprimento deste dever as corporações administrativas providenciarão para que as licenças novamente concedidas levem sempre a condição de não serem prejudicadas ou inutilizadas as obras feitas anteriormente por outras pessoas com identico fim, sendo até opinião corrente, que, embora não vá expressa, essa clausula se subentende sempre.

«E' verdade, diz um escriptor, que o art. 452.º do Cod. Civ. estabelece a permissão para *todos*, e sem a restricção de respeitar o direito ou interesse constituídos dos primeiros exploradores; porém,

e seguranças necessarias ao interesse publico, diz aquelle jornal, mas o que não pôde é recusar sem motivo justificado a auctorisação que lhe fôr pedida, quando ella não offenda direitos de terceiro.» (xix, 83.)

<sup>1</sup> A Port. de 13 de dezembro de 1879 (*Coll. Off.*, 271), fundada no art. 5.º do Decr. de 11 de dezembro do mesmo anno, que dá competencia ao director das obras publicas para auctorisar plantações, vedações, edificações e *outras obras particulares* de qualquer natureza junto das estradas reaes ou districtaes, etc., determina, entre outras cousas, que *não poderá ser auctorisada a pesquisa de aguas sob o pavimento das vias de transitto público.*

esta restricção deduz-se do espirito da lei, cuja disposição ficaria inútil e ninguem della se aproveitaria, desde o momento em que os seus trabalhos e dispendio nas obras de exploração podessem ser inutilizados pelo uso do direito de terceiro, e concessão de fazer obras incompatíveis com aquellas. . O contrário não só seria injustiça e iniquidade, mas estabeleceria uma tal contingencia no uso do direito, e exporia a taes riscos os exploradores de aguas nos referidos terrenos, que fôra difficil apparecer quem a elles se sujeitasse, ficando por tal fôrma inútil e em muitos casos prejudicial a concessão da lei, que se dirige a estabelecer vantagens para a propriedade particular, e beneficio para a agricultura. »

Concedida, porém, a licença, estejam ou não realisadas as obras, pôde a entidade que a concedeu revogá-la de novo, se os interesses públicos assim o reclamarem; mas ao individuo prejudicado é sempre licito reclamar para os tribunaes competentes contra as deliberações contrárias aos seus direitos, uma vez que as auctoridades ou corporações administrativas hajam procedido arbitrariamente. <sup>2</sup>

Sem prévia licença, porém, ninguem pôde fazer minas ou poços nos terrenos do dominio público, sob pena de ser compellido a todo o tempo a repôr as cousas no antigo estado, além da responsabilidade penal, que possa caber-lhe, pois tal direito não pôde ser adquirido por *prescripção*,

porque não prescrevem as cousas públicas ou communs. <sup>1</sup>

**59, bis.**—Não indica o Cod. Civ. os termos e formalidades que deym seguir-se na concessão da licença para explorar as aguas de que estâmos tractando; declarando, em consequencia disso, a citada Portaria de 1 de novembro de 1877, que, tractando-se das corporações administrativas, deverão observar-se as regras geraes formuladas no respectivo Codigo para a alheação de bens immoveis pelas camaras municipaes ou pelas juntas de parochia, visto que tal licença importa a concessão de uma servidão sobre os terrenos do dominio público.

Esta doutrina é, porém, de todo o ponto inaceitavel, não só porque assenta na falsa presumpção de que aquella licença importa a concessão de uma servidão, mas tambem porque, embora tal affirmacção fosse verdadeira, impossivel seria dar execução á sua doutrina.

Com effeito a alienação de bens immoveis dos corpos administrativos só pôde ser feita em hasta pública, precedendo annuncios, com intervallos de 20 dias pelo menos, se o contrário não estiver preceituado nas leis de desamortisação, e salvas as disposições relativas a baldios (*Cod. Adm., artt. 427.º e 429.º*); ora esta fôrma de alienação não só é incompativel com o preceito generico do art.

<sup>1</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, IV, 99-100. Conf. *Direito*, v, 152, e IX, 6, onde diz, a meu vêr sem fundamento, que estas licenças são *titulo justo*, nos termos do art. 450.º do Cod. Civ.

<sup>2</sup> Conf. DIAS FERREIRA, *Obr. cit.*, I, 320.

<sup>1</sup> Considerando-se eradamente os baldios como bens no *commercio*, sustentou-se já que sobre elles podem constituir-se *servidões*, e portanto, que se um individuo tinha posse pública, pacifica e continua de mais de 30 annos, em 22 de março de 1868, nas aguas de uma mina existente num baldio, deve considerar-se legitimo dono dessas aguas, nos termos do § un. do art. 438.º do Cod. Civ. (*Rev. de Leg. e de Jur.*, XIV, 468, *Direito*, XII, 267.)

452.º do Cod. Civ., que reconhecendo a toda a gente o *direito* de pesquisar as aguas subterraneas dos terrenos do dominio público, implicitamente nega ás corporações ou auctoridades administrativas a faculdade de *venderem* a certa e determinada pessoa esse mesmo direito, que aliás já lhe pertencia antes da arrematação; mas, quando o não fosse, jamais poderia ser concedido em hasta pública, porque as *servidões*, importando sempre uma relação entre dois prédios (art. 2267.º), não podem ser constituídas em caso algum por meio de arrematação. Nem mesmo as entidades administrativas poderiam apreciar *em praça* as vantagens economicas, e os inconvenientes que para a collectividade resultariam da concessão da licença a cada arrematante.

O proprio Cod. Adm., tractando separadamente da *alienação de bens immobiliares* (artt. 51.º n.º 8.º; e 176.º, n.º 9.º) e da *concessão de servidões* em bens municipaes ou parochiaes (art. 51.º, n.º 4.º; e 176.º n.º 7.º) mostra que o legislador reconheceu a profunda differença que ha entre as duas cousas, e por isso pouco avisadamente procedem os que pretendem identificá las para o effeito da alienação.

A meu juizo as auctoridades e corporações administrativas devem conceder aquella licença directamente ou por simples deliberação sua, mas sem formalidades especiaes, que nenhuma lei ordena, nem são reclamadas pela natureza especial da concessão. Nessas licenças podem, no entretanto, aquellas entidades estabelecer as condições, impostas pelo interesse geral, em que a pesquisa das aguas póde ter logar, indicar mesmo o praso para as obras principiarem, ou aquelle em que devem estar findas, as cautellas e seguranças neces-

sarias para que a exploração das aguas não redunde em prejuizo doutros com direito igual ao do requerente, etc <sup>1</sup>.

Obtida a competente licença, póde o concessionario abrir os poços e minas, nos termos e limites da propria concessão, em busca de aguas subterraneas; mas o exercicio dêsse direito está sujeito a todas as restricções que por igual limitam a faculdade concedida ao proprietario de explorar aguas no seu próprio predio, além das que acima ficam indicadas. Tem, por isso, de respeitar não só os direitos legitimamente adquiridos por terceiro sobre aguas dêsse predio (*art. 450.º*), mas tambem as regras especiaes dos artt. 451.º, 2322.º e 2323.º do Cod. Civ., e finalmente os interesses de qualquer concessionario anterior, que devem sempre considerar-se resalvados nas concessões posteriores, como dissemos, e quaesquer outras condições que legalmente lhe sejam impostas na respectiva concessão.

E póde igualmente, antes de iniciadas as obras ou mesmo depois de terminadas, renunciar ao seu direito, ou transferi-lo para terceiro, nos mesmos termos e sob as mesmas condições em que o possuia, visto que a lei o não prohibe, nem a propria naturezr do direito a isso se oppõe.

Acceita, porém, a doutrina corrente, que considera a concessão da licença como a constituição de uma servidão sobre o terreno onde as aguas são exploradas, outra deveria ser a solução da difficuldade, visto que sendo as servidões insepa-

<sup>1</sup> Conf. *Rev. de Leg. e de Jur.*, IV, 99-100; XV, 260 e 434; *Direito*, III, 201 e 216; VIII, 246, 252 e 343; X, 257.

raveis do predio a que activa ou passivamente pertencem (*art. 2268.º*), nunca o proprietário dominante poderia cedê-la a terceiro, apesar do contrário ter sido já affirmado na REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA. <sup>1</sup>

Essa cedencia ou alienação tem de ser feita por escriptura ou auto público <sup>2</sup>, em obediencia ao preceito do art. 439.º do Cod. Civ., applicavel ás aguas de que se tracta pelo § un. do art. 444.º, como acima demonstrámos; e della se deve contribuição de registo por titulo oneroso ou gratuito, no dizer daquelle jornal <sup>2</sup>, o que, aliás, nos parece duvidoso em face dos principios que fundamentam aquella contribuição, e attenta a natureza precaria e accidental do direito concedido.

B) *Aguas que não saem do predio onde nascem*

**XXXVIII.** — *Razão de ordem.* Tendo determinado, nos seus principios fundamentaes, as condições em que pódem ser exploradas as aguas subterraneas, cumpre-nos agora, em harmonia com a ordem anteriormente estabelecida, estudar o regimen normal da occupação d'essas aguas, que a industria do homem, ou a propria natureza fizeram brotar á superficie do sólo.

Não devemos, porém, esquecer na interpretação dos artigos do Codigo civil, o criterio dominante da nossa lei a tal respeito, que foi o de considerar as aguas como cousas *nullius*, com individualidade propria e distincta da dos predios onde nascem ou por onde correm (60), não pertencendo, consequentemente, *em propriedade* a pessoa alguma antes de realisado o acto positivo da sua occupação (61).

E como a circumstancia das aguas serem todas occupadas no predio onde nasceram, ou de ultrapassarem os seus respectivos limites, foi pelo nosso legislador tomada em especial consideração para definir o respectivo regimen juridico (62), necessario se tornava tratar separadamente das

<sup>1</sup> *Rev. de Leg. e de Jur.*, xvi, 135.

<sup>2</sup> Em contrário, *Rev. de Leg. e de Jur.*, xxii, 434.

duas hypotheses, dando logicamente preferencia á primeira, e deixando para depois algumas disposições communs ás duas especies, afim de evitar inuteis repetições de doutrina.

Nesse estudo, porém, poremos de parte o que respeita ás aguas medicinaes, especialmente reguladas por leis administrativas, em harmonia com o preceito do artigo 445.º do Codigo civil, onde se dispõe que *se as sobredictas aguas forem medicinaes poderá ser o seu uso regulado administrativa-mente, conforme o exigir o interesse publico, contanto que o proprietario seja indemnizado do prejuizo, que por isso padecer.* (1)

60. As aguas que a natureza faz brotar á superficie dos predios, ou que a indústriã do homem pôs a descoberto, apresentam-se á consideração do jurisconsulto como objecto de relações juridicas essencialmente diversas enquanto á sua propria natureza; mas principalmente nos interessa considerá-las, e na verdade só geralmente o são, na sua intima connexão com o direito de propriedade sobre o terreno onde nascem, ou para onde são conduzidas e aproveitadas; pois assim

(1) Varias tentativas foram entre nós feitas, em diversas epochas, para regulamentar a importante materia das aguas medicinaes, que constituem uma riqueza importante do nosso pais, tendo sido apresentados ao parlamento projectos de lei nesse sentido em 24 de maio de 1867 (*Diario*, p. 1650), 6 de dezembro de 1870 (*Diario* p. 1622), 20 de abril de 1872 (*Diario da camara dos senhores deputados*, de 1873, p. 540 e uma proposta de lei em 18 de janeiro de 1878 (*Diario* p. 190). Mas a materia só foi legalmente regulada no Decreto n.º 16 de 30 de setembro de 1892, e respectivo regulamento de 5 de julho de 1894.

teremos fixado os direitos e obrigações do proprietario relativamente ás aguas das fontes ou nascentes, que no seu predio se encontram, quando a mais ninguem tem que dar partilha nellas, e definido as relações juridicas nascidas da coexistencia de dois direitos, que modificam o regimen normal da propriedade, criando propriedades novas.

No direito romano, como nas leis modernas por aquelle poderosamente influenciadas, subordinou-se a este ultimo aspecto o regimen juridico das aguas, regulando-se minuciosamente diversas servidões<sup>1</sup>, e contemplando apenas com breves referencias o aproveitamento das aguas pelo dono do predio onde nascem, talvez por se reputar esta questão sufficientemente prevenida nos principios geraes da propriedade, por serem as fontes consideradas como parte do terreno onde se encontram.

Bem diverso foi, porém, o caminho por onde enveredou o legislador portuguez, que ousadamente arrancou ao instituto das servidões, onde a tradição por muitos seculos lhes déra assento,

<sup>1</sup> As normas reguladoras do aproveitamento das aguas entre os Romanos encontram-se dispersas por diversos logares do *Corpus Juris*. O Digesto occupa-se d'ellas nos titulos *De servitutibus*, ou *De aqua et aq. plu. arcend.*, *De rivis*, *De fonte*, *De aqua quotid.*, e *De cloacis*; e o Codigo nos titulos *De servitutibus et aqua* e *De aquaeductu*.

Este facto dos Romanos não systematizarem todas estas disposições, formando das aguas um tratado especial e independente dos outros institutos juridicos, é por alguns auctores explicado com as seguintes rasões, na verdade plausiveis: a) a formação historica do seu direito, onde o preceito legal era sempre provocado pelo apparecimento de um caso novo, que o edito do pretor vinha regular, ou a subtiliza excepcional dos jurisconsultos ia integrar em normas existentes; b) a intima connexão d'esta materia, nas suas applicações mais frequentes, com a das servidões, onde foram especialmente reguladas as aguas; c) e, finalmente, o modo especial de fazer a lei, em grande parte por meio de editos dos pretores, que obrigava o mesmo thema juridico a fraccionar-se em dois ou mais interdictos, conforme as necessidades que o direito tinha de se realizar na prática. (Conf. GIANZANA, *La Teorica delle acque private*, 21. 478.) As servidões ahí reguladas são a de *aqueducto (aquae ductus)*; *acquae haustus*; e *servitus pecoris ad aquam appellendi* ou *adpulsus*.

os preceitos fundamentaes da materia, integrando-os systematicamente no instituto da *occupação*, que, tendo natureza diversa d'aquelle, affecta substancialmente os respectivos preceitos legaes, embora algumas vezes identicos na fórma.

Esta desintegração representa, indubitavelmente, um consideravel progresso na evolução do direito civil; e motivo temos para d'ella nos orgulharmos, pois foi o nosso Cod. Civ. o que primeiro lhe deu sanção legal; sendo já o seu exemplo imitado neste ponto pelo eminente jurista brasileiro CLOVIS BEVILAQUA, no *Projecto do Código Civil Brasileiro*, onde a materia das aguas foi tratada no capitulo consagrado á propriedade immovel, entre os *direitos de vizinhança*, mas fôra do instituto das servidões, que figura, como entre nós, no quadro das *propriedades imperfeitas*.

61. Esta nova orientação do Cod. Civ., integrando o regimen juridico das fontes e nascentes no instituto da occupação, veio claramente repudiar a doutrina, geralmente acceita, de que as aguas d'esta especie se identificam com o solo onde brotam, como seus accessorios ou como partes integrantes d'elle; porquanto, sendo a occupação um modo originario de adquirir, que só pôde recair sobre cousas *nullius*, é claro que as fontes e nascentes como taes foram reputadas pelo nosso legislador.

Era assim, com effeito, que ellas deviam ser consideradas, como anteriormente dissémos, em attenção á sua propria natureza, pois tendo a sua origem remota nas chuvas, que estão fôra do patrimonio individual, só pela occupação pôdem tornar-se objecto de propriedade privada, qual-

quer que seja o momento em que as consideremos. E que assim o foram, claramente se vê do art. 383.º do Cod. Civ., onde se definem d'um modo geral as cousas que pôdem ser objecto de occupação, e mais especialmente da rubrica do Capit. IV, do Tit. III, do Liv. I, da Parte II do mesmo Cod., onde se acham os preceitos legaes correspondentes, sob a expressa designação de *objectos e productos naturaes communs ou não apropriados*.

Esta doutrina, anteriormente defendida pelo illustre e saúdoso auctor do primitivo Proj. do nosso Codigo num trabalho de character philosophico <sup>1</sup>, deduz-se ainda bem claramente da história do art. 444.º do Cod., que foi objecto de larga discussão no seio da *Commissão Revisora*, como é facil verificar pelas respectivas actas, apesar do seu lamentavel laconismo; pois ahi foi apresentada por MARTENS FERRÃO uma proposta *para que não fosse garantida a propriedade das aguas nativas, mas que fosse garantido o seu uso e a faculdade de dispôr d'elle*, sendo de harmonia com ella redigido o art. 444.º, que modificou o art. 468.º do Proj. Primit., onde se consignava doutrina identica enquanto ao simples *uso das aguas* pelo dono do predio onde brotassem, mas differente enquanto á sua *alienação*, que não era expressamente auctorizada. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> VISCONDE DE SEABRA, *A Propriedade*, I, pag. 141.

<sup>2</sup> O art. 468.º do Proj. Prim., correspondente ao artigo 444.º do Cod. Civ. era assim redigido:

« O dono do predio em que houver alguma fonte ou nascente de agua, pôde servir-se d'ella livremente, salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido por titulo justo. »

Não fallava, pois, do direito de alienar as aguas, como faz actualmente o Cod. naquelle artigo, parecendo este silencio indicar que o dono do predio, no

Julgamos, por isso, em face das razões expostas, que o dono do predio onde as aguas brotam não tem sobre ellas direitos de propriedade, devendo essas aguas considerar-se para todos os efeitos *cousas nullius* enquanto não forem devidamente occupadas.

A este principio fundamental teremos de subordinar a interpretação dos artt. 444.º e seguintes do Cod. Civ., onde o nosso legislador determinou as condições particulares em que pôde ter logar a occupação, e os efeitos que d'ella resultam em casos especiaes.

pensamento do auctor do Proj. citado, só podia servir-se das aguas, mas não transmitir a outrem o seu uso; em sentido contrário se pronuncia, porém, o sr. dr. ASSIS TEIXEIRA, dizendo que «esta redacção, ainda que menos explicita que a do actual Código Civil, autorisava já a cessão e transmissão das aguas em favor de predios alheios» (*Das Fontes e Nascentes*, 27, nota 2.º)

ALEXANDRE HERCULANO aceitava, porém, outros principios, propondo na Comissão Revisora, em sessão de 12 de dezembro de 1860 (*Actas*, pag. 82), a seguinte doutrina em substituição d'aquella:

«Art. 7.º O dono de qualquer predio rustico ou urbano pôde dispor livremente, para uso do seu predio, das aguas pluvias e nativas que por qualquer modo penetrem na superficie do dicto predio, ou nelle brotem.

Art. 25.º O uso das aguas nativas que brotem espontaneamente á superficie de qualquer predio não poderá transmitir-se no todo ou em parte por via de contracto.

Art. 27.º O uso das aguas procedidas de nascentes abertas artificialmente pôde alhear-se e adquirir-se por toda a especie de contracto oneroso ou gratuito.»

Foi sobre esta proposta, que se encontra a pag. 132 e segg. das *Actas das sessões da Comm. Rev. do Cod. Civ.*, que recaiu a larga discussão, que a materia teve, e que principiou na sessão de 18 de março de 1861.

Em 27 de novembro apresentou MARTENS FERRÃO a sua proposta (*Actas*, pag. 176), cuja doutrina claramente vingou, pois logo na sessão de 2 de dezembro foi rejeitada a proposta de HERCULANO, e votado, com a modificação lembrada por MARTENS FERRÃO, o art. 486.º do Proj. Prim. E tanto este foi o pensamento da Comissão, que na sessão de 4 de dezembro (*Actas*, pag. 179), SILVA FERRÃO declarou, «visto que não assistira á antecedente sessão, que votava pela propriedade das aguas», o que manifestamente significa ter sido essa propriedade negada ao dono do predio pela votação feita na vespera.

62. Mas a circumstancia de serem *nullius* as aguas das fontes e nascentes não significa que d'ellas se possam livremente utilizar todos aquelles a quem a sua captação por qualquer motivo aproveite; pois tanto a lei civil, como os principios em que se apoia o instituto da occupação, admittem a limitação d'aquella regra por considerações de interesse geral, e em nome da boa disciplina social.

Assim como na caça e na pesca, que são fórmulas particulares da occupação, ha principios que restringem o uso d'estes direitos a determinadas pessoas, em attenção aos direitos de propriedade, assim tambem a occupação das aguas é restringida e regulada por modo a evitar a sua collisão com outros direitos privados.

Foi, por certo, em obediencia a estes principios que o nosso Cod. Civ. estabeleceu, no art. 444.º, o preceito geral de que só o dono do predio pôde occupar essas aguas, visto que a occupação por parte de terceiro não poderia ser levada a efeito a não ser que se restringisse o direito de propriedade sobre o terreno onde ellas brotam, não só para que lá podesse entrar o occupante, a fim de as apprehender ou captar, mas tambem, na maioria dos casos, pela consequente criação da servidão de aqueducto.

Mas este direito do proprietario, assim affirmado em termos genericos, não pôde ser exercido arbitrariamente, achando-se limitado por varios preceitos legaes, que definem precisamente a área restricta dentro da qual tem de exercer-se, conforme as modalidades que as fontes ou nascentes apresentem.

Essas modalidades referem-se particularmente ao facto das aguas serem ou não todas consumidas no predio onde nascem, e, neste último caso, á circumstancia de terem sido descobertas por industria do homem, ou brotarem expontaneamente do solo, conforme a doutrina anteriormente exposta.

Mas além d'estas restricções, que bem podem considerar-se o regimen normal da occupação das aguas particulares, faz ainda o nosso Cod. Civ. especial referencia *aos direitos que terceiro haja adquirido por justo titulo sobre aguas do mesmo predio*; neste caso, porém, não se trata, certamente, de fixar as relações entre o direito de occupação e o dominio do solo, mas sómente de verificar até que ponto um terceiro se substituiu legalmente ao proprietario.

Por isso, examinaremos em primeiro logar o systema da lei nos seus traços fundamentaes, guardando para depois o estudo das relações juridicas em que o dono do predio se póde encontrar com terceiros, que por titulo legitimo hajam adquirido direito a aguas do mesmo predio, por serem esses principios communs ás duas especies acima referidas, pois tanto pode um individuo adquirir direito ás aguas que não saem do predio onde brotam, como áquellas que ahi não são todas cousumidas.

**XXXIX.** — Occupação das aguas. — O dono do predio onde houver alguma fonte ou nascente de agua (63), póde servir-se d'ella, e dispôr do seu uso livremente (64), salvo o direito que terceiro tenha adquirido por titulo justo a esse uso; sendo tambem applicaveis ás aguas de que se trata as disposições dos artigos 438.º e 439.º do Codigo civil (*artigo 444.º § unico.*)

Mas esta doutrina do nosso Codigo nem por todos é seguida. (65)

63. Quando as aguas da fonte não ultrapassam os limites do predio onde brotam, quer a sua descoberta provenha de facto do homem, quer tenham afforado á superficie por força das leis naturaes, o nosso Cod. Civ. concede os mais latitudinarios direitos ao respectivo proprietario enquanto á sua occupação: *póde servir-se d'ellas, e dispôr do seu uso livremente*, como expressamente se preceitua no art. 444.º

Na faculdade de *servir-se d'ellas* está implicito o direito de as não utilizar, em proveito seu ou alheio, pois a occupação é um direito, e não uma obrigação.

Póde, consequentemente, o dono do predio soterrar ou abafar a nascente, impedindo artificialmente as aguas de virem á supercie, ou deixando-as abandonadas nos respectivos reservato-

rios, quando não precise d'ellas, ou as não queira aproveitar; e da mesma fórma lhe é permittido utilisá-las em proveito da agricultura ou da indústria, consumi-las em gastos domesticos, ou dar-lhes qualquer applicação de simples recreio, á mercê do seu capricho, ou conforme os seus interesses: pois a ninguem a lei concede poder para fiscalizar o exercicio do seu direito de occupação, nem a este põe a mais livre restricção.

E assim como pôde *servir-se d'ellas*, pôde tambem, por força d'aquelle artigo, transferir livremente este direito para terceiros, desde que o faça por titulo legitimo; devendo entender-se, no entanto, que nestas alienações, além do direito a occupar as aguas, vão tambem implicitos todos aquelles usos do predio que forem indispensaveis para o conveniente exercicio do mesmo direito.<sup>1</sup>

Assim, por exemplo, se eu vendo ao meu vizinho o direito de occupar as aguas d'uma fonte situada no meio do meu predio, como elle não poderia exercer o seu direito sem passar pelo que é meu, ou sem construir ahi um aqueducto, é claro que naquella venda foi implicitamente transferido tambem o direito de passagem, ou o de fazer as obras indispensaveis para a conducção das aguas.

Esta intima connexão entre o direito de occupar as aguas, e o direito de usar do predio onde a occupação terá de realizar-se, é de uma grande importancia para determinar as condições em que validamente pôde fazer-se a transferencia d'aquelle direito para terceiros, pois as condições intrinsecas para a validade d'esta, são em grande parte in-

fluenciadas pela determinação exacta das relações de interdependencia entre as duas ordens de direito.

E' assim que, apesar de não dever considerar-se como immobiliario o direito de occupar as aguas d'um predio, segundo a opinião que noutro lugar tentámos demonstrar<sup>1</sup>, e ainda não vimos refutada com argumentos de valor, entendemos que a sua alienação ha de subordinar-se ao regimen juridico dos immoveis, pela razão indicada, visto serem immobiliarios os direitos de uso do predio transferidos junctamente com aquelle, e do mesmo inseparaveis.

D'este modo não pôde o marido, sem outorga da mulher, vender total ou parcialmente o direito de occupar as aguas das nascentes que brotam em predios seus; não porque a isso se opponha a natureza d'este direito, considerado isoladamente dos seus accessorios, mas porque tal venda só pôde ter realisação pratica quando implicitamente comprehenda os usos do predio indispensaveis ao exercicio d'aquelle.

E como estes ultimos só com a outorga da mulher podem ser alienados pelo marido (Cod. Civ., art. 1119.º), d'ahi a razão d'aquella exigencia.

E', pois, indispensavel, para a validade da alienação, que as aguas sejam cedidas por aquelle a quem legalmente pertençam os referidos direitos de uso e a faculdade de dispôr d'elles. De modo que, apesar do preceituado no art. 444.º do Cod. Civ., nem sempre é o *domo* do predio quem pôde alienar o uso das aguas que no mesmo brotam.

<sup>1</sup> Conf. *Supra*, pag. 220.

Conf. *Supra*, pag. 213 e segg.

E' o que succede quando outras pessoas com elle compartilham dos direitos de propriedade em termos de serem prejudicadas com aquella alienação.

O Cod., ao conceder no referido artigo ao *dono do predio* o direito de *dispôr livremente* do uso das aguas, teve claramente em vista o caso da propriedade plena pois só quem tem a plenitude dos direitos de propriedade pôde, em verdade, considerar-se *dono* da cousa; embora algumas vezes a lei chame tambem proprietario a quem apenas tem parte d'esses direitos.

Mas no caso de se acharem divididos ou separados por diversas pessoas os direitos elementares do dominio, como acontece, por exemplo, na emphyteuse e no usufructo, o direito de servir-se das aguas e dispôr do seu uso já não pertence sempre, e exclusivamente ao proprietario, pois nas hypotheses referidas esses direitos antes competem ao emphyteuta e ao usufructuario, embora dentro dos limites estabelecidos na lei.

E' assim que o foreiro pôde *servir-se livremente das aguas*, em proveito do predio emprazado, ou de outro, e até em gastos domesticos; assim como pôde *dispôr do seu uso*, em favor de terceiro, desde que observe o preceito do art. 1676.º do Cod. Civ., que lhe não permite onerar o predio emprazado além de certos limites, ali fixados; e o senhorio directo não pôde oppôr-se a isso, e nem sequer reclamar o direito de opção ou preferencia no caso de venda, porque o art. 1676.º não tem applicação ao caso. <sup>1</sup> E por egual razão não carece de ser demandado o senhorio, junctamente com o foreiro, ou independentemente d'elle, nas

<sup>1</sup> Conf. *Rev. de Leg. e de Jur.*, IV, 506.

questões que digam respeito ás aguas do mesmo predio. <sup>1</sup>

Enquanto ao usufructuario, é tambem este quem pôde servir-se e dispôr do uso das aguas durante o tempo do seu usufructo, por lhe pertencerem legalmente o uso e a fruição do predio; observado, em todo o caso, o preceito do art. 2207.º do Cod. Civ.

Da mesma fôrma, se o predio estiver arrendado, é ao arrendatario que pertence o direito de se servir e dispôr do uso das aguas durante o tempo do arrendamento; pois tendo-lhe o senhorio trespassado temporariamente o uso e a fruição do predio, implicitamente lhe cedeu tambem aquellas faculdades. Não pôde, consequentemente, o proprietario utilizar-se das aguas em seu proveito, ou cedê-las a terceiro durante o prazo do contracto, porque iria ferir os direitos do arrendatario. Esta doutrina, porém, não contraria o preceito geral da lei, antes o confirma, porque os direitos do arrendatario lhe foram transferidos pelo senhorio.

Do exposto deve, pois, concluir-se que a expressão *dono do predio* não pôde ter uma interpretação literal, que exclua do uso das faculdades garantidas no art. 444.º todos os que não forem senhores do mesmo predio em propriedade plena; ou que as conceda ao proprietario nos casos em que outras pessoas tenham sobre o predio direitos diversos.

<sup>1</sup> Conf. *Rev. cit.*, XXVII, 228.

64. Qualquer que seja, porém, a pessoa legalmente capaz ou competente para dispôr do uso das aguas, é em todo o caso indispensavel que se observe o preceito da segunda parte do art. 439.º do Cod. Civ., applicavel na hypothese pelo disposto no § unico do art. 444.º do mesmo Cod., segundo o qual *só por escriptura ou auto público se pôde fazer a alienação.* <sup>1</sup>

Por isso, embora se trate de venda ou doação com valor inferior a 50\$000 réis, não pôde o contracto realizar-se validamente por titulo particular, em face da expressa determinação d'aquelle artigo, e do que se preceitua no art. 686.º do cit. Cod.

E' além d'isso indispensavel pagar pela cedencia a respectiva contribuição de registo, quer ella se opere por titulo oneroso, quer por titulo gratuito <sup>2</sup>; mas sómente quando essa cedencia seja *perpetua*, e não limitada a certo tempo, pois neste caso não está, segundo cremos, sujeita a tal imposto.

65. Este systema do nosso Cod. Civ., concedendo ao dono do predio o uso exclusivo das aguas que nelle brotam, e a livre disposição do mesmo uso, está longe de reunir os suffragios de todos os escriptores.

Mesmo entre nós, quando se discutiu na Commissão Revisora o respectivo *Projecto*, outra doutrina foi adoptada por ALEXANDRE HERCULANO,

<sup>1</sup> Deve, porém, observar-se que esta alienação das aguas, de que falla o art.º 439.º do Cod. Civ., é somente a que se faz *separadamente do predio onde brotam*; pois na venda que o proprietario faz do predio onde existem aguas vae tambem implicito o direito a estas, mas ja não ha logar á invocação do citado art.º *Conf. Rev. dos Trib. XIX. pag. 358.*

<sup>2</sup> *Reg. de 23 de dez. de 1899, art. 3.º, n.º 14, e art. 4.º, n.º 4.*

que na sua notavel proposta, acima referida, fazia completa distincção entre as aguas que brotam *expontaneamente* do solo, e as que foram descobertas *por industria do homem*, prohibindo ao dono do predio transferir as primeiras, no todo ou em parte, por meio de contracto, mas permittindo-lhe dispôr livremente das segundas. <sup>1</sup>

Identica doutrina se nos affigura ter sido tambem recentemente consignada no Proj. do Cod. Civ. Brasileiro, em cujo art. 573.º se preceitua que *«o proprietario de uma fonte não captada não pôde impedir o curso natural das aguas pelos predios inferiores, depois de satisfeitas as necessidades do seu consumo.»*

D'este modo o direito do proprietario ao uso das aguas expontaneas ficaria limitado pelas necessidades suas ou do predio onde appareciam; mas as excedentes seguiriam seu curso natural para que d'ellas podessem utilizar-se aquelles mesmos que, pela situação dos logares, são obrigados a recebê-las, quando o proprietario superior as não consome (Cod. Civ. 2282.º) E emquanto ás nascentes industrialmente descobertas, em attenção ao trabalho do proprietario, concedia-se-lhe o direito de as alienar, como justa compensação dos sacrificios e despêsas feitas com as obras de exploração e captação.

Mais longe foi ainda, na limitação dos direitos do proprietario, o Cod. Civ. Italiano, que sem deixar de reconhecer ao proprietario o direito de usar á sua vontade, ou mesmo dispôr a favor de terceiros, das aguas que lhe pertençam, ou de que seja possuidor, prohibe-lhe ao mesmo tempo que

<sup>1</sup> *Conf. Supra, 61, nota 2.*

depois de se servir d'ellas as divirta por modo que se desperdicem com prejuizo d'outros predios, a que podessem aproveitar sem damno para os utentes superiores, aos quaes é forçado a cedê-las mediante uma equitativa compensação paga pelos que d'ellas queiram utilizar-se (art. 545.º)

Radicalmente opposto a esta doutrina, é o preceito do art. 414.º do Cod. Civ. Esp., onde expressamente se determina que «ninguém pôde entrar em propriedade privada para buscar aguas, ou d'ellas usar, sem licença dos proprietarios; que é o mesmo que entre nós succede, em face do Cod. Civ., como acima dissémos.

66. No fundo de tão diversas doutrinas não será difficil descobrir algum principio de verdade, alguma aspiração de justiça.

A superior importancia das aguas no desenvolvimento da agricultura, e as vantagens palpaveis que d'este facto resultam para a economia geral d'um país, arrastam naturalmente os espiritos, num grande movimento de sympathia, para a doutrina do Cod. Civ. Italiano, a qual, sem prejudicar os direitos de preferencia que a propria naturéza concede ao dono do predio onde as aguas brotam, subordina os seus caprichos ao interesse da collectividade, obrigando-o a vender aquellas que a elle de nada servem, e a outros aproveitam.

Vae esta doutrina ferir, certamente, as tradicionaes prerogativas da propriedade, livre, absoluta e exclusiva, impondo-lhe encargos novos contra a vontade de seu dono; mas se o bem público assim o reclama, é de razão que perante este superior motivo se dobrem as intransigencias in-

dividuaes, recebendo, em todo o caso, as devidas compensações pecuniarias.

Assim pensam e assim dizem os defensores d'este systema.

Mas tratando-se de pesar motivos, e apreciar interesses, não é para admirar que a estas vantagens se contraponham os inconvenientes resultantes do systema, que são, afinal, as vantagens do opposto.

E assim, dados os habitos tradicionaes da população agricola do nosso país, que vive familiarmente pelos campos, e com facilidade cede aquillo que lhe não aproveita, veremos que uma tal doutrina não carece de ser estabelecida na lei, para que seja largamente observada na prática.

E' frequente observar por toda a parte, entre os cultivadores do campo, sejam ou não proprietarios, estas reciprocas cedencias das aguas que não precisam, com o maior desinteresse, e sem a mais leve reluctancia.

Mas ao mesmo tempo que isto succede, não será tambem difficil reconhecer que a maior parte d'aquelles, que assim gratuitamente e por favor facultam aos seus vizinhos partilha nas aguas proprias, se recusariam obstinadamente a transferir-lhes algum direito permanente e duradoiro sobre ellas.

O amor selvagem da independencia e da liberdade da terra, firmado numa larga tradição de seculos, e bem justificado pela incerteza de que sempre lhe fiquem aguas sufficientes para uso proprio se as necessidades do predio augmentarem, ou a productividade da nascente deminuir; e

ainda o receio de conflictos pessoas, que tanto amiude se originam em simples conflictos de interesses, ou de direitos mal comprehendidos — tudo isto constitue obstaculo insuperavel á implantação proveitosa d'este regimen entre nós.

Muitos proprietarios deixariam de se abalancar a custosos trabalhos de pesquisa e exploração de aguas em suas propriedades com o receio de que no dia seguinte os resultados do seu trabalho servissem de instrumento para o seu desassocego, abatendo os muros do predio perante as reclamações d'um vizinho, que, sem correr os riscos do insuccesso, iria partilhar dos beneficios colhidos, devassando-lhe o terreno com servidões penosas.

E assim, em vez de aproveitar ao desenvolvimento da agricultura, a doutrina do Cod. Civ. Italiano, produziria naturalmente entre nós prejuizos bem mais graves.

Além de que será muito raro encontrar um proprietario impossibilitado de irrigar o seu predio sem o auxilio dos seus vizinhos, quando estes tenham aguas em abundancia; porque num país, como o nosso, onde a propriedade, mórmente nas regiões do Norte e do Centro, está muito fraccionada, as condições geologicas não mudam tam abruptamente de predio para predio, que por meio de obras convenientes se não possa obter partilha nellas, captando-as no sub-solo, a maior ou menor profundidade.

E' por estas razões que preferimos a doutrina do nosso Codigo, cuja applicação ainda não vimos que provocasse reclamações nos logares do país, que temos percorrido, ou nos que se nos têm dado a conhecer em serviços de escriptorio.

Ella tem como poderosos correctivos ao seu mais grave inconveniente o estimulo do interesse individual, que certamente não deixará improduttivas, na mão do proprietario, aguas, que pela venda lhe trariam vantagens apreciaveis; e ainda, e sobretudo, as tradições de boa vizinhança entre os agricultores, que tornam facil obter de graça o que por dinheiro e pela força seria algumas vezes impossivel, e quasi sempre muito penoso e cheio de perigos.

B) **Aguas que saem do predio onde brotam**

**XI.**—**Razão de ordem.**—Tendo fixado os principios fundamentaes que regem o aproveitamento das aguas particulares, quando não ultrapassam os limites do predio onde brotam, cumprenos agora, para definir em todos os seus contornos o regimen normal da occupação das fontes ou nascentes, estudar os preceitos legaes que restringem os direitos do respectivo proprietario sempre que, por vontade sua, ou por effeito das leis naturaes, essas aguas não podem ser todas consumidas ou represadas no mesmo predio.

Em tal caso as garantias estabelecidas na lei, em homenagem ao *exclusivismo* da propriedade, as quaes praticamente se traduzem no exclusivo direito de occupação concedido ao proprietario, modificam-se profundamente, restringindo os direitos d'este, e fazendo-os compartilhar, em medida maior ou menor, pelos proprietarios vizinhos.

Ao fixar, porém, essas restricções tomou o legislador portuguez em consideração especial o

facto das aguas brotarem expontaneamente do solo, ou serem descobertas por indústria do homem; embora tenha consignado tambem alguns preceitos que são applicaveis em ambas aquellas hypotheses.

Por isso, no desejo de simplificar o assumpto, tornando mais facil a sua comprehensão, agruparemos, para o nosso estudo, os correspondentes preceitos da lei em ordem a respeitar o criterio do legislador.

E assim procuraremos determinar successivamente:

α) os principios reguladores da occupação das aguas que afloram expontaneamente no predio;

β) os que regem a occupação das aguas descobertas por indústria do homem;

γ) examinando, finalmente, os preceitos que são communs ás duas especies indicadas.

**XII.**—**Fontes ou nascentes naturaes.** Quando as aguas brotam expontaneamente no predio, por simples effeito das leis naturaes, póde o respectivo proprietario, como anteriormente dissemos, servir-se dellas e dispôr do seu uso livremente (art. 444.º), consumindo-as no todo ou em parte, ou alienando-as, se isso lhe aprouver; mas se algumas vertentes houver, que ultrapassem os limi-

tes do seu predio, o uso que das mesmas pôde fazer fica naturalmente limitado pelos direitos do proprietario, sobre cujo predio essas vertentes se-guirem. (67)

E' certo que o Codigo Civil, na secção especial-mente consagrada ás *fontes e nascentes* (art. 444.º a 454.º), nada a tal respeito dispõe; mas dos prin-cipios geraes, que subsidiariamente são chamados a regular a hypothese, infere-se nitida e claramente esta doutrina.

Estas relações juridicas entre o dono do pre-dio onde as aguas brotam e os predios inferiores, para onde ellas naturalmente correm, podem deri-var immediatamente da lei, ou de convenção, e por isso teremos que estudá-las separadamente, por diversos serem, em grande parte, os principios applicaveis.

**67.** As relações em que o dono do predio, onde existe a nascente, se encontra com o dono do predio para onde as vertentes correm, são meras relações de servidão, que terão de regular-se pelas disposições particulares deste instituto juri-dico; ora o exame destes preceitos conduz logica-mente á solução apontada.

Com effeito, a obrigação de receber as vertentes de uma fonte ou nascente, que brota noutro predio constitue manifestamente um encargo para aquelle que as recebe, em proveito ou serviço daquelle em que nasceram, verificando-se, portanto, todos os requisitos legaes da servidão (art. 2267.º); e como servidão a considera expressamente a lei,

no art. 2282.º, que declara *os predios inferiores obrigados a receberem as aguas que decorrem, natu-ralmente e sem obra do homem, dos predios supe-riores, assim como a terra ou entulhos, que arrastam na sua corrente.*

Esta servidão de receber as aguas, assim esta-belecida no Codigo Civil para os predios inferiores, pôde tambem resultar de convenção, ou ser por esta e ainda por outros factos modificada; tornan-do-se, por isso, indispensavel considerar separa-damente as duas hypotheses.

**68.** O dono do predio onde existe a nascente *tem o-direito* de obrigar os predios inferiores a receberem as vertentes das mesmas aguas; consi-derando-se para este effeito *predios inferiores* aquelles que as mesmas aguas *naturalmente* procuram, pela simples acção da gravidade, e sem intervenção do homem (art. 2282.º)

Mas esta servidão, constituida pela propria natureza das cousas, não pôde ser arbitrariamente ampliada pelo proprietario dominante, tornando-a *por facto seu* mais onerosa do que a natureza a fizera; e deste modo é claro que o uso das aguas vertentes, dentro do predio onde nascem, tem de considerar-se limitado por este principio de direito, implicitamente reconhecido na última parte do citado art. 2282.º, onde se dispõe que *«nem o dono do predio inferior pôde fazer obras que estorvem esta servidão, nem o dono do predio superior obras que a possam aggravar»*, e ainda no art. 2276.º do Codigo Civil, que estabelece, como regra geral, a mesma doutrina.

Deste modo, não pôde o proprietario superior *servir-se livremente* das aguas, como no caso em

que estas não ultrapassam os limites do seu predio, pois tem que deixar seguir as vertentes em relativo estado de pureza, para que não causem ao predio inferior prejuizos, que não sejam naturalmente derivados da essencia da propria servidão.

E assim, na doutrina corrente dos escriptores, não pôde aquelle proprietario inquinar as aguas de substancias, que as tornem improprias para a fertilisação dos terrenos, adicionando-lhe, por exemplo, acidos, que destruam ou prejudiquem a vida das plantas, ainda que o faça em usos industriaes, que noutras condições lhe seriam permittidos.

Na generalidade dos preceitos legaes não se especificam, nem podiam especificar, os factos, que podem constituir violação dos direitos do proprietario inferior, porque só o juiz, usando de prudente arbitrio, poderá apreciar, em cada caso especial, se a servidão natural deve considerar-se aggravada por obra do proprietario dominante.

Devemos, no entanto, observar que sendo *um encargo*, e não *um direito* do predio inferior, o receber as vertentes, que naturalmente decorrem do superior, nunca deverá considerar-se aggravada a servidão só pelo facto do proprietario dominante usar das aguas por modo que o proprietario serviente fique privado de algumas especiaes vantagens, que das aguas tirava.

Consequentemente, se o proprietario serviente aproveitar as vertentes no seu predio para gastos domesticos, nem por isso o do predio onde ellas brotam fica inhibido de lhes dar applicação que as torne improprias para o consumo pessoal, v. gr., lavando nellas roupa, ou dessedentando ani-

maes, visto que o encargo derivado da situação dos logarés não augmentou com aquelles factos, causando prejuizos no predio serviente; pela razão de que os beneficios accidentaes, que o proprietario porventura colha do uso das aguas, não podem ser computados na medida do encargo.

Egual solução é dada por alguns escriptores na hypothese do proprietario inferior applicar as vertentes das aguas num viveiro de sanguesugas, para o caso do proprietario dominante vir a usar das aguas na maceração do linho, tornando por esse facto as vertentes improprias para aquelle uso. Tambem aqui apenas se verifica a privação de vantagens accessorias, mas não um augmento do encargo natural.

69. A obrigação, que os predios inferiores têm, de receber as aguas, não obriga, porém, o proprietario superior a deixa-las seguir para lá, podendo este não só aliená-las a terceiro, que lhes dê outra direcção, mas tambem dirigi-las elle proprio sobre outro predio, desde que haja previamente obtido a necessaria auctorisação — a qual, todavia, envolvendo a constituição de uma servidão, só por escripto pôde ser dada, com prévio pagamento da contribuição de registo, e nas mais condições geraes em que as servidões podem ser estabelecidas.

E neste caso, tendo a nova servidão de regular-se primariamente pelo seu titulo constitutivo (art. 2275.º), a este é preciso recorrer para definir os termos em que o proprietario dominante pôde usar das aguas; devendo em todo o caso ter-se em vista o preceito do citado art. 2276.º do Codigo

Civil, que lhe não permite tornar a servidão mais onerosa.

Aqui as restricções ao livre uso das aguas derivam da vontade e accordo dos respectivos proprietarios, e não entram, portanto, no *regimen normal* da occupação das fontes e nascentes, tendo de regular-se pelos principios relativos ao titulo juridico em que se filiam.

E, da mesma fórma, cessam os preceitos anteriormente expostos quando o proprietario superior modifica, de accordo com o proprietario inferior, e por titulo legitimo, o regimen legal, ampliando ou diminuindo os encargos d'este relativamente ás vertentes, pois o preceito do art. 2282.º do Codigo Civil é sómente para o caso de não haver servidão convencional estabelecida em diversas bases.

70. Praticamente observa-se, porém, com bastante frequencia, que os principios reguladores das relações juridicas entre o dono do predio, onde a fonte se encontra, e o proprietario, que recebe as vertentes, se modificam em grande parte por effeito da prescripção, que póde transformar profundamente o modo, e até a propria substancia, da servidão.

Com effeito, se o dono do predio superior por largos annos tem usado das aguas por modo a torná-las prejudiciaes ao proprietario inferior, em contraposição ao disposto no art. 2282.º do Codigo Civil, não poderá este proprietario acolher-se ao preceito do mesmo artigo para reduzir ás suas devidas proporções o encargo sóffrido pelo seu predio, desde que a posse tenha todos os requisitos essenciaes para a prescripção positiva dos immoveis — pública, pacifica e continua — e haja

durado pelo tempo necessario para que esta prescripção se verifique; pois esta ampliação de encargos, constituindo uma nova servidão, differente da servidão legal, bem póde adquirir-se pela prescripção, uma vez que seja apparente, como é indubitavelmente continua (Codigo Civil, art. 2272.º)

Tal seria o caso em que o dono de uma fabrica de lanificios empregasse as aguas de uma nascente na lavagem das lãs, ou em quaesquer outros usos, que as tornassem prejudiciaes á agricultura, pela addição de substancias corrosivas, sem reclamação alguma do proprietario inferior, a quem uma tal posse se patenteasse por mais de trinta annos, com os requisitos legaes indispensaveis.

Decorrido aquelle prazo, a servidão legal, regulada no art. 2282.º do Cod. Civil, seria insufficiente para determinar as relações de direito originadas naquellas relações de facto, surgindo a necessidade de recorrer aos principios geraes das servidões, que auctorisam e garantem a continuacão do mesmo facto, como legitimo exercicio de uma nova servidão adquirida pela prescripção (2272.º)

Da mesma fórma, e quaesquer que tenham sido as condições em que o proprietario da nascente haja feito uso das suas aguas, se elle tem a posse pública, pacifica e continua de encaminhar as vertentes sobre um predio vizinho, que não tinha, pelo citado art. 2282.º do Codigo Civil, obrigação de as receber, mas de facto sempre as recebeu, é claro que estas relações de facto se transformam, decorrido o prazo normal da prescripção immobiliaria, em relações juridicas de servidão, desde que esta se revele por signaes exteriores (2272.º)

Verificadas estas condições, o direito a derivar as vertentes da fonte sobre o referido predio não pôde já ser contestado, com fundamento no art. 2282.º, ou com outro qualquer, porque a servidão se acha devidamente constituída, sendo desde então inseparavel dos dois predios (2268.º)

71. Mas nem só a prescripção e o contracto pôdem modificar as relações jurídicas estabelecidas na lei, como regimen normal da occupação das aguas, na hypothese geral que estamos analysando; tambem a *destinação do pae de familia*, definida no art. 2274.º do Codigo Civil, pôde influir poderosamente naquellas relações, transformando-as ou substituindo-as.

Com effeito, se o proprietario da nascente fôr conjunctamente dono do predio para onde as vertentes se dirigem, e fizer em qualquer delles, ou em ambos obras apparentes e permanentes que attestem uma dada servidão — mais onerosa do que a legal, quando se tracte do predio inferior, ou substitutiva desta, quando as aguas são dirigidas para qualquer predio, que não tinha obrigação de as receber — essas obras serão havidas como prova da servidão nos termos do citado artigo, quando os dois predios se separarem em relação ao dominio, sem que outra cousa se declare no respectivo titulo.

Exemplifiquemos: o dono do predio onde a nascente existe conduz as vertentes desta para outro predio seu, contiguo áquelle, mas que não se acha nas condições do art. 2282.º do Codigo Civil; e ahi, por meio de um rego ou aqueducto, *visível e permanente*, fã-las escoar numa valla de

enxugo existente no mesmo predio, *sem dellas se aproveitar*.

Emquanto os dois predios pertencerem ao mesmo dono é claro que a servidão de um para com o outro não existe, porque não ha servidões entre predios do mesmo dono (2267.º); mas se um delles fôr vendido a terceiro, ou por meio de partilhas ficar cada um a seu herdeiro, a servidão de receber as vertentes surge logo, por destinação do *pater familias*, nos termos do art. 2274.º do Cod. Civ., tendo que ser mantida e respeitada d'ahi em diante; como se houvesse sido constituída por convenção ou por outro titulo legitimo.

Não deve, em todo o caso, esquecer-se que é sempre indispensavel que os signaes *attestem a existencia da referida servidão*, não bastando, portanto, a existencia do rego apparente e permanente, conduzindo as vertentes de um para outro predio, para comprovar a sua existencia, pois bem podem estes signaes ter diversa interpretação, e significarem até o contrário daquella servidão.

Na verdade, o exame dos factos mostra que na grande maioria dos casos a existencia daquellas obras mais attesta o *direito* de receber as aguas por destinação do *pae de familia*, — o que importa a natureza de predio serviente para aquelle onde as aguas nascem, — do que a *obrigação* de lhes dar escoante, que tornaria o mesmo predio dominante.

Foi por isso que no exemplo formulado inserimos propositadamente a condição das vertentes da fonte *não serem aproveitadas* no predio que as recebe, por entendermos que este facto é sufficiente para caracterisar a servidão de que neste logar tratâmos.

72. Resumindo em breves conclusões tudo o que fica exposto, relativamente á direcção das vertentes das fontes ou nascentes naturaes, podemos, pois, afirmar:

a) que os predios inferiores são obrigados a recebê-las, quando ellas decorram naturalmente, e sem obra do homem, do predio superior (art. 2282.º)

b) que o proprietario da nascente só pôde dirigir as suas vertentes sobre qualquer outro predio, quando haja adquirido direito a isso por qualquer dos titulos capazes de crear servidões; isto é: por convenção ou por testamento, quer ella seja apparente, quer não; e por prescripção, ou por destinação do pae de familia, quando se revele por signaes exteriores, nas condições marcadas na lei (artt. 2272.º, 2273.º e 2274.º)

O exame destas conclusões sugere-nos, porém, algumas difficuldades, que podem naturalmente originar-se em diversas applicações dos principios expostos, cumprindo-nos, porisso, registá-las desde já.

73. Quando o proprietario da nascente desvia as aguas do seu curso natural para lhes dar outro, acaso poderá, tempos depois, inutilizar as obras feitas, deixando-as seguir para os predios inferiores, que pelo art. 2282.º do Codigo Civil tinham obrigação de as receber?

A natureza das relações juridicas entre os predios superiores e os inferiores convence-nos de que a pergunta enunciada deve ter resposta affirmativa, qualquer que seja o tempo decorrido.

O encargo de receber as aguas, que a lei impõe aos predios inferiores, sendo, como na verdade é, uma servidão que deriva da situação dos logares, não se extingue em tempo algum pelo *não uso*; pois o proprietario dominante tem o direito de para lá as deixar correr, mas não fica por esse facto obrigado a não alterar o seu curso, ou inibido de as consumir todas no seu predio.

Consente a lei que elle aliene o uso d'essas aguas (art. 444.º), e portanto não pôde negar-se-lhe o direito de transferir apenas temporariamente esse uso, por vinte, trinta ou cincoenta annos, independentemente de qualquer opposição por parte do dono do predio inferior. Consequentemente, findo o prazo da locação, ou como em direito melhor chamar-se deva a este contracto, as vertentes das aguas só podem ter saída pelo predio inferior, pois sobre outros pontos não permite a lei que ellas sejam dirigidas sem accordo dos donos, o qual não pôde ser judicialmente supprido quando as aguas brotam expontaneamente do solo, como dissemos, e se infere do art. 446.º do Codigo Civil.

E' certo que em geral as servidões se extinguem pelo *não uso durante o tempo necessario para haver prescripção* (2279.º n.º 2.º); mas esta regra é sómente applicavel ás servidões voluntarias, como resulta da sua propria collocação no Codigo, sendo, por isso, injuridico ampliá-la ás servidões legaes, que se regem por diversos principios, especialmente quando, como no caso presente, revestem a natureza de *direitos facultativos*, que a prescripção não pôde extinguir.

Em taes condições bem pôde o dono do predio superior dirigir as aguas vertentes da fonte para

outros predios, seus ou alheios, e por qualquer lapso de tempo, sem que por esse facto perca o direito de mais tarde, quando o julgar conveniente, ou lhe aprouver, de novo as deixar seguir seu curso natural.

O mesmo não succede já quando as aguas vertentes são por justo titulo dirigidas sobre predios, que pela relativa situação dos logares não eram naturalmente obrigados a recebe-las, pois em tal caso, tratando-se de servidões constituídas por facto do homem, tem de ser applicado o art. 2279.º, n.º 2.º, do Código Civil, que declara extincta a servidão desde que não foi usada durante o tempo necessario para haver prescripção.

74. Uma objecção de valor póde ser, todavia, opposta á opinião que deixámos affirmada, relativamente á mudança do curso das vertentes, quando ellas tenham corrido durante alguns annos em certa direcção, visto o preceito do art. 449.º do Código Civil, ao qual nenhuma referencia ainda fizemos.

E bem cabida será essa observação por parte daquelles que perfilham a opinião do sr. conselheiro DIAS FERREIRA, relativamente ao alcance das regras no mesmo artigo formuladas.

A nossa opinião sobre o assumpto é, porém, muito differente, pois só considerámos aquelle artigo applicavel ás *fontes descobertas por industria do homem*, pelas razões que em seu logar indicaremos, deixando, por isso, de applicar o seu preceito na solução dos problemas versados neste logar. <sup>1</sup>

**XLII.** — **Fontes ou nascentes industrialmente descobertas.** O proprietario, que por industria descobrir no seu predio alguma nascente de agua, póde igualmente servir-se d'ella e dispôr do seu uso livremente (*art. 444.º*); mas só poderá encaminhar as suas vertentes sobre os predios alheios, contra a vontade de seus donos, sendo auctorizado por decreto judicial e mediante indemnização (*art. 446.º*)

Se o dono do predio, onde as aguas nascem, mudar o curso seguido por ellas durante os ultimos cinco annos, dirigindo-as sobre predios de outros vizinhos, poderão estes obrigá-lo a restituir as aguas ao seu curso anterior. Esta acção só poderá ser intentada durante dois annos, contados desde o dia da inovação (*art. 449.º § unico.*) (75)

75. O regimen legal da occupação das aguas, que não são todas consumidas no predio onde nascem, é sobretudo influenciado, sob o ponto de vista das relações juridicas, entre o dono do mesmo predio e os seus vizinhos, pelo facto das aguas virem á superficie expontaneamente, ou serem descobertas por industria do homem, como anteriormente dissémos. <sup>1</sup>

E de razão é que assim succeda, visto como no primeiro caso o legislador apenas se limita a

<sup>1</sup> Conf. *Infra*, 93.

<sup>1</sup> Conf. *Supra*, XL.

disciplinar o exercicio do direito de propriedade, perante um facto superior, ou pelo menos alheio á vontade individual — mas de cuja realização, no entanto, pôdem advir interesses ou beneficios para a sociedade; ao passo que a intervenção voluntaria do homem na producção das circunstancias, que em certo modo vão modificar ou restringir direitos alheios, creando servidões forçadas nos predios vizinhos, tornava indispensavel que, sem prejuizo dos interesses geraes, se definissem as responsabilidades individuaes resultantes daquella propositada intervenção do proprietario na descoberta das aguas, e direcção das suas vertentes.

76. Neste caso, porém, como naquelle em que as aguas afforam no predio pelo simples effeito das leis e condições naturaes do terreno, são identicos os direitos do proprietario relativamente ao uso d'ellas, e á faculdade de alienar esse mesmo uso, nos termos do artigo 444.º do Codigo Civil.

Mas aqui não temos já a considerar as limitações derivadas do preceito do artigo 2282.º do mesmo Codigo, porque a lei não obriga os predios inferiores a receberem gratuitamente as vertentes das fontes industrialmente abertas, as quaes só pôdem ser derivadas sobre predios alheios ou por accordo, expresso ou tacito, entre os donos d'estes predios e o d'aquelle onde as aguas brotam, ou mediante auctorização judicial, com prévia indemnização.

D'estas duas fórmas legaes de fixar as relações de direito entre os predios vizinhos da nascente, e aquelle onde esta se encontra, raras vezes se usa do segundo, pois as vantagens que no geral

colhem das proprias vertentes aquelles, que as recebem, facilitam consideravelmente o accordo dos interessados a tal respeito.

No entretanto, prevenindo a hypothese de in justificavel opposição por parte dos proprietarios vizinhos ao recebimento das vertentes, e reconhecendo ao mesme tempo a imperiosa necessidade, que a propria natureza creou, de assegurar a sahida das aguas superabundantes, para não desanimar a iniciativa individual na exploração dum elemento tão util ao desenvolvimento da agricultura, o nosso legislador consignou, no art. 466.º do Codigo Civil, a obrigação legal dos proprietarios vizinhos receberem aquellas vertentes, mediante a indemnização conveniente.

Só nos interessa estudar aqui particularmente as condições em que a servidão legal pôde ser estabelecida, mesmo contra vontade dos donos dos predios servientes; pois, no caso de accordo, expresso ou tacito, entre os interessados, terão de observar-se os principios geraes relativos á constituição das servidões voluntarias, a que mais de uma vez temos feito referencia.

E devemos ainda observar, para evitar equívocos, que tambem nesta ultima hypothese se comprehende a aquisição do referido direito pela *prescripção* e por *destinação do pater-famílias*, desde que se verifiquem as condições essenciaes para tal fim, como anteriormente dissemos, a proposito das *fontes naturaes*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Conf. *Supra*, 70 e 71..

77. *Contra a vontade de seus donos*, não pôde o proprietario encaminhar sobre predios alheios as vertentes das aguas, que *por sua industria* descobriu, a não ser que obtenha auctorização judicial e pague a conveniente indemnização, nos termos do citado art. 446.º do Código Civil.

E' certo que o Código falla de *alguma nova nascente*, e esta phrase, litteralmente interpretada, parece dar a entender que o preceito da lei, regulando sómente para os actos posteriores á sua promulgação, deixa fóra da regra formulada *as nascentes descobertas anteriormente*, embora o facto das vertentes serem encaminhadas sobre outros predios só mais tarde venha a realisar-se.

Mas em nossa opinião tal não é a verdadeira doutrina, devendo antes considerar-se aquella expressão do art. 446.º uma simples incorrecção de linguagem, pois não se descobre razão alguma que possa ter levado o nosso legislador a estabelecer principios diversos para regerem o mesmo facto, sómente porque a fonte ou nascente existia já ao tempo em que a vigencia do Código começou.

Ainda se comprehenderia que assim fosse, exagerando injustificadamente o respeito pelos direitos adquiridos, se a legislação anterior dêsse bom acolhimento a taes pretensões; mas neste particular a lei antiga, na lição dos escriptores, era ainda mais rigorosa do que a lei nova, pois nem mesmo com prévia indemnização permittia que se impothesse aos predios vizinhos a servidão de receber as vertentes, salvo no caso de não ser

possivel dar-lhes escoante pela *cava evacuatoria*, de que falla LOBÃO.<sup>1</sup>

Porisso entendemos que o preceito do art. 446.º do Código Civil é applicavel a todas as nascentes descobertas por industria do homem, tanto anteriormente, como depois da promulgação do mesmo Código.

Mas isto não obsta, como é evidente, a que se respeitem direitos legitimamente adquiridos, tanto antes como depois do Código, quer pela prescripção, quer por destinação do pae de familia, como acima dissemos.

<sup>1</sup> MANUEL D'ALMEIDA E SOUSA, no *Tractado Pratico e Compendiario das Aguas*, diz a este respeito o seguinte, no § 159.º:

«Quanto, porém, ás aguas, de que aqui tracto, que não são pluvias, e em que cessa a servidão constituída pela natureza (art. 2282.º do Cod. Civ.), e que, por isso, o predio inferior deve soffrer, a respeito d'estas é o predio inferior livre pela natureza mesma, e não é obrigado a receber as que adquiridas no predio superior, ou nelle extrahidas, ou se immitem para o inferior, quando superfluas, ou para elle transcendem *escolaticamente*.»

E depois de figurar e resolver, com o principio estabelecido, diversas hypotheses, accrescenta, no § 163.º:

«Não podem, pois, immittir-se *de novo* por algum dos expostos modos aguas vivas, ou escolaticas para o predio inferior do vizinho; a menos que não haja uma servidão legitimamente constituída, por algum dos modos referidos nos capitulos precedentes; ou se não obrigue pelo officio *innocentae utilitatis* o senhor do predio inferior, para que sendo indemnizado lhe dê expediente, *quando não possa haver, pela situação do logar, a cava evacuatoria*, que diz PECCI, nos logares citados.»

LOBÃO fallava tambem aqui de *immittir-se de novo* a agua, porque pretendia resalvar direitos adquiridos por antiga posse; mas bem pôde ser que o nosso legislador, inspirando-se na obra d'este auctor, d'aqui levasse tambem, inconsideradamente, aquella expressão — *nova nascente*.

78. Essa *nova nascente*, pôde no entanto, ser *propositadamente* descoberta pelo dono do predio, no exercicio do direito que lhe é garantido pelo art. 450.º do nosso Codigo, ou apparecer casualmente, por occasião d'outros trabalhos a que no mesmo predio se proceda.

No primeiro caso, nenhuma duvida pôde haver de que as vertentes respectivas estão sujeitas á regra do art. 446.º do Codigo Civil; mas pôde duvidar-se, quanto á segunda hypothese, se a mesma regra é ou não applicavel.

Em verdade alguns auctores têm sustentado que as aguas trazidas á superficie casualmente, v. g., quando se abrem os alicerces duma casa, ou se fazem covas para plantação de arvores, ou mesmo nos trabalhos de mineração, e de exploração de pedreiras, etc., não devem, sob o ponto de vista que ora nos interessa, ser regidas pelos principios que subordinam as aguas exploradas intencionalmente; aconselhando uns que neste ultimo caso se negue absolutamente ao proprietario direito a impôr sobre os predios vizinhos a servidão de receber as respectivas vertentes, concedendo-lhe, porém esse direito, mediante o pagamento da correspondente indemnização, quando a fonte tenha apparecido casualmente: e sustentando outros que em nenhum dos casos os proprietarios vizinhos devem ser obrigados a soffrer aquella servidão.

LAURENT, <sup>1</sup> parece estabelecer a tal respeito uma doutrina diversa, sustentando que, em face

do Codigo Civil Francês, onde se encontra preceito analogo ao do art. 2282.º do nosso Codigo, o proprietario inferior é obrigado a receber as vertentes de todas as fontes do predio superior, afastando-se assim da opinião corrente; pois affirma que a intervenção do homem na descoberta da nascente não impede que as aguas sigam *naturalmente* para os predios inferiores, visto que não é elle que cria a agua e a faz correr para os predios inferiores, mas a propria natureza, limitando-se a sua intervenção a abrir o seio da terra para dar sahida ao thesouro que na mesma se encerra.

A doutrina de LAURENT, que RICARDO JANUZZI refutou completamente, seria de todo o ponto inadmissivel em face do nosso Codigo, ainda que falsa não fosse em si mesma, como é; porque os termos genericos do art. 446.º excluem a possibilidade de subordinar ao art. 2282.º as vertentes das aguas descobertas por industria do homem, que, aliás, a disposição especial deste artigo, referente ás aguas que decorrem dos predios superiores *naturalmente e sem obra do homem*, também claramente repellia.

E como *nascentes descobertas por industria do proprietario* são tanto aquellas que elle propositamente explora, como as que por obra sua brotam accidentalmente á superficie, cremos bem que a todas se applica o preceito do citado art. 446.º

E a todas devia applicar-se, para não deixar no arbitrio de qualquer proprietario exercer os seus direitos de propriedade por fórma a crear servidões novas sobre os predios vizinhos, sem vantagem alguma para a collectividade.

<sup>1</sup> *Principes de droit civil français*, VII, n.º 363.

79. Não devem, porém, considerar-se comprehendidas na regra do art. 446.º as aguas que no predio se ajunctam *por virtude de obras feitas para o seu encargo*, taes como as provenientes de gaiagem, canos falsos, vallas, guarda-mattos, alcorcas, etc.; pois estas claramente estão fóra do significado legal de *fonte* ou *nascente*, e têm disciplina especial no art. 462.º do Codigo Civil, que permite ao dono do mesmo predio requerer sobre os predios vizinhos a servidão necessaria para conduzir essas aguas a alguma corrente, ou a outra via de escoamento.

Mas, quando as aguas tenham sido conduzidas, atravez de predios alheios, para terreno de quem ás mesmas aguas tenha direito (Codigo Civil, art. 456.º), são os donos dos predios inferiores por lei obrigados tambem, mediante indemnização dos prejuizos, a receber suas vertentes, ou a dar-lhes passagem por força e nos termos do art. 461.º do citado Codigo.

O art. 446.º regula, pois, tão sómente as relações entre o dono do predio, onde a nascente foi industrialmente descoberta, e os proprietarios vizinhos, que voluntariamente se recusam a receber as vertentes da mesma fonte.

80. Além destas relações, que importam a criação forçada duma servidão, em que o predio onde as aguas brotam é dominante, outras pódem tambem existir, invertendo as suas respectivas situações.

Com effeito bem pôde succeder, e na verdade frequentes vezes acontece, que é o predio onde as aguas brotam o serviente, e dominante o que re-

cebe as vertentes; mas estas servidões, cujo estudo vaç naturalmente integrar-se no dos direitos adquiridos por terceiro, a que se refere art. 444.º, são estabelecidas por vontade expressa ou tacita das partes (*servidões voluntarias*), ao passo que a primeira tambem pôde ser imposta contra a vontade do proprietario, por virtude do preceituado no art. 446.º do Codigo Civil.

O Codigo Civil Italiano, regulando explicita e largamente aquellas, não falla desta ultima em termos equivalentes aos do nosso Codigo, concedendo apenas ao dono do predio onde as aguas brotam o direito de reclamar dos vizinhos passagem para as aguas superfluas, em condições identicas ás que no mesmo Codigo se acham estabelecidas para a servidão legal de aqueducto (art. 606.º); ao passo que o nosso Codigo, estabelecendo o preceito do art. 446.º, nada dispõe relativamente ás outras servidões, que assim ficam sujeitas á disciplina geral da materia (artt. 2267.º e segg.)

81. Não diz a lei qual o predio sobre o qual devam ser dirigidas as vertentes das fontes industrialmente descobertas, nem ha nos preceitos geraes da propriedade, ou nos que especialmente regem as servidões, disposição alguma que dê preferencia no encargo a qualquer delles.

Em taes condições fica no arbitrio do proprietario dominante escolher a direcção que as vertentes devem seguir, guiando-se exclusivamente pelo seu interesse; sem que o proprietario demandado possa oppôr-lhe a superioridade dos seus prejuizos relativamente aos que da mesma ser-

vidão poderiam resultar para outro predio vizinho, se as vertentes para elle fossem encaminhadas.

Mas se o arbitrio do proprietario pôde validamente exercer-se na escolha do predio serviente, a sua vontade é por si só insufficiente para crear a propria servidão, pois o art. 446.<sup>o</sup> declara que elle *só poderá encaminhar as vertentes sobre predios alheios, contra a vontade de seus donos*, SENDO AUCTORISADO POR DECRETO JUDICIAL, E MEDIANTE INDEMNIZAÇÃO.

E', por conseguinte, indispensavel, para que a servidão se estabeleça, que se verifiquem as duas condições apontadas:

α) *auctorização do juiz;*

β) *pagamento da indemnização.*

82. O nosso Codigo Civil nenhum criterio fornece para guiar o interprete na determinação das circumstancias de facto, que justificam aquella auctorização, e devam servir de base ao calculo da indemnização devida, ficando assim ao julgador um campo largo para exercer a sua acção, soccorrendo-se aos principios fundamentaes, que informam a materia das servidões legaes. Melhor seria, no entretanto, que o legislador expressamente declarasse aquellas circumstancias, para que o seu silencio não deixasse os interessados na incerteza, quasi sempre geradora do arbitrio, da fórma por que serão apreciados os seus direitos pelo criterio variavel dos juizes.

Quanto ao valor da indemnização, casos analogos prevenidos na lei indicam naturalmente o caminho a seguir, pois sendo prejuizos sómente as perdas soffridas em consequencia da servidão pelo proprietario serviente, devem tomar-se em conta para o seu computo os beneficios resultantes das proprias aguas vertentes, que ficará obrigado a receber.

Todavia, nesta apreciação de valores, facil de enunciar em termos geraes, mas difficil de realizar praticamente, é preciso não esquecer que o predio serviente *não fica com direito a receber essas vertentes*, as quaes de um para outro momento podem faltar, sem que por isso se attenuue o prejuizo do proprietario, resultante de ter ficado, pela servidão, privado de exercer integralmente o seu direito de propriedade; e que estando sujeitos a augmentar ou diminuir, mais ou menos consideravelmente, por virtude de acontecimentos superiores á previsão humana, tambem os encargos de momento pôdem ser consideravelmente modificados.

E', por isso, indispensavel attentar bem nas circumstancias especiaes de cada hypothese especial, e não esquecer que esta servidão, envolvendo uma verdadeira expropriação, nunca deve ser estabelecida em condições que possam deixar o proprietario serviente sem a indemnização correspondente ao maximo dos encargos resultantes da servidão.

83. Quanto á *auctorização judicial*, a primeira dúvida que em nosso espirito se desenha, consiste em saber se o juiz pôde recuzá-la, ou se, pelo contrario, é obrigado a concedê-la sempre.

Comparando o art. 446.º do Código Civil com as disposições analogas dos artt. 456.º, 461.º e 463.º, que todos se referem a servidões legaes relativas ás aguas, nota-se desde logo uma importante divergencia na sua redacção, pois só o primeiro faz depender o estabelecimento da servidão de *auctorização judicial*, ao passo que em todos os outros a nossa lei se limita a afirmar o direito de praticar os factos, que formam a substancia de cada uma das servidões correspondentes, ou a obrigação correlativa de os supportar, mediante a indemnização conveniente.

Estas differenças de redacção corresponderão, porventura, a divergencias de doutrina?

Se attentarmos no significado litteral dos preceitos legaes citados, parece-nos dever optar pela solução affirmativa (Código Civil, art. 16.º), deixando á justa apreciação do julgador, na hypothese do art. 446.º, muitas circumstancias de facto, vedadas ao seu exame nos outros casos segundo a jurisprudencia corrente dos tribunaes portuguezes.

E de conformidade com esta solução se encontram os principios fundamentaes, que devem subordinar a materia, pois tratando-se de limitar em proveito de alguém o direito de propriedade alheio, é de razão que se investiguem cuidadosamente as circumstancias, que tornam indispensavel e de utilidade social patente essa limitação.

Já noutro logar emittimos o nosso voto a tal respeito, e em termos geraes, pela fórma seguinte :

«A disciplina da propriedade obedece á justa ponderação entre os interesses individuaes e os

da collectividade, devendo estes, em caso de conflicto, preferir áquelles.

«Portanto, a derogação ao principio geral da propriedade plena só deve ser legalmente permitida quando os interesses sociaes assim o exijam.

«Ora o augmento da producção, que naturalmente deriva do desenvolvimento da indústria e dos progressos da agricultura, interessam tão intimamente o Estado, cujos destinos se acham estreitamente ligados aos factos economicos, que bem justificadas são as restricções postas á propriedade plena em beneficio da agricultura ou da indústria; quando, porém, esse beneficio não exista, o fraccionamento da propriedade não deve ser consentido.»

O art. 446.º, exigindo para o estabelecimento da servidão que o proprietario *seja auctorizado* por decreto judicial, implicitamente affirmou a possibilidade de tal auctorização ser negada.

Por isso, o ponto culminante do problema refere-se especialmente á determinação das condições em que o juiz a deve conceder, e em que a deve recusar.

84. A primeira d'essas condições vem expressamente indicada no proprio texto da lei: o requerente precisa demonstrar que se trata de aguas descobertas por industria sua, para ter direito a impôr a servidão das vertentes sobre os predios vizinhos, por força do artigo 446.º do Código Civil.

A razão d'isto é simples, e resulta do art. 2282.º do mesmo Código, pois se as aguas não tiverem sido procuradas artificialmente, o dono do predio

não precisa da nova servidão, porque a lei impõe aos predios inferiores a obrigação de as receberem. E desde que esta servidão existe, qualquer outro proprietario só pôde ser obrigado a receber essas aguas, quando voluntariamente tenha accettato essa obrigação, ou no caso do dono da fonte haver adquirido essa nova servidão por prescripção, ou por destinação do *pater-familias*.

Isto mesmo vem revelar-nos o pensamento fundamental da lei, que é conceder a servidão das vertentes só no caso della se tornar indispensavel ao dono do predio onde as aguas brotam.

Mas nenhuma outra condição especifica o nosso Codigo, para servir de esteio á decisão judicial, ficando assim no arbitrio do julgador ponderar livremente as circumstancias especiaes de cada caso, para se pronunciar sobre a necessidade da servidão requerida, auctorizando-a ou negando-a.

E nessa orientação o seu primeiro cuidado será fazer a comparação entre os beneficios, que do estabelecimento da servidão podem derivar para o predio dominante, e os prejuizos, que ella pôde occasionar no predio serviente; e se estes forem mais consideraveis do que aquelles, o seu dever é negá-la.

Com effeito, suppondo que os beneficios da servidão podem ser numericamente representados por 5, e que os prejuizos do predio serviente correspondem a 6, é bem de vêr que a sociedade ficaria prejudicada se a servidão se estabelecesse; não havendo, por isso, motivo algum para restringir o direito de propriedade do segundo só para comprazer com os injustificados caprichos do proprietario da nascente.

Mas devemos ainda notar, para bem esclarecer o nosso modo de vêr a este respeito, que no calculo dos beneficios resultantes da servidão para o requerente se não deve apenas attender ao augmento da producção provocado pelo escoamento das aguas vertentes, mas tambem aos prejuizos que lhe podem advir do facto de ser forçado a consumi-las ou represá-las no seu predio,—pois tudo isso são *vantagens* da servidão.

E assim é o juiz naturalmente conduzido ao exame de uma outra circumstancia importante, qual é a de saber se o dono da nascente pôde, ou não, evitar que desta haja vertentes, supprimindo, por exemplo, a propria nascente, ou fazendo obras que, sem prejuizo dos fins a que as aguas da fonte são destinadas, impeçam o escôo das superfluas; pois em caso affirmativo não é justo que se imponha sobre predios alheios um encargo, que bem pôde ser evitado, sem graves inconvenientes, por aquelle que judicialmente o reclama.

Portanto, desde que o juiz pôde conceder ou negar a servidão, é necessario que o requerente allegue e prove todas as circumstancias, que possam levar á convicção de que o pedido é justificado, e representa um beneficio para o seu predio, superior aos encargos ou prejuizos resultantes da servidão.

**85.** A doutrina, que deixámos consignada, parece no entanto abrir ensejo a ser accusado de incoherente o nosso legislador, em face do art. 461.º, onde se impõe aos donos dos predios inferiores áquelle para onde são artificialmente conduzidas aguas, que nascem em predio differente,

do mesmo ou de outro dono, a obrigação *de receberem as vertentes, ou de lhes darem passagem*, contanto que sejam indemnizados dos prejuizos que d'ahi lhes venham a resultar.

A nosso vêr, porém, tal incoherencia não existe realmente, porque os termos em que se acha redigido o art. 461.º indicam claramente que os donos dos predios inferiores ficam no seu direito de escolherem uma ou outra das duas fórmas no mesmo artigo indicadas, para dar escoante ás aguas superfluas; ou seja: receberem directamente as vertentes; ou darem-lhes passagem pelo seu predio—o que, aliás, não succede na hypothese do art. 446.º

Por isso nas acções fundadas no citado art.º 461.º o pedido tem de ser *alternativo*; e nessas condições não carece o juiz de *auctorizar* o escoamento das vertentes sobre os predios inferiores, porque estes não são obrigados a recebê-las, mas sim a *dar-lhes passagem*, quando as não queiram.

Assim fica a regra do art. 461.º equiparada nos seus effeitos á do art. 462.º e ainda, segundo a jurisprudencia corrente, á do art. 456.º, comquanto, com fundados motivos, já entre nós se tenha defendido a opinião de que a servidão legal de aqueducto só devia ser auctorizada quando o requerente mostrasse que os beneficios della resultantes excediam os prejuizos que occasionava, porque só então se poderia considerar realizada a condição do citado art. 456.º, que só permite o seu estabelecimento *em proveito da agricultura ou da industria*.

Esta doutrina não triumphou nos tribunaes; mas nem por isso deixa de ter solido fundamento na lei, e ser conforme aos ensinamentos da sciencia.

86. A necessidade de obter judicialmente auctorização para encaminhar as aguas vertentes sobre predios alheios, indica muito claramente que o dono da fonte não pôde praticar aquelle facto antes de ser julgada a respectiva acção.

Consequentemente, podem os donos dos predios, para onde essas aguas forem abusivamente dirigidas, oppôr-se a isso, quer pela acção possessoria de manutenção, quer pela acção de processo ordinario, correspondente á antiga *negatoria de servidão*; e em nenhuma dellas poderá o réu, na sua contestação, allegar as circumstancias que legitimam o seu direito a dirigir as vertentes naquella direcção, porque, na phrase corrente, a contestação não é meio de pedir nem o fim daquellas acções comporta uma tal pretensão.

O art. 446.º faz depender essencialmente o exercicio d'aquelle direito de decreto judicial, que o reconheça e declare; antes d'isso é um abuso, que offende a posse e a propriedade alheias, e, consequentemente, tanto pôde ser reprimido pelos meios possessorios, como pelas acções que tutelam o dominio—embora, nos termos do art. 449.º, estas acções se extingam desde que o facto tenha perdurado por alguns annos, como veremos.

87. Com effeito, a nossa lei, admitindo a possibilidade, não obstante o preceito do art. 446.º do Codigo Civil, do dono da nascente ter dirigido as vertentes sobre predios alheios, já por consentimento de seus donos, já por mera tolerancia d'elles, ou mesmo com desconhecimento seu, previne esta hypothese no art. 449.º, attribuindo-lhe

effeitos juridicos em determinadas condições, que é dever nosso pôr em relevo.

Em face d'este artigo, cujo character excepcional vem ainda confirmar a regra acima enunciada <sup>1</sup>, o proprietario da nascente perde o seu direito a escolher livremente a direcção das vertentes, desde que estas tenham seguido em determinado sentido *nos ultimos cinco annos*, ou seja: nos cinco annos que immediatamente precederam a mudança do curso.

Em taes condições o direito, que lhe é garantido pelo art. 446.º, só pôde exercer-se relativamente aos predios, para onde as vertentes têm corrido, ficando a todos os outros proprietarios vizinhos a faculdade de se oppôrem á continuação do facto abusivo, por meio da competente acção; sendo, em todo o caso, indispensavel que o façam nos dois annos immediatos ao dia da innovação, passado o qual esta acção prescreve, segundo o disposto no § unico do art. 449.º do Codigo Civil.

Desta fórma, para bem definir as relações juridicas em que o dono do predio onde as aguas nascem se encontra com os seus vizinhos, quando tenha encaminhado sobre os predios d'estes as aguas vertentes sem previa auctorização judicial, temos de considerar attentamente as condições de tempo e de facto seguintes:

A) *As vertentes começam, desde que a fonte foi aberta, a correr sobre um predio vizinho, sem que o seu curso tenha sido mudado.* — Neste caso nada preceitua a lei em especial, sendo por isso applicaveis os principios geraes, acima formulados: os

donos dos predios onerados pôdem usar das acções possessorias, se ainda fôr tempo (art. 504.º § unico do Codigo Civil), ou da acção negatoria, para se fazerem reintegrar no seu estado de direito anterior; salvo o caso do direito de servidão estar já devidamente adquirido por prescripção (2272.º)

B) *As vertentes foram encaminhadas durante cinco annos menos um dia sobre qualquer predio, e então dirigidos sobre outro pelo respectivo proprietario.* — Tambem esta hypothese não tem regencia especial na lei, porque o art. 449.º do Codigo Civil sómente previne o caso do primitivo curso das aguas ter durado nos *cinco annos* anteriores á mudança. Consequentemente, os principios geraes expostos dão ao dono dos predios, sobre os quaes se fez a innovação, o direito de usar da acção possessoria, ou da negatoria; e o dono do predio, que anteriormente recebia as vertentes, pôde tambem vir a juizo, não para reclamar de novo essas vertentes, porque nenhuma lei lhe dá direito a ellas, mas para fazer reconhecer o seu predio como livre daquella servidão, e receber as perdas e danos resultantes do facto illicito, que o lesou.

C) *As vertentes correram durante os ultimos cinco annos, ou mais, sobre um predio, e foram de novo derivadas, ha menos de dois, sobre outro predio.* — Aqui verificam-se inteiramente as circunstancias previstas no art. 449.º e § unico do Codigo Civil, podendo assim o dono do predio para onde as aguas foram de novo encaminhadas vir a juizo reclamar contra o facto.

Em que termos, e dentro de que limites, deverá, porém, fazer essa reclamação?

<sup>1</sup> Conf. *Supra*, 81.

O Codigo Civil reconhece-lhe expressamente o direito de *obrigar o dono da nascente a restituir as aguas ao seu curso anterior*; mas, a juizo nosso, esta expressão da lei é incorrecta, e de modo nenhum pôde cumprir-se.

Com effeito, é principio fundamental de direito que a sentença judicial só prejudica as partes que entre si litigaram, e nunca terceiros, alheios á questão. E sendo assim, bem claro nos parece que o auctor só poderia formular o seu pedido nos termos indicados pelo citado art. 449.º, desde que chamasse tambem á acção o dono do predio, que nos cinco annos anteriores recebia as vertentes, *para o convencer da obrigação legal de continuar a recebê-las*.

Ora uma tal pretensão seria manifestamente contraria á lei, e aos principios fundamentaes do direito judiciario: contrária á lei, porque não ha preceito algum que reconheça ao dono da nascente o direito de constituir *pela prescrição de cinco annos* uma servidão sobre predios alheios, antes se reconhece, pelo disposto nos artt. 2272.º e 2273.º do Codigo Civil, que tal servidão só pôde ser prescripta pelo tempo necessario para a prescrição dos immoveis, que é muito superior, e quando ella se revele por signaes exteriores, sendo imprescriptivel se fôr não apparente; e contrária aos principios fundamentaes do direito judiciario, porque a acção sómente é viavel quando tenha havido lesão do direito, e contra quem o lesou, ao passo que na hypothese em discussão o dono do predio, que recebia as vertentes, nada fez, ou deixou de fazer, que violasse o direito invocado pelo auctor, pois foi completamente extranho á innovação produzida pelo proprietario da nascente.

Por consequencia, naquella expressão do art. 449.º, o pensamento do legislador foi certamente bem diverso do que as palavras parecem traduzir, devendo entender-se que os donos dos predios sobre os quaes as aguas são de novo encaminhadas só podem accionar o proprietario da nascente para o compellir a retirá-las, pagando-lhes tambem as perdas e damnos soffridos.

E para esse fim, tanto podem usar da acção possessoria, como da ordinaria, desde que o façam em tempo util — ou seja: a possessoria, no periodo de um anno (art. 504.º, § unico), e a ordinaria dentro de dois annos, a contar da innovação (art. 449.º, § unico.)

Esta prescrição ordinaria, em tão pequeno lapso de tempo, chama naturalmente a nossa attenção para a sua natureza particular, e fins a que se destina.

Deverá, por ventura, entender-se que dois annos passados sobre a innovação fica o proprietario da nascente com direito a dirigir pelo novo curso as aguas vertentes, *jure servitutis*?

Creemos que não, embora no exame superficial do artigo esse pareça ser o preceito da lei. Mas tal preceito, se acaso existisse, seria um absurdo, repugnante ás ideias fundamentaes do legislador sobre prescrição.

Na verdade, acceita aquella interpretação, dois annos seriam bastantes para se constituir a servidão sobre os predios vizinhos *no caso de innovação do curso das vertentes*; quando, se innovação não houvesse, essa prescrição, segundo as regras geraes, só em periodos muito mais largos poderia realizar-se, visto tratar-se de um direito immobiliario (Codigo Civil, artt. 525.º e segg.)

Além disso, a inovação nem sempre produziria estes effectos, pois o Codigo Civil no art. 449.º só concede o direito de opposição quando as aguas tenham corrido sobre outro predio *nos ultimos cinco annos*. Portanto, se a inovação se fizer em condições diversas, claro é que os donos dos predios, para onde as aguas vão de novo, já não podiam usar do direito do artigo citado, mas teriam de valer-se dos principios geraes relativos á propriedade; e por estes a prescripção da servidão só podia realizar-se como se inovação não houvesse!

Estas estranhas contradicções de principios convencem-nos de que o preceito do § unico do art. 449.º do Codigo Civil, decretando a prescripção em dois annos da acção a que no mesmo se faz referencia, não consigna de modo algum o reconhecimento do direito de servidão a favor do proprietario da nascente, mas a prescripção de um *direito especial*, que vamos procurar determinar em face dos termos do citado artigo.

88. Dissémos anteriormente que a lei deixava no arbitrio do proprietario escolher o predio vizinho sobre o qual deveriam, mediante auctorização judicial, ser encaminhadas as vertentes das fontes descobertas por industria sua.

Essa é a doutrina do art. 446.º do Codigo Civil.

Mas nos artigos seguintes, o nosso legislador procurou indicar as restricções deste principio, tomando para base o facto das vertentes, independentemente d'aquella auctorização, ou mesmo com ella, terem já sahido do predio onde as aguas brotam; e assim fixou a prohibição de lhes mudar o *curso costumado*, se d'ellas se abastecerem os habi-

tantes de qualquer povoação ou casal, no art. 447.º, cujo preceito, em minha opinião, se applica tambem ás *fontes naturaes*; e determinou no art. 449.º que fóra do caso indicado, o proprietario não podesse tambem mudar o curso seguido por ellas durante cinco annos successivos, contra a vontade dos outros proprietarios vizinhos, aos quaes reconheceu o direito de se opporem á mudança no prazo de dois annos (§ unico do citado art. 449.º).

Portanto, nestes dois artigos o nosso Codigo Civil veio claramente limitar as faculdades geraes, que no art. 446.º implicitamente concedeu ao dono da nascente, quanto á escolha do predio para receber as vertentes, prohibindo-lhe fazer qualquer inovação no *estado de facto* creado pela sua propria vontade, e claramente significativo da escolha anteriormente feita.

E assim como, uma vez constituida a servidão para dar sahida ás vertentes em harmonia com o art. 446.º do Codigo Civil, não seria já licito recorrer de novo á justiça para impôr identica servidão sobre outro predio, porque faltava a *necessidade* em que se fundamenta a expropriação, assim tambem o nosso legislador considerou, e bem, que o facto das vertentes correrem durante cinco annos successivos em certa direcção era bastante para exonerar todos os outros predios da obrigação legal de consentirem a servidão forçada. E entendeu bem, porque este facto por si mesmo attesta, no silencio com que foi supportado pelo predio serviente, e na escolha feita e mantida durante tanto tempo pelo proprietario da nascente, que nem a um, nem ao outro, d'ahi resultavam grandes prejuizos, antes se realizava a contento de todos.

Consequentemente, desde que se faça inovação neste estado de cousas, a lei permite que os

proprietarios prejudicados se opponham judicialmente á innovação, fazendo voltar as aguas ao *seu curso anterior*.

E assim considerado o problema, esta phrase da lei explica-se, pois sendo de todos os outros o direito de opposição, claro é que as vertentes só podem ter sahida *pelo seu curso anterior*; mas considerada em relação a cada um, separadamente, ella é incorrecta, e não pôde servir de base ao pedido na respectiva acção.

Em taes condições, portanto, o direito de encaminhar as aguas vertentes sobre os predios vizinhos, concedido ao dono da nascente pelo art. 446.º, *fica limitado áquelles para onde as aguas correram nos ultimos cinco annos*; mas isso não obsta a que os respectivos proprietarios usem dos seus direitos, no mesmo artigo reconhecidos, de só permittirem a servidão depois de auctorizada por sentença, e mediante a competente indemnização, salvo se por outro titulo legitimo o dono da nascente a tiver adquirido, v. g. por prescripção.

E para fazerem proveitosamente essa opposição devem usar da acção ordinaria, negatoria de servidão, pois os remedios possessorios são já extemporaneos (art. 504.º, § unico do Codigo Civil.)

Se passados cinco annos sobre o facto das vertentes seguirem determinado curso, o proprietario da nascente as dirigir sobre outro predio, tem o dono deste direito a oppôr-se judicialmente á innovação, desde que venha para esse fim a juizo dentro dos dois annos immediatos ao dia da innovação (art. 449.º § unico), sob pena de perder *este direito de opposição*, cujo significado acabamos

de explicar: mas não fica impedido de por meio da acção negatoria compellir o proprietario da nascente a reconhecer o seu predio como livre da servidão, visto que esta seguramente se não pôde constituir em dois ou tres annos, e a posse de sobre elle dirigir as vertentes tem apenas esta duração na hypothese que apresentámos.

O effeito da prescripção especial do § unico do art. 449.º é tão sómente para o fim de fazer reviver o direito do dono da nascente a dirigir sobre este predio as respectivas vertentes, com auctorização judicial, e pagando a indemnização devida, nos precisos termos do art. 446.º

Nem doutra maneira vemos como possam conciliar-se os artt. 446.º, 449.º, 2272.º e 2273.º do Codigo Civil.

89. Mas ainda sob este aspecto a redacção do art. 446.º do Codigo Civil é incorrecta, e muito longe está de corresponder ao pensamento do seu auctor — se acaso foi aquelle que acima lhe attribuímos.

Na verdade, fazendo a lei depender o direito de opposição á mudança do curso das aguas vertentes do facto destas terem por elle seguido *nos ultimos cinco annos*, occorre naturalmente perguntar se tal opposição será ou não legitima no caso d'ellas terem realmente seguido por certo lugar durante cinco annos, mas haverem tido outro no anno anterior á nova mudança operada?

Um exemplo dará maior relêvo ao nosso pensamento: Antonio dirigiu as vertentes da sua fonte, *por seis annos seguidos*, sobre o predio de Francisco; depois mudou-lhe o curso, dirigindo-as

sobre o predio de Manuel, para onde correram *durante anno e meio*; em seguida encaminhou-as para o predio de Paulo.

Poderá este oppôr-se á innovação com fundamento no art. 449.º do Codigoo Civil?

E' facil verificar que na hypothese não se objectivam todos os elementos exigidos no artigo citado, porque Paulo não poderá allegar na sua acção que Antonio mudou o curso seguido pelas aguas *durante os ultimos cinco annos*, pois a innovação foi apenas relativa ao curso seguido por ellas nos 18 mēses anteriores, em que correram sobre o predio de Manuel; e assim parece ser rigorosamente legal negar-lhe o direito de opposição.

No entretanto, os principios expostos levam naturalmente á soluçãoo contrária, porque não pôde comprehender-se como Paulo, que ao tempo da primeira innovação tinha já na lei garantido o seu direito a fazer voltar as aguas *ao seu curso anterior*, na phrase do art. 449.º perdesse depois esse direito, sem factoo seu que tal perda justifique.

E não menos de notar é tambem que esse direito de opposição ainda pertença a Manuel, por não terem decorrido os dois annos necessarios para a prescripção da acção (§ unico do art. 449.º), e Paulo, sobre cujo predio se não praticou factoo algum, que justificasse a sua vinda a juizo, tenha perdido esse mesmo direito.

Em meu entender, Paulo pôde accionar ainda o dono da nascente, e só perderá o seu direito se as vertentes correrem no seu predio durante dois annos seguidos.

O contrário seria annullar por completo o preceito do art. 449.º pois o proprietario da nas-

cente, quando pretendesse fazer a innovação, em vez de dirigir logo as vertentes sobre os predios, a que as destina, dirigi-las-hia por um dia, ou dois, sobre outro predio vizinho, com ou sem consentimento de seu dono, e só depois as encaminharia sobre aquelles. Tambem neste caso se não verifica a condição da mudança ser do curso seguido pelas aguas nos *ultimos cinco annos*, e por isso fallaria o preceito literal do art. 449.º, assim entendido.

Aquella phrase da lei, portanto, só pôde ter o entendimento que lhe damos; isto é: que se as aguas correrem durante cinco annos seguidos sobre certos prédios, só estes ficam desde então obrigados a recebê-las, nos termos em que o art. 446.º o determina; e, por isso, se o respectivo proprietario lhes dêr *nova* direcção, encaminhando-as sobre predios doutros vizinhos, podem estes oppôr-se ao factoo, e negar-se até á prestaçãoo da servidãoo legal, desde que o façam dentro de dois annos *a contar do dia em que as aguas foram de novo dirigidas sobre os seus predios*; mas, se este periodo de tempo decorreu sem que tal direito de opposição se exercesse, prescreve a respectiva acção, porque a lei justificadamente presume que *estes mesmos proprietarios* assentiram na mudança.

Tal assentimento, porém, não pôde ir prejudicar terceiros nos seus direitos, já realizados, pois a obrigação de receber as aguas vertentes se extinguiu pelo factoo de correrem por cinco annos seguidos sobre outros predios; e por isso bem podem elles vir a juizo com a sua opposição, sempre que o capricho do proprietario da nascente encaminhe as vertentes para os seus predios.

90. Definindo em termos muito genericos e incompletos os direitos dos proprietarios vizinhos, no caso de mudança do curso seguido pelas aguas vertentes nos ultimos cinco annos, deixou o nosso legislador de regular expressamente a situação dos proprietarios, que durante esses cinco annos receberam as aguas; sendo, por isso, natural perguntar qual seja legalmente essa situação relativamente aos predios para onde as aguas foram de novo encaminhadas?

Parece-nos que é ainda pelo art. 449.º que teremos de dar solução á difficuldade: e em face d'elle somos de parecer que esses proprietarios ficam sujeitos a receber de novo as vertentes, mediante indemnização, e depois de assim ter sido julgado, nos precisos termos do art. 446.º do Codigo Civil, emquanto ellas não tiverem seguido pelo novo curso durante cinco annos.

Quando este facto se verifique, podem então valer-se do preceituado no art. 449.º, oppondo-se dentro de dois annos á nova mudança, nas mesmas condições em que os outros proprietarios o podiam fazer, quando ellas pela primeira vez foram dos seus predios desviadas.

91. Temos assim definido, pelo estudo comparado dos artt. 446.º e 449.º do Codigo Civil, as condições em que pôde ter realização prática o preceito do primeiro d'aquelles artigos; mas restam-nos ainda averiguar, para complemento da sua análise, quaes os meios de que deve usar o proprietario, que por indústria descobrir no seu predio alguma nascente, a fim de obter a indispensavel

auctorização judicial para dirigir suas vertentes sobre os predios alheios, sujeitos a esta servidão.

O sr. conselheiro DIAS FERREIRA, commentando o art. 456.º do Codigo Civil, opina que para tal fim deve o proprietario usar do *processo especial* regulado no art. 544.º e seguintes do Codigo de Processo Civil, como se vê da seguinte passagem:

«Tambem ao poder judicial tem de recorrer o proprietario que quer encaminhar sobre os predios alheios, contra a vontade de seus donos, as vertentes de alguma nova nascente, que por industria descobriu no terreno, art. 446.º, *observando os termos prescriptos nos artt. 544.º e segg. do Codigo de Processo*, para se tornar effectiva alguma das expropriações reconhecidas nos artt. 456.º, 457.º, 460.º, 463.º, 2266.º e 2309.º do Codigo Civil. 1»

Não podemos conformar-nos com esta opinião, que é francamente repellida pelos artigos citados do Codigo de Processo Civil, entre os quaes se não encontra aquelle, de que estamos tratando.

E como o Codigo de Processo considera *nullidade insupprivel* o emprego de processo especial nos casos em que a lei o não admitte (art. 130.º, n.º 5.º), bem de vêr é que na hypothese em discussão forçoso se torna usar da acção de processo ordinario.

O proprio illustre escriptor, acima referido, se pronuncia neste sentido, commentando o citado art. 544.º do Codigo de Processo Civil, onde expressamente declara que «para quaesquer outros

1 Annot. ao Cod. Civ. (2.ª ed.), 1, 323.

casos de expropriação particular, não mencionados no artigo, forçoso é recorrer aos meios ordinarios, porque o Código não é nesta parte redigido como o Projecto primitivo, que estabelecia processo especial para as expropriações previstas nos artigos 446.º, 447.º, 448.º, 457.º, 460.º, 587.º, 2308.º e 2328.º do Código Civil, e para *os mais casos semelhantes.* <sup>1</sup>»

Na sua petição deverá o auctor allegar desde logo, não só os factos que legitimam a sua pretensão a dirigir as aguas vertentes sobre o predio do réu, mas tambem o preço que offerece como indemnização, e os motivos porque faz este offercimento, a fim de poder dar prova de taes factos, concluindo por pedir que o Réo seja condemnado a receber as ditas vertentes, mediante a indemnização proposta, ou a que, em substituição della, fôr arbitrada na sentença.

Quando, porém, o Réo se promptificar a consentir na servidão, e assim o declarar, por exemplo, em conciliação, só ha necessidade de recorrer ao juizo contencioso para fixar a indemnização, o que simplificará consideravelmente os termos da questão.

A primeira acção, respeitando á propriedade, exige a intervenção das mulheres dos interessados, nos termos geraes de direito; e por nossa parte tambem não deixariamos de observar a mesma regra quando se trate apenas da indemnização, porque representando esta o preço da *alienação forçada* de uma fracção do predio, só com a intervenção dos dois conjuges deverá considerar-se válida a sua fixação.

92. Estabelecida a servidão, por vontade e accordo das partes, ou forçadamente, importa saber quaes os direitos que em relação ás aguas ficam tendo os proprietarios servientes, e o proprietario dominante.

A este respeito, porém, nada diz o nosso Código em especial, devendo, por isso, applicar-se os principios geraes, que anteriormente expozemos, a proposito das aguas que decorrem naturalmente sobre os predios inferiores: os donos dos predios servientes têm o direito de usar livremente das aguas, que no mesmo predio entram abandonadas, ou não apropriadas, mas só dessas.

De modo que o proprietario dominante pôde consumi-las todas, aliená-las, ou mesmo dar-lhes novo curso, sem que aquelles a isso possam obstar, pois a lei só reconhece direito de opposição, neste ultimo caso, aos donos dos predios para onde as aguas são de novo dirigidas, como dissémos.

Quando, porém, o proprietario dominante só parcialmente d'ellas se utilize, ha de fazê-lo de fórma que não torne mais onerosa a servidão das vertentes.

93. Em tudo o que deixamos dito suppozémos, de harmonia com a opinião anteriormente enunciada <sup>1</sup>, que o art. 449.º do Código Civil só podia applicar-se ás aguas descobertas por industria do homem, e não ás *fontes naturaes*; mas em

<sup>1</sup> DIAS FERREIRA, *Annot. ao Cod. de Proc. Civ.* II, 83-84.

<sup>1</sup> Conf. **Supra**, 74.

contrário se pronuncia o sr. conselheiro DIAS FERREIRA, que a tal respeito escreve o seguinte:

«Se, porém, as aguas, ou descobertas naturalmente ou por indústria humana, tiverem seguido determinado curso durante os ultimos cinco annos, já não podem ser dirigidas sobre outros predios, ainda que sejam obrigados pela sua situação a recebê-las, contra vontade de seus donos, nem com indemnização, nem com auctorização judicial, art. 449.º<sup>1</sup>»

Tal doutrina é, no entanto essencialmente contradictoria com os principios fundamentaes da lei relativamente ás relações entre os predios superiores e os inferiores, quanto ás aguas que dos primeiros decorrem naturalmente para os segundos.

O artigo 2282.º do Codigo Civil, reconhecendo esta servidão como derivada da natureza dos logares, deu-lhe implicitamente natureza imprescriptivel, pois o art. 2279.º n.º 2.º como da sua propria situação resulta, é sómente applicavel ás servidões voluntarias.

Por isso, desde que tal servidão persiste por força da propria natureza, é bem de vêr que o facto do proprietario ter industrialmente desviado as aguas, ou sejam pluviaes, ou provenientes de fontes naturaes, do curso, que o declive dos terrenos lhe imposéra, para lhes dar outro, em nada modifica o encargo de as receber, que subsiste

sempre, não podendo prescrever em cinco annos, aquillo que é de sua natureza imprescriptivel.

Além disso, a propria lettra do art. 449.º do Codigo Civil exclue a hypothese, que estamos considerando, na expressão.— *dirigindo-as sobre predios de outros vizinhos*;— pois se as aguas são dirigidas pelo dono do predio para o novo curso, é porque este não é o curso natural, ou seja, o que as aguas seguem sem direcção de qualquer pessoa.

A doutrina contrária levaria aos mais extravagantes absurdos. Com effeito, se o proprietario da nascente natural dirigisse as suas vertentes sobre predios que pelo art. 2282.º do Codigo Civil não tinham obrigação de as receber, é claro que estes podiam fazer opposição ao facto emquanto a posse não tivesse a duração precisa para conduzir á prescripção da servidão, ou seja o minimo de 10 annos.

Por isso, suppondo que esta opposição teve logar passados 6 ou 7 annos, ficaria o proprietario da nascente absolutamente impossibilitado de dar sahida ás vertentes, desde que a estas aguas fosse applicavel o preceito do art. 449.º; porquanto, nos termos d'este artigo, os predios inferiores, que por lei tinham a obrigação de as receber, podiam oppôr-se á innovação; os outros predios vizinhos, não inferiores, com sobrada razão se opporiam, porque nem pelo art. 2282.º, nem pelo art. 446.º, eram obrigados a recebê-las; e aquelle para onde até então tinham corrido, não sendo tambem inferior (2282.º), e nem sendo obrigado a recebê-las porque o art. 446.º só falla de fontes industrialmente abertas, certamente seria

<sup>1</sup> DIAS FERREIRA, *Annot. ao Cod. Civ.* i, 318.

bem succedido na acção, deixando assim o proprietario da nascente na posse das vertentes, dentro do seu predio, sem ter para onde as dirigir!

Por taes motivos somos de opinião que o art. 449.º sómente se refere ás aguas descobertas por indústria do homem.

**XLIII.** — Disposições communs ás fontes naturaes e artificiaes. O proprietario de qualquer nascente não poderá mudar o seu curso costumado se d'ella se abastecerem os habitantes de qualquer povoação ou casal (*art.º 447.º*); mas se estes habitantes não houverem adquirido por justo titulo o uso das aguas referidas, poderá o proprietario exigir a devida indemnisação. (*art. 448.º*)

Esta indemnisação será proporcionada ao prejuizo que resultar para o proprietario de ser privado do livre uso das aguas, sem attenção ao proveito que de tal uso pode tirar a povoação (§ *un. do art.º 448.º*)

94. Para concluir o estudo do regimen normal da occupação das aguas das fontes ou nascentes que saem do predio onde nascem, e de harmonia com a ordem anteriormente estabelecida, <sup>1</sup> faltanos apenas analysar as disposições dos artigos 447.º e 448.º do Codice Civil, onde o nosso legis-

<sup>1</sup> Conf. *Supra*, **XL**, pag. 325.

lador estabeleceu uma importante restricção aos direitos attribuidos no art. 444.º ao proprietario da nascente, quer ella brote expontaneamente do solo quer haja sido descoberta por industria do homem, — pois nenhuma distincção faz a tal respeito a lei, nem motivos ha para especialmente as distinguir.

Com effeito, desde que os habitantes de qualquer povoação ou casal se abastecam das aguas d'uma nascente, prohibe a lei ao proprietario d'esta mudar o curso costumado d'ellas; o que substancialmente importa uma limitação não só ao direito de *se servir* d'essas aguas, mas tambem ao de *dispor d'ellas* livremente, conforme lhe era facultado pelo citado art. 444.º do Cod. Civ. — visto que tanto o uso como a alienação livres das aguas são incompativeis com a obrigação legal de conservar o seu curso costumado.

Isto, porém, não quer dizer que o proprietario fica em absoluto privado d'aquelles direitos, mas sómente que no exercicio d'elles tem sempre de respeitar as garantias por lei concedidas aos habitantes da povoação ou casal, que das aguas se abastecem.

A razão justificativa d'esta restricção encontra-se no conhecido principio de que o *interesse público prevalece sobre o interesse privado*, tantas vezes applicado no Cod. Civ., e acceito em todas as legislações como norma fundamental de direito.

E' uma especie de servidão sobre o predio onde a nascente brota, uma limitação do direito de occupar livremente as aguas imposta pela lei, em favor da collectividade, e dentro dos limites traçados, em geral, ao direito de propriedade no

art. 2359.º do Cod. Civ.; pois ao mesmo tempo que o proprietario fica privado de mudar o curso da nascente, é-lhe garantido o direito a ser indemnizado dos prejuizos que soffrer com a privação do livre uso das aguas (art. 448.º).

Ao contrario, porém, do que succede ordinariamente nos casos de expropriação por utilidade publica, em que a indemnisação é préviamente paga, aqui dá-se a privação real do direito do proprietario antes do respectivo pagamento, que legalmente só mais tarde poderá exigir.

E' que sendo a agua um elemento essencial para a vida, não podia a lei privar d'ella os habitantes de qualquer povoação até que se ultimassem os termos ordinarios do processo de expropriação, sempre demorados, ainda mesmo que seja declarada *urgente*. A necessidade do abastecimento da povoação impõe-se por si mesma, e não comporta delongas: por isso o legislador lhe dá immediata satisfação, garantindo ao mesmo tempo os interesses do proprietario com a indemnisação posterior.

95. — Na prohibição de mudar o *curso costumeado* das aguas — que tanto pode ser o seu *curso natural* como outro — vão implicitas duas ordens de limitações aos direitos do proprietario da nascente, definidos no art. 444.º do Cod. Civ. — ou seja, como acima dissemos, ao *direito de se servir d'ellas livremente*, e ao *direito de livremente dispôr do seu uso*.

Isto resulta não só dos fins, que o legislador se propôs alcançar com as disposições dos artt. 447.º e 448.º, mas da propria letra da lei: *dos fins do legislador*, porque tendo este em vista assegurar

o abastecimento de aguas á povoação, claro é que não podia deixar ao proprietario liberdade para d'ellas usar á sua vontade, tornando-as improprias para o consumo pessoal dos habitantes da mesma povoação, ou o direito de as alienar a terceiro, que *pelo seu curso costumeado* as conduzisse em seu exclusivo proveito, incompativel com o pretendido abastecimento da povoação; e resulta tambem *da propria letra* da lei, porque no art. 448.º e seu §, expressamente se declara que o proprietario será indemnizado do prejuizo que para elle resultar de *ser privado do livre uso das aguas*, e, consequentemente, da *livre disposição d'esse uso*, pois ninguem pode alienar o que lhe não pertence.

D'aqui resulta que o proprietario só pode usar das aguas por modo que não altere e torne improprias para o consumo público as necessarias ao abastecimento da povoação; e bem assim que só pôde consumir ou alienar as que excederem as necessidades dos respectivos habitantes.

96. — Quaes são porém, as condições em que esta restrição aos direitos geraes do proprietario da nascente se verifica legalmente?

Importa defini-las nitidamente, pois tendo os preceitos dos artt. 447.º e 448.º do Codice Civil character excepcional, são de interpretação restricta, só podendo, consequentemente, applicar-se aos casos nelles especificados (Codigo Civil, art. 11.º)

Ora pelo exame d'esses artigos vê-se que o seu preceito só é applicavel quando concorram os requisitos seguintes:

1.º) que as aguas sejam necessarias aos habitantes d'uma povoação ou casal;

2.º) que estes estejam na posse de usár d'ellas;

3.º) que essas aguas sejam por elles aproveitadas fóra do predio onde nascem; e, finalmente,

4.º) que os mesmos habitantes não tenham adquirido direito a ellas por justo titulo.

Taes são as condições leaes, em que, a juizo nosso, o proprietario da nascente fica obrigado a não mudar o curso costumado das aguas, embora um exame menos attento da lei possa conduzir a solução diversa.

97. A primeira condição indicada—*necessidade das aguas*—vem implicita na palavra *abastecem*; do art. 447; porque *abastecer* significa litteralmente—*prover do necessario*.

Nem d'outra fórma se justificaria a disposição da lei, pois se os habitantes da povoação ou casal não tivessem necessidade das aguas para os seus gastos domesticos cessava a razão de interesse publico, que restringe o exercicio dos direitos geraes do proprietario.

O pensamento fundamental do legislador, que aqui se manifesta apenas no emprego a proposito d'aquella palavra, foi, porém, mais claramente expresso no art. 440.º do Codigo Civil, que estabelece em relação ás correntes communs um preceito analogo ao do art. 447.º, e no qual expressamente se faz referencia á *agua necessaria para os gastos domesticos*; mas determina-se mais no § 1.º que a servidão só se dará, verificando-se que

os vizinhos *não podem haver agua de outra parte sem grande incommodo ou difficuldade*, principio que não considerámos applicavel no caso do art. 447.º, como adeante veremos.

Aquella mesma ideia vinha expressa no Codigo Civil francês, art. 643, que foi certamente a fonte do nosso Codigo nesta materia, como do seu confronto se vê. <sup>1</sup>

Devemos, no entretanto, observar que a lei se refere apenas a *necessidades da collectividade*, e não ás que especialmente possa ter um ou outro habitante da povoação ou casal. São as *necessidades communs* que o legislador teve em vista satisfazer; e por isso só pode ser invocado o art. 447.º no caso d'aquelles habitantes se utilisarem das aguas nos seus gastos domesticos, dessedentação de animaes, e porventura ainda, segundo a corrente dos civilistas, nos serviços de irrigação das ruas e outros identicos de hygiene pública, que a todos aproveitam, e são indispensaveis á vida da povoação.

Não succede assim, porém, com a irrigação de

<sup>1</sup> Codigo Civil Francês, art. 643.º: *Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village, ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas encore acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.*

Esta disposição legal já não vigora, actualmente, em França, por terem sido modificados os artigos 641.º a 643.º do Codigo Civil por lei de 8 de abril de 1898, cuja disposição, na parte correspondente áquelle artigo, é a seguinte: *Il ne peut pas non plus (le propriétaire de la source) en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau l'eau qui leur est nécessaire, mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.*

Esta ultima redação torna mais claro o pensamento do legislador sobre as restrições impostas ao proprietario relativamente ao uso das aguas; e, segundo alguns auctores, amplia tambem o antigo preceito ás aguas que não saem do predio onde brotam.

propriedades particulares da maioria, ou mesmo da totalidade dos habitantes, ou de terrenos comuns, porque taes factos se não podem comprehender na expressão = «*se d'ella se abastecerem os habitantes de qualquer povoação ou casal,*» = usada no cit. art. 447.º

Além d'isso, e para dar observancia aos mesmos principios, ao averiguar-se das necessidades collectivas não deve tambem attender-se ao facto de terem os referidos habitantes poços ou quaesquer outras nascentes em predios seus, particulares, onde os respectivos donos possam ir abastecer-se da agua necessaria aos seus gastos; mas tão sómente *das fontes de uso publico ou commum*, onde todos possam ir abastecer-se *ut cives*, ou seja pela simples qualidade de moradores da povoação ou casal.

D'este modo póde dar-se até a circumstancia de todos, ou quasi todos os habitantes terem aguas para os seus proprios gastos, e, todavia, não as ter a collectividade, a povoação ou casal. N'este caso é ainda bem invocado o preceito do art. 447.º

98. — Tambem a lei exige que os habitantes da povoação estejam na *posse das aguas*, quando no art. 447.º diz: *se d'ella se abastecerem*; porque estas palavras claramente significam que a povoação ou casal *está fazendo uso* das aguas.

A redacção da primeira parte do art. 448.º confirma a nossa opinião, suppondo que aquelles habitantes não adquiriram o dicto uso por titulo legitimo.

E nem d'outra forma podia ser; porque mal se comprehenderia a restricção do principio geral do

art. 444.º do Cod. Civ., nos termos em que foi expressa no art. 447.º, se a necessidade das aguas se não patenteasse no facto do seu uso.

Por isso, embora sejam escassas as aguas de que podem utilizar-se para os seus gastos domesticos os habitantes de qualquer povoação ou casal, nem por isso os proprietarios de qualquer nascente ficam privados de lhe dar ou alterar o curso nas condições geraes anteriormente expostas; e só podem ser privados d'este direito por meio da competente expropriação por utilidade publica, segundo o direito commum, quando os mesmos habitantes não estejam na posse de se abastecerem das respectivas aguas.

Certo é, no entanto, que sendo a posse um meio de adquirir direitos, e tendo na lei acções especiaes, que a tutelam e garantem — as chamadas acções possessorias — poderá, talvez, extranhar-se a doutrina exposta, por se considerar inutil o preceito do art. 447.º como garantia especial d'um direito, que por outros meios poderia ser assegurado.

Mas a objecção não procede, porque as acções possessorias, servindo apenas para garantia da posse, quando esta seja revestida de certos requisitos, que na hypothese do art. 447.º nem sempre se verificam — nomeadamente, e como regra geral, a sua duração por mais d'um anno (art. 489.º) — nem davam satisfação ás necessidades da povoação, com character de permanencia, porque o proprietario da nascente as inutilisaria por meio das acções de reivindicacção do dominio; nem podiam mesmo obstar a que elle desviasse as aguas do seu curso costumado, privando do seu uso a povoação, pelo menos temporariamente, até que a restituicção da

posse fosse judicialmente decretada, se acaso o pudesse ser — o que na maior parte dos casos seria impossível, porque a posse referida, recahindo apenas sobre as vertentes que o proprietario não queria aproveitar, não invalidaria o direito de livre uso e livre disposição, que lhe é garantido no art. 444.º

Ora o nosso legislador procura primordialmente, com a disposição do art. 447.º, evitar que a povoação ou casal seja privado do uso das aguas; e como este fim não podia ser alcançado com os principios geraes relativos á tutela da posse, estabeleceu o preceito especial d'aquelle artigo, que era, na verdade, indispensavel.

98 bis. Mas, perguntar-se-ha: se os meios possessorios não podem ser usados proficuamente contra o proprietario da nascente, tambem o não poderão ser contra terceiros?

Suppondo, por exemplo, que um proprietario, em cujo predio as aguas não brotam nem é pelas vertentes atravessado, vem perturbar ou esbulhar a povoação do uso d'ellas quer inquinando-as por forma a tornar impossível o seu consumo nos costumados gastos domesticos, quer apropriando-se d'ellas no exclusivo interesse do seu predio, — qual o meio legal dos habitantes se manterem, ou restituirem ao goso das mesmas aguas?

Aqui é manifesto que não tem applicação o art. 447.º do Codigo Civil, que não abrange tal hypothese, visto regular apenas as relações entre o proprietario da nascente e os habitantes da povoação ou casal; mas pôde, a meu juizo, recorrer-se aos meios possessorios, e até de prefe-

rencia á manutenção ou restituição da posse por força e auctoridade propria. (Codigo Civil, artigo 486.º)

98 ter. Julgâmos, porém, que devem ser para este effeito equiparados ao proprietario da nascente, aquelles por cujos predios as aguas passam depois de sahirem do predio onde nasceram, até chegarem ao lugar onde são aproveitadas pela povoação, porque d'outra fôrma ficaria letra morta o preceito do art.º 447.º

O que importava, na verdade, que o proprietario da nascente ficasse privado de mudar o seu curso costumado, e de se utilizar livremente das aguas, em attenção ás exigencias superiores da collectividade, desde que os proprietarios que recebem as vertentes podessem consumi-las todas, adulterá-las, ou mudar-lhes o curso?

Seria um verdadeiro contrasenso, que jamais poderia admittir-se como principio da lei.

Por isso é uniforme a doutrina dos escriptores a este respeito, subordinando ás mesmas limitações o proprietario da nascente, e os donos dos predios atravessados ou banhados pelas aguas de que se trata; com o fundamento de que, prevalecendo o direito da commuidade sobre o do proprietario da fonte, com mais forte razão deve prevalecer sobre o dos outros proprietarios, cujo direito ás aguas é eventual, pois bem pôde aquelle privá-los d'ellas, já consumindo-as todas, já cedendo-as a outra pessoa. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> B. LACANTINIERE, *Precis de Droit civil*, 8.ºº edit. 1673, pag. 905.

Porém, quanto á indemnisação que lhes é devida, deve fazer-se distincção entre uns e outros, porque diversa é tambem a sua respectiva situação, como adiante diremos.

99. A terceira condição indicada na lei refere-se ao logar onde as aguas são aproveitadas pelos habitantes da povoação ou casal; e a este respeito dissemos ser indispensavel que os habitantes da povoação ou casal se aproveitem das aguas fóra do predio onde ellas nascem.

Com effeito o art. 447.º, prohibindo a mudança do *curso* costumado, indica desde logo que o seu preceito se refere apenas a aguas que formam *corrente*; pois outra cousa não significa aquella palavra. Ora a corrente só apparece juridicamente, desde que as aguas transpõem os limites do predio onde nascem, ou para onde foram conduzidas por seu dono.

Além d'isso, ao definir a natureza da indemnisação devida ao proprietario da nascente, diz o § un. do art. 448.º que ella será proporcionada ao prejuizo que para elle resultar do facto *de ser privado do livre uso da agua*; não fazendo referencia alguma á servidão de passagem, que ordinariamente teria de estabelecer-se, se os habitantes fossem occupar as aguas dentro do predio onde nascem — ou para onde foram por elle conduzidas, pois as duas situações são equivalentes.

Esta omissão significa que o legislador só tem em mira neste artigo o caso das aguas serem utilizadas pelo publico fóra do predio onde brotam.

E como, por outro lado, os proprietarios, que recebem as vertentes, egualmente não são obriga-

dos a consentir a entrada nos seus predios aos habitantes da povoação, a não ser nos casos em que a lei *expressamente* o determina, segue-se que o preceito do art. 447.º tambem não abrange a hypothese de serem as aguas indevida ou abusivamente occupadas nesses predios — salvo se por justo titulo houverem adquirido direito a entrarem n'elles para aquelle fim.

Consequentemente, a hypothese regulada naquelle artigo é a dos habitantes da povoação ou casal *se abastecerem da agua em logar onde tenham livre accesso*, v. gr., se ella passa por terrenos publicos ou communs, ou n'alguma estrada publica, etc. Se assim não fosse, decerto não deixaria o legislador de reconhecer, aos proprietarios prejudicados, direito a serem indemnizados dos prejuizos que padecessem com o transito pelos seus predios, como expressamente fez, para um caso analogo, no art. 440.º

Desde que o legislador apenas prohibe a *mudança do curso costumado* das aguas, sem referencia á servidão de transito, ou a qualquer outro encargo, que naquelle se não comprehenda, prevalecem os principios geraes da propriedade, por serem os preceitos indicados de intrepreatação restricta, como excepções ao direito commum.

Ora um d'esses principios geraes é o do art. 2339.º do Cod. Civ., onde expressamente se dispõe que «o proprietario tem direito de gosar da sua cousa *com exclusão de qualquer outra pessoa*, e de empregar para esse fim todos os meios, que as leis não vedam»; sendo um d'esses meios o *direito de tapagem*, definido no art. 2346.º, que permite a todo o proprietario «murar, vallar e rodear de sé-

bes a sua propriedade, ou tapa-la de qualquer modo» — o que evidentemente exclue a obrigação de alli dar entrada aos supraditos habitantes.

Estes direitos do proprietario, que são elementos constitutivos do dominio (art. 2169.º), não têm outros limites senão aquelles que lhes forem assignados pela natureza das cousas, por vontade do proprietario, ou *por disposição expressa da lei*; e como nem a lei expressamente impõe ao proprietario da nascente, ou a qualquer outro, a obrigação de darem pelos seus predios accesso ás aguas, nem esta servidão deriva da vontade do proprietario ou da propria natureza das cousas, é logico concluir que os habitantes da povoação ou casal não podem utilizar-se das aguas senão em logares publicos ou communs, onde têm livre accesso.

99, *bis*. — Mas quando as aguas não saem do predio onde nascem, ou quando os habitantes referidos as não utilizam nas condições expostas, nem por isso ficam inteiramente privados de direito para coagirem o proprietario da nascente a cedê-lhas em beneficio do publico. Apenas, em casos taes, lhes não é permittido acolherem-se ao beneficio do citado art. 447.º do Cod. Civ., tendo de proceder segundo as regras do direito commum, *expropriando-se por utilidade publica* as aguas e servidões accessorias, e até do proprio predio, ou da parte d'elle que fôr precisa para tal fim. E, sob este aspecto, se a situação do publico peora, porque a expropriação envolve a *prévia* indemnisação do proprietario, e demanda algum tempo para que o uso das aguas pelos habitantes se torne effectivo; é certo tambem que as condições em que esta

expropriação pode ser decretada são mais favoraveis do que as reclamadas pelo art. 447.º

Na verdade, a expropriação da agua pôde ter logar desde que nisso haja *utilidade* para a povoação; ao passo que a regra do art. 447.º só é applicavel quando as aguas sejam *necessarias* aos respectivos habitantes — isto é — quando elles não possam de modo algum passar sem ellas.

Por isso, se na povoação houver fontes de uso publico, ou outras aguas, que os moradores possam utilizar, embora com grande incommodo seu, já lhes não aproveita o preceito do art. 447.º, porque neste caso, embora as aguas lhes sejam *uteis*, não pode em rigor dizer-se que lhes sejam *necessarias*; mas pode ter logar a expropriação por utilidade publica, decretada em harmonia com as regras geraes, porque á povoação é conveniente prover-se das aguas com menor incommodo.

Esta differença é importante, e salienta bem o principio fundamental que informa os preceitos dos artt. 447.º e 448.º do Cod. Civ., justificando ao mesmo tempo a situação privilegiada da povoação creada por estes artigos <sup>1</sup>.

100. A ultima condição que mencionámos para dever applicar-se o art. 447.º é que *os habitantes da povoação ou casal não tenham adquirido direito ás aguas por justo titulo*.

Não falla d'ella expressamente a. nossa lei; e até parece indicar no art. 448.º, ao regular expressamente a indemnisação devida neste caso ao proprietario da nascente, que o art. 447.º, na genera-

<sup>1</sup> Conf. *Supra*, 94, pag. 372.

lidade da sua disposição, abrange também as águas a cujo uso os referidos habitantes hajam adquirido direito por título justo.

Entendemos, porém, que assim não é, porque aquelle preceito seria completamente inutil nesta ultima hypothese, que está sujeita aos principios geraes, consignados no art. 444.º

Com effeito, se os habitantes têm direito ao uso das águas, legitimamente adquirido, é pelo respectivo título de aquisição que devem regular-se as relações reciprocas entre elles e o proprietario da nascente; não podendo esse título deixar de prevalecer sobre a disposição do art. 447.

Assim, por exemplo, se o dono da nascente contractou com a povoação ou casal, por meio dos seus legaes representantes, a cedencia total ou parcial da agua, combinando-se os termos em que elle deveria encaminhar essas águas para os logares em que o publico as aproveitaria, é claro que este contracto terá de ser mantido nos seus precisos termos, independentemente da disposição do art. 447.º

Alem d'isso, se a aquisição tiver derivado da prescrição anterior ao Código Civil— visto que tal direito não pode ser posteriormente adquirido por este meio (art. 439 e § un. do art. 444.)—é também evidente que a mudança do curso não poderia ter logar, ainda que não existisse o art. 447.º, porque seria contrária ao proprio art. 444.º, que nas faculdades de livre uso e disposição concedidas ao proprietario reserva os direitos que terceiro haja adquirido sobre as águas por título justo.

Por outras palavras: o proprietario da nascente não póde mudar o curso costumado das águas,

quando os habitantes da povoação ou casal hajam adquirido por justo título o direito de usarem d'ellas, porque lh'o veda expressamente o art. 444.º do Código Civil, que ao dar-lhe o direito de livremente usar e dispor d'ellas, resalvou o direito que algum terceiro tenha adquirido a esse uso por título justo.

E desde que o art. 444.º lhe não concedeu aquelle direito, é claro que o art. 447.º é inapplicavel á hypothese; porque envolvendo uma restrição áquelle, só pode affectar os direitos alli reconhecidos.

O art. 447.º estabelece uma *servidão legal*; o direito de uso adquirido por título justo pelos habitantes da povoação, constitue, pelo contrario, uma *servidão voluntaria*. Os preceitos que respectivamente as regulam não podem, consequentemente, ser os mesmos, porque diversa é a sua natureza.

Taes são as razões que nos leváram a especificar esta ultima condição, como estando implicita no art. 447.º

101. Comparando a disposição do art. 447.º com a do art. 444.º, nota-se desde logo que o primeiro falla no *proprietario de qualquer nascente*, ao passo que o segundo falla no *dono do predio onde houver alguma fonte ou nascente*; sendo também usadas fórmulas equivalentes a esta ultima nos arts. 446.º e 449.º

Esta differença de redação, porém, não significa que o legislador quizesse attribuir, no art. 447.º, a *propriedade* das águas ao dono do predio onde ellas brotam, porque a especie é a mesma de que fallam os restantes artigos, e nestes é bem claro,

como anteriormente mostrámos, o pensamento contrario <sup>1</sup>. Ella explica-se pela influencia do art. 643. do Codigo francês, sua fonte proxima, que tambem falla em *proprietario da fonte*; e ainda porque talvez com esta redação o nosso Codigo quizesse igualmente sujeitar á regra do artigo não só o dono do predio onde as aguas brotam, mas tambem aquelles, que a taes aguas tenham direito, embora não sejam donos do predio.

Pode, com effeito, acontecer, e na realidade muitas vezes acontece, que o direito de usar e dispôr das aguas não pertence ao dono do predio onde ellas nascem, ou por este o haver cedido legitimamente a outra pessoa, ou porque esta o adquiriu por outro titulo legitimo. Ora nestes casos certamente o art. 447.º tem de ser applicado, porque cabem perfeitamente na sua redação e no seu espirito; pois o facto do dono do predio se achar substituído por outro no exercicio dos direitos que lhe pertenciam, não pode obstar a que este soffra as limitações que do seu actual direito eram accessorias quando elle o adquiriu.

Por isso entendemos que a expressão *proprietario da nascente*, usada no art. 447.º, não suppõe a ideia de *propriedade* sobre as aguas, mas apenas quer abranger no preceito do mesmo artigo tanto o dono do predio onde ellas nascem, como aquelles que hajam adquirido por justo titulo o direito de usar e dispor das mesmas aguas, embora nada tenham com o dominio do predio. Tal expressão designa, portanto, *aquelle que tem o direito de usar e dispôr das aguas*.

<sup>1</sup> Conf. *Supra*, 61, pag. 308.

102. D'esta maneira comprehende-se igualmente no preceito do art. 447.º o caso das aguas serem total ou parcialmente conduzidas do predio onde nascem para outro, onde são pelo respectivo proprietario utilizadas.

E aqui duas hypotheses se podem dar: α) abastecerem-se d'ellas os habitantes da povoação ou casal no aqueducto ou rego, que as conduz de um para o outro predio; β) ou serem por elles occupadas só as vertentes do segundo predio.

Esta ultima hypothese regula-se evidentemente pelos principios expostos, pois, como já tivemos occasião de dizer, o dono do predio para onde as aguas são propositadamente conduzidas e utilizadas é equiparado em direito áquelle em cujo predio as aguas brotam; e sobre este vae tambem reflectir-se, por não poderem as aguas ser derivadas d'aquelle para outro curso.

Mas succederá o mesmo na primeira hypothese?

Entendemos que sim. A lei prohibe ao proprietario de qualquer nascente a mudança do seu curso costumado quando d'ella se abasteçam os habitantes da povoação ou casal; e curso costumado é tambem aquelle, que as aguas seguem quando vão de um para outro predio.

Além disso a razão justificativa do art. 447.º manda igualmente incluir no seu preceito este caso especial.

103. Verificadas as condições expostas, e por força do preceituado no art. 448.º, tem o proprietario da nascente direito a ser indemnizado do prejuizo que soffrer com o facto de ficar privado do *livre uso das aguas*.

E assim devia ser, na verdade; pois se é certo que a restrição dos direitos d'aquelle proprietario é reclamada pelo interesse publico, não tem por fim, no entanto, como a servidão do art. 2282.º e outras, disciplinar o direito de propriedade, mas obrigar o proprietario a ceder, em beneficio de terceiros, direitos que a propria lei lhe reconhece.

E' uma das hypotheses comprehendidas no art. 2359.º, visto que o proprietario é por lei obrigado a alhear o que lhe pertence.

A indemnisação deve, por consequencia, ser proporcional á extensão do direito assim alheado, a qual varia de caso para caso, conforme a situação e abundancia da nascente, a natureza do predio, a maior ou menor escassez de aguas na região, e muitas outras, que ao prudente criterio do juiz fica reservado apreciar.

O nosso codigo estabelece apenas, como principio, que *a indemnisação será proporcionada ao prejuizo que resultar para o proprietario, de ser privado do livre uso das aguas, sem attenção ao proveito que de tal uso pode tirar a povoação* (§ unico do art. 448.º); mas a apreciação d'aquelle prejuizo em cada caso particular, como questão de facto, está naturalmente sujeita ao debate contradictorio das partes, sobre o qual o juiz terá de pronunciar-se.

Não ha, pois, regras especiaes a formular como criterio d'aquelle avaliação; mas é, em todo o caso, essencial que ella seja orientada pelo conhecimento dos principios que restringem os direitos do proprietario da nascente, pois só assim poderá saber-se qual a extensão do direito forçadamente alheado.

Não pode, consequentemente, nessa difficil apreciação, esquecer-se que o proprietario da nascente

só não pode mudar o curso costumado *das aguas necessarias ao abastecimento da povoação ou casal*, ficando-lhe livre o direito de usar e dispôr das restantes, mas de modo que não torne aquellas improprias para o consumo publico.

Por isso é de elementar conveniencia que na respectiva acção se dividam convenientemente as aguas, separando as que forem precisas para uso da povoação, afim de que o proprietario possa usàr e dispôr livremente das restantes. Cremos bem que a realisação d'este facto não offerece grandes difficuldades praticas; mais de uma vez temos visto proceder assim, e o temos aconselhado como seguro meio de apaziguar questões, para a divisão de aguas entre varias pessoas. <sup>1</sup>

Divididas assim as aguas mais facilmente se poderia fixar o valor do prejuizo, pois se ficava desde logo sabendo qual a quantidade d'ellas, que o proprietario não podia utilizar.

Alem d'isso é tambem preciso attender ao uso que d'ellas fazem os habitantes da povoação; pois sendo, por exemplo, destinadas á lavagem das ruas,

<sup>1</sup> Os meios de realisar praticamente estas divisões, que no exercicio da advocacia temos observado, são muito variados. Podemos citar alguns:

a) quando algum dos interessados tem direito de preferencia ao uso das aguas para certos fins, nomeadamente para mover um moinho, lagar de azeite, ou qualquer outro motor, calcula-se o volume de agua necessario para aquelle fim, e colloca-se um tubo na levada ou aqueducto, para dar entrada ás referidas aguas, por modo que só passam adiante, na levada, as que sobem acima do mesmo tubo. Outras vezes consegue-se este mesmo resultado por meio de registos de pedra, collocados na levada.

Estes feacis meios de divisão podem ser utilizados na execução dos artt. 447.º e 448.º

b) Quando a divisão tem de ser feita em partes eguaes, ou proporcioneas, então é facilimo consegui-lo, repartindo a levada em tantas, quantos os interessados.

GIANZANA, na sua importante monographia *La teorica delle acque private*, apresenta, com varios desenhos, a descripção dos processos mais usados em Italia para fazer a medição das aguas, e, portanto, a sua divisão.

ou á dessedentação dos animaes, não é tão consideravel a restrição do direito de uso do proprietario, visto como elle pode ainda servir-se d'ellas para certos effeitos, que as tornariam improprias para *uso pessoal* dos habitantes, mas não para os fins indicados.

Na verdade, se as aguas são para serviços de hygiene pública, como a rega das ruas, o proprietario poderá certamente utilisá-las em piscinas, viveiros de peixe, lavar hortaliças, etc; se a povoação sómente d'ellas usa para dessedentar o seu gado, ainda o proprietario lhes poderá dar aquellas ou semelhantes applicações; as quaes, todavia, devem considerar-se incompativeis com a utilização das aguas na bebida do homem, preparação das comidas, etc.

E se assim varia, segundo o aproveitamento das aguas pela povoação, a situação juridica do proprietario da nascente, é claro que na avaliação dos seus prejuizos não pode deixar de se attender tambem a estes factos.

Mais ainda: as aguas podem ser directamente colhidas no leito da corrente, rego ou aqueducto; ou podem ser recolhidas pelos dictos habitantes em reservatorios, onde as vão depois aproveitar.

Este facto é tambem importante na avaliação, porque, no primeiro caso, os habitantes da povoação ou casal só excepcionalmente usarão das aguas durante a maior parte da noite, e por isso bem pode aproveitar-las no seu predio o proprietario da nascente, ou mesmo aliená-las durante esse tempo em que o público as não precisa; ao passo que no segundo caso a privação das aguas é permanenté, e por isso de maior valor o encargo.

**103, bis.** A natureza do predio onde as aguas brotam, ou para onde são conduzidas, e a escassez maior ou menor d'ellas na região, e em especial nos dictos predios, são tambem circumstancias que devem ser devidamente ponderadas na avaliação dos prejuizos.

Assim é que um predio, que não seja *apropriado* ou *apropriavel* a culturas, cuja produção demande irrigações artificiaes, a privação do livre uso das aguas não é tão onerosa como nos predios, onde aquellas circumstancias se verifiquem. E dizemos propositadamente *apropriado* ou *apropriavel*, porque o facto do predio estar de pousio, plantado de vinhago, pinhal, ou com outras culturas, que não reclamam immediata utilização das aguas, pouco deve influir na avaliação do prejuizo, porque, sendo puramente accidental, pode desaparecer em pouco tempo, tornando-se então as aguas necessarias á regular exploração agricola do terreno.

Isto se tem visto recentemente em muitas regiões do nosso país onde o phyloxera restituiu á cultura cerealitera muitos terrenos anteriormente occupados por vinhas.

Mas ainda que o predio seja de ordem a não carecer de irrigações, é preciso olhar ás condições dos predios vizinhos, pois se na região ha falta de aguas, estas têm valor consideravel para o proprietario da nascente, que facilmente as poderá ceder a terceiro por boa remuneração.

E este será, talvez, o caso em que mais frequente applicação terá o preceito do art. 447.º; pois se a região fôr abundante em aguas, difficil será encontrar povoação ou casal onde não haja fontes publicas.

103. *ter.* A variedade enorme de circunstancias que podem influir na avaliação dos prejuizos soffridos pelo proprietario da nascente torna impossivel á melhor previsão regista-las individualmente; mas não queremos deixar de referir-nos especialmente a um caso, em que as apparencias podem facilmente induzir em erro.

Deverá, com effeito, attender-se, na determinação dos prejuizos do proprietario da nascente, á impossibilidade em que elle se encontra de abrir novas fontes no seu predio, que façam diminuir as aguas referidas?

Em primeiro lugar devemos notar que a questão sómente pode levantar-se, quando o proprietario da nascente seja o dono do predio onde ella brota; visto que nos outros casos tambem aquelle não pode explorar novas aguas (art. 450.º).

Mas em relação ao dono do predio a solução justa do problema envolve claramente a prévia averiguação d'uma outra questão, qual é a de saber se a *prohibição de mudar o curso costumado das aguas importa igualmente a prohibição de as fazer diminuir ou seccar por meio da exploração de novas fontes.*

A este respeito temos a opinião de que o art. 447.º não prohibe ao dono do predio a exploração de novas fontes ou nascentes, porque falla sómente de aguas já exploradas, ou que brotam e *correm* á superficie do solo, e não de aguas subterraneas.

Por isso, se outros preceitos legaes o não prohibissem, bem podia o dono do predio, ou qualquer outro proprietario, abrir novas nascentes, embora fosse prejudicar aquellas aguas de que se abaste-

cem os habitantes de qualquer povoação ou casal.

Não podem, porém, fazê-lo, porque esse facto é prohibido pelo art. 451.º do Cod. Civ., que em nosso entender comprehende no seu preceito as aguas de que estamos tratando, como noutra logar dissemos <sup>1</sup>.

Do exposto resulta que na avaliação dos prejuizos, a que se refere o art. 448.º, não deve ser tomada em consideração a impossibilidade de explorar novas fontes ou nascentes no predio onde aquellas aguas brotam. Esta prohibição legal não é do art. 447.º, nem affecta sómente o dono d'este predio, pois resulta do art. 451.º, e é commum a todos os proprietarios, qualquer que seja a situação dos respectivos predios <sup>2</sup>.

104. Dissemos anteriormente que a disposição do art. 447.º não abrangia só o proprietario da nascente, mas tambem os donos dos predios inter-

<sup>1</sup> Conf. *Supra*, 58, pag. 286 e 289.

<sup>2</sup> Encontrámos já como advogado uma hypothese curiosa, onde se fez applicação muito engenhosa do preceito do art. 451.º do Cod. Civ. O dono d'uma importante propriedade explorou nella varias nascentes, que augmentáram consideravelmente o seu valor; mas sabendo que um proprietario vizinho se propunha imitar-lhe o exemplo, e receando que este lhe cortasse aquellas aguas, facultou o uso d'ellas ao público, construindo na extrema do predio uma fonte com duas bicas, onde o povo se vae abastecer, revertendo as sobejas ao mesmo predio por uma engenhosa disposição da obra.

Esta cedencia gratuita das aguas, com expressa reserva dos sobejos da fonte, foi acceita pela camara, e reduzido o contracto a escripto; por modo que tornando-se aquellas aguas legalmente de *uso publico*, e ficando como taes ao abrigo do art. 451.º do Cod. Civ., teve o proprietario vizinho de suspender a exploração iniciada, para se não ver forçado a *repór as cousas no seu estado anterior*.

O proprietario das nascentes conseguiu por esta fórma assegurar-se o uso das aguas á *sombra do interesse publico*, com o sacrificio d'uma pequena parte d'ellas, que é utilizada pela povoação.

medios entre aquelle onde as aguas brotam, e o lugar onde os habitantes da povoação se vão abastecer d'ella. <sup>1</sup>

Por isso é de razão que tambem aqui façamos especial referencia á sua situação juridica relativamente á indemnisação dos prejuizos, que soffrerem com o exercicio dos direitos da collectividade sobre aquellas aguas.

Estes proprietarios não teem direito a reclamar do proprietario da nascente qualquer porção de agua, e apenas o de se servirem livremente e disporem d'aquellas que entrarem nos seus predios.

Este livre uso das aguas é de todo, ou parcialmente, perdido, desde que os habitantes da povoação adquiram legitimamente direito ás aguas, ficando em todo o caso o predio onerado com a servidão de aqueducto.

A sua situação é, pois, muito semelhante á que deriva da servidão forçada de aqueducto, regulada no art. 456.º do Codigo Civil, segundo o qual o proprietario serviente tem tambem direito a indemnisação dos prejuizos que padecer.

Em taes condições, tomando em consideração o character accidental e precario do uso das aguas, a avaliação dos prejuizos deverá especialmente referir-se ao encargo da servidão de aqueducto; pois se o proprietario da nascente alienasse as aguas á povoação, bem podia esta requerer a servidão do art. 456.º sobre os predios intermedios, dando-lhes a correspondente indemnisação, calculada somente sobre o valor d'este encargo.

Por isso entendemos que a privação do uso das aguas, sendo antes a diminuição de um bene-

ficio accidental do que a expropriação de um direito, deverá ser de importancia minima no calculo da indemnisação referida pelo art. 448.º

E nem disso podem queixar-se aquelles proprietarios, visto que elles bem podiam ser privados das aguas pelo proprietario da nascente, sem que por esse facto tivessem direito a qualquer indemnisação por parte d'este.

**105.** Ao contrário, porém, do que succede com o dono da nascente onde a agua brota, o qual não pode ser privado do seu direito de livre uso e disposição das aguas pela prescripção (art. 439.º e § un. do art. 444.º), a servidão de passagem das aguas, que é continua, pode ser adquirida pelos habitantes da povoação, quando seja tambem aparente (art. 2272.º)

Por conseguinte, se os moradores referidos estiverem 30 annos na posse de se abastecerem das aguas referidas, não ficam por isso dispensados de pagarem ao dono da nascente a indemnisação devida, nos termos do art. 448.º, mas nada teem a pagar aos proprietarios intermedios pela servidão de passagem da agua, caso esta se revele por signaes exteriores, como ordinariamente succede.

Pode, todavia, prescrever o direito de exigir a indemnisação devida ao proprietario da nascente, se este a não exigiu dentro dos prazos necessarios para a prescripção negativa (art. 535.º), depois de ter sido reconhecida legalmente, quer por accordo, quer por decisão judicial, a obrigação do seu pagamento, visto que nenhuma lei declára tal obrigação imprescriptivel.

<sup>1</sup> Conf. *Supra*, 98, *ter*, pag. 378.

106. Não estabelece o Código de Processo Civil meio algum especial para judicialmente se realisarem os direitos reconhecidos nos citados artigos 447.º e 448.º do Código Civil. Por isso, segundo o preceito do art. 4.º d'aquelle Código, teem os interessados de recorrer ao *processo ordinario*.

Devemos no entanto relembrar que os habitantes da povoação ou casal não podem estar individual ou collectivamente em juizo na defesa de direitos collectivos, ou para darem cumprimento a obrigações communs, a não ser excepcionalmente, e no primeiro caso, quando as corporações administrativas o não façam, como lhes cumpre.

E como o abastecimento de aguas ás povoações é attribuição especial das camaras municipaes (Cod. Adm. art. 50.º, n.º 14), porque as juntas de parochia só podem construir fontes para abastecimento dos moradores de algum logar da parochia quando o possam fazer pelo imposto da prestação de trabalho ou serviço braçal (art. 176.º do Cit. Cod.), entendemos que é ás camaras, que cumpre ir a juizo na defesa dos direitos conferidos pelo art. 447.º aos habitantes de qualquer povoação ou casal, assim como sobre ellas impende a obrigação do pagamento da indemnisação referida no art. 448.º do Cod. Civ.

Aos municipes só é permittido ir a juizo individualmente, em defesa dos direitos communs, nos casos, e sob as condições indicadas no art. 422.º do Cod. Adm. vigente, ao qual já noutro logar fizemos referencia <sup>1</sup>.

107. Para ultimarmos o estudo dos artigos em questão resta-nos ainda salientar que o beneficio do art. 447.º só pôde ser invocado quando das aguas se abasteçam os habitantes de qualquer *povoação* ou *casal*, como tantas vezes temos repetido, usando das proprias palavras da lei.

Qual é, porém, o significado d'aquellas expressões?

Não o diz em parte alguma o Cod. Civ.; e por isso devemos entender que o nosso legislador as empregou como sinonimos, para designar qualquer aggregado de *fogos*, ou casas de familia, que na linguagem vulgar, e nas leis administrativas e fazendarias se considere como uma povoação ou *terra*.

Por isso não pode ser applicada a doutrina do citado artigo quando se trate apenas d'uma ou d'outra habitação isolada, quinta, ou mesmo de feiras, romarias, e outros logares onde o publico se reuna para qualquer fim; nem o poderá ser nos casos, aliás muito vulgares, de as aguas serem utilizadas pelos viandantes, quer pessoalmente, quer para os seus animaes, porque falta o laço de necessidade que prenda estes factos á povoação ou casal, á *urbs*, que na relação juridica representa o predio dominante d'aquella especial servidão.



# INDICE

## TITULO 1.º

### Dos direitos originarios

	Pag.
I. — Definição e classificação . . . . .	5
1. — Razão de ser d'esta materia no Cod. Civ. Portugês . . . . .	7
2. — Direito de existencia: phases da sua evolução; direitos que abrange . . . . .	8
3. — Direito de liberdade: noção e limites . . . . .	10
4. — Direito de associação . . . . .	12
5. — Direito de apropriação: sua importancia e legitimidade; relações com o direito de liberdade . . . . .	13
6. — Direito de defêsa: seus limites . . . . .	14

## TITULO 2.º

### Da occupação

#### CAPITULO I

#### Disposições geraes

##### Introducção

II. — Noção e requisitos da occupação . . . . .	17
7. — Função primitiva da occupação; cousas que podem ser occupadas . . . . .	18
III. — Ordem das materias . . . . .	20
8. — A occupação nos codigos civis de França e de Italia. Relações com o direito administrativo. . . . .	21

## CAPITULO II

## Da occupação dos animaes

## § 1.º — Da caça

	Pag.
IV. — Razão de ordem . . . . .	27
9. — Animaes bravios, domesticados e domesticos; principios que regulam a sua occupação. . . . .	»
10. — Historia geral da caça; theorias a seu respeito . . . . .	28
11. — Historia legislativa da caça em Portugal . . . . .	34
V. — Da caça em terreno proprio . . . . .	41
12. — Casos em que o dono do predio pode caçar independentemente dos regulamentos administrativos. Animaes nocivos ás sementeiras e plantações . . . . .	42
13. — Aves domesticas: condições em que podem ser destruidas pelo dono do predio onde se encontrem; meios de que este póde usar; opiniões divergentes sobre o emprego de substancias venenosas Critica. Direitos sobre as aves mortas. Indevida collocação da materia neste logar . . . . .	45
14. — Casos em que o dono do predio tem de observar os regulamentos administrativos . . . . .	50
VI. — Da caça em terreno alheio . . . . .	51
15. — Terrenos murados ou tapados públicos, communs ou particulares: pessoas que nelles podem caçar; condições em que o podem fazer. Terrenos abertos: pessoas que nelles podem caçar; condições em que o podem fazer; ovos e ninhadas . . . . .	52
VII. — Disposições communs . . . . .	58
16. — Modo da occupação dos animaes por meio da caça; direitos do caçador sobre os animaes feridos. Obrigações do caçador; responsabilidade pelos damnos causados pelas	

	Pag.
17. — Regulamentos administrativos: seu objecto; entidades competentes para os elaborar; policia e fiscalisação das suas disposições; legislação subsidiaria, e especial. . . . .	63
§ 2.º — Da pesca	
VIII. — Razão de ordem . . . . .	71
18. — História geral da pesca . . . . .	72
18, bis. — História legislativa da pesca entre nós . . . . .	74
A) DA PESCA FLUVIAL	
IX. — Das pessoas que podem pescar. . . . .	83
19. — Confronto do Cod. Civ. com a legislação especial sobre a materia. Theorias sobre o direito de pesca: critica . . . . .	85
X. — Do tempo e modo da pesca . . . . .	89
19 (a) — Legislação administrativa; principaes disposições sobre o tempo e modo da pesca fluvial; penalidade aos transgressores; processo applicavel . . . . .	»
20. — Policia da pesca: pessoas a quem incumbe; limites da sua jurisdicção . . . . .	99
B) DA PESCA MARITIMA	
XI. — Das pessoas que podem pescar. . . . .	103
21. — Pesca no alto mar, e pesca no mar costeiro; limites da jurisdicção portugueza sobre a pesca do alto. Zonas concedidas; condições da concessão . . . . .	105
XII. — Do tempo e modo da pesca . . . . .	109
22. — Multiplicidade de leis sobre este assumpto: entidades a quem incumbe estudar e propôr	

	Pag.
as necessarias providencias para o desenvolvimento progressivo desta indústriá. . . . .	111
§ 3.º — Dos animaes bravios que já tiveram douo	
XIII. — Principio geral; suas restricções . . . . .	113
23. — Condições em que se extingue o dominio sobre os animaes bravios: a <i>liberdade natural</i> . Animaes ferazes e maleficos Extinção do dominio sobre os animaes domesticados . . . . .	114
23, bis. — Condições em que pôdem ser occupados . . . . .	119
24. — Animaes bravios habituados a certa guarida ordenada por indústriá do homem: condições em que pôdem ser occupados; confronto do nosso Cod. Civ. com o Francês. Meios a que o dono pôde soccorrer-se para rehavér os animaes fugidos para outra guarida; termos em que deve ser formulado o pedido nas respectivas acções . . . . .	121
25. — Enxames: quem pôde occupá-los; condições em que é licito fazê-lo . . . . .	125
25, bis. — Modo da occupação dos enxames: opiniões diversas; critica . . . . .	129
§ 4.º — Da occupação dos animaes domesticos, abandonados, perdidos ou extraviados	
XIV. — Razão de ordem . . . . .	130
26. — Diferença entre os animaes bravios e domesticos relativamente á extincção do dominio; fundamento da doutrina legal sobre a occupação dos ultimos . . . . .	132
XV. — Dos animaes cujo dono é conhecido . . . . .	135
27. — Abandono: sua noção e requisitos essenciaes »	
27, bis. — Especies de abandono: elementos de presumpção do abandono tácito. Effeitos do abandono. . . . .	140

	Pag.
28. — Animaes, cujo dono se conhece: obrigações do achador; condições em que pôdem ser por elle adquiridos; fundamento scientifico da aquisição. Critica da doutrina legal . . . . .	142
XVI. — Animaes cujo dono se não conhece . . . . .	145
29. — Systema do nosso Codigo sobre a occupação destes animaes. Obrigações do achador, e da auctoridade administrativa. Processo da achada . . . . .	147
29, bis. — Prazo util para a reivindicção do animal; opinião do sr. conselheiro DIAS FERREIRA; sua refutação. . . . .	151
XVII. — Disposições communs. . . . .	153
30. — Obrigações do dono do animal. Responsabilidades do achador . . . . .	154
CAPITULO III	
Da occupação das cousas inanimadas	
XVIII. — Razão de ordem . . . . .	156
31. — Determinação do conteúdo exacto desta secção; incorrecção do Cod. Civ. . . . .	157
§ 1.º — Das cousas moveis abandonadas	
XIX. — Principio fundamental; excepções . . . . .	160
32. — Significado particular da expressão <i>cousas abandonadas</i> . . . . . »	
§ 2.º — Das cousas moveis perdidas	
XX. — Das cousas que têm dono conhecido . . . . .	163
33. — Justificação da doutrina do Cod. Civ.; remissão a um § anterior . . . . . »	

	Pag.
<b>XXI.</b> — Das cousas cujo dono se desconhece. . . . .	164
<b>34.</b> — Confronto entre a doutrina legal relativa á occupação das cousas inanimadas, com a relativa aos animaes; razão das divergencias. Obrigações do achador e da auctoridade administrativa. Prazo util para a reclamação dos animaes perdidos. Direitos do achador . . . . .	165
<b>34, bis.</b> — O conselho de beneficencia pupillar: instituições que o representam para este effeito; opiniões diversas; critica . . . . .	169
<b>XXII.</b> — Disposições communs. . . . .	171
<b>35.</b> — Confronto do art. 410.º com o art. 420.º do Cod. Civ.; sentido em que este deve ser entendido . . . . .	172
§ 3.º — Da occupação dos thesouros e cousas escondidas	
<b>XXIII.</b> — Noção de thesouro; distincção entre thesouro e cousa escondida . . . . .	173
<b>36.</b> — Diversas opiniões sobre o significado legal das expressões: thesouro e cousas escondidas . . . . .	174
<b>36, bis.</b> — A doutrina de COELHO DA ROCHA; opinião de BRUSCHY. Requisitos do thesouro em face do nosso Cod. Civ. . . . .	176
<b>XXIV.</b> — Da invenção dos thesouros . . . . .	180
<b>37.</b> — Pessoas que pôdem procurar thesouros; justificação da doutrina legal a este respeito . . . . .	»
<b>XXV.</b> — Das obrigações do achador . . . . .	181
<b>38.</b> — Processo da achada; tribunal competente. Influencia importante da data do deposito . . . . .	»
<b>XXVI.</b> — Da repartição do thesouro . . . . .	183
<b>39.</b> — Divergencias dos auctores sobre o fundamento scientifico da aquisição dos the-	

	Pag.
souros; história legislativa do thesouro entre nós . . . . .	184
<b>39, bis.</b> — Natureza juridica do thesouro; discussão das principaes theorias sobre a sua aquisição. Critica da doutrina do nosso Cod. Civ. . . . .	186
§ 4.º — Da occupação das embarcações e de outros objectos naufragados	
<b>XXVII.</b> — Principio geral; direitos e obrigações do achador. . . . .	194
<b>40.</b> — Remissão a leis especiaes. A doutrina do Cod. Com. Português, e da legislação complementar . . . . .	»
CAPITULO IV	
Da occupação dos objectos e productos naturaes communs ou não apropriados	
§ 1.º — Disposições	
<b>XXVIII.</b> — Principio fundamental; razão de ordem. . . . .	201
<b>41.</b> — Determinação do exacto conteúdo desta secção . . . . .	»
<b>41, bis.</b> — Principio geral sobre a occupação destas cousas. Incoherencia do legislador . . . . .	204
§ 2.º — Das substancias animaes	
<b>XXIX.</b> — Condições em que pôdem ser occupadas. . . . .	206
<b>42.</b> — Discussão sobre a lei applicavel á materia. O art. 429.º do Cod. Civ. não regula para as substancias encontradas no seio das aguas. Margens e praias. . . . .	»
§ 3.º — Das aguas	
<b>XXX.</b> — Razão de ordem . . . . .	210
<b>43.</b> — As aguas, consideradas como objecto de occupação . . . . .	211

Pag.

- 43, bis.** — As aguas, qualquer que seja a fórma porque se apresentem, são cousas *nullius* . . . . . 212
- 44 e 44, bis.** — E são tambem cousas *moveis*; opiniões em sentido contrário; sua crítica . . . . . 213 e 218
- 45.** — Classificação legal das aguas: confronto do Cod. Civ. com o Decr. n.º 8 de 1 de dezembro de 1892; crítica. Plano de estudo . . . . . 123

## CAPITULO V

## Das aguas pluviaes

XXXI. — Razão de ordem . . . . . 229

- 46.** — Diversas modalidades das aguas pluviaes; torrentes e enxurros; differença entre *torrente* e *rio* . . . . . 230

## A) DAS AGUAS ESTAGNADAS

XXXII. — Direito de occupação; efeitos desta . . . . . 231

- 47.** — Direitos do proprietario sobre as aguas pluviaes que caem directamente no seu prédio: extensão e fundamento scientifico destes direitos. Independencia dos regulamentos administrativos; fundamentos e crítica da opinião contrária. . . . . 231
- 48.** — Direito de occupação das aguas, que caem sobre terrenos públicos ou *communs* . . . . . 337

## B) DAS TORRENTES E ENXURROS

XXXIII. — Das aguas que saem do prédio onde cabiram . . . . . 239

- 49.** — Direitos do proprietario sobre as aguas pluviaes, que caem, ou atravessam o seu prédio; relações em que se encontra com o proprietario superior. Mudança do curso natural das aguas: pessoas que podem oppor-se; casos em que o podem fazer. . . . . »

Pag.

- 50.** — Consentimento expresso para a mudança do curso: fórma por que pôde ser dado. . . . . 245
- 50, bis.** — Efeitos da mudança sem aquelle consentimento . . . . . 249
- 50, ter.** — Novas mudanças do curso das aguas pluviaes . . . . . 251
- 51.** — Torrentes e enxurros, que correm por terrenos, estradas ou ruas publicas: significado das expressões *terrenos públicos*, e *terrenos communs*; natureza alienavel e prescriptivel do direito de occupação destas aguas . . . . . 254
- 51, bis.** — Direitos e obrigações dos proprietarios confinantes . . . . . 257

## CAPITULO VI

## Das aguas nativas

XXXIV. — Razão de ordem. . . . . 261

- 52.** — Appreciação geral da nossa legislação hydraulica; trabalhos actuaes de reforma. . . . . »

## SECÇÃO I

## Das fontes e nascentes

XXXV. — Fontes e nascentes: sua noção. Ordem das materias. . . . . 263

- 53.** — Opiniões diversas acerca do verdadeiro significado das palavras fontes e nascentes; crítica. . . . . 264

## A) DA EXPLORAÇÃO DAS AGUAS SUBTERRANEAS

XXXVI. — Predios particulares; pessoas que nelles podem explorar aguas. . . . . 268

- 54.** — Direito exclusivo do proprietario; seu fundamento scientifico . . . . . 269
- 55.** — Condições em que podem abrir-se poços ou minas nos prédios alheios; fórma do consentimento do proprietario; prescripções de natureza fiscal; imprescriptibilidade do direito . . . . . 271
- 56.** — Defêsa do muro alheio ou *commum*; cautelas que devem observar-se; reparação dos prejuizos causados; processo competente . . . . . 275

Pag.

<b>57.</b> — Os direitos de terceiro sobre aguas do prédio onde se abre o poço ou mina; modalidades que pôde revestir. . . . .	276
<b>57, bis.</b> — Justo titulo; opiniões diversas ácerca do significado destas palavras; critica. Sentido em que devem ser interpretadas. Formalidades externas . . . . .	278
<b>58.</b> — Aguas destinadas a uso público: fontes públicas, e fontes communs. As aguas de que tractam os artt. 447.º e 448.º do Cod. Civ. tambem não pôdem ser prejudicadas por quem abre poços ou minas no seu prédio; opiniões em contrário; sua critica . . . . .	283
<b>58, bis.</b> — Auctoridades competentes para fazer repôr as cousas no antigo estado: as entidades administrativas e os cidadãos: opiniões contradictorias dos tribunaes; os que se aproveitam dos sobejos das fontes públicas não pôdem <i>nesta qualidade</i> ir a juízo . . . . .	289
<b>58, ter.</b> — Condições em que, por este motivo, é permittida a opposição ás obras feitas pelo dono do prédio. . . . .	293
<b>XXXVII.</b> — Aguas subterraneas dos terrenos públicos e communs; condições em que pôdem ser exploradas . . . . .	295
<b>59.</b> — Auctoridade competente para conceder a licença prévia, indispensavel para a exploração de aguas nos terrenos públicos e communs. Natureza desta licença; consequencias que dahi derivam. Revogação da licença concedida: direitos da pessoa prejudicada . . . . .	»
<b>59, bis.</b> — Formalidades da concessão; opiniões controversas; critica Direitos do concessionario; formalidades da sua transferencia para terceiro . . . . .	301
<b>B)</b> AGUAS QUE NÃO SAEM DO PREDIO ONDE NASCEM (a).. . . . .	305
<b>XXXVIII.</b> — Razão de ordem . . . . .	»
<b>60.</b> — Nova orientação do nosso Codigo em materia de aguas . . . . .	306

Pag.

<b>61.</b> — Natureza dos direitos do dono do predio sobre as suas aguas; historia do art.º 444 do Cod. Civ. As aguas são cousas <i>nullius</i> . . . . .	308
<b>62.</b> — Conciliação legal dos direitos de livre occupação e de propriedade; modalidades que restringem o primeiro d'elles. . . . .	311
<b>XXXIX.</b> — Occupação das aguas . . . . .	313
<b>63.</b> — O uso das aguas, direitos que abrange. Sua alienação: conexão entre o direito de occupar as aguas e o de usar do predio onde se encontram; consequencias legais d'este facto, emquanto ás pessoas que podem fazer aquella alienação; entendimento da expressão dono do predio do artigo 444 do Cod. Civ. . . . .	»
<b>64.</b> — Forma e condições especiaes para a validade da alienação . . . . .	318
<b>65 e 66.</b> — Critica da doutrina legal; comparação com outros Codigos. . . . .	»
<b>C)</b> AGUAS QUE SAEM DO PREDIO ONDE BROTAM. . . . .	324
<b>XL.</b> — Razão de ordem . . . . .	»
<b>XLI.</b> — Fontes ou nascentes naturaes . . . . .	325
<b>67.</b> — A servidão de receber as vertentes naturaes: suas modalidades. . . . .	326
<b>68 e 69.</b> — Restrições ao livre uso das aguas, derivadas d'aquelle facto; situação relativa dos proprietarios dominante e serviente. . . . .	327
<b>70.</b> — Modificações resultantes da prescrição. . . . .	330
<b>71.</b> — Modificações resultantes da destinação do pater familias . . . . .	332
<b>72.</b> — Resumo da doutrina exposta . . . . .	334
<b>73.</b> — Condições em que pode extinguir-se a servidão de receber as vertentes; servidão natural e convencional. . . . .	»
<b>74.</b> — O art.º 449 do Cod. Civ. será applicavel ás fontes naturaes? . . . . .	336

	Pag.
<b>XLII. — Fontes ou nascentes industrialmente descobertas.</b>	337
<b>75. — Razão da divergencia</b> entre o regimen juridico d'estas fontes e das naturaes . . . . . »	
<b>76. — Direitos do proprietario</b> a usar e dispôr livremente das aguas; <b>destino das vertentes.</b> . . . . .	338
<b>77. — Significado da expressão: nova nascente</b> do art.º 446; o direito previgente. . . . .	340
<b>78. — O art.º 446 applica-se</b> tanto ás aguas <b>propositadamente exploradas</b> , como ás que <b>accidentalmente</b> resultam da obra do homem; opinião em contrário; sua critica . . . . .	342
<b>79. — Aguas provenientes do enxugo dos predios</b> , ou condusidas por seu dono para outro predio. . . . .	344
<b>80. — Direitos de servidão</b> sobre o predio onde as aguas nascem . . . . . »	
<b>81. — Escolha da direcção</b> das vertentes; <b>condições</b> para o estabelecimento da servidão . . . . .	345
<b>82. — Criterio</b> para apreciar aquellas condições; omissão do nosso Codigo. . . . .	346
<b>83. — A constituição da servidão</b> <b>pode ser recusada</b> pelo juiz; confronto dos artigos 446, 456, 461 e 462 do Cod. Civ. . . . .	347
<b>84. — Circunstancias</b> que devem orientar a decisão judicial . . . . .	349
<b>85. — Conciliação</b> dos artigos 446 e 461 do Cod. Civ. . . . .	351
<b>86. — Direitos de opposição</b> dos predios vizinhos antes de proferida sentença que os obrigue a receber as aguas . . . . .	353
<b>87. — Condições</b> em que o dono do predio <b>perde o direito de escolher</b> a direcção das vertentes; analyse de algumas hypotheses especiaes; o art.º 449 do Cod. Civ. . . . . »	
<b>88. — Mudança do curso</b> das vertentes, passados cinco annos; direito de opposição do dono do predio para onde forem de novo dirigidas; prescripção d'este direito . . . . .	358
<b>89. — Redação incorreta</b> do art.º 449 do Cod. Civ.; entendimento das palavras — <b>durante os ultimos cinco annos</b> — do citado artigo . . . . .	361
<b>90. — Applicação</b> da doutrina exposta. . . . .	364

	Pag.
<b>91. — Processo competente</b> para obter a auctorisação judicial; opinião do snr. Dias Ferreira; pessoas que devem intervir na acção . . . . .	364
<b>92. — Relações juridicas</b> entre o proprietario dominante e o serviente a respeito das aguas . . . . .	367
<b>93. — Demonstração</b> de que o <b>artigo 449 somente se refere ás fontes industriaes</b> ; opinião contraria do snr. Dias Ferreira; critica. . . . . »	
<b>XLIII. — Disposições communs ás fontes naturaes e artificiaes.</b>	370
<b>94. — Limitação</b> aos direitos de <i>uso e livre disposição</i> das aguas, por consideração aos habitantes de qualquer povoação ou casal; <i>razão justificativa</i> do art.º 447 do Cod. Civ. . . . . »	
<b>95. — Restrições ao uso das aguas</b> ; direitos do proprietario. . . . .	372
<b>96. — Enumeração dos requisitos legais</b> , implicitos nos artt. 447 e 448 . . . . .	373
<b>97. — Necessidade das aguas</b> para os habitantes; confronto do art.º 447 com o art.º 440 do Cod. Civ. . . . .	374
<b>98 e 98, bis. — A posse das aguas</b> ; a tutela geral dos direitos possessorios e as garantias especiaes do art.º 447 . . . . .	376
<b>98, ter. — Os donos dos predios</b> atravessados pelas vertentes devem equiparar-se, salvo a respeito da indemnisação, ao proprietario da nascente. . . . .	379
<b>99. — O lugar onde são aproveitadas</b> as aguas; <i>fôra do predio onde nascem, e em sitio onde os habitantes tenham livre accesso</i> . . . . .	380
<b>99, bis. — Condições</b> em que os habitantes podem adquirir as aguas, que não satisfazem ao requisito anterior. . . . .	382
<b>100. — Os artt. 447 e 448</b> tambem não são applicaveis, quando os habitantes tenham adquirido direito ás aguas por titulo justo . . . . .	383
<b>101. — Proprietario da nascente</b> : significado d'esta expressão . . . . .	385
<b>102. — Tambem comprehende</b> o caso das aguas serem condusidas para predio diferente d'aquelle em que nascem . . . . .	387

	Pag.
<b>103 e 103, bis.</b> — Indemnisação do proprietario da nascente, circumstancias que influem na sua apreciação. . . . .	387
<b>104.</b> — O art.º 447 não prohibe a <b>exploração de novas nascentes</b> ; este facto é prohibido pelo art.º 451, não devendo ser attendido no cálculo dos prejuizos . . . . .	392
<b>104.</b> — Indemnisação dos proprietarios que recebem as-vertentes . . . . .	393
<b>105.</b> — A servidão de aqueducto pode ser adquirida por <b>prescripção</b> , mas não o direito ás aguas. O direito á indemnisação pode prescrever em condições especiaes. . . . .	395
<b>106.</b> — <b>Processo competente</b> para obter judicialmente a indemnisação; pessoas legítimas para estarem em juizo . . . . .	396
<b>107.</b> — Significado da expressão — <i>povoação ou casal</i> — . . . . .	397

