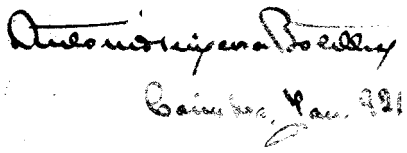

516

LIVRO I

DA PROPRIEDADE DAS AGUAS

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

§ 1.º - Natureza jurídica das águas

1. *As águas como objecto do direito.* As diferentes qualidades que as águas revestem consideradas nas suas correntes e reservatórios naturais ou artificiais e a diversidade de interesses colectivos e individuais que, já pelas utilidades que prestam, já pelos danos que podem causar, com elas se relacionam, determinam, quanto ao seu regime jurídico, princípios diversos também.

Para que dêste regime se possa formar uma idêa nítida é necessário atender: 1.º a que as águas se consideram em direito como formando, em determinados volumes, já bens autónomos, já partes componentes ou integrantes dos prédios em que subterrâneamente circulam, brotam à superfície, correm ou formam depósitos; 2.º a que, assim consideradas as águas, não só é possível a sua apropriação, mas que esta se pode dar por forma colectiva ou individual em harmonia com os interesses a cuja satisfação

se destinam, estando assim dependente dêstes interesses a natureza jurídica das águas.

Formando com os seus leitos e margens bens autónomos, ou sendo partes integrantes ou componentes dos prédios rústicos, não podem as águas deixar de considerar-se bens imobiliários. A sua incessante deslocação nas correntes apenas determina, pelo que respeita ao seu uso, uma modalidade, que, se não pode deixar de ser tomada em consideração no seu regime jurídico, nenhuma importância pode ter para a sua classificação como cousas ou bens.

As águas são bens e conseguintemente objecto do direito, não consideradas em sua generalidade, nem em determinadas moléculas sujeitas pelas leis físicas a constante mobilidade *(aqua profluens)*, sendo sob êste aspecto insusceptíveis de apropriação pela sua própria natureza, mas pela sua aglomeração no mar, em rios, lagos, etc. O direito de dispor e de usar recai sôbre as águas assim aglomeradas. No momento em que duma corrente ou dum lago se tira água, a água que assim se desloca é subtraída ao regime jurídico dessa corrente ou dêsse lago.

A doutrina de que as águas, compreendendo as correntes, são bens imobiliários, que Giovanetti já julgou desnecessário desenvolver, dizendo que a jurisprudência francesa a havia adoptado como doutrina necessária [1], foi impugnada em face do nosso código civil [2].

Afirmou-se que, tratando o código civil das águas no título 3.º do livro 1.º da parte 2.ª, que tem por

[1] *Du régime des eaux*, Paris, 1844, § 19.º

[2] Dr. Teixeira de Abreu, *Lições de direito civil português*, tomo 1.º, 1.ª edição, página 381 e seguintes, e *Estudos jurídicos*, volume 1.º, página 1 e seguintes.

objecto a adquisição dos direitos pela ocupação, não podia deixar de considerar as águas como móveis, pois que só êstes são susceptíveis daquele modo originário de adquisição de direitos, e que, havendo nas águas, pela sua própria natureza, uma constante deslocação, assim devem ser consideradas.

No mesmo título em que o código civil trata das águas, estabelece normas relativas à pesquisa e lavra de minerais (artigos 465.º a 467.º), e à apropriação de substâncias vegetais terrestres (artigos 472.º e 473.º), e, sendo os minerais e as substâncias vegetais partes componentes ou integrantes dos prédios rústicos, não podem deixar de considerar-se bens imobiliários em face do disposto nos artigos 374.º e 375.º do código civil. Podem êsses minerais e substâncias considerar-se, para determinados fins, em separado do prédio onde existem, facultando-se a sua apropriação, como cousas autónomas, em determinadas condições. Do facto, porêm, de serem assim considerados, não pode concluir-se que o legislador neles veja, enquanto não forem extraídos, bens móveis. Os depósitos minerais podem até dar lugar a uma forma especial de propriedade imobiliária.

Não atribuímos, pois, valor algum ao argumento que se pretende deduzir do lugar em que o nosso código civil regula o direito às águas, para considerar êste direito mobiliário. E, para se ver como se acha deslocada a matéria das águas, bastará atender a que no título citado se reconheceu direito exclusivo a águas não só de fontes e nascentes, mas até de correntes não navegáveis nem flutuáveis, compreendendo êsse direito não só o poder de usar, mas até o de dispor. Este direito recai evidentemente sôbre determinados volumes de águas que, embora estas se desloquem incessantemente, são sempre os mesmos

sensivelmente, pela incessante substituição dessas águas. E' assim que as nascentes e correntes e os reservatórios naturais se formam e manteem.

E' assim também que, como já notámos, se consideram as águas em direito, não tendo conseguintemente valor algum o argumento da constante deslocação das águas, para que estas se considerem móveis.

Baseando-se na natureza das águas, teem alguns jurisconsultos atribuido ao direito de propriedade das águas um carácter especial, do qual resultaria que elas não poderiam rigorosamente considerar-se bens móveis ou imóveis. Formulou êste conceito Romagnosi, e há ainda alguns jurisconsultos que, como Ratto, afirmando que « a água corrente tende a subtrair-se à posse individual e que, não existindo essa posse, não há o «direito de gôso », vêem no direito de propriedade das águas correntes só o direito de usar da água enquanto esta corre [1].

E' óbvio que o direito de propriedade das águas pode ser, como a propriedade de quaisquer outros bens, limitada por lei, pela própria natureza das cousas ou por vontade do proprietário. Estas limitações não são de modo algum incompatíveis com o direito de propriedade, nem a elas se opõe a qualidade de móveis ou imóveis dos bens sôbre que recai êste direito.

Para que uma cousa se considere imóvel ou móvel, atende-se a que ela é ou não parte do solo ou terreno e a que está ou não nele incorporada ou integrada pela forma estabelecida na lei. Ora nenhuma

[1] Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis segundo o direito civil moderno*, n.° 17, e Codovilla, *Del diritto delle acque*, volume 1.°, n.° 2.

dúvida há de que as águas se acham incorporadas no solo, com o qual formam um todo. Para considerar as águas como sendo, na classificação que das cousas imóveis se faça, a parte dominante, ou para ver esta parte no solo, necessário se torna atender ao que no regime das águas é fundamental — se as próprias águas, de que o leito e as margens representam em tal caso, formando com as águas um todo, partes componentes, se os prédios de que essas águas fazem parte, *portio agri videtur aqua viva*.

Neste último caso, estão as águas compreendidas no solo ou terreno, que o artigo 374.° § único considera prédio rústico; no primeiro caso, o autor do nosso código não seguiu o exemplo de alguns legisladores que consideram imóveis as fontes, reservatórios e cursos de água, e nenhuma dúvida há de que as águas assim consideradas não entram na classificação bipartida que dos imóveis se faz no artigo citado. Também não há dúvida, porêm, de que, na classificação das cousas em relação às pessoas a quem a sua propriedade pertence ou que delas se podem livremente aproveitar, tanto na que se acha formulada no código civil, como no decreto n.° 8 de 1 de dezembro de 1892, se consideram certas águas com os seus respectivos leitos, cais e praias ou margens, como formando um todo autónomo em relação aos prédios que atravessam ou banham, nos quais podem até constituir-se servidões para o aproveitamento das mesmas águas.

Essas águas não podem deixar de considerar-se bens imóveis.

2. *Principios relativos à apropriação das águas.* A classificação das águas a que acabamos de nos

referir, na qual elas se dividem em públicas, comuns e particulares, revela-nos de modo evidente que as águas são, pelo nosso direito, susceptíveis de apropriação, ou, antes, que as águas estão apropriadas.

O fundamento dessa classificação é, segundo expressamente se declara no artigo 379.º do código civil, a relação que há entre as cousas e as pessoas a quem a sua propriedade pertence, ou que delas se podem livremente aproveitar. Para verificar se a classificação das cousas em públicas, comuns e particulares se harmoniza com êste fundamento, necessário é ver as noções que de cada uma dessas categorias nos dá o legislador. Dessas noções resultará por outro lado o sistema que o nosso legislador sancionou relativamente à apropriação das águas e conseguintemente quanto à sua natureza jurídica.

Declara-se no artigo 380.º que são *públicas* as cousas naturais ou artificiais apropriadas ou produzidas pelo Estado ou corporações públicas e mantidas debaixo da sua administração, das quais é lícito a todos individual ou colectivamente utilizar-se com as restrições impostas por lei ou pelos regulamentos administrativos. Definem-se *comuns*, no artigo 381.º, as cousas naturais ou artificiais, não individualmente apropriadas, das quais só é permitido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos indivíduos compreendidos em certa corporação administrativa, ou que fazem parte de certa corporação pública. São cousas *particulares*, artigo 382.º, aquelas cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou colectivas, e de que ninguêm pode tirar proveito senão essas pessoas ou outras com o seu consentimento.

Destas noções conclue-se imediatamente que as cousas não são públicas ou comuns por serem insusceptíveis de apropriação individual por sua própria

natureza; esta apropriação não pode dar-se em virtude de disposição da lei, que faculta o seu gôso a todos, ou aos indivíduos compreendidos em determinada circunscrição, ou que façam parte duma corporação pública.

Não podem, pois, confundir-se as cousas públicas e comuns, seja qual for o conceito que acêrca do direito de propriedade sôbre elas se forme, com as cousas que estão fora do comércio por sua própria natureza, por não serem susceptíveis, nos termos do artigo 372.º, de posse individual exclusiva. Não podem confundir-se tambêm as cousas públicas e comuns com as cousas que, sendo susceptíveis de apropriação individual, aínda não foram apropriadas, isto é, com as cousas *nullius*. Nos precisos termos do artigo 380.º, as cousas públicas naturais estão *apropriadas* pelo Estado ou corporações públicas, e as artificiais são *produzidas* pelo mesmo Estado ou corporações públicas. As cousas comuns são tambêm cousas *naturais* ou *artificiais*, que não estão *individualmente* apropriadas. E' indiscutível, porêm, a sua apropriação colectiva, desde que delas só podem auferir proveito as pessoas compreendidas em determinada circunscrição ou que façam parte de certa corporação. Entre as cousas públicas e comuns e o Estado ou corporações públicas existe, pois, uma relação de direito em virtude da qual lhes pertence não só a administração dessas cousas, mas o domínio sôbre elas. Os indivíduos só teem, em relação às cousas públicas e comuns, a faculdade de as gosarem directamente, em harmonia com as normas que para êsse gôso se estabelecem nos regulamentos administrativos.

Cousas públicas há em que, relativamente a certos bens que nelas se produzem ou formam, o gôso

consiste na apropriação dêsses bens. Completamente distinto dêsses bens é, porêm, o regime das cousas públicas.

E' assim que, formando-se nas cousas públicas bens livremente apropriáveis, outros há cuja propriedade pertence ao Estado ou às corporações públicas. As ilhas e mouchões que se formam no mar adjacente ao território português, ou nos rios navegáveis ou flutuáveis, pertencerão ao Estado, e só poderão ser adquiridos pelos particulares, por legítima concessão, ou por prescrição. É o que preceitua o artigo 2294.° do código civil, e a adquisição pelo Estado, como bens próprios ou patrimoniais, dessas ilhas ou mouchões, considera-se uma acessão natural.

Se nas cousas públicas pode ser diverso, em relação às diferentes partes que as constituem ou às utilidades que podem produzir, o regime jurídico a que ficam sujeitas, dá-se o mesmo nas cousas comuns.

Sendo assim consideradas as correntes não navegáveis nem flutuáveis e os lagos e lagoas em que se dêem determinadas condições (código civil, artigo 381.°, n.° 2.° e decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 2.°), permite-se a todos, sem distinção de pessoas, pescar nas águas comuns (código civil, artigo 395.°), e declaram-se partes integrantes dos prédios que atravessam ou banham os leitos das correntes e lagos de uso comum (código civil, artigo 381.° §§ 3.° a 7.°).

Caracterizando-se o direito de propriedade pelo poder que, em relação às cousas, teem as pessoas singulares e colectivas de disporem livremente delas e de lhes darem portanto o destino que mais conveniente julgarem à satisfação das suas necessidades (código civil, artigo 2167.°), compreende-se bem que, em harmonia com essas necessidades, o Estado e as

pessoas colectivas dêem destino diverso às cousas de que se apropriam, limitando assim, enquanto subsistir êsse destino, os poderes que formam normalmente o conteúdo do direito de propriedade. E' assim que o Estado, o distrito, o município e a paróquia podem aplicar determinados bens para que deles imediata e directamente se utilizem todos os indivíduos, ou os que estão compreendidos nas respectivas circunscrições, territoriais; podem aplicar outros bens para serviços públicos; podem finalmente possuir bens que não tenham destino prefixado.

Em relação a estes bens, o Estado, o distrito, o município e a paróquia teem os mesmos direitos que as pessoas singulares. E' o que declara o artigo 382.° § único do código civil, quando considera aquelas pessoas colectivas susceptíveis de propriedade particular. Em relação aos bens das duas primeiras categorias, êsses direitos são limitados pelos fins a que eles se destinam [1]. Subsiste, porêm, entre êsses bens e as pessoas colectivas que deles se apropriaram ou que os produziram, uma relação de propriedade.

[1] No artigo 2.° do decreto de 13 de agosto de 1832 declarava-se: « Os bens da nação, tomada colectivamente, são os bens de uso geral, e comum dos habitantes, como portos, canais, rios navegáveis, estradas gerais, e pontes nelas construidas, cais, e edifícios destinados para a residência do rei, ou para as sessões das câmaras, secretarias, tribunais, aquartelamentos, estaleiros, arsenais e outros semelhantes ». Por esta disposição, consideravam-se como estando do uso geral e comum bens que, sendo destinados para serviços públicos, não podem ser utilizados pelos cidadãos individualmente, *uti singuli*, mas como membros do Estado, *uti universi*; que não são por êles gosados directamente mas indirectamente, pelos benefícios que o Estado aufere dêsses bens.

Nas cousas públicas, cuja enumeração feita no código civil é aliás exemplificativa, só entram os bens que podem ser directamente utilizados pelos cidadãos. Para os bens destinados a certos serviços públicos pode estabelecer-se um regime especial, considerando-se esses bens, sob certos pontos de vista, no domínio público, e não havendo sôbre eles o direito de livre disposição. Não são, porêm, cousas públicas, no sentido que a estas palavras se dá no código civil.

No artigo 382.º § único distingue-se a propriedade particular da propriedade das cousas públicas e das comuns, e o fundamento dessa distinção é estarem na livre disposição das pessoas colectivas a quem pertencem, ou serem destinadas para o gôso directo e individual de todas as pessoas ou das que pertencem a uma certa circunscrição ou corporação. Não deixa a mínima dúvida a êste respeito o confronto entre o artigo citado e os artigos 380.º e 381.º. As cousas públicas e as comuns estão conseguintemente apropriadas, sendo em virtude do seu destino que para elas se estabelece um regime especial, que se exprime pelas designações referidas.

Do que deixamos dito conclue-se: *a*) que a classificação das cousas em públicas, comuns e particulares não tem por base a natureza das pessoas a quem pertencem, sendo o Estado e as autarquias locais, como são, susceptíveis de propriedade particular; *b*) que há uma relação de propriedade entre as cousas públicas e comuns e o Estado e as autarquias locais, sendo essa propriedade limitada pelo gôso público ou comum a que essas cousas se destinam; *c*) que o Estado e as autarquias locais podem dispor das utilidades que essas cousas produzem, sempre que essa livre disposição seja compatível com o fim a que se aplicam.

Assim se explica que ao Estado pertençam, como cousas particulares, as ilhas e mouchões que se formem nas águas públicas; assim se explica que estejam na livre disposição do Estado ou das pessoas colectivas a quem pertencem as árvores e frutos das estradas e jardins públicos; assim se explica que, em virtude de concessões, se possa adquirir sôbre as cousas públicas um direito especial de uso; assim se explica que, no momento em que as cousas deixem

de ser aplicadas ao uso público ou comum, fiquem pertencendo em propriedade ao Estado ou às autarquias locais, se por lei não forem atribuídas a outras pessoas.

Outro era o sistema que na classificação das cousas em públicas, comuns e particulares se seguia no nosso antigo direito, quanto ao fundamento dessa classificação.

Coelho da Rocha classificava os bens, enquanto aos possuidores, em *nacionais, municipais* ou *paroquiais, dos estabelecimentos públicos* e *dos particulares* [1]. Definindo *nacionais* os que pertencem ao Estado, ou nação, e *municipais* ou *paroquiais* aqueles cuja propriedade pertence aos povos dum concelho ou paróquia, compreendia em cada uma dessas categorias de bens duas espécies. Em relação ao Estado, distinguia os que de tal maneira estão na propriedade pública, que não podem deixar de lhe pertencer sem mudar de natureza, daqueles que, não obstante pertencerem ao Estado, podem comtudo passar para a propriedade dos particulares por alienação, ou aínda por prescrição; em relação aos municípios e paróquias, aqueles cujo uso está patente a todos, daqueles cujo uso e rendimento é especialmente aplicado às despesas do município ou da paróquia.

Mello Freire havia classificado as cousas em *comuns, públicas, das universidades e dos particulares*, compreendendo nas cousas comuns as que estão fóra do comércio por sua própria natureza ou as cousas *nullius*, nas públicas as que pertenciam ao Estado, e nas das *universidades* as que pertenciam a certas corporações, designadamente aos municípios. Sendo o

[1] *Instituições de direito civil português*, volume 1.º, §§ 86-89.

Estado representado pelo rei, distinguia entre as cousas a êste pertencentes diversas categorias, incluindo nas *públicas* todas aquelas de que ele não podia livremente dispor, estando apenas sujeitas ao seu império, como eram os tributos e as cousas destinadas para a defesa do Estado [1].

Não se atendia nestas classificações, que se fundavam nas diversas categorias de pessoas, colectivas e singulares, a quem as cousas pertenciam, ao destino das cousas pertencentes ao Estado e às autarquias, e consideravam-se na propriedade do Estado ou das autarquias locais tanto as cousas de que estas pessoas colectivas tinham a livre disposição, como as que eram destinadas para o uso público ou comum. Vendo o regime especial a que estas cousas estão sujeitas, entendeu o autor do código civil que devia formar delas categorias especiais. Dos bens que, segundo o direito anterior, eram nacionais, municipais ou paroquiais, mas que o Estado, o município ou a paróquia destinavam para o gôso público ou comum, formaram-se os bens públicos e os comuns, distinguindo-se êsses bens dos particulares, patrimoniais ou próprios, e considerando-se públicos tanto os bens pertencentes ao Estado como aos municípios, paróquias ou estabelecimentos públicos, desde que o seu destino seja o gôso público. Atendeu-se, pois, a um determinado destino das cousas ou à sua livre disposição, na classificação que o código civil fez das cousas em públicas, comuns e particulares.

Há águas pertencentes a cada uma dessas categorias, e, conseguintemente, águas que estão apropriadas pelo Estado e águas que estão apropriadas pelas autarquias locais, podendo tanto umas como outras ser destinadas para o uso público ou comum; há águas que estão apropriadas pelo mesmo Estado ou pelas autarquias locais e de que estas pessoas colectivas podem livremente dispor, como se foram pessoas particulares; há águas apropriadas por particulares.

[1] *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati*, livro 3.°, título 1.°, §§ 8.° e 9.°

Consideramos, em face da classificação que das águas se faz no código civil e no decreto de 1 de dezembro de 1892, completamente descabida a questão se as águas são ou não pelo nosso direito susceptíveis de apropriação. O que se torna necessário é determinar o regime a que as águas estão sujeitas, vendo quais as águas que estão no uso público ou comum e as que se acham particularmente apropriadas [1]. Necessário é ainda, em relação às águas públicas e comuns, verificar os interesses a cuja satisfação se destinam, e, em harmonia com êles, o diverso regime a que por ventura fiquem sujeitas as diversas partes de que se compõem ou as utilidades que produzem.

3. *Os direitos adquiridos em matéria de águas.* Não pode atender-se só à classificação das águas em face da nossa actual legislação para se determinar a sua natureza jurídica; necessário é ter em consideração os direitos adquiridos que por ela foram respeitados.

As alterações legislativas na matéria de classificação das águas envolvem alterações no regime das

[1] Veja-se o dr. Teixeira de Abreu, *Das fontes e nascentes*, nos *Estudos jurídicos*, 1.° volume, páginas 3 e 4.

mesmas águas, em que se compreendem os modos por que elas se podem adquirir. Essas alterações podem aplicar-se ou não retroactivamente, sucedendo neste caso que, em relação a determinadas águas que se declaram insusceptíveis de apropriação privada, se tenha efectuado a apropriação delas em harmonia com a legislação anterior.

E' assim que, determinando o código civil os direitos sôbre as águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, declarando os direitos dos proprietários marginais de futuro imprescritíveis e que só podem ser alienados por escritura ou auto público (artigo 439.º), resalvam-se (artigo 438.º) os direitos adquiridos, ao tempo da publicação do código, sôbre certas e determinadas águas. Vê-se assim que há águas que, sendo comuns segundo o regime para elas estabelecido pelo código civil, se acham individualmente apropriadas em virtude de situações subjectivas que se constituiram no domínio da legislação anterior e que o código civil respeitou.

E' óbvio que não se trata neste caso apenas do modo de adquisição das águas, mas de um regime especial a que estas ficam sujeitas por essa adquisição, havendo direitos sôbre elas que são diversos dos que poderiam ser exercidos, se a essas águas se aplicassem as normas gerais que, segundo a classificação que delas se faz, as regulam. Daqui resulta que se torna necessário, em matéria de águas, ter sempre presentes os princípios consignados na legislação anterior ao código civil sôbre a sua natureza jurídica e modos por que se podiam apropriar, para se determinar o regime a que estão sujeitas certas e determinadas águas.

Uma grande parte das dúvidas que sôbre águas se suscitam tem a sua causa na diversidade dos regimes

a que, em virtude de direitos adquiridos, elas estão sujeitas.

4. *A apropriação das águas no direito anterior ao código civil.* A classificação das águas, no direito anterior ao código civil, estava subordinada, do mesmo modo que neste, embora para essa classificação houvesse diferente critério, como já notámos, à classificação das cousas em públicas, comuns e particulares.

Na Ordenação filipina, livro 2.º, título 26.º, § 8.º, incluiam-se nos direitos reais, « os rios navegáveis, e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo », acrescentando-se: « E posto que o uso... dos rios seja igualmente comum a toda a gente, e aínda a todos os animais, sempre a propriedade deles fica no Património Real ».

O autor do código civil viu nesta distinção entre o uso e a propriedade dum objecto uma subtileza de Ruy Fernandes, que formulou a declaração dos direitos reais de D. Duarte, transcrita nas Ordenações afonsinas, « que se persuadiu que assim conciliava a doutrina das leis imperiais, com as tendências feudais da monarquia » [1].

Será assim?

Pelo direito romano, as águas formavam três grandes categorias: *comuns* [2], *públicas* e *particulares* [3].

[1] A. L. de Seabra, *A propriedade*, página 159.

[2] *Institutas*, livro 2.º, título 1.º, § 1.º: *Et quidem naturali jure omnium communia sunt ista: aër, aqua profluens, mare et per hoc littora maris.*

[3] *Digesto*, livro 43.º, título 12.º, lei 1, §§ 3.º e 4.º: *Fluminum quædam publica sunt, quædam non. Publicum flumen esse Cassius definit*

Eram *comuns* as águas que, sendo essenciais para a vida do homem, excluiam por sua própria natureza qualquer domínio, quer por parte do Estado, quer por parte dos particulares, sendo permitido a todos por direito natural o uso delas. Eram *públicas* as águas que o Estado destinava para o uso público, pondo-as à disposição dos indivíduos para que se aproveitassem das utilidades que elas proporcionavam em harmonia com os regulamentos. Eram *particulares* as águas susceptíveis de apropriação individual, sôbre as quais havia o direito de livre disposição.

Sendo por direito romano comum a *aqua profluens*, era público o *flumen*, isto é, um curso de água perene, um volume determinado de águas, em relação ao qual havia a apropriação, distinguindo-se assim nesse direito a propriedade do *flumen* do direito ao uso da água. Nas cousas públicas havia a apropriação pelo povo romano, considerado como pessoa colectiva, isto é, pelo Estado; nas cousas comuns não havia essa apropriação [1].

Declarando-se os rios nas nossas Ordenações do património real e ao mesmo tempo de uso comum, não se estabelecia, pois, uma distinção que tivesse por fim conciliar as leis imperiais com as tendências

quod perenne sit. Hæc sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Hoc interdictum ad flumina publica pertinet; si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum; nihil enim differt a cæteris locis privatis flumen privatum.

[1] *Digesto*, livro 50.°, título 16.°, lei 15.ª: *Sola enim ea publica sunt, quæ populi romani sunt.* « A propriedade do Estado sôbre as *res publicae*, diz Girard, resulta, a nosso ver, sôbre tudo de que era êle «normalmente o proprietário da maior parte delas antes de as fazer passar do domínio privado para o domínio público, destinando-as para o uso público, e de, até depois desta aplicação, êle continuar a gosar das vantagens do direito de propriedade, compatíveis com o uso público ». *Manuel élémentaire de droit romain*, 5.ª edição, página 241, nota 2.

feudais da monarquia; apenas se indicava o destino especial dos rios que, estando apropriados pelo Estado sob a designação de património real, por todos podiam ser utilizados. Consideravam-se públicos os rios a que no citado logar das Ordenações se fazia referência, e se, em harmonia com a organização política então em vigor, o rei podia reservar para si ou doar o uso das águas dêsses rios, não exercia um poder de natureza diversa do que hoje se atribue ao Estado quanto às cousas que estão no domínio público [1].

A doutrina do direito romano acêrca da apropriação das águas não podia deixar de sofrer o influxo da reorganização política que na idade média se efectuou e que teve como idêa fundamental a fusão da soberania com a propriedade. É assim que em relação às águas públicas o rei exerce não só poderes de tutela e de jurisdição, mediante os quais se garante o seu gôso directo por todos, gôso que de facto subsiste conservando quasi todas essas àguas a mesma natureza, mas consideram-se essas águas como estando no seu domínio patrimonial, de forma que o rei podia vendê-las, cedê-las ou doá-las, não só para o efeito de se exercer sôbre elas um especial direito de uso, mas aínda para o seu gôso exclusivo.

Á teoria romana do livre uso das águas públicas por todos e de que a sua propriedade pertencia ao povo romano substituiu-se a teoria feudal da propriedade patrimonial do rei. Como esta propriedade estava, porêm, de facto e em regra, limitada pelo

[1] Veja-se Lobão, *Notas a Mello*, livro 3.°, título 1.°, § 8.°, n.° 7.° Veja-se também o *Tratado prático e compendiário das águas*, § 10.°, em que êle nota e pretende explicar uma antinomia no que acêrca dos rios públicos se dispunha na Ordenação.

gôso directo dessas águas, quando se operou o renascimento do direito romano consignou-se expressamente nas leis essa restrição, pela qual deixava de existir o direito de livre disposição, atribuindo-se assim ao rei quanto a águas públicas um mero poder soberano para a defêsa dos interesses de todos os cidadãos.

Revela a transformação que na teoria patrimonial das águas públicas se efectuou, a substituição da expressão « património real » por « património da corôa » e « bens públicos » para designar as cousas que, sendo destinadas ao uso ou serviço público, não pertenciam ao património particular do rei, mas ao Estado ou nação por êle representada. Quando no decreto de 13 de agosto de 1832 se declarou (artigos 1.º e 2.º) que a Ordenação do livro 2.º, título 26.º, em que se tratava dos direitos reaes, foi revogada pela Carta constitucional e que era revogada pelo referido decreto, e que os bens da nação, tomada colectivamente, eram os bens de uso geral e comum dos habitantes, como portos, canais, rios navegáveis, sancionou-se a doutrina que Mello Freire já havia ensinado.

Dizia o grande jurisconsulto que os bens que pertenciam ao rei não eram todos do mesmo género, sendo *patrimoniais* os que êle possuia como particular, tendo sôbre eles completo domínio e podendo livremente aliená-los; *públicos*, ou do erario e do povo, os que não estavam nesse domínio, mas apenas sujeitos ao seu império; *fiscais* ou *dominiais* os que eram destinados para a sua conveniente sustentação e defêsa da sua dignidade, de que êle também não era proprietário, mas mero administrador [1].

[1] *Institutiones juris civilis lusitani*, livro 3.º, título 1.º, § 9.º

A expressão « património real », que se lê na Ordenação, livro 2.º, título 26.º, § 8.º, significava, pois, o mesmo que património nacional ou do Estado, designando-se por aquela expressão uma apropriação colectiva e não individual.

Havia assim no nosso antigo direito águas que, estando apropriadas pelo Estado, eram destinadas para o gôso directo de todos e que tinham, como na actual legislação, a denominação de águas públicas. Estavam essas águas definidas, quanto às correntes, na Ordenação citada: eram os rios navegáveis, e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo; delimitavam-se também essas águas no decreto de 13 de agosto de 1832, pelo qual eram bens de uso geral e comum dos habitantes os rios navegáveis.

Pela definição que se dava de águas públicas, excluiam-se da apropriação pelo Estado todas as águas que assim não eram consideradas. Havia, pois, ao lado das águas públicas, águas que eram comuns ou particulares. Não deixava dúvidas a êste respeito a nossa antiga legislação, não podendo todavia precisar-se devidamente o regime jurídico das águas comuns pelo que respeita às pessoas a quem essas águas pertenciam e às que assim deviam ser consideradas. As dificuldades que a êste respeito se levantavam no nosso antigo direito subsistem em grande parte perante a actual legislação. A elas nos referiremos quando tratarmos da classificação das águas, cumprindo-nos todavia notar desde já que à expressão « águas comuns » se ligava na jurisprudência anterior ao Código civil uma significação muito diversa da que tinha no direito romano.

Pelo nosso direito as águas comuns estavam apropriadas colectivamente, e o seu uso era, quanto às

pessoas que delas se podiam aproveitar, mais restrito do que nas públicas. No direito romano, águas comuns eram, como já notámos, as insusceptíveis de apropriação individual ou colectiva, de que todos se podiam utilizar.

As águas particulares estavam individualmente apropriadas, havendo sôbre elas o direito não só de uso, mas de livre disposição. É assim que Lobão estabelecia o princípio de que a água que nasce em algum prédio é reputada como um dos seus frutos naturais, e por isso pertence por direito ao dono do prédio e faz parte dêle [1]. E Borges Carneiro dizia que « é acessão do prédio a água que nele nasce, e pertence portanto ao seu dono. O qual pode por conseqüência usar e dispor dela livremente, dirigí-la, consumí-la, divertí-la, como quiser, aínda com dano dos prédios vizinhos» [2].

5. *Os interesses colectivos na apropriação das águas.* No diverso modo por que se teem apropriado as águas, atendeu-se sempre ao seu destino ou aplicação compatível com o volume e forma que as águas teem naturalmente ou que lhes são dados artificialmente, variando êsse destino ou aplicação em harmonia com as necessidades a cuja satisfação se proporcionam. Nas águas públicas e nas comuns, o seu destino pode ser a satisfação duma necessidade essencial à vida e à higiene, como nas fontes públicas e nos reservatórios ou fontes comuns; a navegação, flutuação ou irrigação, como nos canais,

[1] *Tractado practico e compendiário*, § 65.°
[2] *Direito civil de Portugal*, livro 2.°, título 6.°, § 30.°, n.os 1 e 2.

rios e lagos; o aproveitamento da sua energia para fins industriais, nas quedas.

Na classificação das águas e conseqüente determinação do seu regime ou natureza jurídica, os interesses que principalmente teem sido tomados em consideração desde o direito romano são os da navegação ou flutuação. Sendo diversos os critérios que se teem adoptado para se considerarem públicas determinadas águas, a função dessas águas que sempre se considerou dominante foi a da navegação ou flutuação.

Proíbia o direito romano que no rio público ou nas suas margens se fizesse qualquer cousa que prejudicasse a navegação [1]. Formula também o nosso código civil o princípio (artigo 431.° § 1.°) que o uso das águas navegáveis ou flutuáveis deve ser exercido sem prejuízo dos interesses da navegação ou flutuação.

Compreendia-se, no tempo em que as vias fluviais representavam o meio de comunicação mais rápido, cómodo e económico, que o regime jurídico das águas se acomodasse a tais fins, considerando-se secundários todos os outros. Os progressos efectuados nos meios de transporte autorizam, porêm, a previsão de que em relação a determinadas correntes os interesses da navegação ou flutuação deixem de ter a importância que até hoje se lhes tem atribuído, e que o regime dessas correntes venha a ser alterado, dando-se lhes outro destino. A questão resu-

[1] *Digesto*, livro 43.°, título 12.°, fr. 1 pr. e § 19.°: *Ait prætor:* « *Ne quid in flumine publico ripave ejus facias ne quid in flumine publico, neve in ripa ejus immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat* ». *Deinde ait prætor:* « *quod in flumine publico ripave ejus fiat, sive quid in id flumen ripamve ejus immissum habes, quo statio iterve navigio deterior sit, fiat, restituas* ».

me-se em verificar quais as utilidades que possam ser satisfeitas por um determinado regime hidráulico. Quando se reconheça que os interesses agrícolas ou industriais, compreendendo nestes a energia electrica ou hulha branca, são superiores aos da navegação ou flutuação, nenhuma razão pode justificar que uma corrente, embora seja navegável ou flutuável, tenha êste destino, com prejuizo doutro que seja mais útil para a economia nacional.

No decreto de 27 de maio de 1911 já se estabeleceu (artigo 1.º) o princípio de que « a energia das correntes de água pode ser objecto de concessão feita em nome do Estado no interesse dos serviços agrícolas ou da indústria ». Esta concessão pode recair tanto sôbre as águas públicas ou comuns como sôbre as águas particulares, e, mantendo-se por êsse decreto as leis vigentes acêrca do uso das águas, consideram-se os direitos atribuídos ao Estado como « restrições à plenitude da propriedade que derivam da faculdade de concessão nos termos da presente lei ».

Quis-se, a nosso ver, significar com esta fórmula que o Estado pode conceder as quedas de água nas correntes de águas públicas e comuns, deixando essas águas de ser aplicadas, em virtude dessa concessão, para o fim a que eram destinadas segundo a legislação vigente. Não há, em tal caso, restrição alguma ao direito de propriedade, sendo apenas outro o destino dessas águas, pelo qual serão prejudicados os direitos que, anteriormente à concessão, havia ao uso dessas águas. Pelo que respeita às águas particulares, a concessão pelo Estado das suas quedas só pode dar-se mediante prévia expropriação. Nesta parte estabeleceu-se pelo citado decreto mais uma restrição ao direito de propriedade.

São estas, fundamentalmente, as modificações que, relativamente ao regime jurídico das águas, se estabeleceram no decreto de 27 de maio, e que claramente nos indicam as alterações que nesse regime podem ser feitas, para que sejam devidamente aproveitadas todas as utilidades que as águas podem proporcionar.

Em relação ao direito vigente, o que se torna necessário ter sempre em vista, para que possam determinar-se os direitos às águas, são os interesses a que o legislador atendeu e o modo por que os graduou ao estabelecer o seu regime jurídico. E' assim que, considerando-se dominantes nas águas públicas os interesses da navegação ou flutuação, ocupavam o primeiro logar, anteriormente ao decreto de 27 de maio de 1911, nas águas comuns os interesses agrícolas dos prédios marginais, não podendo essas águas ser utilizadas para outros fins com prejuízo da irrigação dêsses prédios (código civil, artigo 434.º, decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 5.º, e regulamento de 19 de dezembro de 1892, artigos 226.º e 272.º § 4.º).

§ 2.º — Classificação das águas

6. *Diferentes critérios que se teem adoptado para a determinação das águas públicas, comuns e particulares.* Em todas as legislações se tem admitido águas públicas e águas particulares, e, sendo o mesmo o conceito de cada uma dessas categorias de águas, não teem sido os mesmos os critérios para a sua determinação. Foi o regime jurídico das águas no direito romano, que se baseava na sua classificação em públicas e privadas, que principalmente ministrou às diferentes legislações os princípios relativos a esta

importantíssima matéria; mas a aplicação dêsses princípios tem sido diversa, alargando-se ou restringindo-se o domínio das águas públicas.

As águas comuns, que na nossa actual legislação se apresentam como uma categoria autónoma, embora nem sempre bem definida, eram águas públicas segundo o direito romano, e assim são consideradas na maioria das actuais legislações. Admitindo-se na nossa antiga jurisprudência águas comuns ao lado das águas públicas e particulares, o critério para a determinação daquelas águas não era o mesmo que o código civil sancionou. De um modo geral pode afirmar-se que a natureza jurídica das águas era, no direito anterior ao código civil, determinada em harmonia com os princípios formulados no direito romano.

O critério da navegabilidade e da flutuabilidade, que no artigo 538.° do código civil francês foi estabelecido como fundamental para a determinação das águas do domínio público, e os direitos que aos proprietários dos prédios banhados ou atravessados pelas águas correntes, que não se consideravam dependência dêsse domínio, se atribuíam no artigo 644.° do mesmo código, foram os princípios em que no nosso código civil se baseou a distinção das águas em públicas e comuns, atribuindo-se lhes uma importância muito superior à que tiveram no direito romano e à que lhes é dada pelas legislações modernas. Há, porêm, águas públicas e águas comuns para cuja determinação se atende a critérios diversos dos da navegabilidade ou flutuabilidade e da irrigação, tornando-se por vezes difícil a classificação de algumas águas. E' assim que, havendo fontes públicas, e podendo tais fontes pertencer ao Estado ou corporações públicas, conforme hajam sido apropriadas ou construidas por aquele ou por estas, há tambêm fontes comuns, e na nossa jurisprudência não se estabeleceu ainda um critério preciso para a sua distinção, não o sendo para êste efeito o que na lei está formulado, e que é indubitavelmente o ser lícito a todos utilizarem-se dessas águas ou só aos indivíduos duma determinada circunscrição, sempre que o direito de uso das águas seja controvertido.

Mais difícil ainda que a distinção entre águas públicas e comuns é a distinção entre águas comuns e particulares. Ás dúvidas que a exegese e aplicação das definições legais suscitam, acrescem as que resultam da exegese e aplicação das disposições transitórias, a que já nos referímos.

Para que sôbre esta matéria, cuja importância teórica e prática desnecessário é encarecer, se formem idêas nítidas, que permitam resolver com segurança as múltiplas questões que nela se levantam, é indispensável que a classificação das águas segundo o nosso direito seja precedida da classificação das águas no direito romano, no nosso antigo direito e no código civil francês.

7. *Águas públicas e águas particulares no direito romano.* No direito romano, em que se consideravam públicas as águas marítimas territoriais [1], parece que se admitia, quanto às fluviais, como base da distinção entre águas públicas e particulares, o formarem essas águas cursos perenes ou não perenes.

Os cursos perenes eram designados, na linguagem técnica ou scientífica, pela palavra *flumen (a fluendo)*, qualquer que fosse a sua importância. E' neste sen-

[1] *Digesto*, livro 43.°, título 8.°, lei 3.ª

tido que os modernos tratadistas interpretam essa palavra nas Institutas, *Flumina autem omnia et portus publica sunt* [1], considerando aceitável a explicação dada pela escola doneliana acêrca da combinação dessa passagem das Institutas com as do Digesto em que se declara: *Flumina pene omnia publica sunt* e *Flumina quædam publica sunt, quædam non* [2], sendo empregada aqui a palavra *flumen* no sentido vulgar, em que compreendia tanto as correntes perenes como as não perenes [3].

Dando-se no Digesto esta significação à palavra *flumen*, e sendo consideradas públicas só as correntes perenes, necessário era distinguir, para determinar a sua natureza jurídica, os cursos de águas perenes, classificando-se os *flumina* em *perennia* e *torrentia* — *perenne quod semper fluat, torrens, hyeme fluens*, e definindo-se *publicum flumen, quod perenne sit* [4].

E' verdade que no direito romano se distinguia o *flumen* do *rivus* pelo volume de águas e pela opinião dos habitantes dos arredores: *Flumen à rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium* [5], e que havia um interdito especial para as correntes navegáveis e flutuáveis: *Hoc interdictum ad ea tantum flumina pública pertinet, quæ sunt navigabilia* [6].

[1] Livro 2.°, título 1.°, § 2.°
[2] Livro 1.°, título 8.°, lei 4.ª, § 1.°, e livro 43.°, título 12.°, lei 1.ª, § 3.°
[3] Veja-se Alfredo Mazza, *A rue pubbliche*, no *Digesto italiano*, volume 1.°, parte 2.ª, página 1.; Dernburg, *Pandette*, tradução de Cicala, volume 1.°, parte 1.ª, página 212. Confronte dr. Assis Teixeira, *obra citada*, n.° 3.
[4] *Digesto*, livro 43.°, título 12.°, lei 1.ª, §§ 2.° e 3.° A corrente não deixava de se considerar perene pelo facto de, excepcionalmente, não correr num ou noutro estio, como se declarava no *Digesto*, livro 43.°, título 12.°, lei 1.ª, § 2.°: *Si tamen aliqua æstate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est.*
[5] *Digesto*, livro 43.°, título 12.°, lei 1.ª, § 1.°
[6] *Digesto*, livro 43.°, título 12.°, lei 1.ª, § 12.°

Como nota Codovilla [1], se o volume de águas ou a opinião dos vizinhos eram o elemento constitutivo do *flumen* em geral, dizendo-se *flumen perenne* a corrente de água assim considerada pelo seu volume ou pela opinião dos habitantes, discutir se estes requisitos são necessários para que a corrente se possa considerar pública, é confundir os elementos constitutivos do *flumen* com os caracteres que diferenciavam a corrente pública da corrente particular.

Quanto à navegabilidade, na própria lei em que se declarava que não era permitido fazer no rio público qualquer cousa que prejudicasse a navegação, se dizia que o interdito respeitava às correntes *públicas* que eram *navegáveis*, fazendo-se assim implicitamente a distinção entre correntes públicas navegáveis e não navegáveis. E nenhuma dúvida deixa de que havia correntes não navegáveis que eram públicas, o considerar-se aplicável o interdito *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat* a todos os *flumina publica, sive navigabilia sunt, sive non sunt* [2].

Sendo públicas as correntes perenes que se consideravam *flumina*, eram privados os *flumina torrentia* ou correntes não perenes. E' assim que, em relação a estas correntes, se declarava que eram particulares, não se distinguindo dos restantes logares que assim eram considerados.

O uso público tinha no direito romano o carácter da perenidade, não se considerando compatível com êsse uso as correntes acidentais.

Destinguindo-se, porêm, o *flumen* do *rivus* e sendo apenas consideradas correntes públicas os *flumina perennia*, muitas são as dúvidas que o direito romano

[1] *Del diritto delle acque*, volume 1.°, página 34.
[2] *Digesto*, livro 43.°, título 13.°, lei 1.ª, § 2.°

suscita quanto á natureza jurídica dos *rivi*, que fossem perenes. Derivam essas dúvidas, em parte, da dificuldade de determinar precisamente o que se intendia por *rivus*. E' assim que para alguns tratadistas o *rivus* era o mesmo que o nosso aqueduto, havendo várias passagens do Digesto em que a palavra *rivus* tem essa significação, e parecendo ser essa até a sua significação própria [1]. Do critério, porêm, que no Digesto se estabeleceu para distinguir o *flumen* do *rivus*, parece depreender-se que o *rivus* podia ter uma origem natural, visto não se fazer referência alguma ao modo da sua formação, não sendo apenas a levada, ribeiro ou aqueduto por que se derivavam as águas, especialmente para a irrigação. E que o *rivus* podia ter uma origem natural parece confirmar-se pelo facto de, não se aplicando o interdito *de aqua quotidiana et æstiva* senão aos *rivi* derivados de águas perenes, se declarar que podiam ser derivadas águas « ex castello, vel *ex rivo*, vel ex *quo aliquo loco publico* », pertencendo a estes aquedutos o mesmo interdito.

Afigura-se nos que, estando a natureza das águas que não tinham autonomia jurídica dependente da natureza dos logares em que brotavam ou corriam, e havendo, por outro lado, aquedutos e depósitos de água que eram construidos a expensas públicas e que estavam no gôso público, podia haver no direito romano *rivi* que eram públicos e de que podiam ser derivadas águas, que, desde o *caput* ou ponto de derivação, que poderia ser um *castellum* ou receptáculo de águas públicas [1], uma corrente ou um lago público, ou uma fonte pública, seriam considerados particulares. O que é certo é que o interdito *de rivis* se aplica só a águas particulares, e que a palavra *rivus* não parece aplicar-se entre os romanos a todas as correntes de pequena importância, servindo para indicar os ribeiros ou levadas por que se derivavam as águas, designadamente para a irrigação, águas que, se não fossem derivadas para uso público, se consideravam apropriadas desde o *caput*.

Não eram só as águas correntes que, sendo perenes, se consideravam públicas. O *lacus* ou depósito de água perpétua, o *stagnum*, ou depósito de água temporária, que a maior parte das vezes se formava no inverno, e a *fossa*, ou receptáculo de água artificial [2], também podiam ser públicos. E' assim que pelo interdito *ut in flumine público navigare liceat*, o pretor proíbia que se impedisse a navegação *per lacum, fossam, stagnum publicum*, acrescentando que, *si privata sunt suprascrita, interdictum cessat* [3].

Podia, pois, ser privado o lago, cuja água era perpétua, e publico o *stagnum*, cuja água era temporária, não se estabelecendo assim para os depósitos de água naturais ou artificiais o mesmo princípio que para as correntes, cuja publicidade dependia de serem ou não perenes.

O princípio a que no direito romano deveria atender-se, tratando-se de águas que ficavam por vezes dentro dos limites dum prédio, era à natureza do logar, sendo publicos o *lacus*, o *stagnum* e a *fossa*

[1] *Digesto*, livro 43.°, título 21.°, lei 1.°, § 3.° *Rivus est locus per longitudinem depressus quo aqua decurrat.* Veja-se a êste respeito Gianzana, *Teorica delle acque private*, no *Digesto italiano*, volume 1.°, parte 1.ª, n.os 228 e 332, e confronte-se Codovilla, *obra citada*, volume 1.°, página 41 e seguintes.

[1] Sôbre a significação da palavra *castellum*, veja-se Gianzana, *obra e logar citados*, n.° 221.

[2] *Digesto*, livro 43.°, título 14.°, lei 1.ª §§ 3.° a 5.°

[3] *Digesto*, livro, título e lei citada, pr. e § 2.°

que existiam em terreno público, e particulares os que ficavam dentro dum prédio particular. E' assim que, prevendo-se esta hipótese, se declara que no lago perpétuo que fique num prédio particular, se pode impor a servidão de navegação em favor dum prédio vizinho [1].

Os lagos que fossem navegáveis sem duvida alguma seriam públicos, dada a importância que tinha a navegação.

Quanto às fontes ou nascentes seguir-se ía o mesmo princípio. Eram particulares as fontes ou nascentes dum prédio particular: *portio enim agri videtur aqua viva* [2]. E porque eram de propriedade privada, ninguêm podia utilizar-se delas contra a vontade do dono do prédio [3].

As fontes dos logares públicos tinham a mesma natureza que êstes, sendo desde o princípio fontes públicas; as que nasciam em prédios particulares podiam tornar-se públicas pelo seu uso [4].

Ás águas subterráneas aplicava-se o mesmo princípio [5].

No direito romano, o *flumen* compreendia a água, o álveo e as margens, formando uma cousa autónoma. Considerando-se nesse direito *res communis* a *aqua profluens*, as moléculas que incessantemente se deslocam, era pública a *aqua perenne*, a corrente que pela incessante substituição dessas moléculas se formava. Era a água assim aglomerada que se destinava para o uso público e não apenas para as necessidades comuns da vida, sendo as propriedades naturais das

[1] *Digesto*, livro 8.º, título 3.º, lei 23.ª, § 1.º
[2] *Digesto*, livro 43.º, título 24.º, lei 11.ª, pr.
[3] Código, livro 3.º, título 34.º, leis 4.ª e 6.ª
[4] Código, livro 11.º, título 42.º, lei 9.ª
[5] *Digesto*, livro 39.º, título 2.º, lei 26.ª

correntes que tornavam estas aptas para a navegação e para fins industriais.

Das três partes que compunham o *flumen*, a dominante era a água, mas o álveo, ou superfície que a água ordinàriamente ocupava contida entre as margens, era público como ela. E' frisante o que a êste respeito dizia Ulpiano: *Ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, et si privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus: quia impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus* [1]. Quando a corrente, abandonando o antigo, abria nôvo leito, êste entrava imediatamente no domínio público, sendo subtraído aos antigos proprietários: *Novus autem alveus ipsius juris esse incipit, cujus et ipsum fluminem, id est, publicus* [2].

Sendo do domínio público a superfície ocupada pelo *flumen*, quer êste fosse navegável, quer não navegável, tal domínio cessava no momento em que a corrente abandonava o álveo. Êste considerava-se no direito romano como sendo a continuação natural dos prédios marginais, que, abandonado o álveo pela corrente, se prolongavam até o meio dêle: *Quod si, naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prœdii possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit* [3].

Aos prédios marginais pertenciam também as ilhas que se formavam nos rios públicos, considerando-se êstes divididos pela linha média da corrente e os prédios prolongados até essa linha por projecções sôbre ela. Se a ilha ficava dum só lado, pertencia exclusivamente aos respectivos proprietários margi-

[1] *Digesto*, livro 43.º, título 12.º, lei 1.ª, § 7.º
[2] *Instituias*, livro 2.º, título 1.º, § 23.º
[3] *Instituias, eodem loco.*

nais; se ficava de ambos os lados, pertencia em parte aos proprietários duma margem, em parte aos da outra [1].

Quanto às margens, que no direito romano se definiam *id quod flumen continet naturalem cursus sui tenens* [2], não estavam no domínio público, mas apenas no uso público: *Riparum quoque usus publicus est jure gentium..., sed proprietas earum illorum est, quorum praediis hærent* [3].

8. *Classificação das águas no nosso antigo direito.* Suscita graves dúvidas a determinação do regime jurídico das águas no nosso antigo direito. Sendo reduzidissimo o número das disposições legislativas sôbre esta matéria, os nossos praxistas aplicavam em geral os princípios do direito romano, mas essa aplicação nem sempre era dirigida por critérios precisos. Haja vista o que Lobão nos diz sôbre os caracteres dos rios públicos e dos rios ou ribeiros particulares. Distinguia êste jurisconsulto os rios públicos principalmente por cinco modos: «1.° Se são navegáveis, ou teem aptidão para o ser, aínda que nunca o fossem; só são aptos para um pequeno barco, ou aínda puxado a cordas. 2.° Se é perene, aínda que não navegável; aínda que em algum verão de extraordinária sêca lhe faltem as águas. 3.° Pela sua grandeza. 4.° Pela comum reputação dos circumvizinhos. 5.° Pelo seu uso comum, e público;

[1] *Institutas*, livro 2.°, título 1.°, § 22.°, e *Digesto*, livro 41.°, título 1.°, leis 7.ª § 3.°, 29.ª, 30.ª e 56.ª As ilhas que se formavam no mar eram *nullius*.

[2] *Digesto*, livro 1.°, título 8.°, lei 5ª.

[3] *Institutas*, livro 2.°, título 1.°, § 4.°; *Digesto*, livro 1.°, título 8.°, lei 5.ª

pela pública e indiferente pesca de todos; pela pública, e comum extracção da água dêle. E regularmente todo o rio se julga público, enquanto se não prova que seja particular». E caracterizava assim os rios ou ribeiros particulares: «Em geral todos aqueles, em que se não realizam as ditas circunstâncias. E, em especial, reputam-se particulares os que não são aptos para o uso público: os que são perenes, e as torrentes que em pouco tempo crescem e decrescem. Os que só no inverno, e não no verão decorrem, e só recebem as águas pluviais. Os que nascem em terras particulares, e decorrem por terras particulares até os rios públicos, ou até o mar, pertencendo como domínio particular àqueles por cujos prédios passam, ou que teem prédios adjacentes, por entre os quais (aínda que de donos diversos) passam êsses ribeiros, reputando-se os senhores dos prédios laterais com domínio ampliado até o meio dos álveos dêsses ribeiros» [1].

Confundiam-se as qualidades naturais das correntes com o seu uso, e, quanto a êste, não se atendia apenas ao uso público, mas também ao comum. Desde as correntes navegáveis, até às que simplesmente se aproveitavam para a pesca e extracção da água; desde os rios que se consideravam tais por sua grandeza e pela comum opinião dos circumvizinhos, até aos que apenas eram perenes e que bem podiam ser regatos ou ribeiros, tanto mais que Lobão, pondo de lado a significação própria da palavra *rio*, como rios considera correntes que podem ser particulares, todas essas águas podiam ser públicas. Por outro lado, tendo-se ampliado por tal forma o uso público

[1] *Notas a Mello*, livro 3.°, título 1.°, § 8.°, n.° 6.°, e *Tratado prático e compendiário das águas*, §§ 15.° e 16.°

e declarando-se, em geral, que eram particulares os rios ou ribeiros não compatíveis com êsse uso, torna-se dependente esta qualidade das correntes de serem particulares os prédios que atravessam ou banham, desde aquele em que nascem, até um rio público ou o mar, parecendo pôr-se de lado, neste caso, o carácter da perenidade e que devia atender-se apenas ao seu uso para determinar o ponto em que a corrente particular se tornava rio público. Declarava, todavia, o mesmo Lobão que «não deixa de ser público um rio, que tem princípio em logar privado, porque a essência do público consiste na perenidade» [1]!

Assim distinguia as águas públicas das particulares o jurisconsulto que mais acuradamente tratou do regime das águas, e para quem remetia sôbre aquela intrincada matéria o claro e circunspecto Coelho da Rocha [2]. O estado da nossa jurisprudência reflecte-se nos trabalhos preparatórios do código civil e nas disposições que nele foram exaradas, que nos ministram todavia elementos valiosos para a determinação do regime jurídico das águas no direito vigente ao tempo em que êle foi publicado. E como o nosso fim, tratando da classificação das águas no nosso antigo direito, é a determinação do seu regime jurídico no direito actual, procuraremos classificar as águas em relação àquele tempo.

É incontestável que havia a êsse tempo águas pertencentes ao Estado, aos corpos administrativos e aos particulares; que aquelas águas estavam sujeitas a regime diverso conforme o seu destino, e que a propriedade das águas particulares podia sofrer restrições em virtude do seu uso público.

[1] *Tratado prático e compendiário das águas*, § 18.º
[2] *Instituições de direito civil português*, tomo 2.º, § 413.º

Trataremos em primeiro logar das águas pertencentes ao Estado.

1) *Águas públicas cuja propriedade pertencia ao Estado.* Nas Ordenações declaravam-se (livro 2.º, título 26.º, § 8.º), como já vimos, do património real *os rios navegáveis e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo.* No decreto de 16 de agosto de 1832, artigo 2.º, declarava-se que pertenciam à nação *os rios navegáveis*, não se fazendo referência *aos rios de que se fazem os navegáveis.* No decreto de 31 de dezembro de 1864 determinava-se, artigo 2.º: «Igualmente são do domínio público, imprescritível, os portos do mar e praias, os *rios navegáveis e flutuáveis com as suas margens*, os canais e valas, portos artificiais e docas existentes ou que de futuro se construam».

Os jurisconsultos continuaram, posteriormente ao citado decreto de 16 de agosto, a ensinar que eram públicos os rios navegáveis e os que correm para estes, sendo caudais, considerando apenas revogada por êle a Ordenação citada na parte em que atribuia a propriedade dêsses rios ao rei. Era esta a doutrina exposta por Liz Teixeira [1]; e Coelho da Rocha, que, para responder à pergunta — *quais sejam os rios públicos e os particulares?*, citava Lobão, sem dúvida não considerava também alterada pelo decreto de 16 de agosto de 1832 a doutrina por êste exposta acêrca dos rios públicos. E tanto é assim que, tratando êle da ocupação das águas dos *rios públicos*, referia-se *aos rios e ribeiras públicas não navegáveis* [2].

[1] *Curso de direito civil português*, tomo 2.º, página 22.
[2] *Instituições*, tomo 2.º, § 413.º

Mas teria efectivamente o decreto de 16 de agosto, como afirma o dr. Assis Teixeira [1], modificado ou alterado a legislação anterior relativamente aos rios públicos? Não hesitamos em responder negativamente, considerando o decreto citado, do mesmo modo que o de 31 de dezembro de 1864, como tendo por mero fim definir o regime jurídico especial dos rios navegáveis ou flutuáveis, em harmonia com a jurisprudência entre nós seguida e com os princípios formulados no código civil francês, e que, pela influência que tiveram no nosso código civil, exporemos antes de tratarmos da doutrina neste sancionada.

Se na nossa antiga jurisprudência se podia considerar doutrina assente que o rio ou ribeiro perene era público, e que era particular o não perene ou temporário e o ribeiro artificialmente estabelecido em terreno particular para derivação de águas [2], o regime a que estavam sujeitos os rios navegáveis e os não navegáveis não era o mesmo.

Lobão, que declara haver feito uma *análise fundamental e nova da Ordenação, livro 2.º, título 26.º, § 8.º*, em que assentava a distinção entre os rios e ribeiros públicos e particulares, parece ter-se proposto harmonizar a prática seguida com o que na citada Ordenação se dispunha, que ora procura explicar, ora declara abrogada pelo uso. É assim que, notando a antinomia que parecia resultar de a Ordenação atribuir ao rei a propriedade de todos os rios navegáveis e não navegáveis e conceder a todos o seu uso sem outra reserva mais que da propriedade,

[1] *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 43.

[2] Veja-se Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, livro 2.º, título 6.º, § 33.º, n.º 2.º; Lobão, *Tratado*, § 18.º, e *Exposição analítica e prática dos artigos 11.º, 12.º e 13.º da lei de 27 de novembro de 1804*, na *Colecção de dissertações*, 5.ª, § 9.º

parecendo ter avançado mais que o direito feudal, que não compreendia os não navegáveis, e ampliado mais o direito de uso fazendo comuns todos os rios, pretende explicá-la dizendo: «Esta, que parece antinomia, pode salvar-se, supondo-se, que o legislador na última cláusula só fez comum o uso dos rios não navegáveis (que não eram reais pelo direito feudal), e fez sua a propriedade deles: E quanto aos navegáveis reservou para si o pleno arbítrio» [1].

Reproduzindo depois o que na Ordenação se preceituava acêrca dos rios navegáveis e não navegáveis, diz: «Porêm, apesar disto, estamos vendo que sendo alguns rios dêste reino navegáveis até certas situações, como o Mondego, Vouga, etc., nas partes superiores à navegação é livre a toda a gente, sem régia autoridade, fazer clusas, açudes, caneiros, etc., que atravessando os seus álveos extraem as águas para as terras adjacentes, em que se sorvem e consomem. Estamos vendo que a maior parte dos rios pequenos, aliás publicos, se vão unir, e juntar aos navegáveis, aumentando-lhes as águas e facilitando-lhes mais a navegação; e contudo nestes rios geralmente se fazem açudes, e presas derivando-se deles as águas para as terras vizinhas, e isto sem régia autoridade. Notamos no regimento dos novos direitos e do tribunal palatino, que nem sombras há de se impetrarem graças para a extracção das águas dos rios navegáveis nas partes, em que o não são, nem dos rios que formam navegáveis outros: e tudo isto assim praticado desde tempos imemoriais. Sendo muito raras as doações, que dos rios, e águas deles fizeram os primeiros reis, e que estão em observância. E só hoje se exige o direito do ripático, que lembrei (§ 13.º), e o da pesca.

[1] *Tratado*, § 10.º

Nesta certeza, que é incontestável, devemos supor que (à unica excepção dessas doações antigas e raras, que não podem duvidar-se) está abrogada a Ordenação, livro 2.°, título 26.°, § 8.°, pelo contrário uso universal, e pela conivência dos reis. Se não é que os vassalos teem prescrito contra a coroa esta liberdade antiga, que o direito feudal inovou, por não ser um direito imanente, e imprescritível. Principalmente ficando a propriedade no património real, o que é compatível» [1].

A prática atestada por Lobão estava em perfeita correspondência com a doutrina dos praxistas. Considerava-se incontestável anteriormente ao código civil o direito de derivar água dos rios públicos para fins agrícolas e industriais, podendo efectuar-se obras nos álveos e nas margens desses rios para o seu conveniente aproveitamento. Como limitação a êsse direito havia, nos rios navegáveis ou flutuáveis, o uso para que eram destinados, o qual não podia ser prejudicado por qualquer presa de água nesses rios. E' assim que Borges Carneiro, fundando-se nesses praxistas, dizia: «Os rios públicos são da coroa quanto à propriedade. Quanto ao uso são comuns a toda a gente, sc., para beber, pescar, navegar, usar das suas águas, e aínda aos animais. O qual uso o soberano não pode tolher ou restringir, salvo por justa e legítima causa de bem público. Isto procede do mesmo modo nos rios perenes não navegáveis, de cujas águas usam livremente os moradores das terras adjacentes» [2]. E Coelho da Rocha ensinava: «As águas dos rios e ribeiras *públicas* não navegáveis

[1] *Tratado*, §§ 22.° e 23.°
[2] *Direito civil de Portugal*, livro 2.°, título 6.°, § 33.°, n.os 3 a 6.

podem ocupar-se para as regas, ou para motores de moínhos e outras máquinas» [1].

Quando no alvará de 27 de novembro de 1804 se reconheceu (§ 11.°) o direito, a qualquer povoação em comum ou proprietário em particular, de derivar água de algum rio, ribeira, paúl, ou nascente por meio de aquedutos construídos em prédios alheios, presupondo-se assim o direito de usar dessa água, sancionou-se, como afirma Borges Carneiro, uma doutrina que estava em conformidade com os princípios anteriormente adoptados [2].

O dr. Assis Teixeira vê na doutrina dos praxistas uma reacção natural contra a exageração, por eles irreflectidamente abraçada, de considerarem públicos todos os rios perenes. «Aceitando, diz o emérito professor, o princípio da classificação dos rios entre as cousas públicas, negaram ao mesmo tempo os legítimos consectários dessa doutrina, ensinando que tanto o aproveitamento das águas, como a construção das obras eram permitidos sem prévia licença régia, não só nos rios *não navegáveis*, como também nos rios *navegáveis*, principalmente quando fosse claro e notório não haver prejuízo público. E consideravam esta opinião a mais recebida e equitativa» [3].

A pretendida antinomia entre a classificação dos rios como cousas públicas e a doutrina que os praxistas ensinavam e na prática se observava acêrca do aproveitamento das águas dêsses rios, deriva, a nosso ver, do sentido demasiadamente restrito que se liga à expressão *cousas públicas*. É óbvio que, se por estas palavras queremos significar as cousas que

[1] *Instituições de direito civil português*, tomo 2.°, § 431.°
[2] *Obra citada*, livro 2.°, título 6.°, § 33.°, n.° 33.
[3] *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 39.

estão no domínio público, como êste actualmente se intende, não pode assim considerar-se a água dos rios não navegáveis nem flutuáveis, sempre que ao uso dessa água se reconheça um direito adquirido. E é indubitável que no nosso antigo direito se podia dar, como efectivamente se deu, a apropriação de águas de correntes não navegáveis nem flutuáveis, e que essa apropriação foi reconhecida pelo código civil. Não se trata, pois, apenas de um direito de uso que, relativamente a certos fins e pela própria natureza das correntes, se limite a determinadas pessoas; trata-se de um direito de uso exclusivo, podendo o adquirente dêsse direito dispor livremente de determinadas águas, dando-lhes a aplicação que julgasse mais conveniente. A água assim apropriada não estava no domínio público nem tão pouco no domínio comum, dando-se a esta expressão o significado do nosso códigó civil. Nesta parte forçoso é reconhecer que havia rios públicos cujo uso não *era igualmente comum a toda a gente,* como na Ordenação se determinava que fosse.

Cumpre notar, porêm, que a apropriação da água de um rio que se considerava público para fins agrícolas ou industriais não era incompatível com o uso do mesmo rio para outros fins, como a pesca e a satistação de necessidades comuns. E deve ter-se também em vista que a apropriação da água, dando-se num ponto determinado da corrente, apenas recaía sôbre a água que nesse ponto se derivava e que, desde que fosse derivada da corrente, deixava de estar sujeita ao mesmo regime que esta. Apropriava-se o direito de derivar a água da corrente, mas não se apropriava a corrente.

No nosso antigo direito, como no romano, era comum a *aqua profluens.* Era sôbre essa água que

se reconhecia o direito de ocupação. Em relação à corrente, podia dar-se o direito de derivar as águas para determinados fins, deixando, desde o momento em que fossem derivadas, de serem comuns. Representava essa derivação um modo de ocupação, que estava no nosso antigo direito, como o está no actual, regulado por normas especiais quanto às correntes não navegáveis nem flutuáveis.

O direito de uso da água das correntes não navegáveis nem flutuáveis, quer se atribua aos proprietários marginais, quer se reconheça apropriado por proprietários não marginais ou para fins agrícolas ou industriais, não é incompatível, a nosso vêr, com o carácter de publicidade que se atribua a essas correntes. Não procurando determinar por ora qual é a natureza do direito de uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis que o código civil atribue aos proprietários dos prédios atravessados ou banhados por essas correntes, também não consideramos êsse direito incompatível com a atribuição da propriedade dessas correntes ao Estado.

E estamos convictos de que pelo nosso antigo direito tanto os rios navegáveis ou flutuáveis como os não navegáveis nem flutuáveis se consideravam pertencentes ao Estado, sendo êste direito que principalmente se pretendia patentear ao declarar-se que êsses rios eram do património real. Tal direito não obstava a que se désse a conveniente aplicação à água desses rios em harmonia com as suas qualidades naturais, e podia reconhecer-se até o direito exclusivo ao uso de determinadas águas, subsistindo o regime jurídico dos rios.

E' assim que em diferentes providências que, tendentes a remediar abusos, se adoptaram em relação aos rios navegáveis, se tinham sempre em vista os

interesses da navegação, mandando destruir as obras nesses rios feitas que contrariassem aqueles interesses, impedindo a navegação [1].

Foi a êsses interesses que principalmente se atendeu no decreto de 16 de agosto de 1832, ao declarar-se que os rios navegáveis pertenciam à nação tomada colectivamente. Consideraram-se assim êsses rios como fazendo parte do domínio público para fins de navegação, sendo conseguintemente insubsistentes quaisquer direitos que sôbre as águas dêsses rios se pretendesse exercer, pelo que respeita à derivação das suas águas, sempre que essa derivação prejudicasse o seu destino especial.

Não se quis significar, porêm, que os rios não navegáveis nem flutuáveis não deviam também considerar-se públicos para determinados fins, e muito menos que a propriedade dêsses rios não pertencesse ao Estado.

Não se fala nesse decreto em fontes públicas, e nenhuma dúvida há de que estas estavam no domínio público e pertenciam ao Estado sempre que por êle fossem construidas ou existissem em terreno público do mesmo Estado. Não se faz referência também às águas territoriais, que estavam no domínio público.

A enumeração feita no citado decreto era apenas exemplificativa, como resulta evidentemente da palavra — *como* — que a precede, e nenhuma ilação pode inferir-se portanto dela pelo que respeita quer ao carácter dos rios não navegáveis nem flutuáveis, quer à apropriação dêsses rios.

[1] Veja-se o alvará de 16 de dezembro de 1773 e o aviso inédito de 23 de fevereiro de 1796, registado na circunscrição hidráulica do Mondego e reproduzido pelo dr. Assis Teixeira, *obra citada*, página 368.

Como se distinguiam, porêm, as correntes públicas não navegáveis nem flutuáveis das nascentes e correntes comuns e particulares?

2) *Águas de uso público ou comum pertencentes às autarquias locais e águas particulares.* Não há dúvida alguma de que no nosso antigo direito havia, ao lado das águas públicas, águas que pertenciam às autarquias locais e águas que eram particulares. Assim, entre os bens e frutos de logradouro comum, a que se referia o artigo 118.º n.º 3.º do código administrativo de 18 de março de 1842, compreendiam-se as águas, alimento de fontes públicas, que fossem de logradouro comum [1]; nos termos do artigo 122.º n.º 3.º do mesmo código a câmara deliberava sôbre construção de fontes e aquedutos do concelho, determinando-se por portarias de 5 de outubro de 1849 e 27 de julho de 1850 que êsse preceito era aplicável às obras de canalização que a boa polícia ou o aproveitamento das águas exigir nas ribeiras do concelho, devêndo a câmara municipal, por meio de posturas, ordenar a proíbição de represas e açudes, quando deles resulte insalubridade [2].

A lei administrativa de 26 de junho de 1867, tratando com mais desenvolvimento da matéria das águas, determinava (artigo 83.º n.º 14.º) que competia à câmara municipal, como corporação administrativa, deliberar sôbre o regulamento de polícia dos cais e dos rios não navegáveis, das estradas, dos campos, da caça e da pescaria nas águas concelhias e particulares, e (artigo 83.º n.º 15.º) sôbre regime e polícia das águas comuns municipais.

[1] Veja-se o *código administrativo anotado*, edição de 1865, página 56, nota.

[2] Veja-se o *código administrativo anotado*, página 74, nota.

Fala-se nesta lei em regulamentos de polícia *dos rios não navegáveis*, das pescarias nas *águas concelhias* e *particulares* e em regime e polícia das *águas comuns municipais*. Da referência que se faz a águas *comuns municipais* parece dever inferir-se que havia águas comuns que não pertenciam ao município, e da distinção que se estabelece entre as *águas comuns municipais*, as *águas concelhias* e os *rios não navegáveis*, que êstes não se consideravam como águas comuns municipais ou concelhias.

Tendo-se em vista o que na Ordenação se dispunha acêrca dos rios públicos e a doutrina dos nossos praxistas, parece que os rios não navegáveis, a que esta lei se referia, se consideravam, do mesmo modo que os cais, cousas públicas e pertencentes em propriedade ao Estado. Nas águas concelhias só poderiam entrar os aquedutos ou levadas que dos rios públicos fossem derivados para uso público ou comum pelas câmaras municipais. Tais levadas ou aquedutos ficariam pertencendo ao respectivo município e o seu regime e polícia pertenceria às respectivas câmaras.

Também não podiam deixar de considerar-se municipais ou concelhias as nascentes ou fontes existentes em terrenos pertencentes aos municípios, as quais seriam públicas, comuns ou particulares conforme o seu destino e a natureza do terreno. O mesmo carácter tinham os reservatórios naturais ou artificiais, que podiam também ser destinados para uso público ou comum ou estar na livre disposição das câmaras municipais.

O princípio de que as águas tinham a mesma natureza do terreno onde brotam ou correm, já admitido no direito romano, era seguido na nossa antiga jurisprudência. Lobão, que em diferentes passagens

se refere a êsse princípio, chega a afirmar que «é um impossível, por via de regra, que a água não tenha a natureza do álveo por onde passa» [1].

Esta doutrina, assim exposta, levaria aos mais disparatados consectários, não permitindo estabelecer a distinção entre nascentes e correntes particulares e rios públicos, cujo fundamento nítido e preciso aliás embalde se procurará descobrir nos trabalhos de Lobão.

É indubitável que uma água particular não deixava de o ser quando, derivada por um aqueduto ou levada, corria atravez de terrenos públicos ou particulares, como indubitável é também que a água das fontes ou nascentes, quando seguisse o seu curso natural e devesse considerar-se rio, passava à categoria de água pública e não perdia esta natureza por atravessar prédios particulares.

A doutrina de Lobão, tal como se acha enunciada, apenas podia aplicar-se às águas pluviais. Estas é que, não sendo águas perenes, tinham a natureza dos terrenos em que caíam, ou que, formando correntes ou torrentes não perenes, atravessavam.

3) *Águas particulares comuns.* A expressão *águas comuns* tanto significava no nosso antigo direito as que se destinavam à satisfação de necessidades primárias da vida podendo ser livremente ocupadas, como as que se achavam apropriadas em comum por diversos proprietários, especialmente para a irrigação.

Lobão, ao determinar especialmente o regime jurídico das águas comuns no seu *Tratado* (§§ 73.º-76.º), refere-se às águas dos ribeiros que pertencem em comum a vários consortes, e, quando expõe as regras

[1] *Colecção de dissertações*, disser. 5.ª, § 11.º

para a partilha dessas águas (§§ 212.º-216.º), previne as seguintes hipóteses: *a*) de as águas nascerem em prédio particular e atravessarem prédios particulares até o rio público; *b*) de se extrairem de um rio público por meio de açudes ou levadas; *c*) de haverem sido adquiridas por contrato de compra; *d*) de pertencerem a uma terra que, por morte do pai de famílias, foi partilhada entre os filhos.

É evidente que, nestes diferentes casos, ou se trata de águas que, sendo provenientes de uma nascente particular aínda se não tornaram públicas, pertencendo aos donos das terras onde brotam ou por onde correm, ou a quem as adquiriu por compra ou por meio de obras de manufactura constante e permanente, cujo regime se achava determinado na resolução régia de 17 de agosto de 1775, ou se trata de águas que, sendo públicas no ponto em que eram derivadas, se tornaram particulares, sendo preocupadas por meio de obras no rio público ou obtidas por concessão. E' assim que, definindo a natureza jurídica das primeiras nos §§ 65.º e 66.º, para onde remete no § 212.º, Lobão afirma em relação a estas: «Os rios, que se dividem em braços ou ribeirinhos, não perdem a natureza; mas as águas dos rios públicos extraídas deles por meio de clusas, açudes e artifícios, logo que entram em terras de particulares, que lhes são adjacentes, perdem a natureza de públicas e revestem a do prédio em que entram» [1].

Quer dizer: no nosso antigo direito os rios públicos eram correntes perenes que tinham um curso natural. As águas derivadas dêsses rios por meio de levadas ou aquedutos, abertos por mão do homem, não entravam na categoria dos rios públicos e não estavam sujeitas ao regime para êsses rios estabelecido.

[1] *Tratado*, § 18.º

De nenhum modo se devem confundir as águas que, sendo derivadas pelos proprietários lhes ficavam pertencendo em comum, as quais eram particulares, com as que eram derivadas pelo Estado ou autarquias locais, as quais lhes ficavam pertencendo, e eram particulares ou públicas conforme o seu destino.

Dum rio público podiam derivar-se águas para fontes e reservatórios de uso público ou comum, para fins industriais e para a irrigação dos prédios duma determinada circunscrição territorial, sendo as respectivas obras feitas a expensas dos municípios ou paróquias, e é óbvio que, quando as águas fossem assim derivadas, não ficavam apropriadas individualmente, mas colectivamente.

A propriedade dessas águas deixava, porêm, de pertencer ao Estado desde o ponto em que eram derivadas, adquirindo domínio sôbre elas a respectiva autarquia local e devendo o regime dessas águas ser diverso conforme o fim para que se destinavam. É assim que essas águas ou estavam no domínio público ou comum, utilizando-se delas todos os indivíduos ou os que pertenciam a uma determinada circunscrição, ou havia sôbre elas o direito de livre disposição, podendo os municípios ou paróquias dar-lhes o destino que julgassem mais conveniente.

No nosso antigo direito não havia uma distinção nítida entre domínio público e comum, designadamente em matéria de águas, mas não se nos afigura contestável que havia águas de uso público ou comum apropriadas pelas autarquias locais ou a estas pertencentes, e que havia águas de que elas podiam dispor livremente.

Resumindo a doutrina exposta, parece-nos que no nosso antigo direito eram águas públicas, pelo fim a que se destinavam, as que estavam no uso público ou comum, e que essas águas podiam pertencer ao Estado ou às autarquias locais.

Pertenciam ao Estado: 1) as águas marítimas territoriais; 2) as águas navegáveis e flutuáveis e os rios perenes de que elas se formavam, compreendendo-se nestes as correntes perenes cujas águas eram abandonadas ao seu curso natural; 3) as fontes e nascentes, os reservatórios naturais ou artificiais, e as águas pluviais em terreno público do Estado.

Pertenciam às autarquias locais: *a*) as águas que, para fins de uso público ou comum, eram derivadas dos rios públicos; *b*) as nascentes e reservatórios naturais ou artificiais e as águas pluviais em terrenos do município ou paróquia de uso público ou comum.

Eram particulares: 1) as águas que nasciam em prédios particulares, neles eram retidas em reservatórios naturais ou artificiais ou deles eram derivadas para outros prédios antes de se lançarem num rio público, e as águas pluviais que neles caíam ou corriam, quer êsses prédios pertencessem a pessoas colectivas quer a pessoas singulares; 2) as águas que, tendo a sua origem num rio, fonte ou reservatório de uso público ou comum, haviam sido individualmente apropriadas, já pela sua derivação em harmonia com as normas relativas à ocupação das águas públicas, já por concessão ou contrato.

As águas particulares eram denominadas comuns, quando pertenciam a mais do que um proprietário.

Quanto aos álveos ou leitos, o princípio que se admitia no direito anterior ao código civil era o de

que o álveo ou leito dos rios públicos tinha a mesma natureza que as suas águas. Na lei de 21 de julho de 1857 foi o govêrno autorizado a mandar proceder à venda em hasta pública dos leitos dos rios e valas que vierem a ser abandonados em consequência de se haver dado nova directriz aos mesmos rios e valas. Não se fazia nesta lei distinção entre rios navegáveis e não navegáveis, e não a faziam também os nossos praxistas, quanto à natureza do álveo dos rios públicos e ao destino dêle quando fosse naturalmente abandonado. E' assim que Portugal afirmava: *Quemadmodum flumen publicum, et navigabile, vel ex quo aliud navigabile fit, est de regalibus, ita et ejus alveus ad regalia pertinet. Ex ea ratione quia impossibile est quod alveus sit alterius, quam ipsum flumen. Et ea propter alveus semper sequitur fluminis causam* [1]. E Lobão dizia: «o álveo do rio público é tão público como o mesmo rio» [2], tendo comprovado esta afirmação nas *Notas a Mello* [3].

Nas águas comuns de diversos consortes cujos prédios fossem por elas banhados, o álveo seria também comum, sempre que não fossem conduzidas por aqueduto construido em prédio alheio, caso em que êsse aqueduto era uma servidão.

Pelo que respeita ao leito que o rio naturalmente abandonava abrindo nôvo álveo, Portugal seguia a

[1] *Tractatus de donationibus regiis*, livro 3.°, capítulo 4.°, n.° 36.

[2] *Tratado*, § 41.° O dr. Assis Teixeira diz que a doutrina do nosso código civil acerca do álveo das correntes não navegáveis nem flutuáveis já era a do nosso direito antigo, e cita Lobão no § de que transcrevemos as palavras do texto, nos §§ 17.°, 67.° e 175.° do seu *Tratado* e no § 11.° da dissert. 5.ª da *Colecção de dissertações jurídicas e práticas*. A questão resume-se afinal em verificar se as correntes que o código civil considera comuns eram públicas no direito anterior, assunto de que trataremos no logar adequado. Veja-se as *Correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 74, nota 1.

[3] *Notas a Mello*, livro 3.°, título 3.°, § 7.°, n.° 2.

doutrina do direito romano atribuindo aos proprietários dos prédios marginais a propriedade dêle, *inter quos divisio fit pro modo latitudinis tangentis ripam* [1].

A mesma doutrina sustentava Lobão, dizendo que «o álveo dos rios públicos só segue a natureza deles, e forma com eles um todo, enquanto coberto com as águas do rio» [2], e que o direito do rei não subsistia no leito abandonado, «porque lá vai conservar o seu direito real no rio público, e no nôvo álveo, que êle por si mesmo, sem facto do homem, se apropriou» [3].

Corrêa Telles [4] e Coelho da Rocha [5], fundando-se no decreto de 12 de maio de 1694, no alvará de 28 de março de 1791 e no código civil francês, artigo 563.°, diziam que, se o rio por si mesmo abrisse nôvo álveo, os donos da terra do nôvo álveo deviam ser indemnizados pelo terreno do álveo antigo, *pro rata* do que perderam, acrescentando Coelho da Rocha que, «se não podia ter lugar esta indemnização, o álveo abandonado pertencia aos proprietários confinantes, e, se fosse navegável, ao Estado», fundando-se no artigo 410.° do código da Austria [6].

Sôbre a propriedade das ilhas e mouchões que se formavam nos rios públicos havia dúvidas no nosso antigo direito. Portugal, afirmando que as ilhas formadas no mar pertenciam ao rei, dizia, quanto às ilhas que se formavam nos rios públicos, que pertenciam aos proprietários marginais, aplicando os princípios formulados no direito romano [1]. Mello Freire dizia que essas ilhas tinham a mesma natureza que o rio, doutrina que Lobão impugnou, considerando-as pertencentes aos proprietários marginais, fundando-se: 1) na doutrina dos nossos reinícolas, que considerava conforme à boa razão, 2) na falta de lei pátria, 3) em que era tão vário o direito das nações sôbre êste assunto que não podia aplicar-se como direito subsidiário, e 4) no carácter excepcional das disposições relativas às lezírias do Tejo [2]. Coelho da Rocha ensinava que as ilhas formadas nos rios navegáveis pertenciam ao Estado, fundando-se para isso no código civil francês e no da Austria [3].

[1] *Obra e logar citado.*
[2] *Dissertação problematica,* na parte 1.ª das *Notas a Mello,* § 18.°
[3] *Notas a Mello,* livro 3.°, título 3.°, § 7.°, n.° 3.
[4] *Digesto português,* livro 3.°, artigo 61.°
[5] *Instituições,* volume 2.°, § 417.°
[6] Mello Freire, nas *Institutiones juris civilis lusitani,* livro 3.°, título 3.°, § 7.°, dizia que o leito abandonado era público, mas a sua doutrina não foi seguida. Veja-se todavia Liz Teixeira, que a pretende justificar, no *Curso de direito civil português,* tomo 3.°, página 82.

9. *As correntes navegáveis e flutuáveis e as não navegáveis nem flutuáveis no código civil francês.* No código civil francês declararam-se, artigo 538.°, dependência do domínio público os rios e ribeiras navegáveis e flutuáveis, e no artigo 644.° formulou-se o seguinte princípio quanto às correntes não navegáveis, nem flutuáveis: aquele cujo prédio é banhado por uma corrente de água, diversa da que é declarada dependência do domínio público pelo artigo 538.°, pode utilizar-se dessa água na sua passagem para a irrigação dos seus prédios. Aquele cujo prédio é atravessado pela corrente pode usar mesmo [4] da água

[1] *Tractatus de donationibus,* livro 3.°, capítulo 7.°, n.° 8.°
[2] Veja-se *Notas a Mello,* livro 1.°, título 4.°, n.° 3.°, nota e a citada *Dissertação problemática.*
[3] *Instituições,* § 417.°
[4] No texto primitivo desta parte do artigo lia-se *peut même en user á sa volonté,* sendo modificada esta redacção, para que dela não pudesse depreender-se que o proprietário podia consumir toda a água em prejuízo

enquanto decorre no seu prédio, com a obrigação de a restituir, à saída, ao curso ordinário.

O direito que aos proprietários marginais das correntes não navegáveis nem flutuáveis se atribue no artigo 644.º levantou na jurisprudência francesa graves divergências sôbre a natureza jurídica dessas correntes [1].

As opiniões a êsse respeito emitidas foram assim agrupadas por Mazza [2]:

1.ª As águas dos cursos não navegáveis nem flutuáveis pertencem aos proprietários dos prédios marginais. Os jurisconsultos que seguem êste sistema fundam-se em que, tendo o legislador feito a distinção entre correntes navegáveis e flutuáveis e as que o não eram, só considerou aquelas no domínio público, e em que, estabelecendo-se no artigo 645.º que nos litígios que se levantem entre os proprietários acêrca do uso das águas, os tribunais devem conciliar os interesses da agricultura com o *respeito devido à propriedade*, esta palavra não pode deixar de referir-se às águas.

2.ª As correntes não navegáveis nem flutuáveis são propriedade do Estado. Os jurisconsultos que assim se pronunciam, dão as seguintes razões: *a*) não é taxativa a enumeração feita no artigo 538.º, e, não sendo a água corrente susceptível de apropriação

dos proprietários inferiores, mas conservou-se o advérbio *même*, ficando defeituosa a redacção. Veja-se Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3.ª edição, volume 6.º, página 588.

[1] O regime das águas pluviais, das nascentes, das correntes não navegáveis nem flutuáveis e das navegáveis e flutuáveis é regulado na lei de 8 de abril de 1898. O direito às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis é o que se achava declarado no artigo 644.º do código civil, que não foi alterado.

[2] *Teorica delle acque pubblique*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 2.ª, página 194.

individual e pertencendo ao domínio público todo o território não susceptível dessa apropriação, as correntes não navegáveis nem flutuáveis não podem deixar de incluir-se nesse domínio; *b*) o artigo 644.º atribue aos proprietários marginais um direito de uso e não de propriedade, referindo-se a palavra — propriedade — do artigo 645.º à dos prédios e não à das correntes; *c*) os proprietários cujos prédios são banhados ou atravessados pelas correntes não tinham direito a indemnização, quando uma corrente, que o não era, fosse declarada navegável ou flutuável, sendo certo que, se essas correntes estivessem apropriadas, devia haver expropriação [1].

3.ª As águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis são *nullius* ou *res comunes*, como é da natureza da *aqua profluens*. Não estão essas águas no domínio público, porque a lei não as considera nesse domínio, e também não pertencem aos proprietários marginais, porque a lei apenas lhes reconhece o direito de usar dessas águas.

4.ª As correntes não navegáveis nem flutuáveis devem scindir-se em duas categorias, conforme a maior ou menor importância que tiverem. As menos importantes, a que dão o nome de *ruisseaux* e que se distinguem especialmente pelo seu diminuto percurso e por êste ser intermitente, devem considerar-se pertencentes aos prédios por elas banhados ou atravessados pelo direito de acessão; as mais importantes são *res comunes*.

[1] Tendo sido pela lei de 8 de abril de 1898 atribuida a propriedade do leito aos proprietários marginais, quando se classifique como navegável ou flutuável uma corrente que o não era, deverá haver expropriação. Veja-se Filipe Moreau, *Manuel de droit administratif*, Paris, 1909, página 577, e Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 2.ª edição, tomo 1.º, página 294, nota 2.

A influência que o sistema do código civil francês sôbre águas exerceu na nossa legislação, levou-nos a expor a respectiva jurisprudência acêrca da natureza jurídica das correntes não navegáveis nem flutuáveis. Não teremos que meter mão em ceara alheia para emitirmos parecer sôbre esta delicada matéria, visto que a mesma questão se pode levantar em face da nossa legislação. Dela trataremos em logar oportuno.

O que nos cumpre notar desde já é que a jurisprudência francêsa limita a questão a que acabamos de nos referir às correntes de água que tem um curso natural e que não são dependência do domínio público, não compreendendo nela os depósitos de água naturais ou artificiais, as águas pluviais e os aquedutos ou canais artificiais [1].

10. *Classificação das águas no projecto primitivo do código civil e alterações que nele fez a comissão revisora.* É difícil descobrir nos trabalhos preparatórios do código civil qual o conceito que acêrca do regime jurídico das águas formavam os abalizados jurisconsultos e publicistas que compunham a comissão revisora, notando-se nas suas deliberações incoerências e contradições sôbre a natureza de algumas águas, que dão lugar a sérias dúvidas sôbre o sistema que, em relação a elas, a comissão pretendeu adoptar. Não podemos deixar de nos referir a essas deliberações, não tanto porque esclareçam as respectivas disposições do código civil, como porque se nos afigura que elas mostram, de modo iniludível, que às correntes não navegáveis nem flutuáveis, que no

[1] Veja-se Baudry-Lacantinerie, *obra citada*, página 585.

artigo 381.º do código civil se enumeram como cousas comuns, se atribuiu um carácter muito diverso do que, pela noção de cousas comuns que nesse artigo se dá, se lhe devia atribuir e se lhe tem atribuido.

No projecto primitivo eram assim determinadas, na secção em que se tratava da pesca, as águas públicas:

«Artigo 411.º, § único. Dizem-se águas públicas: 1.º As dos rios, rias, canais, lagôas, ou de quaisquer correntes navegáveis; 2.º Quaisquer nascentes, depósitos, ou correntes de água de uso comum».

Não se dava nesse projecto a definição de *cousas públicas* e *cousas particulares*, tendo sido na sessão da comissão revisora de 7 de dezembro de 1860 que o visconde de Seabra leu a nova redacção do título 2.º do livro 1.º da 2.ª parte, em que havia as seguintes disposições:

«As cousas em relação às pessoas a quem pertencem são de domínio público, ou de domínio privado.

«São de domínio público as que pertencem ao Estado ou nação, e de domínio privado as que pertencem a pessoas singulares ou colectivas, ou a pessoas morais.

«As cousas públicas podem pertencer ao Estado em plena propriedade, ou somente em sua propriedade, se o seu uso é permitido aos cidadãos.

«A designação de quais sejam as cousas públicas, quer da primeira quer da segunda espécie, pertence à lei política e administrativa; mas as disposições dêste código acêrca da aquisição, fruição, conservação e transmissão das cousas, são aplicáveis a toda a espécie de propriedade, salvo havendo disposição expressa em contrário» [1].

[1] Veja-se as *Actas*, página 77.

Declarando o projecto que eram públicas as correntes navegáveis e quaisquer nascentes, depósitos ou correntes de água de uso comum, vê-se que, no intender do autor do projecto, essas águas pertenciam em propriedade ao Estado e que o seu uso era permitido aos cidadãos.

Que conceito formava, porêm, o visconde de Seabra da expressão *uso comum?* Quais eram as nascentes, depósitos ou correntes sôbre que havia êste uso? Seriam apenas aqueles de que podiam aproveitar-se todos os cidadãos, ou também aqueles que só podiam ser utilizados pelos proprietários marginais, ou pelos habitantes duma determinada circunscrição territorial?

A comissão revisora, ao examinar o artigo 417.° do projecto, em que se determinava que «o direito de pesca pertencerá exclusivamente aos proprietários dos prédios marginais nos tractos de água fronteiros dos rios ou de quaisquer correntes e depósitos de águas, que não forem públicas», havia deliberado, respondendo negativamente à pergunta formulada por José Julio — se em qualquer das hipóteses do artigo 411.° o direito de pesca devia pertencer aos donos dos prédios confinantes —, que êsse artigo fosse substituído pelo seguinte: «O direito de pesca nas correntes e depósitos de águas não públicas, mas usufruidas por diferentes pessoas, pertence exclusivamente aos proprietários dos prédios marginais».

E em relação ao § 5.° do mesmo artigo, em que se dispunha que «se os rios, ou correntes não navegáveis, se tornarem navegáveis por conveniência pública, não será o govêrno obrigado a indemnização alguma pela cessação do direito privativo da pesca, neste artigo declarado», votou-se: «1.° que êste § devia ser aplicável a águas cuja natureza era pública, mas cujo uso

é concedido a particulares; 2.° que neste caso não haverá indemnização» [1].

Destas deliberações resulta de modo iniludível que as águas das correntes não navegáveis, cujo uso era concedido aos proprietários dos prédios por essas correntes banhados ou atravessados, não se incluiam no artigo 411.° do projecto, não sendo conseguintemente êsse uso considerado comum, mas que essas correntes podiam ter, apesar do direito atribuido a êsses proprietários, a natureza de públicas, pertencendo a sua propriedade ao Estado. Declaravam-se essas águas não públicas, por não ser facultado o seu uso a todos.

No § 2.° do citado artigo 417.° dispunha-se que «se os terrenos marginais pertencerem aos municípios, pertencerá êste direito (o de pesca) exclusivamente aos seus vizinhos». A comissão revisora resolveu suprimí-lo, sendo «vencida a liberdade da pesca na hipótese do mesmo §, isto é, nas águas que correm ou estão estagnadas dentro de terrenos municipais» [2].

Tendo em atenção o que se havia votado acêrca do artigo 417.°, parece que as águas a que o § 2.° do mesmo artigo respeitava eram, pelo facto de correrem ou estarem estagnadas dentro de terrenos municipais, de uso comum, no sentido do n.° 2.° do § único do artigo 411.°, embora não fossem públicas nos tractos fronteiros dos prédios particulares. Com efeito, só nestes tractos o direito de pesca pertencia exclusivamente aos proprietários dos prédios atravessados ou banhados por quaisquer rios, correntes e depósitos de águas, que não forem públicas, exercendo cada um dos donos dêsses prédios, se forem diversos, o seu

[1] Veja-se as *Actas*, páginas 71 e 72.
[2] Veja-se as *Actas*, página 71.

direito de pesca até o meio do correspondente tracto da água, se outra cousa não acordarem, nos termos do § 2.º do citado artigo 417.º Desde que, porêm, êsses rios, depósitos e correntes existiam ou corriam em terrenos municipais, havia a liberdade de pesca.

A natureza jurídica das águas parece que ficava dependente da natureza dos terrenos onde corriam ou eram detidas, podendo o mesmo rio ou corrente ser público ou não, conforme êsses terrenos. Se em determinados tractos do rio, corrente ou depósito havia o direito exclusivo de usar da água, esta era não pública; se a água era de uso comum, considerava-se pública. É assim que, ao estatuir-se que o direito de pesca era facultado a todos nas águas existentes em terrenos municipais, se presupunha sem dúvida que estes terrenos eram de uso público ou comum, fazendo depender da natureza do terreno a natureza da água.

Em sessão da comissão revisora de 10 de dezembro de 1860, o autor do projecto primitivo apresentou uma nova redacção da secção relativa à pesca em conformidade com as idêas vencidas, em que as águas públicas e particulares eram assim determinadas:

«Dizem-se águas públicas, para o sobredito efeito: 1.º As águas dos rios, rias, canais, lagôas ou de quaisquer correntes navegáveis; 2.º Quaisquer nascentes, depósitos ou correntes de água não navegáveis, mas que forem destinadas ao uso comum ou não forem do domínio particular.

«São do domínio privado: 1.º As águas que nascem em terrenos particulares e enquanto por eles decorrem; 2.º As águas que procedem de outros prédios e atravessam terrenos particulares, não sendo as ditas águas capazes de transportar no

seu curso ordinário alguma espécie de barcos de transporte» [1].

Vê-se destas disposições que, em relação ao direito de pesca, a natureza jurídica das águas que não fossem navegáveis ou flutuáveis ou de uso comum se determinava pela natureza dos prédios onde brotavam ou por onde corriam, havendo nascentes, depósitos ou correntes não navegáveis que, embora não fossem destinadas ao uso comum, não eram do domínio particular, sendo êste sem dúvida o motivo por que se dizia «que não forem destinadas ao uso comum *ou não forem do dominio particular*».

Havendo cousas públicas que pertenciam ao Estado em plena propriedade, ou *somente em sua propriedade, se o seu uso é permitido aos cidadãos*, e não se declarando se só eram públicas, neste sentido, as cousas cujo uso era permitido a todos os cidadãos, ou se também o eram aquelas cujo uso apenas fosse facultado aos cidadãos que estivessem em determinadas condições, como os que possuiam prédios que eram atravessados ou banhados por correntes não navegáveis, vê-se que:

a) Não podia concluir-se, do facto de se atribuir a determinadas pessoas o direito de uso exclusivo de certas água que estas não tivessem a natureza de públicas, no sentido de pertencerem *em sua propriedade* ao Estado;

b) Que nas correntes ou depósitos em que, relativamente a determinados tractos, se atribuía o direito exclusivo às águas aos proprietários de prédios particulares, outros tractos havia, os que confinavam com terrenos públicos ou de uso comum, em que essas águas se consideravam públicas;

[1] Veja-se *Actas*, página 80.

c) Que não se consideravam como pertencentes ao domínio privado as águas que brotavam ou se achavam estagnadas em terrenos do Estado ou das autarquias locais que fossem públicos ou de uso comum.

É assim que na nova redacção do artigo 417.º do projecto primitivo se determinava que o direito de pesca nas águas particulares que procedem de outros prédios e *atravessam terrenos particulares*, «pertence exclusivamente aos proprietários dos prédios adjacentes», e que «se os terrenos marginais pertencerem a diversos donos, exercerá cada um deles o seu direito de pesca até o meio do correspondente tracto de água, se outra cousa não acordarem», não se fazendo referência aos tractos das correntes que banhavam terrenos públicos [1].

Tendo sido apresentada por Alexandre Herculano uma proposta relativa à matéria *das águas*, sôbre ela recaíram, desde a sessão da comissão revisora de 18 de março de 1861, as deliberações por esta tomadas.

Não deixaremos todavia de completar a matéria exposta com a doutrina do projecto primitivo acêrca do aproveitamento das águas. Esta matéria era objecto da secção 2.ª do capítulo 4.º, título 3.º, livro 1.º, parte 2.ª, sendo o capítulo assim epigrafado: *Da ocupação dos objectos e produtos naturais, comuns ou não apropriados;* donde parecia dever depreender-se que a água era cousa *nullius*.

Na referida secção tratava-se, porêm, em subsecções seguidas: *a*) *das águas públicas, e particularmente das águas navegáveis*, as quais, pela noção que de cousas públicas se havia dado, pertenciam em propriedade ao Estado, sendo o seu uso permitido a

[1] Veja-se *Actas*, página 81.

todos, sem prejuízo dos interesses da navegação, e, quando êsse uso dependia de obra, ou construção permanente, não poderia esta ser feita sem prévia licença da autoridade administrativa competente, podendo ser destruida, se viesse a tornar-se incompatível com os interesses da navegação, sem indemnização e à custa do proprietário (artigos 455.º a 458.º);

b) *Das correntes de água não navegáveis*, cujo uso era concedido:

1) Aos donos ou possuidores de prédios atravessados por elas, que tinham o direito de dispor delas em seu proveito desde que entrassem no respectivo prédio, contanto que as não desviassem, ao sair, do seu leito e direcção costumada: excepto se o consentissem os vizinhos que com isso pudessem ser prejudicados;

2) Aos donos ou possuidores de prédios adjacentes, de um e de outro lado, às sobreditas correntes, que gosariam do mesmo direito, em proporção dos seus prédios. Os donos ou possuidores dos prédios adjacentes, que não gosassem do mesmo direito, não poderiam empregar nestes as sobreditas águas em prejuízo do direito, que sôbre elas tivessem os seus convizinhos (artigos 459.º-461.º).

Não há no projecto primitivo nenhuma disposição que expressamente determine a quem pertencia a propriedade das correntes de águas não navegáveis. E' certo todavia que aos proprietários marginais apenas se atribuia o direito de uso, e, embora se declare que êsse direito, sendo de futuro imprescritível, só pode ser alienado por acto ou escritura pública, esta alienação não representa, como mais tarde veremos, o direito de livre disposição. Não é duvidoso para nós, tendo em vista a definição de cousas públicas dada pelo autor do projecto e a

declaração da comissão revisora de que o artigo 417.º § 5.º respeitava a águas *cuja natureza é pública, mas cujo uso é concedido a particulares*, que as correntes de água não navegáveis se podiam atribuir em propriedade ao Estado. Esta doutrina só poderia aplicar-se, porêm, às correntes que tivessem origem e curso natural, como mais adiante veremos, e como resulta da disposição transitória consignada no artigo 462.º do projecto.

c) *Das fontes e nascentes*, em relação às quais se determinava que o dôno do prédio onde as houvesse podia servir-se delas livremente, dando-lhes portanto o destino que julgasse mais conveniente. Em relação a estas águas, o sistema que se seguia no projecto era o de que elas pertenciam em propriedade ao dôno do prédio onde brotavam, sendo a sua livre disposição limitada apenas pelo direito que algum terceiro tivesse adquirido por justo título (artigo 468.º) e pelo direito dos habitantes de qualquer povoação ou casal de se abastecerem dessas águas (artigo 471.º). O mesmo princípio se seguia acêrca

d) *Das águas pluviais*, declarando-se que as que caiem directamente sôbre qualquer prédio rústico ou urbano podiam ser livremente ocupadas e usufruidas pelos donos dos ditos prédios (artigo 480.º). Quanto às águas pluviais das torrentes ou enxurros, seguia-se o princípio de que as que corriam por terrenos, estradas ou ruas públicas podiam ser ocupadas na sua passagem por qualquer proprietário confinante (artigo 479.º), donde se conclue que, correndo por terreno particular, podiam ser livremente ocupadas pelo respectivo proprietário.

Quanto ao leito das correntes, não se determinava a quem pertencia a sua propriedade, mas prescrevendo-se que (artigo 2469.º) «se a corrente mudar seu curso, os donos dos prédios invadidos adquirem direito ao terreno, que ocupava o álveo antigo, cada um em proporção do terreno inundado», e não se fazendo distinção entre correntes navegáveis e não navegáveis, parece dever-se concluir que, no sistema do projecto, o direito ao álveo das correntes não navegáveis não pertencia aos proprietários marginais.

11. *Classificação das águas na proposta de Alexandre Herculano e modificações que nela fez a comissão revisora.* Na proposta que sôbre a matéria das águas foi apresentada por Alexandre Herculano à comissão revisora em sessão de 12 de dezembro de 1860 [1], havia: 1) águas de uso público; 2) águas de uso comum. A determinação e regime dessas águas assentavam nas seguintes bases:

1) *Águas de uso público.* Entravam nesta categoria: *a*) as águas salgadas das costas, enseadas, baías, fozes, rias e esteiros (artigo 1.º), sendo do domínio público o seu leito, que abrangia toda a superfície que chegassem a cobrir constantemente as marés ordinárias (artigo 3.º); *b*) as correntes de água doce navegáveis e flutuáveis, intendendo-se por corrente navegável a que durante o decurso inteiro do ano era acomodada à navegação de barcos de qualquer fórma, construção e dimensão, e por corrente flutuável aquela por onde estivesse efectivamente em costume, no acto da promulgação do código civil, fazer derivar objectos flutuantes, durante o decurso do ano inteiro, com fins comerciais (artigo 4.º e § único), sendo do

[1] Veja-se as *Actas*, página 82. A proposta vem nelas transcrita de páginas 132 a 139, e pelo dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis, Apêndice A*, páginas 341 a 349.

domínio público os seus leitos ou álveos, ou porção de superfície que a corrente cobre sem trasbordar para o solo natural e ordinàriamente enxuto (artigo 5.º).

2) *Águas de uso comum.* Eram assim consideradas todas as águas pluviais e nativas, que não constituissem efectivamente uma corrente navegável e flutuável (artigo 6.º). Nesta fórmula compreendiam-se todas as águas, fazendo-se todavia expressa referência: 1) aos affluentes das correntes navegáveis e flutuáveis (artigo 17.º); 2) aos lagos naturais de água doce, circundados de prédios particulares ou de prédios particulares e terrenos incultos públicos, municipais ou paroquiais (artigo 20.º); 3) às águas nativas que brotarem espontâneamente à superfície de qualquer prédio (artigo 25.º); 4) às águas procedidas de nascentes abertas artificialmente (artigo 27.º).

Quanto ao regime das águas de uso comum, o princípio formulado na proposta era que o dôno de qualquer prédio rústico ou urbano podia dispor livremente para uso do seu prédio de quaisquer águas que por qualquer modo penetrassem na superfície do dito prédio ou nele brotassem (artigo 7.º). Relativamente às correntes que passem entre dois ou mais prédios, os dônos dêstes poderiam desviar para o seu terreno a porção da corrente que lhes conviesse, se a água fosse sobeja, não traspassando nenhuma quantidade dela para outro prédio; não sendo sobeja, cada um deles teria direito a metade da água transeunte, sendo da competência das câmaras municipais prover ao modo de verificar e assegurar a igual partilha das águas entre os vizinhos (artigo 10.º § 1.º). No caso de o extrêmo de um prédio marginal ser superior, em relação à corrente, ao prédio fronteiro, poderia o dôno do primeiro derivar toda a água de que carecesse sem atenção às conveniências do segundo, salvo se essa

porção produzisse remanescentes que viessem sair ao álveo, hipótese em que a câmara municipal o podia obrigar a restringir-se à porção necessária na derivação da água, restrição que não tinha logar quando a derivação se fizesse para motor de qualquer engenho ou máquina, caso em que só era obrigado a deixar sair as águas para o álveo no ponto mais elevado possível (artigo 10.º, §§ 4.º e 5.º).

O uso das águas nativas que brotassem espontâneamente não podia transferir-se no todo ou em parte por via de contrato, e as que naturalmente corressem de um prédio para outro não poderiam ser artificialmente derivadas para terceiro prédio, sem anuência do segundo (artigos 25.º e 26.º).

O uso das águas procedidas de nascentes abertas artificialmente podia alhear-se e adquirir-se por toda a espécie de contrato oneroso ou gratùito, mas em nenhum prédio podia ser imposta a servidão de aqueduto sem consentimento do seu dôno, para se realizar qualquer contrato acêrca de águas (artigos 27.º e 28.º).

O leito ou álveo das torrentes ou correntes de uso comum formava parte integrante dos prédios particulares por elas atravessados, e, sendo os prédios marginais, pertencia aos mesmos prédios, integrando-se em cada um o tracto do leito ou álveo compreendido entre a linha marginal e a linha média do *talweg*, terminando superior e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas caíndo perpendicularmente da extremidade da linha marginal do prédio sôbre a linha média do *talweg* (artigos 11.º e 12.º).

Quando a margem da corrente de uso comum pertencesse por um ou ambos os lados a terrenos incultos públicos, municipais ou paroquiais, era lícito a todos tirar em qualquer espécie de vasilha a quanti-

dade de água de que carecessem, ou aplicarem, no próprio leito ou álveo, a água corrente aos usos ordinários da vida. A todos era lícito colher quaisquer plantas que reputassem úteis e apropriar os animais aquáticos não só nas águas fronteiras aos referidos terrenos, mas nas que o forem de prédios particulares, desde que, seguindo o álveo, não penetrassem neles sem licença do dôno, e não perturbassem o uso legal das águas (artigos 14.° a 16.°).

Do extrato que acabamos de fazer vê-se que, relativamente às águas de uso comum, se admitia não só o direito de uso exclusivo dos proprietários dos prédios em que essas águas brotavam, corriam ou se achavam represadas, mas que, em relação a algumas dessas águas, as que procedessem de fontes abertas artificialmente, se admitia até o direito de livre disposição, não podendo apenas ser imposta a servidão de aqueduto para a condução dessas águas, cedidas por contrato, para fora do prédio onde brotavam. É óbvio, pois, que à expressão *uso comum* se ligava um sentido que a linguagem jurídica não comportava, e, resolvendo a comissão revisora que se completassem os artigos 1.° e 6.° da proposta com as definições de uso público e uso comum, Alexandre Herculano formulou todavia as seguintes, que foram apresentadas e aprovadas em sessão de 27 de novembro de 1861:

«São de uso público as cousas naturais ou artificiaes apropriadas ou produzidas pelo Estado, e mantidas debaixo da sua administração, das quais é lícito a todos, individual ou colectivamente, utilizar-se com as restrições impostas pelos regulamentos administrativos.

«São de uso comum as cousas úteis e não apropriadas de que a todos e a cada um é lícito tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos» [1].

Por estas definições, as cousas de uso público estavam apropriadas pelo Estado e mantidas debaixo da sua administração; as cousas de uso comum não estavam apropriadas, e o Estado não as mantinha sob a sua administração. Nos regulamentos administrativos apenas se determinava, em relação a essas cousas e do mesmo modo que em relação às de uso público, como se podia tirar proveito delas.

As cousas comuns não estavam apropriadas, nem colectivamente nem individualmente, pois que, dizendo-se que eram *cousas úteis não apropriadas*, excluia-se qualquer forma de apropriação. Esta era possível, tendo carácter colectivo; a individual não podia dar-se, porque o uso comum a todos e a cada um era incompatível com esta forma de apropriação.

Nos moldes da definição das cousas de uso comum cabe a noção da *res communis* do direito romano, a que o código civil francês se refere no artigo 714.°, declarando que «há cousas que não pertencem a ninguêm e cujo uso é comum a todos. Os regulamentos policiais determinam o modo de as gosar».

Sendo esta a noção de cousas de uso comum formulada por Alexandre Herculano, é óbvio que as águas de uso comum não estavam nem no domínio público, nem no domínio comum. Não podiam confundir-se de modo algum com as cousas que, estando no gôso directo de todos os cidadãos ou dos indivíduos de determinada circunscrição, pertencem em propriedade ao Estado ou a corporações públicas, compreendendo nestas as autarquias locais.

[1] *Actas*, páginas 175 e 176.

As definições de cousas de uso público e de uso comum foram, como já notámos, aprovadas pela comissão revisora, que apenas as alterou fundamentalmente na sessão de 23 de maio de 1864 [1]. Por elas se orientou na análise da proposta de Alexandre Herculano.

Por esta proposta, pois, apenas se podiam considerar apropriadas as águas públicas. Todas as outras eram do uso comum de todos e de cada um. Via-se nas respectivas correntes, nascentes ou depósitos, não um volume de águas sujeito a um determinado regime, como nas águas públicas, mas a água em constante deslocação, a *aqua profluens*.

Dava-se todavia destino a esta água, em harmonia principalmente com a natureza dos terrenos por ela banhados ou atravessados, podendo dizer-se que, em princípio, só era de uso comum a água que brotava, corria ou estava depositada em terrenos de uso público ou comum. A água das correntes que banhavam ou atravessavam prédios particulares era de uso exclusivo dos respectivos proprietários no tracto do leito fronteiro a êsses prédios. A teoria do uso comum não justificava o direito atribuído a êsses proprietários. Muito menos se podia justificar, em face dessa teoria, o direito dos proprietários dos prédios onde houvesse nascentes, e designadamente nascentes que houvessem sido exploradas. Quanto a estas, não havia apenas o direito de uso exclusivo, mas o de livre disposição. Parece, pois, que, em relação a estas nascentes, a proposta admitia, sem todavia o declarar expressamente e estabelecendo até um princípio contrário, o direito de propriedade.

[1] *Actas*, páginas 142 e 143.

A teoria de Alexandre Herculano foi impugnada na comissão revisora pelo que respeita às fontes ou nascentes, havendo alguns membros que sustentavam o direito de propriedade sôbre as águas nativas em prédios particulares.

A primeira alteração que se fez, em sessão de 25 de março de 1861, foi a seguinte:

«O dôno de qualquer prédio rústico ou urbano pode dispor livremente para uso seu ou do seu prédio das águas pluviais e nativas que por qualquer modo cheguem à superfície do dito prédio ou nele brotem natural ou artificialmente» [1].

Por esta doutrina, parece que a comissão revisora restringia aínda mais do que a proposta de Alexandre Herculano o direito dos proprietários dos prédios onde houvesse fontes e nascentes. Quer estas fossem naturais, quer artificiais, os donos dos prédios só podiam servir-se livremente dessas águas para uso seu ou do seu prédio. A conseqüência era que êles não podiam transferir o direito a essas águas, quer por título gratúito, quer por título oneroso. Desde que se désse tal transferência, deixariam de usar das águas e só êste uso lhes era facultado, embora sem restrições.

Em sessão de 27 de novembro de 1861 propôs José Júlio a seguinte alteração ao artigo 25.º:

«O uso das águas nativas que brotarem espontâneamente à superfície de qualquer prédio, e das procedidas de nascentes abertas artificialmente e o das pluviais reunidas em depósitos, poderá transferir-se no todo ou em parte».

Na discussão sôbre esta proposta, Martens Ferrão alvitrou «que não fosse garantida a propriedade das

[1] *Actas*, página 142.

águas nativas, mas que fosse garantido o seu uso e a faculdade de dispor dêle, assim como desejava que no uso das águas comuns cada um pudesse dispor livremente da porção que lhe tivesse sido atribuida, e bem assim que houvesse uma curta prescrição dos prédios inferiores com relação aos sobejos das águas dos prédios superiores» [1].

Continuando a discussão sôbre o artigo 25.º da proposta na sessão de 2 de dezembro, êste artigo não foi aprovado, sendo aprovado como substituição o artigo 468.º do projecto primitivo, com a seguinte redacção: «O dôno do prédio em que houver alguma fonte ou nascente de água pode servir-se dela e dispor do seu uso livremente», ficando portanto prejudicada a proposta de José Júlio [2].

Na sessão de 4 de dezembro aínda foi discutido o assunto, apresentando Alexandre Herculano a seguinte proposta:

«Proponho que o princípio donde deriva o que se venceu acêrca do artigo 25.º da substituição relativa às águas espontâneas nascidas em prédios particulares, se aplique às águas espontâneas que brotem em terrenos paroquiais, municipais ou do Estado, reconsiderando-se o que se achava anteriormente vencido, e pondo-se em harmonia todas as disposições do código sôbre o mesmo assunto».

Silva Ferrão, que não havia assistido à antecedente sessão, declarou que votava pela propriedade das águas; Gil declarou que votava pela disposição do artigo 25.º da proposta de Alexandre Herculano. Êste declarou «que retirava a proposta, querendo contudo que ela ficasse consignada na acta como

[1] *Actas*, página 176.
[2] *Actas*, página 178.

declaração do seu voto, dizendo também os srs. Ferrer e Marreca que aderiram à mesma declaração de voto».

Seabra fez então «sua a proposta enquanto pede que se ponha em harmonia o artigo 6.º da proposta do sr. Herculano com o que se venceu em substituição do artigo 25.º da mesma proposta».

Esta proposta foi aprovada, declarando José Júlio que votava contra, «por estar persuadido de que a votação entre os dois artigos não estava em desarmonia» [1].

Em sessão de 25 de janeiro de 1864 discutiu-se a parte da proposta de Alexandre Herculano que Seabra havia mantido, relativa à combinação do artigo 25.º da proposta, alterado pela comissão, com o artigo 6.º Resolveu-se que êste artigo ficasse redigido pelo modo seguinte:

«As correntes não navegáveis nem flutuáveis, que não constituem propriedade particular, são de uso comum» [2].

Vê-se, pois, que a comissão revisora modificou fundamentalmente a proposta de Alexandre Herculano sôbre a classificação das águas, admitindo águas particulares.

A noção de cousas comuns dada por Alexandre Herculano, que a comissão revisora havia aceitado, foi também alterada fundamentalmente.

A determinação das águas comuns e a definição da sua natureza estudá-las hemos quando tratarmos da classificação das águas no código civil, referindo-nos, sempre que isso se torne necessário, ao projecto primitivo e à proposta de Alexandre Herculano, que ficamos conhecendo nos seus pontos fundamentais.

[1] *Actas*, página 179.
[2] *Actas*, página 429.

12. *Princípios em que assenta a classificação das águas no código civil e no decreto n.° 8 de 1 de dezembro de 1892.* As alterações que a comissão revisora fez nas definições de cousas públicas, comuns e particulares consistiram principalmente: *a*) em se atribuir a propriedade das cousas públicas não só ao Estado, mas também às corporações públicas, caracterizando-se assim estas cousas únicamente pelo seu destino — ser lícito a todos utilizar-se delas; *b*) em se declarar que as cousas comuns não estavam *individualmente* apropriadas, querendo-se assim significar sem dúvida que o estavam colectivamente, do mesmo modo que as cousas públicas; *c*) em se restringir o uso das cousas comuns aos indivíduos duma certa circunscrição administrativa ou aos membros duma corporação pública. Abandonou-se portanto a idêa de que as cousas comuns não estavam apropriadas e todos delas se podiam utilizar, admitindo-se, ao lado do domínio público, um domínio comum, mais limitado do que aquele, mas da mesma natureza jurídica. Tanto sôbre as cousas do domínio público como sôbre as do domínio comum não há o direito de livre disposição, sendo destinadas ao uso de todos, dos indivíduos duma determinada circunscrição territorial ou dos membros duma corporação pública. Pertencem essas cousas, para me servir da linguagem que, em relação às cousas públicas, usou o autor do código civil, sómente em sua propriedade ao Estado ou corporações públicas, sendo o seu uso permitido aos cidadãos.

Achando-se apropriadas tanto as cousas públicas como as comuns, vejamos a quem pertencem, referindo-nos especialmente às águas.

Quanto à propriedade das cousas públicas, nenhuma dúvida há em que esta tanto pode pertencer ao Estado ou a um estabelecimento público, como às autarquias locais. É o código que expressamente o declara, dizendo (artigo 380.°) que as cousas públicas são apropriadas ou produzidas pelo Estado ou corporações públicas. E' assim que tanto se consideram públicas as estradas, pontes e viadutos, construidos e mantidos a expensas públicas ou do Estado, como os construidos ou mantidos a expensas municipais ou paroquiais (artigo 380.° n.° 1.°).

Não podem, pois, distinguir-se as fontes públicas (artigo 380.° n.° 3.°) das fontes comuns (artigo 381.° n.° 2.°), por haverem sido construidas, como já vimos escrito, a expensas do Estado ou das autarquias locais. Estas podem construir fontes destinadas ao uso público, e, desde que o sejam, tais fontes são cousas públicas e não comuns, como resulta de modo iniludível do disposto no artigo 380.° Não há dúvida, porêm, de que pode haver fontes comuns, isto é, fontes cujo uso só seja facultado aos habitantes de uma determinada circunscrição administrativa, e não se nos afigura difícil a determinação destas fontes. O uso da fonte estará principalmente dependente da natureza do terreno em que ela seja construida ou se encontre. Se o terreno é de uso comum, de uso comum se deverá considerar a fonte; se o terreno é público, pública será a fonte. Duma fonte que seja construida num caminho público municipal ou paroquial sem dúvida alguma se podem utilizar, para a satisfação das necessidades a que é destinada, todos os indivíduos. Não sucederá o mesmo, se essa fonte existir em terreno de logradouro comum. Dêste terreno só poderão utilizar-se, e portanto da fonte nele existente, os indivíduos duma determinada circunscrição.

O princípio de que as águas teem a natureza do terreno onde brotam, correm, ou se acham estagnadas, tem aqui aplicação.

Há águas públicas pois, que, em nosso parecer, podem pertencer tanto ao Estado como às autarquias locais, sendo pelo seu destino que se distinguem das comuns, e determinando-se êsse destino, em relação a certas águas, principalmente pela natureza do logar onde existem.

E a quem pertencerá a propriedade das águas comuns?

Em princípio, tem-se afirmado na nossa jurisprudência que as cousas comuns pertencem em propriedade às respectivas autarquias locais. Desviando-se, porêm, dêste princípio, temos visto sustentar que as correntes não navegáveis nem flutuáveis, que o código civil (artigo 381.º n.º 2.º) e o decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892 (artigo 2.º) consideram comuns, pertencem em propriedade aos donos dos prédios por elas banhados ou atravessados.

Consideramos esta doutrina completamente inaceitável.

Tanto o código civil, como o decreto citado, atribuem aos donos dos prédios marginais apenas o direito de uso das águas; não lhe atribuem o direito de propriedade. O direito de uso é limitado pela extensão e necessidades do prédio, não podendo o proprietário dêste dar outro destino às águas. Não tem, pois, o direito de livre disposição, e é pela livre disposição que se caracteriza o direito de propriedade.

A atribuição do direito de propriedade das águas comuns aos proprietários marginais seria até uma *contradictio in adjecto*. Sendo as correntes não navegáveis nem flutuáveis declaradas cousas comuns, isto

significa, sem a mínima sombra de dúvida, que não estão *individualmente* apropriadas. Se a propriedade dessas águas pertencesse, porêm, aos proprietários marginais, existiria essa apropriação. A corrente considerar-se ía fraccionada em tantos tractos quantos fossem os prédios por ela atravessados ou banhados, e sôbre êsses tractos dar-se ía a apropriação da água que eventualmente decorresse.

Na proposta de Alexandre Herculano e pela noção que êle dava de cousas comuns, a água corrente seria *nullius*, não estaria apropriada, e o direito de uso atribuido aos proprietários marginais não representaria senão o direito de apropriação dessa água corrente. Com a noção de cousas comuns que se acha formulada no código, o direito dos proprietários marginais não pode ser assim explicado.

O código declara comuns as correntes de água não navegáveis nem flutuáveis. Para essas correntes estabelece-se portanto um determinado regime jurídico: não estão individualmente apropriadas e o seu uso é facultado aos indivíduos duma determinada circunscrição territorial. Atento êste destino, não estão individualmente apropriadas, nem o podem estar. Essa apropriação significaria o direito de livre disposição, e, dado êste direito, deixariam essas correntes de ter um uso comum, não seriam cousas comuns.

É verdade que, aplicando-se o princípio formulado no artigo 2288.º e tendo-se em consideração que o álveo ou leito das correntes não navegáveis nem flutuáveis pertence aos donos dos prédios por elas banhados ou atravessados, de que, como no artigo 381.º n.º 3.º se declara, formam parte integrante, parece poder afirmar-se que os proprietários marginais teem direito, por acessão, às águas dessas correntes. Pondo porora de lado a incoerência, para

não dizer contradição, de se considerar comum a corrente e se declarar particular o leito ou álveo, como se êste não fosse uma das partes de que se compõe a corrente, quando se considere, como efectivamente é considerada, um todo autónomo, cumpre-nos notar que não só o direito que aos proprietários marginais se atribue às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, como o critério por que se determina, no caso de não serem sobejas as águas, a porção que pertence a cada prédio, não se coadunam de modo algum com a teoria da acessão. Aos proprietários devia pertencer toda a água que decorre no tracto fronteiro, que dêle se consideraria parte integrante, e não apenas a que se torne necessária para o prédio.

Sendo o direito dos proprietários marginais limitado pelas necessidades da irrigação dos respectivos prédios, nenhum direito teem às águas sobejas.

Sôbre êste ponto nenhuma dúvida pode levantar-se em face das terminantes disposições dos artigos 434.°, 436.° e 437.° do código civil, do artigo 5.° do decreto de 1 de dezembro de 1892 e do artigo 225.° do regulamento de 19 de dezembro do mesmo ano.

Não estarão por ventura essas águas apropriadas? Não terão elas a mesma natureza que as destinadas para a irrigação dos prédios marginais?

Trata-se de uma cousa comum, é, sendo assim, parece que o regime jurídico, para ela estabelecido, é o mesmo. A diversidade de destinos que, de harmonia com êsse regime, se dê às águas, de modo algum o altera. Não deixa a corrente de ser comum pelo facto de o direito de pesca ser público; não deixa de o ser pelo facto de só os donos dos prédios marginais se poderem aproveitar das águas dessa corrente, quando sejam necessárias para a irrigação

dêsses prédios; não se altera a sua natureza pela concessão que das águas sobejas se faça para fins industriais ou agrícolas de prédios que não sejam marginais. Tudo isso apenas significa que, havendo um destino determinado que caracteriza as correntes não navegáveis nem flutuáveis, e que é, sem dúvida alguma, a irrigação dos prédios marginais, se pode dar a essas correntes ou respectivas águas outro destino, não se prejudicando o direito dos proprietários dêsses prédios.

Sendo assim, para se determinar a quem pertence a propriedade das correntes não navegáveis nem flutuáveis, deve atender-se aos princípios que na lei se achem formulados quanto ao direito de dar a essas águas um determinado destino, atribuindo o seu uso aos proprietários marginais, dando-lhes aplicação para outros fins agrícolas ou para fins industriais, regulando o uso dos proprietários marginais e fixando as condições em que as águas poderão ser aplicadas para outros fins, tendo ingerência directa no regime das correntes, etc.

Posto assim o problema, a sua solução afigura-se nos facílima: a propriedade das correntes não navegáveis nem flutuáveis pertence ao Estado.

É decisivo a êste respeito o argumento deduzido do artigo 5.° e § único do decreto de 1 de dezembro, o qual foi publicado no uso duma autorização legislativa e tem portanto força de lei. Declara-se na citada disposição: «Nas correntes de águas de uso comum, em que a água for sobeja, poderá ser permitido o emprego do excedente de água para usos gerais, industriais, agrícolas e de irrigação, depois de satisfeitos os direitos dos proprietários marginais. Esta concessão só será feita pelo govêrno depois de

se provar por um inquérito a utilidade da derivação, e que não serão prejudicados os legítimos direitos dos proprietários confinantes, pelo modo indicado no regulamento, que faz parte dêste decreto».

Como veremos, a concessão de água das correntes não navegáveis nem flutuáveis, que esta disposição autoriza, tem a mesma natureza que a concessão de água das correntes navegáveis e flutuáveis, e o direito que ao Estado se atribue de fazer essa concessão revela-nos de modo iniludível que a propriedade das águas dessas correntes não pertence às autarquias locais das circunscrições territoriais que essas águas atravessam.

Se o direito de propriedade dessas correntes pertencesse a estas autarquias, a elas competiria a concessão das águas sobejas.

Mas há mais.

Nos precisos termos do decreto de 1 de dezembro de 1892, artigos 22.º e 23.º, as correntes de água de uso comum ficam sujeitas ao que nesse decreto e no regulamento respectivo se dispõe acêrca da regularização, conservação, desobstrução e limpeza das respectivas margens, álveos ou leitos, e acêrca do uso e aproveitamento das águas para a irrigação ou para fins agrícolas ou industriais. Ora a execução dêste decreto e respectivo regulamento pertence às circunscrições hidráulicas, não tendo as autarquias locais a administração e polícia dessas correntes. Usando das referidas disposições, o regulamento de 19 de dezembro de 1892 dá até competência, no artigo 222.º, à direcção da respectiva circunscrição hidráulica para a divisão de águas de correntes não navegáveis nem flutuáveis entre os prédios fronteiros, quando os respectivos proprietários a requeiram, e declara que essa divisão será executada por ordem

do director da circunscrição, o que claramente nos indica que a propriedade dessas águas não pertence às autarquias locais.

Poderá, porêm, aplicar-se o princípio que estabelecemos para as correntes não navegáveis nem flutuáveis, a todas as águas que se declaram comuns? Desde já respondemos, e sem hesitação, negativamente.

No relatório que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892 diz-se no capítulo 8.º, relativo à organização dos serviços hidráulicos e do respectivo pessoal, o seguinte: «Pareceria aínda que seria muito conveniente separar as correntes de água não navegáveis nem flutuáveis em duas subdivisões, a saber: correntes contínuas e correntes descontínuas, segundo nelas a água corre em todo o ano, ou só durante o período das chuvas, pois que as circunstâncias em cada uma destas subdivisões são várias, e variáveis também deveriam ser os preceitos aplicáveis a cada uma. O código civil, porêm, não considera esta distinção; todas são correntes não navegáveis nem flutuáveis, o código é a lei estabelecida e uma alteração desta ordem iria influir em toda a legislação correspondente».

Não deixará de considerar extraordinária esta passagem, quem vir que o código regula, em subsecções distintas, as correntes não navegáveis nem flutuáveis e as águas pluviais, referindo-se, quanto a estas, tanto às que caem directamente sôbre qualquer prédio rústico ou urbano (artigo 454.º), como às que formam *torrentes* ou *enxurros* (artigo 453.º). Para estas águas estabeleceram-se princípios diversos dos que se estabeleceram para as correntes não navegáveis nem flutuáveis.

Não é, porêm, o carácter perene ou não perene das correntes, que tanta importância teve no direito romano e que no nosso antigo direito era ainda tomado em consideração, que para a determinação do regime das águas comuns suscita mais dificuldades. Há águas comuns que julgamos não deverem considerar-se reguladas pelo decreto de 1 de dezembro de 1892 e regulamento de 19 de dezembro do mesmo ano, em que aliás algumas disposições existem que respeitam a águas que, segundo as disposições do código civil, que o decreto citado não alterou, se devem considerar particulares ou concelhias ou paroquiais.

Na enumeração que faz das cousas comuns refere-se o código civil (art. 381.°, n.° 1.°) às correntes de água não navegáveis nem flutuáveis que, atravessando terrenos municipais ou paroquiais, ou prédios particulares, vão lançar-se no mar em alguma corrente navegável ou flutuável, aos lagos ou lagôas sitos em terrenos municipais ou paroquiais, e aos reservatórios, fontes ou poços construidos à custa dos concelhos e paróquias.

Definindo-se no código as cousas particulares, não se determinavam concretamente as águas que assim deviam ser consideradas. Determinados os caracteres das cousas públicas e comuns e feita a enumeração delas, embora exemplificativamente, intenderia a comissão revisora que não devia enumerar as cousas particulares, e portanto as águas que nessa categoria entravam, partindo sem dúvida do princípio de que eram particulares as águas que, em harmonia com as disposições relativas à determinação das águas públicas e comuns, assim não devessem ser consideradas.

Em harmonia com a substituição que a comissão revisora fez ao princípio formulado na proposta de Alexandre Herculano: «Todas as águas pluviais e nativas, que não constituem efectivamente uma corrente navegável ou flutuável são do uso comum», por: «As correntes não navegáveis nem flutuáveis, que não constituem propriedade particular, são do uso comum», havia correntes não navegáveis nem flutuáveis que eram particulares, sendo na sessão de 23 de maio de 1864 que se estabeleceu o critério para distinguir as correntes comuns das particulares, atendendo-se para êste efeito, não propriamente à natureza dos terrenos que as correntes banhavam ou atravessavam, mas à circunstância de se irem lançar no mar em alguma corrente navegável ou flutuável. Á natureza dos terrenos atendia-se para a determinação dos lagos e lagôas que deviam considerar-se comuns. Eram havidos como tais os lagos e lagôas que estivessem sitos em terrenos municipais ou paroquiais, excluindo-se assim os que estivessem sitos em prédios particulares. Trata-se evidentemente de terrenos municipais ou paroquiais de uso comum, sendo escusado notar que aos lagos ou lagôas sitos em terrenos pertencentes aos municípios ou paróquias sôbre os quais êstes tinham o direito de livre disposição, não estando no gôso comum, se aplicavam, em harmonia com o preceituado no artigo 382.°, § único, os mesmos princípios que aos prédios particulares.

Notaremos aínda que, na enumeração dos terrenos atravessados ou banhados pelas correntes não navegáveis nem flutuáveis, não se fazia referência aos terrenos públicos, que tanto podem ser do Estado como das autarquias locais, e daí o ter-se discutido como deveriam considerar-se as correntes que atra-

vessam ou banham êsses terrenos [1]. Ora dos trabalhos da comissão revisora resulta, a nosso ver, o motivo por que não se especificaram êsses terrenos. Sendo público o terreno fronteiro à corrente, era público o direito de uso da água. A circunstância, porêm, de, num determinado tracto, se considerar público o uso da água das correntes não navegáveis nem flutuáveis, pode dizer-se que nenhuma influência tinha sôbre o regime da corrente, quando esta atravessasse ou banhasse prédios particulares ou terrenos municipais ou paroquiais. Se a água nascia e corria só em terreno público, não podia deixar de se considerar pública, como públicos se deviam considerar os lagos e lagôas sitos em terrenos públicos. A natureza da água determinava-se nestes casos pela natureza do terreno, salvos os direitos adquiridos que o código civil respeitou e de que mais tarde trataremos.

Caracterizando o código as correntes comuns pelo facto de se irem lançar no mar em alguma corrente navegável ou flutuável, parece que excluía da categoria dessas correntes as que se lançassem directamente no mar ou em alguma corrente não navegável nem flutuável. Considerando-se as correntes não navegáveis nem flutuáveis como sendo de formação natural, não compreendendo nessas correntes as águas que, por meio de açudes, delas se derivavam, talvez se atendesse a que pouca importância tinham as correntes que iam lançar-se directamente no mar ou numa corrente não navegável ou flutuável, não exigindo conseguintemente o interesse público a sua apropriação colectiva para um adequado regime dessas águas.

[1] Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, pág. 79 e segg.

No nosso antigo direito eram considerados públicos os rios caudais de que se formavam os rios navegáveis. No código civil consideravam-se comuns as correntes não navegáveis nem flutuáveis de que se formavam as navegáveis e flutuáveis. As correntes que não iam lançar-se nestas, seriam públicas, comuns ou particulares conforme a natureza dos terrenos em que nascessem ou corressem naturalmente. Carácter jurídico autónomo só o tinham as correntes ou rios que fossem navegáveis e aqueles de que êstes se formavam.

Não seria êste o modo de ver da comissão revisora?

Parece que sim, se atendermos a que ela considerava comuns as correntes não navegáveis nem flutuáveis que não fossem particulares, e a que estabeleceu posteriormente o critério por que se determinavam as correntes de uso comum, devendo portanto intender-se que todas as outras eram particulares.

A nossa jurisprudência, fundando-se em que era exemplificativa a enumeração do artigo 381.º e em que nenhuma razão havia para excluir das correntes comuns as que se lançassem directamente no mar ou numa corrente não navegável nem flutuável, incluiá também estas correntes nas águas comuns.

Lê-se a êste respeito no relatório já citado que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892: «Na categoria das águas comuns compreende o código as correntes não navegáveis nem flutuáveis que se vão lançar no mar em alguma corrente navegável ou flutuável.

«Esta redacção parece um pouco confusa, visto que por ela ficariam fora da categoria das águas comuns todas as que se lançassem directamente no

mar ou em outras correntes não navegáveis nem flutuáveis, o que parece contrário a todos os princípios e até a disposições posteriores do mesmo código, quando trata das águas não navegáveis nem flutuáveis, nas quais não faz distinção alguma.

«Quanto às águas particulares, é de toda a necessidade e conveniência saber em que ponto uma nascente, provinda de prédio particular, cujo dôno pode dispor dela como lhe convier, e que passa a corrente não navegável nem flutuável, deixa de ser particular para tomar o carácter de comum; as disposições da lei aplicáveis a um ou outro dos casos são diferentes. Pareceu-nos, pois, de toda a conveniência definir bem claramente as condições a satisfazer para que uma água ou corrente de água seja considerada pública, comum ou particular».

Definidas as águas públicas e comuns e concretamente determinadas, desnecessário era enumerar as águas particulares. Todas as águas em que se não dessem os caracteres das águas públicas e comuns, assim deviam ser consideradas. E na definição das correntes não navegáveis nem flutuáveis, que entravam na categoria das águas comuns, podia precisar-se o ponto em que essas correntes se tornavam comuns.

Com o critério que seguiu, não tendo em consideração o disposto no artigo 438.º do código civil, que aliás não foi modificado pelo decreto n.º 8 de 1 de dezembro, êste decreto não resolveu as dúvidas que o código civil suscitasse na matéria de classificação das águas e estabeleceu doutrina que consideramos inaceitável, quanto à natureza e regime das águas comuns. É assim que há águas que, apesar de nelas se verificarem os requisitos do artigo 2.º, não podemos deixar de considerar particulares.

Declara-se neste artigo que são comuns os canais, valas e correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, que, atravessando terrenos públicos municipais ou paroquiais, ou prédios particulares, vão lançar-se no mar ou em alguma outra corrente de água pública ou comum, os lagos, lagôas ou pântanos sitos em terrenos municipais ou paroquiais, ou circundados por diferentes prédios particulares, ou por terrenos incultos públicos, municipais ou paroquiais; e os reservatórios, fontes e poços construidos à custa dos concelhos ou paróquias. Diz-se no artigo 3.º que são particulares as águas que nascem num prédio e por êle decorrem, enquanto não ultrapassam os limites do mesmo prédio; ou que, ultrapassando êsses limites e correndo por prédios particulares, são consumidas antes de se lançarem em alguma outra corrente pública ou comum. Se, porêm, se lançarem em alguma outra corrente pública ou comum, deixarão de ser particulares apenas passem os limites do prédio onde nascem. E determina-se no § único dêste artigo que são também particulares os lagos ou lagôas situados em um só prédio particular, e por êle exclusivamente cercados, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso público ou comum.

Nas correntes de água não navegáveis nem flutuáveis que se declaram comuns, parece que se pretendeu incluir tanto as de formação natural como as que são derivadas mediante trabalho do homem. É assim que se faz referência não só a essas correntes, mas aos canais e valas. E no artigo 223.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892 declara-se que será feita pelas direcções das circunscrições hidráulicas, a requerimento dos interessados, a divisão de quais-

quer águas com destino à irrigação provenientes de derivações, nascentes ou levadas, pelos prédios que àquelas águas tiverem direito.

Reconhecido o direito de livre disposição em relação às nascentes, estas podem ser artificialmente derivadas do prédio, não deixando as suas águas de ser particulares, neste caso, no ponto em que saem do prédio. Embora essas águas se lancem em alguma outra corrente pública ou comum depois de atravessarem diferentes prédios particulares e até terrenos públicos, municipais ou paroquiais, conservam, emquanto não forem abandonadas ao seu leito natural, a sua qualidade de águas particulares. O proprietário dessas nascentes disporá assim livremente do seu uso, como o artigo 444.º do código civil lhe faculta.

Por outro lado, feita uma derivação de água de uma corrente pública ou comum, a respectiva levada pode ir desaguar, e assim sucede ordinàriamente, conduzindo as águas sobejas, na mesma corrente. A levada tem o seu ponto de partida e o seu termo na corrente. Desde o ponto, porêm, em que a água é derivada, não se tratava já, segundo o código civil, de uma corrente não navegável nem flutuável que devesse ser considerada comum, aplicando-se-lhe as disposições consignadas nos artigos 434.º e seguintes. Dado mesmo que essa levada conduzisse as águas sobejas a uma corrente pública, desde que a derivação das águas havia sido feita artificialmente, o regime da levada não era o mesmo que o da corrente em que ela tinha o seu início.

Mais. Considera o decreto comuns os lagos e lagôas circundados por diferentes prédios particulares, sendo apenas particulares os lagos ou lagôas situados em um só prédio, e por êle exclusivamente cercados.

E' para nós indiscutível que estes lagos ou lagôas não podem considerar-se comuns no sentido que a esta palavra se liga no artigo 381.º do código civil, e que deveria ser o mesmo no decreto citado.

Êsses lagos não podem deixar de considerar-se pertencentes aos prédios por eles banhados, desde que não sejam alimentados por alguma corrente de uso público ou comum. É assim que, se um lago, sito num só prédio, ficar, pelo facto da divisão dêste, circundado por mais de um prédio, não transitará da categoria de lago particular para a de lago que esteja no uso comum, deixando de considerar-se individualmente apropriado. Do mesmo modo, se diferentes prédios, que circundam um lago, se conjuntarem e ficarem formando um só prédio, não deveria considerar-se particular o lago que fosse comum. A apropriação individual ou colectiva dos lagos ou lagôas, o estarem ou não no uso comum, não pode ficar dependente do mero arbítrio dos proprietários dos prédios que o circundam. A situação jurídica dos lagos e lagôas, posta de lado a sua qualidade de navegáveis, dependerá da natureza dos terrenos em que estiverem situados, sendo públicos, comuns ou particulares, conforme êsses terrenos forem, no todo, ou em parte, públicos, comuns ou particulares.

Mostram-nos estas considerações a falta de precisão que houve na classificação das águas que no decreto de 1 de dezembro se fez. Consideram-se por êsse decreto comuns águas que, sendo particulares, estão indivisas, ou que, embora estejam divididas, se acham situadas em mais de um prédio; consideram-se também comuns cursos de água que, em face da legislação vigente, não podem deixar de

considerar-se apropriados. Por outro lado, há águas que, estando apropriadas por municípios ou paróquias, não podem nem devem considerar-se sujeitas ao regime estabelecido no decreto de 1 de dezembro e regulamento de 19 do mesmo mês. Não o devem estar e, de facto, não o estão. É assim que o regime e polícia das levadas, que irriguem vários prédios duma determinada circunscrição territorial, não é da competência do Estado, mas das respectivas autarquias locais.

A intervenção que o Estado pode ter em relação a essas águas é determinada por motivos de interesse público ou de higiene e não por lhe pertencer a propriedade delas. A mesma intervenção lhe atribue o decreto de 19 de dezembro em relação a águas particulares (artigo 28.º).

Do que deixamos dito conclue-se que, para uma rigorosa classificação das águas e determinação do seu regime jurídico, não basta ter em vista o decreto de 1 de dezembro. É necessário atender aos princípios que estão formulados no código civil, e que pelo decreto citado não foram alterados, relativos à apropriação das águas.

É dêsse assunto que vamos tratar, e, quando especialmente nos ocuparmos das águas públicas, comuns e particulares, começaremos por determinar as águas pertencentes a cada um dessas categorias.

§ 3.º — Disposições transitórias sôbre a apropriação das águas

13. *As normas relativas ao regime das águas são de aplicação imediata.* O regime das águas, quer se considerem em relação à sua natureza e aos direitos que sôbre elas podem ser exercidos, quer em relação às servidões que determinam, representa uma parte do direito relativo à organização da propriedade. As águas são bens sôbre que se exercem directamente poderes concedidos pelo direito objectivo, não se constituindo por êsses poderes relações entre pessoas determinadas. Êsses poderes, que derivam do direito objectivo, exercem-se para com todos, sendo absolutos.

No regime das águas não há, pois, situações subjectivas que o legislador, em virtude do princípio da não retroactividade, tenha de respeitar. Os factos jurídicos por que, em harmonia com o direito vigente num determinado momento, se adquirem direitos a determinadas águas, não são a causa dos direitos que sôbre essas águas recaem, mas condição para o seu exercício. Modificada ou alterada a lei que o regulava ao tempo em que se realizaram os factos jurídicos, modifica-se ou altera-se, em harmonia com a nova lei, êsse exercício. Esta é de aplicação imediata, mas não retroactiva, visto que os poderes que se estavam exercendo não eram uma consequência dos factos jurídicos realizados no domínio da lei anterior. Êsses poderes tinham a sua causa na lei, e, com a sua substituição, são imediatamente regulados pela nova lei.

É assim que as normas relativas à natureza jurídica das águas ou à sua classificação são de aplica-

ção imediata. Se, por exemplo, se declarar pública ou comum uma água que anteriormente se considerava particular, não há dúvida de que ela entrará imediatamente no domínio público ou no domínio comum, deixando de ter direito exclusivo a ela o seu antigo possuidor, que só poderá exercer os direitos que pela nova lei lhe sejam facultados. Se for considerada particular uma água que anteriormente era havida como pública ou comum, cessam, logo que entre em vigor a nova lei, os direitos relativos ao uso dessa água facultados pela lei anterior. Se, subsistindo a natureza jurídica das águas, se modificarem ou alterarem os direitos que sôbre elas podiam ser exercidos ou os títulos de adquisição dêsses direitos, a nova lei será imediatamente executada, deixando êsses títulos de adquisição de ter eficácia, sempre que sejam incompatíveis com a nova lei quanto ao exercício dos direitos que formavam o seu conteúdo.

Relativamente aos títulos de adquisição cumpre efectivamente ter em vista que a sua idoneidade para condicionar o exercício dos direitos reais é determinada sempre em harmonia com a lei em vigor ao tempo da constituição dêsses títulos. As normas de aplicação imediata relativas aos direitos reais são as que respeitam ao conteúdo dêsses direitos e ao seu exercício; consideram-se êsses direitos objectivamente e não subjectivamente. Os títulos de adquisição não entram imediatamente no domínio da nova lei, no sentido de que percam a sua eficácia os títulos anteriores que a nova lei não admite.

Por êsses títulos condiciona-se, é verdade, a aplicação da lei, mas essa condição representa de per si uma situação subjectiva, que a nova lei não pode deixar de respeitar, sempre que as modificações

introduzidas na lei anterior não anulem a eficácia dêsses títulos relativamente ao seu conteúdo. É assim que, declarando-se que o direito às águas particulares só poderá ser adquirido por escritura ou auto público, esta disposição não invalidará os outros títulos por que anteriormente êsse direito podia ser adquirido. Por êstes títulos subjectivou-se o direito à água, e, como êsse direito, objectivamente considerado, subsiste, como a lei não exclui essa água dos domínios da apropriação individual, a subsistência do título de modo algum é contrária ao regime da nova lei.

Para se determinar, pois, o alcance das leis inovadoras em matéria de águas pelo que respeita às alterações por elas introduzidas no regime anterior, necessário se torna verificar até onde êste regime é compatível com o que foi estabelecido pela nova lei, partindo-se do princípio de que a incompatibilidade entre os dois regimes não pode derivar dos modos de adquisição dos direitos, mas do seu conteúdo ou exercício. Daqui resulta que um nôvo destino que se dê às águas públicas ou comuns, não anulará os títulos por que se haja adquirido um direito particular a essas águas em harmonia com a lei anterior, quando o nôvo destino dado às águas não exclua essa apropriação. Não se tornam também insubsistentes tais títulos, quando para a adquisição do direito particular às águas se estabeleçam novas condições que não sejam incompatíveis com a subsistência dos títulos anteriores.

O princípio relativo à revogação das leis baseado na incompatibilidade das suas disposições afigura-se nos que pode ser aplicado para a determinação das alterações que, na vida real, se devem efectuar em virtude da nova lei. Todas as relações legitimamente constituídas em harmonia com a lei anterior se devem

considerar subsistentes, sempre que não contrariem os princípios que se acham sancionados na nova lei.

Quando as águas particulares passam, em virtude de uma disposição de carácter geral, para o domínio público ou comum, e nos casos em que, não havendo alterações, pelo que respeita à natureza jurídica das águas ou à sua classificação, se dá às mesmas águas um destino diverso daquele que tinham em harmonia com a lei anterior, não podem, a nosso ver, suscitar-se dúvidas sôbre a aplicação imediata da nova lei, mas apenas sôbre o direito que os proprietários que assim sejam como que expropriados das águas e os que sôbre elas houverem adquirido um direito de uso, cuja efectivação seja impossível em virtude do nôvo regime, tenham a indemnização pelos prejuizos que sofrem.

Posto de lado o critério da equidade, afigura-se nos que não pode recusar-se o direito a indemnização sempre que o poder que se estava exercendo represente não um mero poder objectivo, que tenha, em relação ao sujeito, caracter facultativo, mas um poder que se subjectivou em virtude de um facto adquisitivo. Este é, sem dúvida, em relação ao direito considerado objectivamente, uma condição, mas sempre que, em virtude do nôvo regime jurídico, a cousa sôbre que êsse direito recaía deixa de pertencer ao património da pessoa que legitimamente a havia adquirido para passar para o domínio público ou comum, o facto que se verifica corresponde a uma verdadeira expropriação, e, sempre que a há, deve haver direito a indemnização.

Quanto aos direitos que representam meros poderes conferidos pelo direito objectivo, como são, por exemplo, os direitos dos proprietários marginais relativos ao uso das águas das correntes não navegáveis nem

flutuáveis, não há uma situação subjectiva que a nova lei deva respeitar, não se dá conseguintemente expropriação por que seja devida indemnização. O mesmo sucederá com o uso das águas das correntes navegáveis ou flutuáveis, ou não navegáveis nem flutuáveis, facultado pela lei ou por autorização administrativa. Relativamente às concessões que sejam feitas de águas públicas ou comuns, necessário se torna determinar a sua natureza para verificar quais os direitos do concessionário nos casos em que uma nova lei estabeleça disposições que determinem o termo da concessão.

Trataremos dêste assunto no logar adequado.

São êstes os princípios que, em matéria de águas, devem regular, em nosso parecer, a aplicação das leis no tempo. Casos há, porêm, em que a doutrina que acabamos de enunciar suscita na prática gravíssimas dificuldades. Para resolver não somente essas dificuldades, mas também para evitar os inconvenientes que resultariam da aplicação imediata da nova lei sem que se tivesse a devida consideração pelos interesses creados em harmonia com a lei anterior, tem-se estabelecido na lei nova disposições transitórias, que, para satisfazer ao fim indicado em segundo logar, podem constituir excepções aos princípios relativos à aplicação das leis no tempo.

Assim procedeu o autor do nosso código civil, exarando nele disposições transitórias relativas designadamente às correntes não navegáveis nem flutuáveis e às fontes e nascentes.

14. *Apreciação geral das disposições que a êste respeito foram consignadas no nosso direito.* As dispo-

sições relativas às correntes não navegáveis nem flutuáveis são os artigos 438.º e 439.º, assim formulados:

«Artigo 438.º O que fica disposto nos artigos precedentes não prejudicará os direitos adquiridos, ao tempo da promulgação dêste código, sôbre certas e determinadas águas por lei, uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescrição.

«§ único. A prescrição só poderá ser atendida para os efeitos dêste artigo, quando recáia sôbre oposição não seguida, ou sôbre a construção de obras no prédio superior, de que possa inferir-se abandôno do primitivo direito.

«Artigo 439.º O direito que teem, porêm, os proprietários ao uso das águas será de futuro imprescritível, e só poderá ser alienado por escritura ou auto público.»

Estas disposições declaram-se aplicáveis às fontes e nascentes no artigo 444.º § único.

Outras disposições transitórias há no código civil e no decreto de 1 de dezembro de 1892 relativas a águas públicas e comuns. Assim, em relação às águas públicas, determina o artigo 380.º § 4.º que «as faces ou rampas e os capêlos dos cómoros, valados, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento, erguidos artificialmente sôbre a superfície natural do solo marginal não pertencem ao leito ou álveo da corrente, nem estão no domínio público, se à data da promulgação do código civil não houverem entrado nesse domínio por modo legal». No decreto de 1 de dezembro, determinando-se quais as márgens que deve haver junto dos lagos, lagôas, rios, valas, esteiros e mais correntes de água e que junto dos lagos, lagôas, valas, canais, esteiros e correntes de água navegáveis ou flutuáveis, o terreno das márgens

pertencerá ao Estado, declara (artigo 4.º § 3.º) que os proprietários legais dêsses terrenos serão préviamente indemnizados, nos termos das leis gerais de expropriação por utilidade pública, pela expropriação ou servidões impostas em virtude do citado decreto.

Não apreciaremos aqui estas disposições, que nos mostram que o nosso legislador reconhece o princípio do direito a indemnização quando uma cousa particular entra, por disposição da lei, na categoria dos bens públicos, respeitando assim o direito adquirido em harmonia com a lei anterior. O mesmo princípio se aplica quando uma cousa particular passa à categoria de cousa comum. O direito a indemnização é até reconhecido pelo direito de uso da água que represente um mero poder objectivo no decreto de 27 de maio de 1911, em que se declara (artigo 11.º) que a publicação do decreto de concessão de energia das correntes de água importa o direito de indemnização devida aos proprietários de terras ou oficinas, fazendo uso das águas, ou a outros prejudicados com a concessão. Em outro logar daremos a êste assunto o devido desenvolvimento, expondo os princípios relativos à indemnização dos utentes das águas públicas e comuns, quando delas sejam privados por lei ou em virtude de um acto administrativo.

Como resulta do disposto no artigo 438.º, o código civil respeitou os direitos adquiridos às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis e das fontes e nascentes.

Em relação às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, que eram, como vimos, públicas no direito anterior ao código civil e que, como já provámos, continuam a pertencer em propriedade ao Estado,

o respeito pelos direitos adquiridos pode considerar-se, já em relação ao uso dessas águas, sempre que, em harmonia com a legislação anterior, se houvesse constituido uma situação subjectiva em virtude da qual o direito de uso estivesse apropriado, já em relação aos títulos por que se podia dar essa apropriação. Quanto às águas particulares, que estavam no direito anterior, e estão no actual, na livre disposição das pessoas a quem pertencem, as alterações introduzidas pelo código respeitam apenas aos títulos de adquisição.

O artigo 438.º refere-se designadamente ao uso das águas. E' assim que nele se declara que as disposições consignadas nos artigos antecedentes, em que se atribue aos donos dos prédios banhados ou atravessados pelas correntes o direito à água das mesmas correntes não prejudicará os direitos adquiridos sôbre certas e determinadas águas ao tempo da promulgação do código. Quer dizer: o legislador reconheceu que pelo direito anterior ao código civil se podia dar, e efectivamente se havia dado a apropriação individual de águas de correntes não navegáveis nem flutuáveis, visto que admite direitos adquiridos sôbre certas e determinadas águas.

Não se limitou o código civil a declarar que as disposições relativas ao uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis não prejudicavam os direitos adquiridos sôbre certas e determinadas águas; especificou os títulos de adquisição dêsses direitos, mas de forma que não poucas dúvidas tem suscitado na nossa jurisprudência.

Essa especificação encontra-se já, em fórmulas variadas, nos artigos correspondentes do projecto primitivo e da proposta de Herculano, que vamos reproduzir com as alterações que neles fez a comissão

revisora e a comissão de legislação da câmara dos deputados, porque a êles teremos de nos referir quando fizermos a exegese do artigo 438.º

Projecto primitivo: «Artigo 462.º O disposto nos artigos 459.º, 460.º e 461.º intender-se há sem prejuizo dos direitos de terceiro, adquiridos por efeito de antigo uso e costume da terra, por concessão expressa dos proprietários marginais, ou por prescrição de mais de vinte anos, contanto que esta recáia sôbre oposição não seguida, ou sôbre a construção de obras no prédio superior, de que possa inferir-se abandôno do primitivo direito».

Proposta de Alexandre Herculano: «Artigo 31.º Se a legislação do código civil, em relação a águas, se achar no acto da sua promulgação limitada acêrca de certas e determinadas águas por direito consuetudinário, posse antiga, contracto ou sentença, essa limitação será mantida nos termos em que existe, se os interessados não preferirem concordemente submeter-se ao regime do direito comum».

A comissão revisora, em sessão de 7 de janeiro de 1864, alterou assim êste artigo: «O disposto neste código não prejudica o que ao tempo da sua publicação se achar estabelecido sôbre certas e determinadas águas por direito consuetudinário, posse antiga, contrato ou sentença»; e, em sessão de 1 de abril do mesmo ano, aprovou a coordenação que havia sido feita sôbre o projecto do código e a parte da proposta de Herculano, por José Júlio e Seabra, em que o artigo correspondente aos artigos 462.º do projecto e 31.º da proposta está assim redigido: «Artigo 453.º O disposto nos artigos precedentes intender-se há sem prejuízo dos direitos adquiridos ao tempo da publicação do código, sôbre certas e determinadas águas, por uso e costume, concessão expressa, sentença ou

prescrição, contanto que esta recáia sôbre oposição não seguida, ou sôbre a construção de obras no prédio superior, de que possa inferir-se o abandôno do primitivo direito» [1].

A comissão de legislação da câmara dos deputados resolveu adicionar a palavra *lei* antes de *uso e costume*, sendo aprovada esta deliberação pelo parlamento.

É óbvio o intúito do legislador ao especificar os títulos de adquisição do direito às águas: quis determinar os factos por que se havia subjectivado êsse direito no domínio da legislação anterior, para evitar as dúvidas que a êste respeito podiam suscitar-se em face dessa legislação. Se não fôra êste o intúito do legislador, desnecessária se tornaria, em vista do que no artigo 8.º se preceitua, a disposição consignada no artigo 438.º

Respeitaria êste artigo todos os direitos legítimamente adquiridos no domínio da legislação anterior?

Para responder a esta pergunta, é necessário ver quais os factos por que se podia adquirir, ao tempo em que foi publicado o código civil, o direito de uso e de propriedade das águas, e determinar em seguida se todos êles se compreendem na especificação que dêsses factos se faz no artigo citado.

15. *Títulos por que no direito anterior ao código civil se podia adquirir direito às aguas.* O nosso direito anterior em matéria de águas eram as Ordenações e leis gerais, como o alvará de 27 de novembro de 1804 e a resolução de 17 de agosto de 1775, o direito consuetudinário, o direito romano, os códigos das

[1] Vide as *Actas*, páginas 431 e 467.

nações cultas nos termos da lei de 18 de agosto de 1769, e as leis especiais sôbre determinadas águas, como o decreto de 3 de julho de 1758 sôbre as águas do rio Barcarena, e sôbre as águas da Ilha da Madeira as provisões de 7 e 8 de maio de 1493.

Cumpre notar desde já que esta legislação especial pode referir-se ao regime das águas numa determinada circunscrição territorial, e pode representar uma concessão de determinadas águas, ou o reconhecimento do direito a elas. Só no primeiro caso é que essa legislação constitue direito objectivo; no segundo caso, embora haja lei formal, não há lei material. Esta representa sempre uma norma de vida social, não derivando dela imediatamente direitos subjectivos; estes teem a sua causa num facto adquisitivo realizado em harmonia com a lei, derivam dêsse facto. Quando pela lei se cria directamente uma situação subjectiva, essa lei não é uma norma de vida social, mas o próprio título de um direito subjectivo.

A legislação especial que recai nas matérias civis que o código abrange foi revogada pelo artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867 que o aprovou. Nessa legislação não estão, porêm, compreendidas as leis especiais por que se reconhece ou confere o direito a determinadas águas. É assim que o artigo citado não abrange o decreto de 3 de julho de 1758, que proíbiu aos donos dos pomares do sítio da Barcarena a diversão das águas do rio feitas em prejuizo da fábrica de pólvora ali estabelecida e mandou demolir todas as prêsas, rêgos e mais obras que se houvessem feito para essa diversão, permitindo apenas que êsses donos se pudessem aproveitar das referidas águas aos domingos e dias santos, em que a referida fábrica não devia trabalhar, invocando-se para esta resolução que as águas eram derivadas de um rio

corrente sôbre que havia o direito de regalia, não podendo ninguem adquirir domínio sôbre elas sem título legítimo havido do rei, e que, dado que assim não fosse e o negócio vertesse entre pessoas particulares, havia a posse imemorial em que se achavam as antigas fábricas de ferrarias, em cujo logar se estabeleceu a fábrica de pólvora, sendo a mesma posse e uso sempre continuados e corroborados com a manufactura constante e permanente do aqueduto por onde decorriam as referidas águas. O citado decreto nada mais fez, pois, do que reconhecer à fábrica de pólvora o domínio das águas.

Parece que não sucedia o mesmo com as provisões de 7 e 8 de maio de 1493, em que se estabeleceu o regime das águas das nascentes e correntes na Ilha da Madeira. Vê-se dessas provisões que aos povoadores desta Ilha a quem foram concedidas terras não foi dado o direito de propriedade sôbre as fontes, olhos e tornos de água que nelas houvesse, a qual devia seguir o seu curso natural até se lançar nos rios e ribeiras, dos quais se deviam tirar as levadas para a irrigação das terras, sendo as águas destas repartidas por todos, conforme as necessidades [1]. Nestas provisões estabeleceu-se um regime especial

[1] É o seguinte o texto da citada provisão de 7 de maio na parte relativa às águas: «Hei por bem, e me praz, e mando, que particular algum tenha direito, domínio, nem acção nas fontes, olhos, e tornos de água, que em suas terras nascerem jamais em tempo algum possam ter, nem adquirir, posto que sejam senhores das terras com as quais as fontes lhes não passarão, nem ainda por suas terras mudar, nem divertir, e correrão de modo, guiza, e maneira, que tomarão seu caminho, e corrente até darem, e se meterem nos rios, e ribeiras, nos quais juntas as ditas águas, que das fontes correrem se tirarão as levadas para que todos possam viver, e as ditas águas sejam repartidas por todos, conforme o aproveitamento que for necessário, e o capitão e oficiais de câmara e almoxarife façam a dita repartição».

Veja-se esta provisão e a de 8 de maio na *Gazêta dos tribunais*, 3.º ano, páginas 2002 e 2003.

de águas, em virtude do qual não havia o direito de livre disposição, sôbre as nascentes, regime que abrangia também as correntes que eram destinadas à irrigação dos prédios tanto marginais como não marginais, sendo derivadas as águas por meio de levadas e devendo ser repartidas por todos os prédios conforme o exigisse o seu conveniente aproveitamento. Parece, pois, que as citadas provisões, cuja observância foi suscitada pela provisão de 5 de março de 1770 e pela lei de 12 de novembro de 1841, se deviam julgar compreendidas no artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, tornando-se conseguintemente necessário verificar se a essas águas havia ou não direitos adquiridos ao tempo em que foi publicado o código civil. Trataremos com o devido desenvolvimento dêste assunto, que tem sido objecto de larga controversia na nossa jurisprudência e sôbre o qual foi publicada a lei n.º 141 de 20 de abril de 1914 notando-se desde já que anteriormente ao código civil eram públicas na Ilha da Madeira tanto as correntes como as nascentes e que, tendo-se efectivado as referidas provisões até que começou a vigorar êste código, se podia sustentar que os prédios até então irrigados adquiriram direito às águas.

Determinada a legislação por que se regulava o direito de uso e propriedade das águas anteriormente ao código civil, principiaremos por tratar do modo por que se apropriava o direito de uso das águas.

Relativamente ao uso das águas públicas, vê-se do alvará de 27 de novembro de 1804, artigos 11.º a 13.º, que era permitido derivá-las dos rios ou ribeiras por meio de canais ou levadas para a irrigação das terras, requerendo-se a qualquer dos ministros da vara branca que se lhes demarcasse o logar e sítio mais cómodo onde o canal ou levada se

pudessem construir, sendo os proprietários dos terrenos por onde as águas houvessem de passar obrigados a deixar construir o aqueduto, mediante indemnização, à excepção das quintas nobres e muradas e dos quintais dos prédios urbanos nas cidades e vilas. Não havia o direito de prêsa no caso em que a levada prejudicasse outra já construida, ou fosse para a rega de terras ou para outros engenhos, caso em que só seria permitida a licença, quando pudesse haver cómoda divisão da água, de forma que não ficasse inutil a cultura já feita, ou o engenho já construído. Dava-se também direito ao proprietário que pretendesse regar de nôvo as suas terras, depois de já se achar construido o aqueduto, a ter parte na divisão da água, pagando a sua quota parte da despêsa aos demais interessados que o fizeram construir.

Neste alvará, como já notámos, nada mais se fez, relativamente ao direito de derivar as águas das correntes não navegáveis, do que sancionar a prática anteriormente seguida [1], admitindo-se nele o direito de preocupação na parte em que não permitia nova prêsa de água, quando fosse prejudicar outra já construida.

No nosso antigo direito, do mesmo modo que no direito romano, não era atribuido aos proprietários marginais das correntes não navegáveis o direito exclusivo de derivarem as águas das mesmas correntes. Pelo direito romano, nos rios públicos qualquer pessoa podia derivar as águas, *nisi Imperator vel Senatus vetet,* se não prejudicasse a navegação [2];

[1] Veja-se o n.º 8.º, página 39.

[2] *Institutas*, livro 2.º, título 1.º, §§ 1.º e 2.º; *Digesto*, livro 43.º, título 12.º. A disposição do § 26.º da lei 1.ª do título 20.º do livro 43.º do *Digesto*, em que se determina: *Si inter rivales (id est, qui per eundem rivum aquam ducunt) sit contentio de aquæ usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit,* não se aplica a águas públicas mas a águas particulares. Veja-se o que a êste respeito dissemos no n.º 7.º, páginas 28 e 29.

no nosso antigo direito era doutrina corrente que as águas dos rios não navegáveis podiam ocupar-se para as regas ou para motores de moínhos e outras fábricas, desde que se não prejudicasse quem estava na posse anterior de as aproveitar para os mesmos fins, diminuindo a água, se esta não fosse superabundante, estagnando as águas em prejuízo dos prédios ou máquinas superiores, mudando ou esgotando a corrente com prejuízo dos outros ou prejudicando os usos comuns da povoação [1].

Quem assim ocupava as águas, fazendo obras no leito do rio ou na margem, ficava tendo o direito de prêsa ou de derivar da corrente a água enquanto existiam essas obras. Era o que se chamava o direito de *preocupação, jus præoccupationis,* designação que não foi usada no direito romano.

Entre os romanos, a adquisição por ocupação aplicava-se somente às cousas *nullius.* Para se designar o direito que havia sôbre as cousas que, sendo comuns a todo o povo, não podiam dizer-se *nullius,* começou-se a usar a palavra *preocupação,* indicando-se assim que, embora o uso fosse comum, se admitia o direito de uso exclusivo pelo que primeiro houvesse efectuado a ocupação. E' assim que Pechio nos diz: *jus ergo præoccupationis, proprie loquendo, videtur habere locum in rebus communibus, et quæ in nullius bonis sunt, occupanti conceduntur. Flumina autem dicuntur publica;*

[1] Veja-se Portugal, *De donationibus*, livro 3.º, capítulo 40.º; Lobão, *Tratado prático e compendiário das águas*, § 25.º e *Dissertação sôbre as águas pluviais*, § 12.º; Corrêa Telles, *Digesto português*, livro 3.º, artigos 20.º a 30.º; Coelho da Rocha, *Instituições*, § 414.º; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, livro 2.º, título 6.º, § 33.º, n.ºs 8 e seguintes.

non per hoc sequitur, quin usus illorum sit communis; ideo quantum ad usum aquæ merito cadere potest occupatio, et tanto magis, quia de jure gentium populo competit jus aquæ ducendae ex flumine publico non navigabili [1].

Quanto às condições que se tornavam necessárias para que a preocupação fosse título habil para adquirir o direito de prêsa das águas públicas, diz Lobão: «Diz-se tê-las preocupado aquele, que primeiro designou o logar para a obra, que preparou os materiais para ela, que de alguma maneira lhe deu princípio, que declarou e protestou judicialmente fazê-la, ou aínda extrajudicialmente por alguma convenção ou ajuste. E para preferir a outro basta que a tenha principiado primeiro por alguns dos ditos modos ou semelhantes, aínda que outro primeiro a conclua». E, determinando os efeitos da preocupação, acrescenta: «O direito de preocupação estende-se a tudo aquilo que vem em necessária conseqüência e sem o que ficaria inutil o mesmo direito. E daqui vem que, se alguem preocupou toda a água de um rio, e toda ela é necessária para a obra, ou rega de prédios, o seu direito se estende a toda ela, aínda que a posse fosse tão somente em parte» [2].

Adquirido o direito de prêsa ou de derivar uma certa massa de água do rio público, essa água, logo que entrasse no prédio a cuja irrigação se destinava ou em que era aproveitada como motor, ou no canal ou aqueduto que a conduzia para o fim a que era destinada, deixava de ser pública. Era uma água que havia sido apropriada pela preocupação, uma água particular. E terminante o que a êste respeito nos

[1] *De aquæductu*, capítulo 4.°, n.° 6.°, livro 1.°, n.° 1.°
[2] *Tratado*, §§ 26.° e 27.°

diz Portugal: *Postquam aqua licite derivata á flumine publico intravit in fistulam, seu canale alicujus privati, desinit esse publica et efficitur privata ejus, cujus est canale, et fundus* [1].

A preocupação podia dar-se não só nas correntes não navegáveis, mas aínda em nascentes e em águas subterrâneas existentes em terrenos públicos ou de logradouro comum.

Coelho da Rocha, que definiu *ocupação* «o acto pelo qual alguêm se apropria das cousas, *a*) que ou não tem dono, *b*) ou cuja apropriação é permitida a qualquer, por serem pertenças de bens nacionais ou municipais», e que disse que a segunda espécie se verifica «nas águas públicas, na pesquisa dos metais, pedreiras e outras quaisquer substâncias minerais», ensinava, citando Lobão [2]: «Também se pode ocupar o uso das nascentes nos terrenos públicos, ou baldios, bem como dos enxurros e águas pluviais, que correm pelas ruas e estradas, se outrem não tem nelas direito anterior. O mesmo se pode praticar a respeito das águas subterrâneas dos terrenos públicos por meio de mina ou vala; e esta ocupação exclui outro, que com nova mina tente cortar a veia no mesmo terreno público» [3].

Podia, pois, pela preocupação adquirir-se direito às águas públicas e às que nasciam ou corriam em terrenos de logradouro comum. Pelo facto material da prêsa da água, que outra cousa não significava a preocupação, realizada por meio de adequadas obras, podiam ser apropriadas as águas públicas no direito anterior ao código civil.

[1] *De donationibus*, livro 3.°, capítulo 4.°, n.° 24.°
[2] *Dissertação I, sôbre águas pluviais*, § 12.°; *Dissertação II, sôbre águas subterrâneas*, § 21.°
[3] *Instituições de direito civil português*, §§ 410.° e 414.°

Podiam também as águas públicas ser objecto de concessão, sendo atribuido por êsse meio um direito especial de uso sôbre certas e determinadas águas e até o direito de propriedade. Lobão refere algumas doações em que se compreendiam rios caudais e determina quais eram os direitos dos concessionários, nos casos em que se atribuia o direito à água, simultânea ou sucessivamente, a mais do que uma pessoa [1].

Podiam as concessões de águas públicas ser feitas tanto pelo rei, a cujo património essas águas pertenciam, como pelos donatários que a elas houvessem adquirido direito, e, posteriormente à implantação do regime constitucional, pelo poder legislativo, ou pelo govêrno, nos termos da respectiva legislação [2].

Apropriadas as águas públicas pelo direito de prêsa, as que por êste meio eram derivadas ficavam sendo particulares e sujeitas aos princípios gerais relativos à adquisição, conservação e extinção dos direitos reais imobiliários e às normas especiais estabelecidas por usos e costumes locais. É assim que o direito às águas apropriadas podia ser transmitido pelos títulos por que podia dar-se a transferência dos direitos reais, e que podia dar-se a adquisição do direito às águas pela prescrição.

Pela prescrição dava-se a extinção de um direito subjectivo anterior. Não podia, pois, aplicar-se êste meio de adquisição a águas que, sendo susceptíveis de preocupação como o eram as águas das correntes não navegáveis e as das nascentes existentes em

[1] Veja-se Lobão, *Tratado*, §§ 19.°, 30.° e 31.°

[2] Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 253 e seguintes.

terrenos públicos ou de logradouro comum, ainda não haviam sido apropriadas.

É assim que, não podendo adquirir-se pela prescrição o direito de prêsa numa corrente pública, quando não se houvesse ainda subjectivado o direito à água dessa corrente, podia, uma vez efectuada a adquisição do direito pela preocupação, dar-se, pela prescrição, a extinção dêsse direito em benefício de outrem que, nas condições exigidas pela lei, o exercesse, como se legitimamente o houvera adquirido. Supunhamos que *A* havia derivado a água de uma corrente pública por meio de um açude feito no álveo para irrigação de um prédio que não era marginal da corrente, sendo conduzida essa água por meio de um aqueduto construido noutro prédio do mesmo *A*. *B*, proprietário de um prédio contíguo a êste, fez no aqueduto de *A* obras por meio das quais conduziu a água para um prédio dêle, irrigando assim, durante anos consecutivos, prédios seus. *B* podia adquirir assim pela prescrição o direito à água que era de *A*. Desde o ponto em que a água era derivada, não temos de aplicar os princípios relativos às águas públicas, mas a águas particulares.

Em que condições se podia dar, porêm, a adquisição do direito às águas por meio da prescrição?

Na resolução régia de 17 de agosto de 1775, que tão debatida foi na nossa jurisprudência, declarou-se que «o domínio e posse das águas de que se trata, sendo estas como são particulares, pertencentes aos donos das quintas onde teem seus nascimentos, o decurso natural delas pelo ribeiro por onde desaguam não pode servir de argumento a favor dos prédios inferiores, sem que os donos dêstes tivessem um título claro de compra feita aos primeiros, ou de um açude

ou canal com manufactura constante e permanente que fizesse presumir o referido título» [1].

Para que se adquirisse, pois, direito às águas particulares independentemente de qualquer título por que o proprietário delas transmitisse êsse direito, necessário era que houvesse obras de manufactura constante e permanente destinadas ao aproveitamento dessas águas.

Não se dizia na citada resolução que essas obras devessem ser feitas no prédio superior ou serviente, havendo quem sustentasse, anteriormente ao código civil, que se podia adquirir direito às águas por obras realizadas no prédio inferior ou dominante [2].

Não era, porêm, esta a doutrina que geralmente ensinavam os praxistas. O facto de se deixar correr a água de um prédio superior para um inferior era por êles considerado como sendo um direito facultativo, não se constituindo assim direito algum de servidão para o prédio superior, embora o decurso da água fosse imemorial, desde que no prédio superior não houvesse alguma obra que obstasse a que a água fosse derivada em prejuízo do prédio inferior. As obras feitas no próprio prédio, representando o exercício de um direito por parte do proprietário, não podiam constituir em benefício dêle qualquer direito contra terceiros, derivando dessas obras o direito de prêsa num prédio superior. E' assim que Pecchio escrevia: «*Et est advertendum, circa istud opus manufactum, quod non quodlibet opus sufficit ad inducendam, seu acquirendam, servitutem negativam, ne aqua a superiori in praejudicium inferioris divertatur a suo solito cursu, sed requiritur, quod opus illud fiat in fundo superiori, videlicet in alieno fundo, sed superiori*» [1].

[1] Veja-se sôbre a doutrina desta resolução, Lobão, *Tratado*, §§ 76.º, 130.º e seguintes; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, livro 2.º, título 6.º, § 31.º, n.ºs 11 e seguintes; *Gazêta dos tribunais*, n.ºs 3304 e 3333; dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 277 e seguintes.

[2] Veja-se o acórdão de 10 de maio de 1864, na *Gazêta dos tribunais*, n.º 3424.

Determinados de um modo geral os factos por que no nosso antigo direito se podia efectuar a apropriação das águas, vejamos os que foram respeitados pelo código civil.

16. *A palavra* lei *do artigo 438.º pode compreender tanto a lei geral como a especial, sendo por ela resalvados os direitos adquiridos a certas e determinadas águas pela preocupação.* O primeiro título de adquisição de direitos sôbre certas e determinadas águas a que o artigo 438.º se refere é a *lei*.

Se atendermos à redacção do artigo citado, parece que devemos concluir que a palavra *lei* significa o próprio título por que o direito às águas foi adquirido. Trata-se de factos de que resulta a adquisição de direitos, porque se fala *de direitos adquiridos sôbre certas e determinadas águas*, e, desde que essa adquisição se dá *por lei*, parece que é esta o próprio título de que essa adquisição resulta.

Se fôra esta a interpretação a dar à palavra *lei* no artigo 438.º, ver-se ía imediatamente que aquela palavra não era tomada no seu sentido material, mas formal. Não se trataria da lei como norma reguladora, mas da lei como título de um direito subjectivo.

Tomando-se, porêm, a palavra *lei* neste sentido, vendo-se nela um mero título de concessão do direito à água, nenhuma necessidade havia de que a comis-

[1] Citado por Gianzana, *Teorica delle acque private*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 1.ª, página 598. Vejam-se outras citações em Lobão, *Tratado*, § 131.º, onde expõe a mesma doutrina.

são de legislação da câmara dos deputados adicionasse essa palavra ao artigo correspondente do projecto, pois que na *concessão expressa,* em que se não faz distinção quanto à sua forma, compreender-se ía sem dúvida alguma a que fosse feita por diploma legislativo.

Não pode, pois, a nosso ver, ser êsse o sentido que ao fazer-se o referido aditamento se ligou à palavra *lei,* querendo-se sem dúvida significar por essa palavra um facto adquisitivo do direito às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, que não estivesse abrangido na enumeração que se fazia dos factos adquisitivos dêsse direito.

Qual será, porêm, êsse facto?

Tomada a palavra *lei* no seu sentido material, dela não resultam, como já temos notado, direitos subjectivos, quer seja geral, quer especial. Para essa subjectivação, torna-se sempre necessário um facto, a que a lei atribue determinados efeitos.

Pode, porêm, o facto de que o direito resulta representar um simples facto material, independentemente de qualquer intenção por parte do seu autor de que se produzam determinadas conseqüências jurídicas. Neste caso, pode dizer-se que o direito deriva da lei, pelas conseqüências que ela a êsse facto atribue. É assim que, especificando-se no artigo 4.º do código civil os factos de que resultam os direitos e obrigações e fazendo-se referência ao mero facto e vontade própria, independentemente da cooperação doutrem, ao facto e vontade própria e doutrem conjuntamente e ao mero facto e vontade doutrem, se acrescenta *da mera disposição da lei.* Ora a mera disposição da lei não representa apenas, no sistema do código civil, uma fonte de direitos e obrigações nos casos em que, presuposta uma determinada situação, dela derivam direitos e obrigações, como são os

direitos e obrigações resultantes do contrato de matrimónio, os direitos e obrigações dos proprietários; consideram-se também como derivando de mera disposição da lei direitos que se subjectivam quando se verifica um determinado facto. E' assim que o direito de sucessão legitima, que se dá no momento da morte do *de cujus,* que se subjectiva quando se verifica êsse facto, subjectiva-se em virtude da lei. Quere dizer: a lei atribue ao facto da morte determinadas conseqüências jurídicas, que não podem atribuir-se à vontade do autor da herança, que não se manifestou. Do mesmo modo, em relação à ocupação, para a qual se não torna necessária a vontade, sendo susceptíveis de adquirir por êsse meio pessoas privadas de discernimento, não pode dizer-se rigorosamente que a adquisição do direito se dê por facto e vontade própria, visto que esta não existe [1]. Há apenas o facto material da ocupação, normalmente voluntário, e é a êsse facto que a lei atende para reconhecer o direito de propriedade. O mesmo se verifica com a acessão natural.

Quere dizer: sempre que para a subjectivação de um direito se requeira um determinado facto material, dando-se essa subjectivação independentemente da intenção do seu autor, pode dizer-se, na linguagem do código civil, que êsse direito se adquire em virtude da lei, da qual derivam as conseqüências que a mesma lei, reconhecendo êsse facto, lhe atribue.

Ora, como já notámos, entre os factos por que se adquiria direito sôbre as águas públicas havia o da preocupação. Esta representava, do mesmo modo

[1] Já vimos escrito que para a apropriação pela ocupação se tornava necessária a intenção. O artigo 480.º não deixa, porêm, a mínima dúvida de que a lei atende única e exclusivamente ao facto material da apreensão, visto que podem adquirir posse os que não teem uso da razão nas cousas que podem ser objecto de livre ocupação.

que a ocupação, um facto material. Feitas as obras destinadas à prêsa da água, quem as realizava ficava com direito a essa prêsa e as águas assim derivadas eram particulares.

Ao tempo em que foi publicado o código civil, quem havia feito essas obras tinha subjectivado, em harmonia com a lei, o direito às águas.

Não respeitaria o código civil êste direito?

E' para nós indubitável que a preocupação não se compreendia em nenhum dos factos adquisitivos dos direitos sôbre certas e determinadas águas que eram especificados no projecto. Não se tratava evidentemente de um direito adquirido por uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescrição. Quem, construindo um açude numa corrente não navegável, tinha adquirido o direito de prêsa da água, não o havia adquirido por nenhum dêsses meios, nem mesmo pela prescrição, quando para esta houvesse decorrido o tempo fixado na lei, porque partimos da hipótese de que não se havia anteriormente subjectivado êsse direito.

Ora, em nosso parecer, a comissão de legislação da câmara dos deputados, ao consignar no artigo 438.° a lei como facto adquisitivo de direitos sôbre certas e determinadas águas, quis referir-se especialmente a êsse meio de adquisição, cujo desconhecimento pela nova lei podia causar as mais graves perturbações, tanto mais quanto é certo que o aproveitamento das águas para irrigação e como força motora se fazia especialmente derivando as águas das correntes por meio de levadas [1].

[1] Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 234 e seguintes, e esta *Revista*, volume 7.°, n.° 340, página 455, volume 23.°, n.° 1130, página 298, e volume 36.°, n.° 1580, página 322, e o dr. Dias Ferreira, *Código civil português anotado*, 2.ª edição, tomo 2.°, página 310.

Estas levadas eram águas particulares, o direito de prêsa estava apropriado, não poderiam, porêm, ser assim consideradas, o direito de prêsa deixaria de subsistir, em relação aos proprietários marginais, se não fosse ressalvado êste direito, desde que o artigo 438.° não se limitava a estabelecer o princípio da não retroactividade, especificando os títulos de adquisição dos direitos às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis que por êle eram respeitados.

17. *O* uso e costume *a que se refere o artigo 438.° do código civil são as praxes seguidas no aproveitamento das águas.* Tem suscitado divergências a expressão *uso e costume* do artigo 438.° do código civil, por que a comissão revisora substituiu as palavras *uso e costume da terra* do artigo correspondente do projecto primitivo, *direito consuetudinário, posse antiga* da proposta de Alexandre Herculano.

Não deixa de ser interessante que a referida expressão tenha sido considerada sinónima, já da fórmula do projecto primitivo, como se significasse o mesmo que as palavras *uso ou costume das terras* que se lêem no artigo 2273.° § único, já de *direito consuetudinário* e de *posse antiga,* interpretando-se o seu sentido pela proposta de Herculano [1]. Á alteração na redacção feita pela comissão revisora não corresponderia assim a intenção de alterar a doutrina do projecto primitivo ou da proposta de Herculano,

[1] Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 246 e seguintes; a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 22.°, n.° 1097, página 341, volume 28.°, n.° 1294, página 152, volume 30.°, n.° 1385, página 515, e o acórdão da Relação de Lisboa de 13 de março de 1907, tenções 5.ª e 7.ª, na *Gazêta da Relação de Lisboa*, volume 21.°, páginas 276 e 277.

tendo-se discutido apenas a qual dos títulos de adquisição do projecto primitivo e da proposta se ajustavam as palavras *uso e costume.*

A expressão *uso ou costume das terras* significa as praxes que se observavam nas diferentes localidades sôbre determinadas relações sociais, e que podiam constituir direito consuetudinário ou representar usos de facto a que por lei eram atribuidos determinados efeitos jurídicos, conforme a essas praxes correspondia ou não a *opinio juris vel necessitatis.* Assim, no citado § único do artigo 2273.°, em que se preceitua que a disposição dêste artigo não prejudicará as servidões adquiridas anteriormente à promulgação do código *conforme o uso ou costume das terras,* por estas palavras sem dúvida se quis exprimir as normas por que, anteriormente ao código civil, se regulava a matéria relativa à adquisição de servidões. Trata-se, pois, de direito consuetudinário, que tanto podia ser geral como local. Nos artigos 380.° § 1.°, 684.°, 1270.° n.° 2.°, 1302.°, 1305.°, as palavras *uso e costume* não significam normas de carácter obrigatório, mas usos de facto a que a lei atribue determinados efeitos jurídicos. As palavras *uso ou costume* teem nesses artigos o mesmo sentido que a palavra *praxes* usada no artigo 2211.°

E chamaremos desde já a atenção para a diferença de redacção entre o artigo 438.° e o § único do artigo 2273.° Naquele fala-se de direitos adquiridos *por uso e costume;* neste de servidões adquiridas *conforme o uso ou costume das terras.* Pelo artigo 438.° o uso e costume parece representar o próprio título adquisitivo do direito; pelo artigo 2273.° § único o título adquisitivo não é o uso e costume, mas um facto realizado em harmonia com o uso e costume, isto é, com uma norma de direito.

E para se ver que, em relação a êste §, assim é, basta atender a que êle se aplica às servidões contínuas não aparentes e às descontínuas aparentes ou não aparentes que, anteriormente ao código civil, houvessem sido adquiridas por prescrição, título que o mesmo código não admitiu em relação a tais servidões. Havia, pois, antes da publicação do código civil, sendo esta matéria regulada pelo uso ou costume das terras, a prescrição como meio de adquisição de servidões contínuas não aparentes e descontínuas aparentes ou não aparentes.

Era o que se chamava a *prescrição imemorial,* que Coelho da Rocha ensinava ser «a prova da propriedade em virtude de uma posse tão antiga, que excede a memória dos homens, a qual se pode dar a respeito de cousas imprescritíveis pelas leis, mas cuja adquisição seja possível por privilégio. É antes um meio de provar a propriedade, do que modo de a adquirir» [1].

As nossas leis referiam-se à prescrição ou posse imemorial [2], sôbre cuja natureza há divergências, considerando-a, uns como um modo legítimo de adquisição, sendo o decurso do tempo que exceda a memória dos homens uma espécie de prescrição, que respeitava tanto a direitos privados como públicos e tinha logar nos casos em que não se podiam aplicar as formas ordinárias da prescrição, emquanto outros vêem nela a presunção de um justo título [3].

O nosso código civil considerou-a no artigo 2273.° § único como uma espécie de prescrição; mas quer deva assim considerar-se, quer como presunção de

[1] *Instituições de direito civil,* § 464.°
[2] Veja-se Lobão, *Notas a Mello,* livro 3.°, capítulo 4.°, § 7.°
[3] Veja-se F. Schupfer, *Ab immemorabili,* no *Digesto italiano,* volume 1.°, parte 1.ª

um justo título que o tempo consumisse, certo é que a prescrição imemorial tinha, diz Schupfer, «segundo os casos, a força do costume, do privilégio, do justo título, de um instrumento público e solene; e, de qualquer modo, suprime toda a *resistentia juris*, e deve ser observada *tanquam lex*».

No nosso antigo direito admitia-se a prescrição imemorial, e no artigo 2273.° § único legitima-se pelo uso ou costume das terras essa prescrição, como meio de adquisição de determinadas servidões a que não se aplicavam as formas ordinárias da prescrição.

No artigo 438.° é o próprio uso e costume que se apresenta como título de direitos adquiridos sôbre certas e determinadas águas. Não pode, pois, êste uso e costume ser uma norma de direito objectivo. Do mesmo modo que a lei, norma de vida social, é impotente para crear uma situação jurídica subjectiva, o costume, como norma de vida social, também o é. Sendo assim considerado o uso e costume, necessário era um facto de que, em harmonia com êle, resultasse o direito.

Não pode, a nosso ver, atribuir-se ao uso e costume de que se fala no citado artigo o mesmo carácter que ao uso ou costume das terras a que se refere o § único do artigo 2273.° Êste aplica-se como norma reguladora da adquisição pela posse ou prescrição; o uso e costume é considerado de per si no artigo 438.°

Pelas considerações que acabamos de fazer, vê-se também que não pode de modo algum considerar-se essa expressão como sinónima de *direito consuetudinário*. Este direito tinha, do mesmo modo que o direito escrito, carácter objectivo, podia legitimar-se por êle o direito a determinadas águas, mas não criava

êsse direito, não podia ser o título de um direito subjectivo.

E, como nota o dr. Assis Teixeira, escusado seria, havendo-se falado em *lei*, fazer-se referência ao *uso e costume*, se por estas palavras se quisesse significar o direito consuetudinário, visto que êste direito, como norma de vida social, já se achava compreendido na palavra *lei*.

Quereria o legislador referir-se à *posse antiga*?

Herculano especificava na sua proposta êsse modo de adquisição, não se referindo à prescrição. Desde que esta foi admitida como título de direitos subjectivos a certas e determinadas águas, e se especificaram as condições que para a prescrição se requeriam, não podia falar-se em posse antiga, salvo se fosse admitida a prescrição imemorial e portanto uma adquisição por êste meio em condições diversas das que se exigiam para a prescrição ordinária. Quando o legislador quisesse ressalvar, porêm, êste modo de adquisição, nunca poderia usar das palavras *uso e costume* para o exprimir.

A posse, como facto adquisitivo de direitos, é sempre individual. Até nos casos em que a posse é exercida por uma pessoa colectiva, esta é considerada, para tal efeito, como uma pessoa singular. Ora o uso e costume refere-se sempre, inalteravelmente, a factos que são praticados num determinado meio pela generalidade das pessoas que nele vivem. O uso e costume respeita sempre a uma colectividade de pessoas, quer se trate de mero uso ou costume de facto, quer de uso e costume que tenha carácter coactivo ou a *vis obligandi*.

O uso e costume do artigo 438.° não pode, pois, ser a *posse antiga* da proposta de Herculano.

O que significarão, porêm, estas palavras?

Falando em *uso e costume* o legislador quis referir-se, a nosso ver, aos usos e costumes de facto, ao modo por que nas diferentes terras se aproveitavam as águas para a irrigação ou fôrça motora. Foram êsses usos e costumes, que não tinham de per si a *vis obligandi*, que não formavam portanto direito consuetudinário, que o legislador quis ressalvar.

Os habitantes dum logar derivavam, por exemplo, a água duma corrente não navegável, fazendo nesta um açude e abrindo um aqueduto para conduzir a água atravez de diferentes prédios, sendo estes irrigados, por uso e costume, em determinados dias ou horas, e sendo a água dêsse aqueduto aplicada para moínhos em outros dias. Pelo artigo 438.° considera-se êsse uso e costume como representando um direito adquirido para os proprietários e donos dos moínhos de usarem da água do aqueduto. Terras havia em que, em vez de se irrigarem os prédios por determinada ordem, eram nomeadas pessoas para fazer a distribuição da água. Êste uso e costume deve observar-se, tendo direito a que as águas lhes sejam distribuídas por êsse modo todos os proprietários cujos prédios, tambêm por uso e costume, assim eram irrigados.

Em relação à água das levadas, sempre que estas fossem derivadas em benefício de diferentes prédios e como fôrça motora e não houvesse acôrdo, sentença, ou qualquer outro título por que se fizesse a divisão da água, necessário se tornava estabelecer um critério para determinar o modo por que essa divisão devia ser feita, ou definido o direito de cada proprietário. Ora o único que se podia admitir era a praxe que até então se havia observado. E o legislador assim

o entendeu, considerando essa praxe, que exprimiu, e bem, pelas palavras *uso e costume*, como representando um direito adquirido.

Nas águas já apropriadas por lei, o uso e costume pode assim determinar, em relação a diferentes utentes da água, a porção desta que pertence a cada um. Trata-se de águas que estão apropriadas e em relação às quais os utentes podem ter direitos desiguais quanto à porção de água que a cada um deles pertence, não tendo todavia outro título do seu direito que não seja o uso que da água tem feito. Êste uso deve, a nosso ver, ser considerado como legítimo, desde que no artigo 438.° se manda atender a êle para determinar os direitos adquiridos sôbre certas e determinadas águas.

Podem as águas ter sido derivadas, não pelos proprietários, mas pelo município ou paróquia. O direito a essas águas, quer para irrigação, quer como fôrça motora, deverá tambêm ser determinado em harmonia com o uso e costume ou com a praxe seguida até que foi publicado o código civil.

E' êste, a nosso ver, o alcance das palavras *uso e costume*.

18. *Na* concessão expressa *entram quaisquer títulos por que se atribuiu o direito a determinadas águas.* Mais fácil é determinar o sentido das palavras *concessão expressa* do artigo 438.°

O projecto primitivo falava de *concessão expressa dos proprietários marginais.* Ora, como já notámos, os proprietários marginais só adquiriam direito exclusivo ao uso da água das correntes não navegáveis pela preocupação; êsse direito não derivava da contiguidade dos prédios. Preocupada a água, esta ficava

sendo particular, e podia ser cedida pelo proprietário que a ela houvesse adquirido direito. Não se trata rigorosamente de uma *concessão*, termo que se aplica especialmente à cedência de cousas públicas ou comuns, mas de um contrato ou disposição de última vontade, que pelo § único do artigo 2264.º se consideram *concessão expressa*.

Quando os proprietários marginais tivessem à água das correntes não navegáveis nem flutuáveis o mesmo direito que pelo código civil lhes é atribuído, êsse direito não poderia ser alienado por êles, visto que se trata de um poder legal e não de um direito subjectivo.

Apenas teriam o direito de renunciar ao uso das águas que por lei lhes era facultado, em benefício de outro proprietário marginal, que, se não fôra essa renúncia, só eventualmente teria direito à água. É, como veremos, a esta renúncia que o artigo 439.º se refere, quando diz que o direito que teem os proprietários ao uso das águas que atravessam ou banham os seus prédios só poderá ser alienado por escritura ou auto público. Esta renúncia nunca pode presumir-se; a vontade tem de manifestar-se expressamente, mas não pode dar-se lhe técnicamente o nome de *concessão*.

Na sua proposta, Herculano não falava em concessão, mas em *contrato*. Relativamente a águas particulares, podia significar-se por esta palavra a adquisição do direito a essas águas, sempre que êsse direito resultasse de um acôrdo de vontades. Relativamente a águas públicas e comuns, quando o uso dessas águas, tendo por fim um serviço público ou comum, seja determinado por lei ou regulamento em que se consignem os direitos e obrigações da pessoa a quem êsse uso é cedido, a palavra contrato não pode exprimir rigorosamente a situação jurídica que pela cedência do uso das águas se constitue. Trata-se, neste caso, de uma concessão, cuja natureza jurídica determinaremos, quando tratarmos do regime das águas públicas e comuns.

Também não podia chamar-se contrato à concessão que pelo rei, a quem pertencia a propriedade das águas públicas, ou pelo poder central, se fizesse de águas de correntes não navegáveis nem flutuáveis. Para que essas concessões produzissem os seus efeitos, bastava que delas se quisessem aproveitar e efectivamente se aproveitassem as pessoas a quem eram feitas.

Dessas concessões resultava o direito adquirido ao uso das águas que delas era objecto, nos termos das mesmas concessões.

E não só podiam ser concedidas as águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, mas as águas que eram públicas por serem públicos os terrenos de que eram pertença, bem como as que o fossem dos terrenos de logradouro comum e as águas sobejas das fontes públicas ou comuns.

Todas estas concessões, estão compreendidas na *concessão expressa* de que fala o artigo 438.º

E não só essas concessões, mas todas as transmissões por virtude de contrato ou de disposição de última vontade estão abrangidas naquela expressão, respeitando-se assim os actos de disposição relativos a águas, realizados no domínio da lei anterior e em harmonia com ela.

19. *A* sentença *como prova de direitos adquiridos sôbre determinadas águas.* No artigo 438.º apresenta-se a *sentença* como título de direitos adquiridos sôbre

certas e determinadas águas. Sendo a sentença a aplicação do direito objectivo a uma relação jurídica concreta, presupõe necessàriamente um facto jurídico gerador desta relação, sendo dêste facto e não da sentença que resulta o direito subjectivo.

Entre os factos adquisitivos de direitos sôbre certas e determinadas águas parece, pois, que nenhum cabimento tem a sentença. É de notar, porêm, que pela sentença se constitui o caso julgado, tornando-se certo o facto ou direito e representando assim a sentença um meio de prova que, sempre que se verifiquem as condições que para o caso julgado se exigem, representa o próprio reconhecimento do direito. Assim se explica a referência que no artigo 438.º se faz à *sentença*.

Na matéria da aplicação das leis no tempo exerce aínda a sentença uma importante função. Sendo doutrina corrente na jurisprudência anterior ao código civil que a lei interpretativa se aplicava aos factos jurídicos realizados no domínio da lei interpretada, fazia-se excepção a essa doutrina para os casos em que, por sentença ou transacção, se houvesse dado aplicação definitiva da lei interpretada [1]. Um facto jurídico adquiria assim, pelo caso julgado, uma eficácia que não tinha de per si.

Assim, tendo sido reconhecido por sentença o direito adquirido pela prescrição a certas águas, mas não se verificando as condições que no § único do artigo 438.º se exigem para a prescrição, o direito assim reconhecido subsiste, não podendo contra êle,

[1] Veja-se Portugal, *De donationibus*, livro 2.º, capítulo 10.º, n.ºs 116 a 118; Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil português*, § 8.º; Corrêa Telles, *Digesto português*, livro 1.º, artigos 9.º a 111.º; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, introdução, parte 2.ª, §§ 11.º, n.ºs 11 e 12.

pela autoridade que o caso julgado ficou tendo, aduzir-se qualquer prova. Para êste efeito, desnecessário se tornaria, pois, investigar se é interpretativa ou inovadora a doutrina que no referido § único se sancionou acêrca da prescrição. Pelo caso julgado tornou-se certo o direito, sôbre o qual não pode haver nova acção.

20. *Condições em que o código civil reconheceu os direitos adquiridos por* prescrição *sôbre certas e determinadas águas.* Vimos já que no direito anterior ao código civil se admitia a prescrição como meio de adquisição de direitos sôbre águas particulares [1]. No código civil sancionou-se outra doutrina, declarando-se não só imprescritível o direito ao uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis (artigo 439.º), o que está completamente de harmonia com o carácter facultativo que tem êsse direito, mas também o direito às águas das fontes e nascentes (artigo 444.º § único), o qual representa um direito subjectivo.

Não procurando determinar neste lugar o alcance desta disposição, cumpre-nos verificar em que condições foram respeitados os direitos que pela prescrição haviam sido adquiridos anteriormente ao código civil, visto que o artigo 438.º não se limitou a reconhecer êsses direitos, declarando-se no § único que a prescrição só será atendida para os efeitos do citado artigo, quando recaia sôbre oposição não seguida, ou sôbre a construção de obras no prédio superior, de que possa inferir-se abandôno do primitivo direito.

Trata-se de uma disposição transitória aplicável às prescrições que se verificaram anteriormente ao

Veja-se o n.º 15, página 106 e seguintes.

código civil. Limita-se essa disposição ao direito de uso e de propriedade das águas, sendo outros os princípios a aplicar em matéria de servidões de águas. Quanto ao direito de uso e de propriedade das águas, deve ter-se ainda em vista que, além das condições que no § único do artigo 438.º se estabelecem, se devia dar a posse nas condições e pelo tempo que a lei anterior exigia, havendo o direito adquirido à prescrição ao tempo em que o código civil foi publicado em harmonia com essa lei.

As condições que no § único do artigo 438.º se exigem para que a prescrição seja atendida teem por fim distinguir a posse, como meio de adquisição de direitos, dos actos facultativos ou de mera tolerância. Quem tinha o direito de uso ou de propriedade sôbre determinadas águas podia exercer ou não êsse direito, não bastando o facto de o não exercer para que o perdesse, sempre que êsse direito representasse um poder legal inerente ao direito de propriedade e não uma limitação, constituída por servidão, a êste direito. Embora ao não exercício do direito sôbre determinadas águas correspondesse o aproveitamento das mesmas águas por quem a elas não tinha direito, sempre que o modo por que se dava êste aproveitamento não fosse incompatível com o exercício do direito, sempre que não se constituísse de facto uma situação em virtude da qual quem tinha o direito às águas fosse inibido de o exercer, sem alterar ou modificar a situação que de facto se havia criado, o direito subsistia.

Quando se constituía esta situação?

Em primeiro logar, podia resultar essa situação da oposição que ao aproveitamento das águas fosse feita por quem a elas pretendia ter direito, não sendo a

oposição seguida, de forma que subsistisse a situação de facto, não se tornando efectivo o pretendido direito.

Esta oposição, que tanto podia ser judicial como extrajudicial, dava-se não só quando o proprietário das águas, querendo exercer o seu direito, disso fosse inibido por quem estava na posse dessas águas mediante contradição dêsse direito, da qual resultasse a subsistência da relação de facto, que assim se tornava posse, como no caso de o proprietário das águas pretender opor-se ao aproveitamento das águas e não tornar efectiva essa oposição, consentindo na sua continuação. Ambas estas formas de oposição cabem na fórmula *oposição não seguida*, sendo no primeiro caso essa oposição representada pelo facto material de o proprietário querer exercer o seu direito, e, no segundo, pela pretensão de se opor a que continuasse no uso das águas quem de facto estava nesse uso.

Esta oposição não seguida, por meio da qual se dá até a inversão do título da posse, passando a possuir em nome próprio quem possuía em nome alheio (artigo 510.º), revelava que o aproveitamento das águas não era, em relação ao proprietário delas, um acto de mera tolerância, e, desde que houvesse tal oposição e não fosse seguida, começava a posse, que podia conduzir à prescrição. A presunção de que o aproveitamento das águas se fundava em legítimo título de adquisição inferia-se da aquiescência a êsse aproveitamento, que outra cousa não significava o facto da oposição não seguida.

Não é nesta parte que a aplicação do § único do artigo 438.º tem suscitado dificuldades. Estas teem-se dado relativamente à construção de obras no prédio superior, por meio das quais se pode também constituir uma situação de facto em virtude da qual o proprietário dêsse prédio perca o direito às águas,

quando delas possa inferir-se o abandôno dêsse direito.

Exige o código civil que as obras sejam feitas no prédio superior, sendo assim denominado o prédio serviente, visto que, independentemente do direito às águas, há uma servidão constituída nesse prédio por meio da qual êsse direito se torna efectivo. Há o direito de presa das águas e de condução das mesmas águas ou de aqueduto, podendo até deixar de ser contíguos o prédio serviente e o prédio dominante. E' assim que, tratando-se de uma fonte, além do direito de propriedade da sua água, pode haver a servidão de aqueduto constituída, não só no prédio onde há a fonte, mas em prédios de terceiros através dos quais a água é conduzida. Tratando-se da água de uma levada, pode haver num prédio por ela atravessado obras para a derivação da sua água em proveito de um prédio que não seja contíguo daquele onde se fizeram as referidas obras.

Não se declara que as obras devam ter sido feitas pelo proprietário do prédio dominante. O dr. Assis Teixeira diz que as obras devem ser construídas pelo dono do prédio inferior, julgando relacionada, por imediata e íntima conexão, esta condição com a da idoneidade das obras. «Como diz êle, para adquirir pela prescrição é indispensável possuir em nome próprio ou *animo domini*, êste ânimo não pode evidentemente resultar senão de um facto próprio daquele que pretende prescrever: só os trabalhos efectuados pelo proprietário inferior se reputam feitos em seu benefício, e manifestam da sua parte a intenção de adquirir direito às águas. Obras ordenadas pelo proprietário superior no seu próprio prédio, ainda que delas resultasse proveito e interesse para o vizinho inferior, de nenhum modo produziriam

êsse efeito: poderá sim derivar desta espécie de trabalhos uma servidão passiva contra o prédio superior, mas nunca provirá daí uma servidão activa em seu proveito».

Se esta doutrina fosse exacta, e partindo-se do princípio de que as obras feitas no prédio superior se deviam presumir feitas pelo dono dêste prédio, a conseqüência seria que o dono do prédio inferior ou dominante deveria provar que as obras foram feitas pelo proprietário dêste prédio. Perante a dificuldade, porêm, que na prática e em relação a obras que datam em geral de tempos imemoriais, haveria de provar por quem as obras foram feitas, acrescentava o dr. Assis Teixeira: «A própria natureza das obras se encarregará de comprovar a sua proveniência originária. Se foram estabelecidas para interesse exclusivo do proprietário inferior, esta circunstância indica suficientemente que foram efectuadas por êsse proprietário: *id fecit cui prodest*. Se, porêm, aproveitam a ambos, e não interveem indícios irrecusáveis ou outras circunstâncias tão poderosas e concludentes, que excluam toda a dúvida, então deve favorecer-se a liberdade do prédio superior, e pronunciar-se com firmeza a favor dêste proprietário a manutenção do seu amplo direito de propriedade com todos os atributos acessórios que lhe andam naturalmente inerentes» [1].

Afigura-se nos que é esta a verdadeira doutrina, não se tornando necessário que o dono do prédio inferior alegue e prove que as obras foram feitas pelo proprietário dêsse prédio. Nos termos do artigo 438.º § único, do mesmo modo que nos da resolução de 17 de agosto de 1775, que falava de «um açude ou

[1] *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, páginas 286 e 287.

canal com factura constante e permanente, que fizesse presumir o referido título (de compra)», ao que especialmente se deve atender é ao facto de as obras serem feitas em benefício do prédio inferior, resultando delas que tinham por fim a derivação das águas para êste prédio. Êste facto e o do uso efectivo das águas são as circunstâncias que se devem ter principalmente em vista para verificar se havia ou não a posse dessas águas por parte do dono do prédio inferior, que, em tal caso, quando essa posse existisse há mais de trinta anos, teria adquirido direito às águas pela prescrição.

E' assim que, embora se provasse que as obras não haviam sido feitas pelo proprietário do prédio inferior, provando-se todavia que êste proprietário era quem, há mais de trinta anos ao tempo em que foi publicado o código civil, tratava da conservação dessas obras, como se efectivamente foram suas, e que durante o mesmo tempo se havia aproveitado das águas, sendo as obras idóneas para êste fim, afigura-se nos que se verificam os requisitos necessários para que se julgue que adquiriu direito às águas pela prescrição.

As palavras *de que possa inferir-se abandôno do primitivo direito* significam, a nosso ver, que, em virtude dessas obras, o proprietário do prédio inferior ou não podia exercer o seu direito ou não o podia exercer nas mesmas condições em que o exercia anteriormente, tendo-se assim constituído uma situação de facto incompatível com êsse direito. Não pode dizer-se, em tal caso, que o aproveitamento das águas representasse para êle um mero acto de tolerância. O aproveitamento das águas fez-se constituíndo-se uma servidão, com sciência e paciência do proprietário do prédio superior, sendo assim de

presumir, não própriamente o abandôno do direito, mas um título em virtude do qual o dono do prédio inferior tenha adquirido direito às águas. Em todo o caso o que deve haver é uma situação de facto que signifique não sómente que o proprietário do prédio superior não quis exercer o seu direito, mas que o iniba dêsse exercício.

A prescrição resulta da posse, que deve ter sido contínua e pública.

Donde se vê que a construção de obras no prédio superior deve ter o carácter de permanência e que essas obras devem ser visíveis ou aparentes. A construção de obras que tenham tido por mero fim o aproveitamento periódico da água, embora com determinada regularidade, feitas de forma que desapareçam ou tenham de ser desfeitas logo que termine o aproveitamento, não dá posse que possa ser invocada para o efeito da prescrição. Pela construção de tais obras não se constituía uma situação que envolvesse para o proprietário do prédio superior a perda do seu direito, cujo exercício podia ser efectivo logo que deixassem de existir. A construção devia ser aparente ou visível, porque só assim podia ser pública a posse.

Logo que as obras reunam estas condições e a elas corresponda o uso efectivo das águas, dá-se a posse idónea para a prescrição. Não temos, pois, que atender à maior ou menor importância das obras.

E' assim que se tem opinado que um rêgo aberto no prédio superior, contanto que seja permanente, é suficiente para o efeito do § único do artigo 438.° [1]

[1] *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 44.°, página 374.

Discutiu-se se os trabalhos de *expurgação*, feitos pelo proprietário do prédio inferior no prédio superior, constituíam obras que pudessem ser invocadas para o efeito da prescrição [1]. Para se ver, porêm, que, em face do nosso direito, a questão assim posta não podia deixar de ter uma solução negativa, basta atender a que o § único do artigo 438.º exige a *construção de obras no prédio superior*, e a resolução de 17 de agosto de 1775 referia-se a *um açude ou canal com factura constante e permanente*. Ora a *expurgação* consistia e consiste na remoção de quaisquer obstáculos que embaracem o livre curso das águas; não era nem é construção ou factura de obra.

Sendo as águas derivadas artificialmente, e a construção de obras no prédio superior necessáriamente presupõe que é assim feita a derivação, a expurgação representa apenas um meio de conservar essas obras em boas condições. Quando feita pelo proprietário do prédio inferior, o que por ela se revela é que as obras lhe pertencem, e que a presa da água ou o aqueduto são uma servidão constituída no prédio superior em benefício do seu prédio, sendo assim a expurgação um dos meios por que pode provar-se que as obras do prédio superior tinham efectivamente por fim a condução das águas para o prédio inferior. Nas distinções que Lobão, para conciliar as opiniões dos praxistas, fazia a êste respeito, o que se evidencia é que a expurgação, considerada de per si, não constituía um acto de posse que pudesse conduzir à prescrição, visto que relaciona sempre a expurgação com o aqueduto, dando-lhe efeitos jurídicos designadamente quando tinha por fim a derivação das águas

[1] Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 293 e seguintes.

para êle ou a sua condução para a terra inferior [1].

No momento actual já oferece verdadeira dificuldade para a aplicação do § único do artigo 438.º a prova de que, ao tempo em que foi publicado o código civil, havia o direito adquirido à prescrição, quando essa prova tenha de ser feita por meio de testemunhas. Pode haver documentos antigos que se refiram ao direito que o prédio inferior tem de derivar as águas do prédio superior; pode, excepcionalmente, verificar-se pela própria construção das obras no prédio superior a antiguidade dessas obras.

Se não houver, porêm, nenhum dêstes meios de prova e for necessário demonstrar por testemunhas que, ao tempo em que foi publicado o código civil, já havia a posse pelo tempo necessário para a prescrição, é óbvio que, excedendo uma parte dêsse tempo a memória da quási totalidade dos homens, não pode essa prova fazer-se por meio de testemunhas que hajam presenciado os actos dessa posse. De facto, devendo haver posse pelo menos de trinta anos ao tempo em que o código civil foi publicado e havendo decorrido, desde essa publicação, quarenta e nove anos aproximadamente, só testemunhas com perto de noventa anos de idade poderão declarar que a alegada posse existia há trinta anos ao tempo em que o código civil começou a vigorar, visto que só podem ser testemunhas de factos que hajam presenciado desde que tenham discernimento, embora se possa admitir que deponham sôbre factos que se tenham dado antes de haverem completado os quatorze anos de idade.

[1] Veja-se o *Tratado prático e compendiário das águas*, § 137.º

Será, porêm, necessário que as testemunhas tenham presenciado os actos de posse, ou será suficiente que nos seus depoimentos se refiram a pessoas que os presenciaram, afirmando elas ter conhecimento das declarações que a êsse respeito fizeram?

O distinto jurisconsulto dr. Eduardo de Carvalho declara que a tradição de antiguidade e até de imemorialidade a que as testemunhas aludem, referindo-se a pessoas antigas falecidas em idade provecta, «desacompanhada da presenciação de factos uniformes e repetidos, duráveis e permanentes em épocas que retroajam, pelo menos trinta anos completos, a 22 de março de 1868», não a pode julgar «de per si suficiente, porque para constatar a existência, já do uso e costume, já de uma posse imemorial, é necessário, como principal prova *de vista*, a prova de exercício que a tradição, o depoimento de mera ouvida, vem fortalecer em contraprova» [1].

Afigura-se nos que esta doutrina, pelo menos nos termos em que está formulada, não é verdadeira.

Relativamente à posse ou prescrição imemorial, afirmavam os jurisconsultos, baseando-se no direito romano, que, referindo-se o tempo imemorial à existência de duas gerações, a que vive e a que imediatamente a precedeu, e devendo a primeira saber que o actual estado de cousas, tal como a sua memória o apresenta, sempre assim existiu, e, em relação à geração anterior, que não ouviu dizer que houvesse memória de um estado contrário ao actual, a prova dessa posse ou prescrição se fazia de um modo positivo e negativo. Tanto uma como outra podia ser invalidada por prova contrária, demonstrando-se que o presente estado de cousas nem sempre assim existiu

[1] *Trabalhos jurídicos*, volume I, páginas 349 e 360.

durante a actual geração, ou que, durante a geração passada, houve memória do contrário.

Pelo direito canónico, a prova devia ser sempre positiva: as testemunhas tinham de afirmar, por conhecimento próprio, que a posse havia existido sempre no seu tempo e afirmar ao mesmo tempo que tinham ouvido aos seus antepassados que essa posse já existia no tempo deles [1].

Quer se siga uma doutrina quer outra, vê-se que, para a posse imemorial, a prova testemunhal recaía não só sôbre os factos presenciados pelas testemunhas, mas sôbre o conhecimento que, positivamente ou negativamente, tinham do que se havia passado durante a geração anterior. Nem de outro modo era possível provar a posse imemorial.

Ora se, em relação a esta posse, não pode deixar de ligar-se crédito às declarações que as testemunhas façam sôbre factos passados durante a geração anterior, afigura-se nos que não pode deixar de atribuir-se o mesmo crédito a tais declarações quanto à posse que, anteriormente ao código civil, devesse ter pelo menos trinta anos. Quando se seguisse outra doutrina, tornar-se-ía impossível a prova dos direitos assim adquiridos, logo que o início da posse excedesse, como já actualmente vai sucedendo, a memória dos homens.

Devendo a posse ter um tempo determinado anteriormente ao código civil e tratando-se, não de um uso e costume com o carácter de generalidade, mas de direitos de presa constituídos num determinado prédio, parece-nos que as testemunhas deverão, em relação ao tempo de posse que exceda a sua memória,

[1] Veja-se S. Gianzana, *Ab immemorabili (Diritto transitorio)*, no *Digesto italiano*, volume 1.°, parte 1.ª

para que o seu depoimento tenha maior grau de credibilidade, referir as pessoas a quem tenham ouvido que já no tempo delas havia a posse das águas por obras construídas no prédio superior.

Não tendo sido estabelecida para a servidão de aqueduto uma disposição correspondente à do artigo 439.°, aplicável às fontes e nascentes pelo artigo 444.° § único, disposição que, como já dissemos, respeita ao direito de uso e de propriedade das águas, pode provar-se pelos meios ordinários essa servidão. De tal servidão não resultará, porêm, o direito adquirido à água, sempre que, em relação a esta, se não tenha dado a prescrição nos termos do § único do artigo 438.°

Tanto em matéria de servidão de águas adquirida por prescrição como por destinação do pai de famílias, o direito à água tem de considerar-se, em virtude das disposições especiais quanto ao modo por que pode ser adquirido, em separado da servidão.

21. *Os direitos adquiridos sôbre as águas das nascentes, correntes e levadas na Ilha da Madeira.* Referimo-nos já à legislação especial das águas da Ilha da Madeira [1], reproduzindo a parte da provisão de 7 de maio de 1493 respeitante ao regime dessas águas, regime que, como na provisão se declara, foi estabelecido a pedido das câmaras da Ilha e dos vizinhos e moradores dela: «E no que toca ás fontes, tornos e olhos de agoa, deferindo a vossa petição sobre o accordão, que tomastes em guiza, e maneira as terras se deviam aproveitar, e conviestes, e assentastes, e accordastes na forma com que vos tinha já mandado».

[1] Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, n.° 15, páginas 100 e 101.

As nascentes, tornos e olhos de água não pertenciam, pela citada provisão, aos donos das terras onde brotavam, devendo as respectivas águas seguir o seu curso natural até aos rios e ribeiros. Dêstes eram derivadas as águas por meio de levadas e repartidas pelos prédios, conforme o que ao aproveitamento deles fosse necessário.

Dado êste regime, não podia haver na Ilha da Madeira águas correntes que fossem particulares; não havia sôbre essas águas o direito de livre disposição. Todas essas águas eram destinadas à irrigação dos prédios tanto marginais como não marginais das correntes.

Para o conveniente aproveitamento dessas águas construíram-se levadas em que, por nomeação dos consortes das suas águas ou heréus, superintendiam juízes, incumbidos da sua conservação.

Era êste o regime em vigor ao tempo em que foi publicado o código civil e o que melhor se harmonizava com as necessidades agrícolas da Ilha da Madeira.

Publicado o código civil, discutiu-se se a legislação especial da Ilha da Madeira relativa a águas havia sido ou não revogada pelo artigo 5.° da lei de 1 de julho de 1867.

Tratava-se evidentemente de uma legislação especial que recaía em matéria que o código civil abrange. As dúvidas resultavam do disposto no artigo 438.°, pelo que respeitava aos direitos adquiridos anteriormente à sua publicação.

A jurisprudência dos nossos tribunais pronunciou-se no sentido de que essa legislação havia sido revogada, e não considerou ressalvados os direitos dos proprie-

tários que, por essa legislação, costumavam regar os seus prédios com as águas das nascentes, sempre que não houvessem adquirido direito a essas águas pela prescrição. A lei que lhes reconhecia êsse direito, o uso e costume que, de harmonia com a mesma lei, havia quanto à repartição das águas, não foram considerados títulos suficientes para que, por fôrça do disposto no artigo 444.° do código civil, os proprietários dos prédios onde havia fontes ou nascentes não fossem considerados proprietários delas, e, sendo assim reconhecidos, podiam dispor das suas águas livremente [1].

Consideramos muito discutível esta doutrina.

Não há para nós dúvida alguma de que, desde que foi publicado o código civil, em relação às nascentes que, posteriormente a essa publicação, tenham sido exploradas, se devem aplicar as disposições consignadas no mesmo código. Quanto às fontes já a êsse tempo existentes, parece-nos que a situação, criada em virtude da legislação especial que havia para a Ilha da Madeira e do modo por que essa legislação havia sido praticada, se podia considerar ao abrigo do disposto no artigo 438.°, na parte em que manda respeitar os direitos adquiridos *por lei* e *por uso e costume*.

Como já notámos, pelas provisões de 7 e 8 de março de 1493 estabeleceu-se um determinado regime de águas; não pode ver-se nessas provisões uma concessão de águas, não derivando delas direitos subjectivos. Em virtude dessas leis e em harmonia com elas estabeleceram-se, porêm, usos e costumes, e nenhuma dúvida há de que êsses usos e costumes foram considerados pelo código civil como representando um direito adquirido. Atribuindo-lhes a lei esta eficácia, quando não se formaram à sombra de disposições legais, com mais razão lha devia atribuir sempre que por meio deles se efectivasse uma disposição da lei.

[1] Vejam-se os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de março de 1908 e de 20 de julho de 1909, na *Gazêta da Relação de Lisboa*, volume 21.°, página 772, e volume 23.°, página 508, e da Relação de Lisboa de 12 de abril de 1910, na citada *Gazêta*, volume 24.°, página 274. Vejam-se muitos outros acórdãos citados por esta *Gazêta*, no volume 21.°, página 278, em nota ao acórdão da Relação de Lisboa de 13 de março de 1907.

Deverá atender-se também a que as razões que levaram o autor do código civil a respeitar os direitos assim adquiridos tinham, em relação à Ilha da Madeira, um valor especial, não podendo deixar de causar uma grave perturbação nas suas condições agrícolas a livre disposição, por parte dos proprietários, das nascentes que havia nos seus prédios, tanto mais que só em casos muito raros a prescrição obstaria a essa livre disposição.

Bastará notar que as levadas eram derivadas dos rios e ribeiros em pontos muito afastados das nascentes, não havendo nos prédios onde elas brotavam construção alguma destinada à captação e condução das águas.

Para obviar aos inconvenientes que estavam resultando da jurisprudência dos nossos tribunais, foi publicada a lei n.° 141 de 20 de abril de 1914, em que se declara:

«Artigo 1.° São mantidas [1] às entidades jurídicas — levadas na Ilha da Madeira — os direitos por elas adquiridos à data da publicação do código civil,

[1] Deve ser *mantidos*. No projecto que foi apresentado à câmara dos deputados já se encontrava aquele êrro de concordância, que se manteve no Senado e assim passou para a lei. Veja-se o *Diário da câmara dos deputados*, sessão de 24 de abril de 1913, e o *Diário do Senado*, sessão de 20 de janeiro de 1914.

sôbre certas e determinadas águas que derivam das nascentes existentes em prédios alheios.

«Artigo 2.º As águas, porêm, que hajam sido exploradas nesses prédios, pelos seus respectivos donos, a partir daquela data, tendo-as aproveitado em seu uso exclusivo e sem oposição das levadas, durante dois anos pelo menos, consideram-se parte integrante dos prédios em que tiverem sido exploradas, podendo, por isso, os respectivos donos dispor delas livremente».

As entidades jurídicas — levadas na Ilha da Madeira, a que a lei se refere, são as associações dos comproprietários ou heréus das referidas levadas. Tiveram estas sempre uma administração que superintendia na sua conservação, reparação e restauração, a qual era últimamente constituída pelos proprietários ou heréus e representava as respectivas associações, sendo estas, nos termos da lei de 26 de julho de 1888, associações legais para todos os actos jurídicos, especialmente para, por meio dos seus juízes, direcções ou comissões directoras, quando devidamente autorizadas pela assembléa geral dos consortes ou comproprietários, adquirir, por qualquer meio legítimo, os bens imobiliários precisos, com destino à conservação, acrescentamento ou melhor aproveitamento dos mananciais de águas das levadas [1].

Não vemos a mínima vantagem em que estas associações, que são as que efectivamente formam entidades jurídicas, sejam denominadas *levadas na*

[1] Veja-se a tenção 2.ª do acórdão da Relação de Lisboa de 6 de maio de 1899, na *Gazêta da Relação de Lisboa*, volume 13.º, página 407, a 1.ª tenção do acórdão da mesma Relação de 17 de novembro de 1900, na mesma *Gazêta*, volume 14.º, página 305, e a 8.ª tenção do acórdão da mesma Relação de 27 de julho de 1901, na *Gazêta* citada, volume 15.º, página 177.

lha da Madeira. Estas nada mais são do que águas, artificialmente derivadas, sôbre que recaem os direitos dos proprietários ou heréus e que, representando interesses comuns, teem uma administração própria, que promove a efectivação dêsses interesses.

Esta administração de modo algum exclui a acção individual dos proprietários ou heréus na defesa dos seus direitos contra quaisquer terceiros e contra os outros comproprietários.

E' assim que, sendo reconhecida pelos nossos tribunais legitimidade às comissões administrativas das levadas para em juízo demandarem e serem demandadas sôbre interesses relativos às levadas, se reconheceu também aos heréus legitimidade para estarem em juízo na defesa dos seus direitos individuais relativos àsmesmas levadas.

Os direitos, pois, que pela lei de 20 de abril de 1914 foram mantidos às levadas na Ilha da Madeira, são os direitos que os proprietários ou heréus tinham, em harmonia com a legislação em vigor ao tempo em que o código civil foi publicado e com os usos e costumes por que se efectivou essa legislação, às águas dessas levadas.

Na citada lei de 26 de julho de 1888 declara-se que os proprietários dos prédios irrigados pelas levadas são consortes ou comproprietários das mesmas levadas, vendo-se assim que as águas dessas levadas constituíam uma propriedade comum, mas não estavam no domínio comum.

Declara-se no artigo 1.º da lei de 20 de abril que são mantidos os direitos adquiridos à data da publicação do código civil sôbre certas e determinadas águas que derivam das nascentes existentes em prédios alheios.

As levadas podiam ser derivadas já directamente das nascentes, já dos rios ou ribeiros formados pelas mesmas nascentes. Cremos que o segundo modo de derivação será o mais freqüente. Reconhecido, porêm, o direito às nascentes, implícitamente se reconhece o direito às águas dos rios e ribeiros formados pelas mesmas nascentes.

Resolve-se assim na lei a dúvida suscitada sôbre os direitos dos proprietários cujos prédios eram superiores à madre da levada. Não teem êsses prédios o direito de presa nos rios ou ribeiros em prejuízo das levadas, visto que se mantiveram aos comproprietários ou consortes das levadas os direitos por êles adquiridos à data da publicação do código civil. Se, a êsse tempo, os prédios superiores às levadas não eram irrigados com as águas dos rios ou ribeiros donde as mesmas levadas foram derivadas, também agora o não poderão ser, apesar das disposições consignadas nos artigos 434.° e 436.° do código civil. Havia, ao tempo em que o código civil foi publicado, direito adquirido a essas águas, e êsse direito é, nos precisos termos da lei de 20 de abril, mantido, visto que se reconheceu aos comproprietários ou consortes das levadas direito às nascentes de que êsses rios ou ribeiros se formam.

Serão, porêm, mantidos os direitos adquiridos ao tempo em que o código civil foi publicado, aínda mesmo que tenha havido transacção ou sentença passada em julgado que reconheça aos proprietários dos prédios onde há nascentes o direito a estas, e aos proprietários dos prédios superiores às levadas o direito de irrigarem os seus prédios com as águas dos rios ou ribeiros donde são derivadas as levadas?

Pode haver hesitação na resposta.

Pela afirmativa podem aduzir-se as seguintes considerações:

No artigo 1.° não se ressalvam direitos alguns dos proprietários dos prédios onde há as nascentes e, conseqüentemente, não podem considerar-se também ressalvados os direitos dos proprietários dos prédios banhados ou atravessados pelos rios ou ribeiros que fiquem superiores, em relação a estes, ao ponto em que se faz a derivação das levadas. Manteem-se pela referida lei os direitos adquiridos à data da publicação do código civil, parecendo indiferente que êsses direitos tenham sido ou não conservados posteriormente a essa publicação.

E, se atendermos ao disposto no artigo 2.° da mesma lei, mais lógica poderá parecer esta conclusão.

Neste artigo declara-se que os proprietários podem dispor livremente das águas das nascentes que hajam explorado nos seus prédios a partir da publicação do código civil, quando a tenham aproveitado em seu uso exclusivo e sem oposição das levadas, durante dois anos pelo menos. Vê-se assim que, ao passo que pelo artigo 1.° são mantidos, sem a mínima restrição, os direitos adquiridos às águas das nascentes que já existiam ao tempo da publicação do código civil, no artigo 2.°, em que, considerando-se em vigor na Madeira o artigo 444.° do código civil, se atribui aos proprietários a livre disposição das nascentes exploradas nos respectivos prédios depois da publicação do código civil, torna-se dependente êsse direito de os mesmos proprietários terem aproveitado as águas dessas nascentes em seu uso exclusivo e sem oposição das levadas, durante dois anos pelo menos. Não se verificando estas condições, parece que não há o

direito de livre disposição dessas nascentes, sôbre que terão direito os comproprietários das levadas.

Ora, tendo-se feito esta restrição no artigo 2.°, parece que, se o legislador quisesse ressalvar os direitos que, posteriormente ao código civil, houvessem sido reconhecidos, em relação às águas das nascentes, aos proprietários dos respectivos prédios, deveria referir-se ao facto de os comproprietários das levadas haverem ocntinuado a aproveitar as águas das nascentes posteriormente à publicação do código civil, como se fazia no projecto que foi aprovado pela câmara dos deputados.

Neste projecto, o artigo 1.° era assim formulado: «São mantidos às levadas existentes na Ilha da Madeira os direitos por elas adquiridos à data da promulgação do código civil, e conservados até o presente, sôbre certas e determinadas águas que derivem de nascentes situadas em prédios alheios, sem prejuízo do direito dos donos dêstes prédios a disporem livremente das que resultem de quaisquer mananciais por êles descobertos depois daquela data, e bem assim das que, em virtude de exploração por êles feita nas mencionadas nascentes excedam as quantidades asseguradas às referidas levadas pela primeira parte dêste artigo».

Como se vê, só eram *mantidos* os direitos adquiridos que houvessem sido *conservados até o presente.* Na lei não se faz esta restrição, e, apesar de a respectiva comissão de legislação declarar que alterou a redacção *para maior clareza,* parece que, nesta parte, a modificou fundamentalmente, dando à lei efeito retroactivo, mesmo quando os heréus não houvessem conservado os direitos adquiridos.

Para sustentar esta doutrina, pode aínda argumentar-se com o carácter interpretativo que à mesma

lei é atribuído, e que o não era pelo projecto que inicialmente foi aprovado pela câmara dos deputados.

O artigo 2.° dêste projecto estava assim redigido: «A prescrição será havida como justo título de aquisição dos direitos mantidos pelo artigo 1.° às referidas levadas, independentemente das condições exigidas nos artigos 438.°, 444.° e 450.° do código civil».

Êste artigo foi substituído pelo artigo 3.° da lei, que diz: «Fica assim interpretado, com referência ao objecto da presente lei, o disposto nos artigos 438 [1], 444.° e 450.° do código civil, e revogada a legislação em contrário».

Declarando-se que os proprietários ou heréus das levadas tinham, ao tempo em que foi publicado o código civil, direitos adquiridos sôbre certas e determinadas águas que derivam das nascentes existentes em prédios alheios, e determinando-se que êsses direitos serão mantidos, parece que se consideraram contrárias à lei todas as decisões judiciais que não reconheceram êsses direitos, e que tais decisões não ficam tendo a autoridade de caso julgado.

Para se ver o alcance que teria o efeito retroactivo assim dado à lei de 20 de abril de 1914, necessárias se tornam, antes de expormos as razões que em sentido contrário se podem aduzir, algumas considerações prévias.

A lei de 20 de abril interpretou disposições transitórias do código civil, como é a do artigo 438.°, aplicável às águas particulares por fôrça do disposto no § único do artigo 444.°, e determinou o modo por

[1] Na lei vem, por manifesto êrro, o artigo 432.° Nos projectos faz-se sempre referência ao artigo 438.°

que, em relação a direitos adquiridos, deviam ser aplicadas as disposições consignadas nos artigos 444.º e 450.º Nessa lei não se faz a mínima aclaração à legislação que, ao tempo da publicação do código civil, estava em vigor na Ilha da Madeira. Ora esta legislação não só suscitava algumas dúvidas, mas a prática nem sempre estava de harmonia com o que nessa legislação se preceituava, e a essa prática foram atribuídos efeitos jurídicos em algumas decisões judiciais.

E' assim que nos nossos tribunais, ao determinar-se o alcance da provisão de 7 de março de 1493, se julgou que pela referida provisão os proprietários dos prédios não ficaram inibidos de aproveitarem as águas das nascentes que explorassem nesses prédios, sendo apenas obrigados a não desviar as águas sobejas do seu curso natural, e que se reconheceu a êsses proprietários o direito às águas dessas nascentes, quando as houvessem aproveitado com exclusão dos comproprietários das levadas.

Vamos reproduzir o que se dizia a êste respeito em alguns acórdãos da Relação de Lisboa e do Supremo Tribunal de Justiça:

«Considerando que as provisões régias pela sua maior parte de 1493, de 1502 e 1841, que regulam o uso das águas da Ilha da Madeira, emquanto determinam que os donos dos prédios onde existem nascentes de águas teem obrigação de deixar correr tais águas directamente para as levadas ou ribeiros de uso comum, não pode uma tal disposição ser interpretada por forma que iniba o senhorio do prédio em que brotam tais águas de delas usar e se aproveitar para fertilizar os seus prédios, isto é, o prédio em que nascem as águas, antes de as dirigir à levada comum, porquanto uma tal interpretação, além de injusta e

atentatória do direito de propriedade, seria imoral por não consentir que o dono de um prédio se aproveite de um facto seu, tal o de haver pesquisado e explorado nascentes na sua propriedade, gastando capitais só em proveito de estranhos, ficando condenado a ver inutilizados todos os seus trabalhos e despesas e a ver os frutos do seu prédio estiolados com falta de regas, o que tais leis e provisões por certo não queriam nem podiam estatuir, sendo portanto tal interpretação absurda, o que lei alguma autoriza;

«Considerando que tais provisões anteriores ao código civil devem ser interpretadas por uma forma de que não resulte tal absurdo e assim se deve entender, que os donos dos prédios aonde brotam águas de nascente, só depois de se aproveitarem delas para fertilizar os seus prédios é que são obrigados a deixá-las correr directamente para as levadas ou ribeiros comuns, podendo assim dentro das suas propriedades fazer as obras necessárias para bem regarem o prédio onde elas nascem e foram exploradas» [1].

O acórdão foi proferido em harmonia com esta doutrina.

Por outro lado, em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de novembro de 1906, dá-se como provado que a proprietária dum prédio e seus antecessores represavam desde longos anos as águas, a que os consortes de uma levada pretendiam ter direito, em poços antigos e até fechados à chave, e que com essas águas, por meio de regos abertos na sua quinta, irrigavam não só o seu prédio mas outros

[1] Veja-se a 1.ª tenção do acórdão de 7 de dezembro de 1901, na *Gazêta da Relação de Lisboa*, volume 15.º, página 562.

prédios seus fora dela, e davam e vendiam os sobejos a terceiros e até a alguns dos heréus da levada, factos que o Supremo Tribunal julgou que excluíam por completo o exercício do pretendido direito dos comproprietários da levada, não podendo assim invocar para título dêsse direito velhos diplomas e disposições já revogadas, que de per si não davam direito a essas águas, mas apenas facultavam a sua aquisição [1].

Do acórdão da Relação de Lisboa de 6 de maio de 1899, vê-se também que havia, anteriormente à publicação do código civil, nascentes que eram consideradas particulares e que assim haviam sido judicialmente reconhecidas. Na 2.ª tenção dêsse acórdão, já por nós citada, diz-se a êste respeito: «Ainda que a relutância dos proprietários dos terrenos em que brotavam as nascentes de água conseguisse pelo decorrer dos tempos estabelecer direitos em contrário com os expressos preceitos das provisões transcritas, e que êsses direitos tenham por si a sanção dos tribunais (documentos *ex* fl. e fl.), o que é certo é que aos proprietários de tais terrenos nunca foi reconhecido outro direito além do de irrigarem êsses terrenos com as nascentes dela, tendo de restituir os sobejos aos álveos a que naturalmente se dirigiam».

A atribuição do direito às águas de todas as nascentes existentes em prédios alheios ao tempo em que foi publicado o código civil teria, pois, como conseqüência, não só que ficariam sem efeito as decisões judiciais em que, por fôrça de disposições consignadas no código civil, se não reconheceu aos proprietários das levadas direitos adquiridos a determinadas nascentes, mas que se anulariam decisões judiciais em que se aplicou a legislação especial sôbre águas na Ilha da Madeira.

[1] Na *Colecção oficial*, volume 5.º, página 562.

Determinado assim o alcance da questão, vejamos se, em face do disposto na lei de 20 de abril, se devem considerar ressalvados os direitos às nascentes que hajam sido reconhecidos por sentença passada em julgado.

Parece-nos que sim.

No artigo 1.º não se declara que são mantidos os direitos às nascentes, mas *sôbre certas e determinadas águas que derivam das nascentes existentes em prédios alheios*. Adoptou-se, como é facil de verificar, a fórmula do artigo 438.º do código civil. Sendo mantidos os direitos *sôbre certas e determinadas águas que derivam das nascentes*, consideramos compatível com esta fórmula a existência de nascentes sôbre que tenham direito os proprietários dos prédios em que elas brotam, ainda que tais nascentes já existissem ao tempo em que o código civil foi publicado. A expressão *são mantidos os direitos adquiridos* significa apenas que o código civil não invalidou as situações jurídicas que se haviam constituído em virtude da legislação especial, que vigorou na Ilha da Madeira até ao tempo da sua publicação.

É por esta legislação que devem, pois, ser resolvidas as questões que sôbre as referidas nascentes se suscitem, e na sua interpretação nenhuma limitação foi imposta ao poder judicial.

Sendo êste o alcance do artigo 1.º da lei de 20 de abril, é nosso parecer que não deve considerar-se como sendo de aplicação retroactiva quanto aos direitos às nascentes que hajam sido reconhecidos judicialmente ou sôbre que tenha havido transacção.

O carácter interpretativo que se atribui à lei simplesmente terá como conseqüência que o poder judicial deverá decidir as questões em harmonia com essa lei, embora os factos a que respeitam sejam anteriores à mesma lei. Não deriva dêsse carácter a anulação das decisões judiciais que anteriormente hajam sido proferidas, e em que se tenha aplicado a lei interpretada, dando-lhe um sentido diverso do que lhe foi dado pela lei interpretativa.

Como já notámos, no direito anterior ao código civil era doutrina assente que a lei interpretativa tinha efeito retroactivo, mas exceptuava-se o caso de haver sentença passada em julgado ou transacção, que, sendo a aplicação definitiva da lei interpretada, nunca eram atingidas pela lei nova.

No artigo 8.º do código civil parece admitir-se para as leis interpretativas doutrina diversa da que no mesmo artigo se sancionou para as leis inovadoras, fazendo-se ao princípio de que a lei civil não tem efeito retroactivo uma excepção para a lei interpretativa. A esta excepção faz-se, porêm, uma nova excepção — *salvo se houver ofensa de direitos adquiridos*, em virtude da qual as leis interpretativas ficam sujeitas ao mesmo princípio que as inovadoras.

Efectivamente, segundo a fórmula consagrada ao tempo em que o código civil foi publicado, a nova lei apenas deixa de ter aplicação imediata quando dessa aplicação resulte ofensa de direitos adquiridos, significando-se por esta expressão os direitos que se hajam subjectivado no domínio da lei anterior. Não tendo a lei interpretativa aplicação imediata quando haja ofensa de direitos adquiridos, o princípio que, em relação a ela, foi sancionado, é o mesmo que para as leis inovadoras, podendo assim depreender-se do disposto na segunda parte do artigo 8.º que, na

aplicação da lei interpretada aos factos realizados antes da lei interpretativa, o poder judicial não pode ter em consideração o que nesta lei se dispõe.

Esta doutrina conduzir-nos ía ao absurdo de, uma vez determinado o sentido da lei em norma de carácter geral, o poder judicial ficar aínda com a liberdade de atribuir à lei um sentido diverso, o que equivaleria a negar ao poder legislativo competência para interpretar autenticamente as leis.

Se não pode, porêm, deixar de admitir-se que a lei interpretativa tenha efeito retroactivo, no sentido de que deve compenetrar-se na lei interpretada abrangendo assim os mesmos factos que esta, a aplicação retroactiva, no caso de a lei haver sido definitivamente aplicada por meio de sentença ou de transacção, representaria o meio de o poder legislativo anular decisões judiciais, o que teria as mais deploráveis conseqüências.

Talvez o autor do código civil quisesse pela fórmula *salvo havendo ofensa de direitos adquiridos* significar não os direitos que se haviam subjectivado, mas os que, por meio de sentença ou transacção, se haviam tornado certos no domínio da lei anterior pela definitiva aplicação da mesma lei. Forçoso é reconhecer, porêm, que à citada fórmula não se atribuía nem tem atribuído êste conceito, mas é o único que permite dar à segunda parte do artigo 8.º um sentido que a harmoniza com a primeira, estabelecendo-se uma excepção ao princípio relativo à aplicação no tempo da lei inovadora.

Em todo o caso, o que não pode deixar de admitir-se é que os casos julgados anteriores à lei de 20 de abril de 1914 se devem considerar fora do alcance da mesma lei, sendo, como é, compatível a disposição consignada no artigo 1.º com a existência de nas-

centes particulares em prédios alheios, embora tais nascentes já existissem ao tempo em que o código civil foi publicado.

No artigo 2.º da lei de 20 de abril reconheceu-se aos proprietários dos respectivos prédios direito às nascentes que neles hajam explorado desde que foi publicado o código civil, as quais se consideram partes integrantes dêsses prédios. Torna-se êsse direito dependente, porêm, como já vimos, de as terem aproveitado em seu uso exclusivo e sem oposição das levadas, durante dois anos pelo menos.

Ao consignar-se na lei esta disposição, teve-se sem dúvida em vista que, salvos os direitos adquiridos, o código civil é aplicável em matéria de águas na Ilha da Madeira. Mas, sendo assim, e havendo uma disposição expressa pela qual o direito às águas das fontes e nascentes é imprescritível, só podendo ser alienado por auto ou escritura pública (artigo 444.º § único), a condição de que o direito às nascentes exploradas depois do código civil se torna dependente não pode explicar-se fácilmente.

Por tal condição, parece que se considerou ainda admissível a posse em matéria de águas, sem título que dê direito às mesmas águas. Não parece. Efectivamente admitiu-se essa posse, como se vê da discussão que no Senado houve acêrca da lei, em que se manifestou uma lastimável ignorância dos princípios que dominam a matéria das águas no código civil.

Essa discussão recaiu especialmente sôbre o seguinte ponto — se devia fazerse excepção ao princípio de que a posse se perde por nova posse que haja durado mais de um ano. O autor da emenda ao artigo pela qual se exige que os proprietários tenham

estado no uso das águas durante dois anos pelo menos explicava-a assim: «É o caso em que o regime das águas se modifica por virtude da abundância de águas ocasionadas pelas chuvas, e daqui resulta a entidade *levada* que por qualquer circunstância desconheça o facto perturbatório do seu direito exercido pelos donos dos prédios donde as nascentes brotam, mais tarde no ano imediato quando quiser exercer êsse direito, será o facto consumado.

«Então poderão vir os donos dos prédios donde as águas brotam, com oposição, alegando que o facto perturbatório do direito das levadas já foi praticado no ano anterior, isto é: há um ano. Ora, de tudo isto resulta um pleito, que tem de ser dirimido nos tribunais, ao sabor dos interesses de cada um, quere dizer: dá tudo isto logar a um pleito inconveniente.

«Em dois anos, nem a *levada* pode alegar, que desconhece o facto perturbatório do seu direito, nem os donos dos prédios ficam em circunstâncias de não poderem explorar as suas águas.

«Parece-nos, pois, equitativa esta excepção ao regime geral do código civil».

Como se vê, pretendeu-se garantir mais eficazmente o direito dos comproprietários das levadas às águas das nascentes que pelos proprietários dos respectivos prédios hajam sido exploradas posteriormente à publicação do código civil. Sôbre essas nascentes teem, porêm, os proprietários dêsses prédios o direito de livre disposição, e os heréus só poderiam adquirir direito a essas águas por meio de escritura ou auto público.

Atribuir, pois, às comissões administrativas das levadas ou a qualquer dos heréus o direito de, não tendo o proprietário do prédio aproveitado essas águas durante dois anos pelo menos e sem oposição

da levada, se manterem na posse dessas águas, chega a ser um contrasenso.

Pelas nascentes exploradas depois da publicação do código civil, pode ter sido lesado o direito dos heréus das levadas, diminuindo a quantidade de águas das nascentes a que tinham direito. Para evitar que com a exploração de novas nascentes seja lesado êsse direito, determinou-se no artigo 3.º § 1.º que os donos dos prédios «não poderão iniciar ou continuar ali trabalhos de pesquisa de águas, sem que requeiram, sejam intimadas as entidades jurídicas — levadas — para, na segunda audiência posterior à intimação, se proceder à nomeação de peritos, nos termos do artigo 235.º e seguintes do código de processo civil, a fim de, em vistoria, serem medidas as águas da levada e ser assegurada a esta a quantidade de água a que tem direito».

O direito dos proprietários dos prédios às águas subterrâneas está, pois, limitado pelo direito que às nascentes que neles existiam ao tempo em que foi publicado o código civil tinham os comproprietários das levadas. É o que resulta de modo iniludível da lei de 20 de abril de 1914, que interpretou os artigos 444.º e 450.º do código civil.

Sendo isto assim, os comproprietários das levadas podem, em relação às nascentes que hajam sido exploradas depois da publicação do código civil e anteriormente à lei de 20 de abril, provando que por elas foi prejudicada qualquer nascente a que tinham direito, obrigar os proprietários a restituir a esta a água de que foram privados.

Parece, porêm, que não poderão usar dêste direito, se os proprietários dos prédios se utilizaram dessas nascentes durante dois anos pelo menos e sem oposição das levadas.

É êste, a nosso vêr, o alcance do artigo 2.º

Quando os heréus tenham estado no uso das águas de nascentes que hajam sido exploradas posteriormente á publicação do código civil, não se utilizando dessas águas de modo exclusivo os proprietários dos prédios onde elas brotam, ou, mesmo no caso contrário, se houve por parte dos comproprietários das levadas oposição ao aproveitamento das nascentes pelos donos dos prédios, parece que os proprietários das levadas podem, alegando e provando êsses factos, manter-se no uso das águas dessas nascentes por meio de acções possessórias, desde que o facto da turbação ou do esbulho se não haja dado há mais de dois anos.

Desde que os comproprietários das levadas não aleguem e provem que pela exploração das águas foram prejudicadas as nascentes a que teem direito, entendemos que nenhuns direitos podem exercer sôbre as nascentes que hajam sido exploradas posteriormente à publicação do código civil.

§ 4.º — Modalidades e usos das águas

22. *Importância das modalidades e usos das águas na determinação do seu regime jurídico.* A classificação das águas em públicas, comuns e particulares apresenta-nos em síntese os seus caracteres jurídicos, designadamente sob o ponto de vista da sua apropriação e destino. Na aplicação concreta dessa classificação e para a completa determinação do regime jurídico de certas águas, necessário é ter em consideração não só a origem e os modos de ser em que a natureza ou a acção do homem nos proporcionam o aproveitamento das águas, mas as relações

destas com o solo ou terreno jurídicamente considerado e os diversos fins a que as águas são aplicadas.

Assim, as torrentes ou enxurros formados de águas pluviais não estão sujeitos ao mesmo regime das correntes que se formam de águas telúricas; um lago ou reservatório natural circundado de diferentes prédios particulares não tem os mesmos caracteres jurídicos que uma corrente que atravessa ou banha vários prédjos particulares; os direitos dos proprietários dos prédios onde há nascentes são diversos, quanto à livre disposição das suas águas, conforme destas se abastecem ou não os moradores de uma povoação.

Necessário é, pois, que determinemos em geral os diferentes modos de ser e usos das águas, antes de expormos as normas que regulam as águas públicas, comuns e particulares. E êste estudo torna-se tanto mais necessário, quanto é certo que o código civil, na secção em que se trata do uso das águas, se refere a algumas modalidades que não especificou nos artigos em que trata das cousas públicas e comuns, e, por outro lado, faz-se nestes artigos referência a outras modalidades que na referida secção não foram tomadas em consideração.

E' assim que nos artigos 380.° e 381.° não se faz referência às águas pluviais, e na secção em que se trata do uso das águas não se fala dos lagos e lagoas nem dos reservatórios artificiais. Não se trata também nesta secção das fontes públicas e comuns pelo que respeita às águas sobejas.

O estudo dos diferentes modos de ser das águas, relacionando entre si todas as disposições que a êles se referem e procurando suprir as deficiências da lei, representa, pois, um estudo indispensável para a determinação do regime jurídico das águas. Só assim

poderemos, com verdadeiro conhecimento de causa, incluir determinadas águas na categoria das águas públicas, comuns ou particulares, e, uma vez feita essa classificação, verificar em todas as suas minudências quais as normas que lhes são aplicáveis.

23. *Modalidades das águas a que se referem o código civil e o decreto de 1 de dezembro de 1892.* Nos artigos 380.° e 381.°, o código civil refere-se às *águas salgadas das costas, enseadas, baias, fozes, rias e esteiros;* aos *lagos, lagoas, canais* e *correntes de água doce navegáveis ou flutuáveis;* às *correntes de água não navegáveis nem flutuáveis;* aos *lagos* ou *lagoas,* e às *fontes, reservatórios* ou *poços.* Na secção em que trata *Das águas* especifica, em subsecções seguidas: as *águas navegáveis* e *flutuáveis;* as *correntes não navegáveis nem flutuáveis,* referindo-se às águas *remanescentes;* as *fontes* e *nascentes,* onde se consigna uma disposição especial para as *águas medicinais* e se estabelece o regime jurídico das *águas subterrâneas,* tanto das que existem em prédios particulares, como em terrenos públicos ou de logradouro comum; e as *águas pluviais,* referindo-se às que formam *torrentes* e *enxurros* que correm por terrenos, estradas ou ruas públicas, e às que caem directamente sôbre prédios rústicos ou urbanos. Na subsecção em que trata *Dos canais, aquedutos particulares e outras obras relativas ao uso das águas,* refere-se às águas *vertentes* e *provenientes de gaivagem, canos falsos, valas, guardamatos, alcorcas ou de qualquer outro modo de enxugo de prédios.*

Aproximando-se mais da antiga terminologia, refere-se o código civil, na secção em que trata *Da accessão natural,* aos *rios* e *ribeiros,* destinguindo os

rios em *rios navegáveis* ou *flutuáveis* e *rios não navegáveis nem flutuáveis* (artigos 2292.°, 2294.° e 2295.°). No artigo 380.° § 2.° já se usa também da palavra *rio* para designar as correntes navegáveis ou flutuáveis.

No decreto de 1 de dezembro de 1892 especificam-se, entre as águas salgadas, os *portos artificiais* (artigo 1.°, n.° 1.°), e, em relação às águas comuns, faz-se referência aos *canais, valas* e *correntes de água não navegáveis nem flutuáveis,* e aos *lagos, lagoas* ou *pântanos* (artigo 2.°). No regulamento de 19 de dezembro de 1892 fala-se de *águas provenientes de derivações ou levadas* (artigo 223.°) e em *torrentes* ou *enxurros de caudal descontínuo* (artigo 227.°).

Como é fácil de verificar, nas *correntes não navegáveis nem flutuáveis,* a que no código civil se dá também a denominação de *torrentes* (artigo 381.°, §§ 3.°, 4.° e 6.°), consideram-se compreendidas, pela interpretação que ao código foi dada pelos decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892, não só os cursos de água de formação natural derivados de nascentes e águas vertentes, que teem a denominação de *rios, ribeiros* ou *regatos,* conforme o volume das águas, mas também os que são formados eventualmente por águas pluviais e ainda os que resultam de derivações que dos rios ou ribeiros se fazem para a irrigação, fôrça mecânica ou abastecimento de povoações, que se denominam propriamente *levadas* e *aquedutos,* e ainda de obras para enxugo de prédios, que se chamam, de um modo geral, *canais* ou *valas.*

Daqui resulta que no referido regulamento se subordinam ao mesmo regime, pelo que respeita ao uso e polícia ou jurisdição, águas cuja natureza é muito diversa, como vamos salientar, determinando a origem e diferentes modos de ser das

águas que mais directamente interessam ao seu regime jurídico.

24. *Divisão das águas pelo que respeita à sua origem, lugar que ocupam e modos de ser.* Nas águas existentes à superfície da terra dá-se uma evaporação contínua, de cuja condensação resultam as nuvens, a chuva, a neve e outros meteoros aquosos. O vapor de água atmosférico e os seus gráus sucessivos de condensação até à sua saída definitiva da atmosfera formam o que se chama *águas meteóricas,* que se contrapõem às *águas telúricas,* existentes já em depressões ou bacias de superfície, *águas superficiais,* já infiltradas na espessura da crusta terrestre, *águas subterrâneas* [1].

Das águas meteóricas, teem importância sob o ponto de vista jurídico as *pluviais,* que são objecto de regulamentação em todas as legislações, não só pelo que respeita ao seu aproveitamento, mas ainda ao seu esgôto dos prédios superiores para os inferiores. Tal regulamentação respeita apenas às águas pluviais que não se infiltram no terreno em que caem e se escoam para os prédios inferiores, ficam estagnadas ou formam torrentes ou enxurros. As que caem nos rios, ribeiros, canais ou levadas, directamente ou pelo escoamento dos prédios superiores, ficam pertencendo aos referidos cursos de água.

Pelo que respeita às águas telúricas superficiais, as que, existindo em depressões, formam cursos ou

[1] Veja-se o dr. Gonçalves Guimarães, *Elementos de Geologia,* Coimbra, 1895, página 152.

correntes naturais, designam-se na linguagem comum pelas palavras *rio*, *riacho*, *ribeiro* ou *ribeira*. Distinguem-se em *correntes navegáveis ou flutuáveis* e não *navegáveis nem flutuáveis*, conforme são ou não aptas para a navegação ou flutuação.

No código civil definia-se (artigo 380.° § 1.°) *corrente navegável* a que, durante o decurso inteiro do ano, é acomodada à navegação, com fins comerciais, de barcos de qualquer forma, construção e dimensões; e *corrente flutuável* aquela por onde efectivamente era costume, no acto da promulgação do código civil, fazer derivar objectos flutuantes, durante o decurso do ano inteiro, com fins comerciais, ou a que de futuro for declarada tal pela autoridade competente. E declarava-se (artigo 380.° § 2.°) que, se todo o rio não fosse navegável ou flutuável, mas só parte dele, a esta parte sómente pertenceria a correspondente qualificação.

No decreto de 1 de dezembro de 1892 definiu-se (artigo 1.° § 1.°) *corrente navegável* a que é ou vier a ser acomodada à navegação, com fins comerciais, de barcos de qualquer forma, construção ou dimensões; e *corrente flutuável* aquela por onde se faz derivar objectos flutuantes, com fins comerciais, ou a que de futuro for declarada tal pela autoridade competente. E determina-se no § 2.° do mesmo artigo que, se o rio não for todo navegável ou flutuável, mas só parte dele, a esta parte sómente pertencerá a correspondente classificação.

A noção de correntes navegáveis ou flutuáveis sancionada no decreto de 1 de dezembro corresponde à prática e à jurisprudência anteriormente seguidas, não se julgando necessário que a corrente fosse acomodada à navegação durante o decurso do ano inteiro para que se considerasse navegável ou flutuável e conseqüentemente pública [1].

Quanto aos cursos ou correntes *não navegáveis nem flutuáveis*, a sua natureza jurídica está dependente da natureza dos terrenos que atravessam ou banham e de se lançarem ou não no mar ou em alguma corrente de água pública ou comum. Antes de classificarmos jurídicamente essas correntes, vejamos como se distinguem naturalmente e qual o modo da sua formação.

Os geólogos distinguem os cursos de água em *torrenciais* e *fluviais* ou *torrentes* e *rios*.

A palavra *torrente*, de *torreo*, significa literalmente que se seca, aplicando-se para designar os cursos de água que secavam nas épocas de estiágem. Dando-se, porêm, êste facto com alguns rios ou correntes de importância secundária, atendeu-se à maior ou menor inclinação média do curso de água e à conseqüente velocidade para a distinção entre *torrentes* e *rios*, considerando-se *rio* a corrente de água natural, permanente ou temporária, cuja inclinação média seja inferior a $0^{m},02$ por metro. Quando a inclinação seja superior, devem os cursos de água considerar-se torrenciais.

No código civil usa-se das palavras *corrente* e *torrente* para designar entre os cursos de água os que se consideram de uso comum, sem se estabelecer distinção entre êsses cursos. A palavra *torrente* é empregada, porêm, exclusivamente para designar os cursos que eventualmente se formam pelas águas pluviais, os quais não estão sujeitos ao mesmo regime jurídico que os cursos de uso comum que o código

[1] Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, páginas 68 e 69.

designa pela expressão *correntes não navegáveis nem flutuáveis.*

Os rios ou ribeiros teem a sua origem em nascentes e em águas vertentes ou colatícias.

A palavra *nascente* designa o ponto em que a água brota à superfície da terra. E' o que os romanos chamavam *caput aquæ: caput aquæ illud est unde aqua oritur* [1]. E' indiferente que as águas brotem espontâmente ou artificialmente. Em qualquer dos casos considera-se *nascente* da água o ponto em que ela aparece à superfície. A palavra *fonte* designa própriamente o lugar em que a água é aproveitada, especialmente para usos potáveis e domésticos, podendo existir a fonte no próprio lugar onde há a nascente ou ser a água conduzida para a fonte por meio de um aqueduto.

Jurídicamente, as palavras *fonte* e *nascente* são consideradas no artigo 444.° como sinónimas. Trata-se nesse artigo das fontes e nascentes existentes em prédios particulares. Há, além dessas fontes e nascentes, as fontes públicas e de uso comum, que teem um regime especial, e há as nascentes em terrenos incultos, públicos e de uso comum. Em relação às águas destas nascentes que não estejam, como tais, no domínio público ou comum, e às águas sobejas das fontes públicas ou de logradouro comum, não se aplicam os mesmos princípios que às fontes e nascentes existentes em prédios particulares.

Estas nascentes pertencem em propriedade ao dono do prédio onde brotam; consideram-se um acessório dêsse prédio, e as águas conservam a mesma natureza enquanto não ultrapassam os limites

[1] *Digesto,* livro 43.°, título 20.°, lei 1.ª, § 8.°

dêsse prédio abandonadas ao seu curso natural. Formando, porêm, a água um curso ou corrente logo que sai do ponto em que brota seguindo a depressão do terreno, segue-se que, para se determinar o regime jurídico de uma corrente, necessário é atender à relação que há entre ela e a nascente, pelo que respeita ao prédio em que esta brota. Para os efeitos jurídicos, a nascente só se torna *corrente* quando a água ultrapassa os limites do prédio abandonada ao seu curso natural [1].

As águas derivadas de nascentes e de rios ou ribeiros, designadamente para a irrigação, podem não se infiltrar todas na terra, ou, embora se infiltrem, atravessar num curto percurso os estratos do prédio irrigado e aparecer de nôvo à superfície nos prédios inferiore..

O nosso código civil parece referir-se às primeiras, denominando-as *águas remanescentes,* no artigo 434.° Pelo menos, assim foi interpretada essa expressão no artigo 6.° do decreto de 1 de dezembro de 1892 e no artigo 228.° do regulamento de 19 do mesmo mês e ano, que consideram águas remanescentes as que, depois de servirem nos prédios para que foram derivadas, voltam ao curso da água de que se fez a derivação.

A estas águas dava Lobão a designação de *supérfluas* e *trasbordantes.* Ás águas que, sendo embebidas pelo terreno, atravessam os estratos inferiores do mesmo terreno, aparecendo à superfície nos prédios mais baixos, chamava o mesmo Lobão *águas escolatícias* [2].

[1] Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis,* página 92.

[2] *Tratado prático e compendiário das águas,* §§ 157.°, 159.° e 160.°

A distinção entre *águas supérfluas* ou *superabundantes* e *colaticias*, no sentido que Lobão dava a estas palavras, relaciona-se com o uso das águas. Com êste uso se relaciona também a distinção que no código civil se faz entre *águas remanescentes* e *águas sobejas*.

Considerando-se *remanescentes* as que voltam ao curso donde foram derivadas depois de haverem sido utilizadas, as *sobejas* representam as que excedem as necessidades da irrigação ou dos usos industriais a que se destinam, determinando-se êsse excedente no próprio curso natural ou no aqueduto antes de se utilizarem as águas.

E' neste sentido que se toma a expressão *águas sobejas* no artigo 436.º § 1.º, que se refere às correntes não navegáveis nem flutuáveis. Tem a mesma significação, em relação ao aqueduto, a expressão usada no artigo 461.º *não forem todas as águas necessárias*. No decreto de 1 de dezembro de 1892 usa-se também (artigo 5.º) da expressão *água sobeja* para designar, em relação às correntes de uso comum, a que excede as necessidades de irrigação dos prédios marginais.

Parece que as palavras *águas remanescentes*, que foram usadas pela primeira vez por Alexandre Herculano no artigo 9.º da sua proposta, não tinham nesta proposta o mesmo sentido que se lhes está dando. Atribuía-se no artigo citado ao proprietário do prédio atravessado pela corrente o direito de alterar ou mudar o seu leito ou álveo e de derivar as suas águas em parte, «contanto que... inferiormente se não altere o ponto de saída de todas as águas remanescentes do uso do mesmo prédio». Na expressão *todas as águas remanescentes* compreendiam-se, sem a mínima dúvida, as que ficavam na corrente

cujo leito não havia sido alterado, quando só parte da água era derivada, e as que, feita a derivação, não eram necessárias ao uso do prédio, devendo a derivação fazer-se de modo que as águas sobejas voltassem ao antigo leito ou álveo da corrente.

E, se atendermos à significação literal da palavra *remanescentes*, parece que só assim deviam ser consideradas as águas que ficam no curso ou aqueduto de que se faz a derivação. Remanescer, de *remaneo*, significa parar, ficar, permanecer. *Águas remanescentes* deviam ser, pois, as que *sobram* ou *sobejam, ficando* na corrente ou aqueduto, como *remansos* se chamam as águas que nos rios ficam sem movimento sensível (regulamento de 19 de dezembro, artigo 217.º).

Com o sentido que se liga à palavra *remanescentes*, difícil se torna a distinção entre estas águas e as *colaticias*, cujo regime é todavia muito diverso.

Esta palavra deriva de *colo, colare*, verter pouco a pouco, gota a gota, devendo assim significar as águas que, havendo-se infiltrado nos poros e meatos da terra, escorrem dos prédios superiores para os inferiores, abrangendo tanto as águas pluviais, como as águas de irrigação. Tem-se usado, porêm, dessa palavra para significar também as que, superabundando na irrigação, decorrem para os prédios inferiores [1].

O artigo 461.º refere-se a *águas vertentes*, que os donos dos prédios inferiores são obrigados a receber e a dar-lhes passágem. Nestas águas podem considerar-se compreendidas tanto as que superabundam

[1] A estas águas chama-se vulgarmente *escorreduras* e *escorredouros*. Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 169, nota 1.

na irrigação, trasbordando para os prédios inferiores, como as que, havendo-se infiltrado no prédio irrigado, se escoam para os prédios inferiores.

A expressão *águas vertentes* pode, pois, considerar-se sinónima de *águas colatícias*, significando-se por ela um estado especial das águas vivas que, especialmente em virtude de irrigações, escorrem ou se escoam para os prédios inferiores.

As águas vertentes ou colatícias teem movimento. Êste movimento não resulta, porêm, de uma causa perpétua, como nos rios e ribeiros de formação natural; a causa dêsse movimento é a depressão do terreno.

Onde não exista esta depressão e os estratos inferiores do terreno sejam impermeáveis, formam-se depósitos de águas estagnadas ou estancadas, que inundam ou alagam os terrenos e que, tornando estes impróprios para a cultura, podem representar também um grave perigo para a salubridade pública. São os *pântanos, marnéis, paúis.*

Há, pois, um duplo motivo para o escoamento dessas águas, que se faz por meio de obras adequadas. A elas se refere o código civil no artigo 462.°, falando em águas provenientes de gaivagem, canos falsos, valas, guardamatos, alcorcas, ou de qualquer outro modo de enxugo de prédios.

Com águas desta origem formam-se cursos de água, que representam para a irrigação um importante benefício e que teem sido causa de graves questões.

Na linguagem do código civil parece que a êstes cursos de água, que teem um movimento ordinàriamente muito lento enquanto não chegam a uma corrente de formação natural, não se dava a designação de *correntes,* palavra que se aplicava exclusivamente aos cursos de água de formação natural. É assim que êle distingue no artigo 381.° os *canais* das *correntes navegáveis* ou *flutuáveis,* e que, tratando das *correntes não navegáveis nem flutuáveis,* distingue destas correntes os *canais, aquedutos e outras obras relativas ao uso das águas.*

E razão havia para estabelecer esta distinção, dando uma designação própria aos cursos de formação natural, sendo que os canais e valas que teem por fim o enxugo de terrenos ou aproveitamento das águas colatícias não estão sujeitos, segundo o código civil, ao mesmo regime que aqueles cursos. E' expressivo a êste respeito o artigo 462.°, em que se declaram aplicáveis às águas provenientes do enxugo dos prédios e que atravessem prédios particulares até que cheguem a *alguma corrente* ou *outra via de escoamento,* não as disposições relativas às correntes não navegáveis nem flutuáveis ou águas de uso comum, mas as relativas aos canais, aquedutos e outras obras relativas ao uso das águas.

No *Plano de organização dos serviços hidrográficos no continente de Portugal,* aprovado por lei de 6 de março de 1884, fala-se (artigo 1.°, alíneas *b* e *c*) de *rios, valas, canais, esteiros* e *outras correntes de água, navegáveis ou flutuáveis, e não navegáveis nem flutuáveis,* abrangendo-se assim na palavra *correntes* tanto os cursos naturais como os artificiais. No decreto de 1 de dezembro de 1892 e no regulamento de 19 do mesmo mês e ano, se há artigos em que se especificam, parecendo assim indicar-se que se trata de cursos de diversa natureza, as *correntes, valas* e *canais,* dando-se à palavra *correntes* a mesma significação que tinha no código civil, há muitos outros artigos, e até epígrafes de capítulos, em que se fala de *rios, valas, esteiros* e *mais correntes de água,* compreendendo

assim nas *correntes* tanto as de formação natural, como as que representam um meio artificial de condução de águas.

Conveniente seria que em assunto tão importante houvesse uma terminologia rigorosa, e, limitando-nos aqui a notar o diverso sentido que à mesma palavra se liga nos diferentes diplomas legislativos, mais tarde veremos as dúvidas que daí resultam para a determinação do regime jurídico dos diferentes modos de ser das águas. Podemos, porêm, assentar desde já que, para caracterizar jurídicamente os diferentes cursos de água, tem de se atender, entre outras circunstâncias, à sua origem e ao modo por que se estabelece êsse curso, sendo diversas as normas que regulam as correntes que, tendo uma causa perpétua de movimento, seguem um leito aberto pelas águas, e as que, tendo um movimento apenas causado pelas depressões do terreno, se reúnem ou aglomeram num leito aberto artificialmente.

As águas correntes podem ser utilizadas já no próprio curso, como sucede com a navegação e flutuação, na lavagem ou maceração, já derivadas do curso por meio de aquedutos, como se dá com a irrigação, com determinados usos industriais, abastecimento de povoações.

A derivação das águas faz-se por meio de *presas, açudes* ou *barragens,* sendo nítida a distinção que há entre a *presa* e o *aqueduto,* até no caso em que aquela represente, como esta, uma servidão.

Ás águas que por meio de presas e aquedutos são derivadas dos rios ou ribeiros dá-se própriamente o nome de *levadas.* Estas são cursos de água artificiais, que não estão sujeitas ao mesmo regime que os cursos naturais. Mesmo no caso de a derivação

das águas ser feita pelo Estado ou pelos municípios ou paróquias, já para fins industriais, já para a irrigação de terrenos ou para abastecimento de povoações, não há sôbre êsses aquedutos os mesmos direitos que há sôbre as correntes não navegáveis nem flutuáveis. Podem êsses aquedutos ser *comuns,* no sentido que a esta palavra se dá no artigo 381.º Não são, porêm, as águas que por êles se conduzem águas comuns, conforme o regime que para estas se estabelece nos artigos 434.º e seguintes.

Basta atendermos à sistematização das disposições do código civil relativas ao uso das águas, em que se trata das *correntes não navegáveis nem flutuáveis,* numa subsecção diversa daquela em que se trata dos *canais, aquedutos particulares e outras obras relativas ao uso das águas,* para nos convencermos de que as levadas que, para fins agrícolas, industriais ou usos domésticos, sejam derivadas dos rios e ribeiros, não tinham, segundo o código civil, nem teem actualmente, como veremos, a mesma natureza jurídica que os rios ou ribeiros.

Há levadas que teem quási a mesma importância que os rios e ribeiros, e por vezes até superior sob determinados pontos de vista, que percorrem grandes distâncias. A essas levadas dá-se também vulgarmente o nome de ribeiros, e algumas são até conhecidas pela designação de *rio nôvo.* Representam essas levadas, derivadas por meio de açudes, o meio por que se podem utilizar as águas em prédios que ficam, já distantes do rio ou ribeiro, já em plano superior ao do mesmo rio ou ribeiro no tracto em que banha os mesmos prédios.

Estas levadas não estão, como veremos, apesar da sua importância, subordinadas ao mesmo regime que os rios ou ribeiros de formação natural. Apesar do

pouco rigor que, sob o ponto de vista da classificação dos cursos de água, se nota no regulamento de 19 de dezembro de 1892, a verdade é que as direcções das circunscrições hidráulicas não teem tido ingerência directa no regime das levadas, havendo muitos concelhos em que essa ingerência é exercida pelas camaras municipais.

As águas existentes em superfícies formam os *mares* e os *lagos* como depósitos naturais. Além dêstes depósitos naturais, há os artificiais, que teem diversos fins.

Podem estes depósitos servir para o represamento de águas de nascentes e correntes, a fim de se aproveitarem mais convenientemente na irrigação, em serviços de limpeza ou higiene, abastecimento de povoações, como bebedouros. Há também reservatórios de águas pluviais, a que se dá o nome de *cisternas*.

A natureza jurídica dos reservatórios depende especialmente do fim a que são destinados e do terreno em que são construídos.

As águas subterrâneas, provenientes de infiltrações pelos poros e fendas das rochas, veem a maior parte das vezes, depois de um percurso mais ou menos longo e, em relação à superfície, pouco profundo, de nôvo à superfície. E' assim que se origina a quási totalidade das nascentes.

As águas subterrâneas podem formar bacias, quando a uma certa profundidade exista um leito impermeável, que obste à sua infiltração, caso em que se acumulam na parte inferior dos estratos permeáveis. Para o aproveitamento destas águas, abrem-se poços até se encontrar a parte superior do terreno argiloso.

25. *Usos das águas.* O carácter jurídico das águas está dependente do seu fim ou destino. E' assim que as águas públicas teem como principal fim a satisfação dos interesses da navegação ou flutuação e as comuns a dos interesses agrícolas, sendo especialmente em harmonia com tais interesses que se estabelece o regime jurídico dessas águas.

Sendo as águas públicas destinadas principalmente à navegação ou flutuação, outros interesses há cuja satisfação essas águas proporcionam e que devem ser atendidos sempre que sejam compatíveis com os da navegação ou flutuação. Assim, as águas públicas podem satisfazer importantes necessidades agrícolas, pela irrigação, enateiramento e colmatágem; necessidades industriais, já como fôrça motora utilizada em espécie ou mediante a produção de energia eléctrica, já para a lavagem ou maceração de determinados produtos; necessidades de higiene ou segurança pública; necessidades domésticas.

A satisfação da maior parte destas necessidades dá-se, derivando as águas da corrente por meio de presas e aquedutos, e está dependente de autorização ou concessão.

As correntes não navegáveis nem flutuáveis, sendo especialmente destinadas à irrigação dos prédios marginais, podem, já na própria corrente, já por meio de derivações, ser utilizadas para outros fins. E' assim que, em relação às águas sobejas, podia dar-se a concessão delas para fins industriais anteriormente ao decreto de 27 de maio de 1911, e que por êste decreto essas correntes podem ser utilizadas para oficinas hidráulicas, tendo os proprietários cujos prédios eram irrigados apenas o direito de ser indemni-

zados dos prejuízos que sofrerem pela derivação das águas para essas oficinas. Podem as correntes não navegáveis nem flutuáveis ser utilizadas para abastecimento de povoações, limitando-se os direitos dos proprietários marginais em harmonia com as necessidades dêsse abastecimento (artigo 440.º).

O aproveitamento destas águas faz-se pela sua derivação por meio de presas e de aquedutos.

Nas águas particulares, o direito de livre disposição é limitado também pela utilização dessas águas para determinados fins. E' assim que se atende ao facto de os habitantes de uma povoação se costumarem abastecer das águas de uma determinada fonte ou nascente para inibir o proprietário de mudar o seu curso costumado (artigo 447.º).

Necessário é, pois, ter sempre em vista, para a determinação do regime jurídico das águas, o fim a que são destinadas ou o seu uso costumado.

§ 5.º — As águas no direito civil, administrativo e internacional

26. *Doutrina de Gianzana acêrca do lugar que às águas deve ser dado no código civil e ao aspecto sob que neste devem ser consideradas: crítica dessa doutrina.* Na sua obra *Ragione civile delle acque,* escreveu Romagnosi: «La ragione civile delle acque costituisce un corpo di dottrina speciale, nel quale, oltre ai dettami comuni con gli altri beni, esso associa vedute e principi propri, derivati non solamente dall'indole e dalle leggi fisiche, ma eziandio dai suoi servizi, strettamente sociali. Conviene disimpegnare questo argomento della folla delle comuni dottrine, conviene atteggiarlo secondo l'indole sua, conviene ravvisarlo nell'ultimo suo perfezionamento».

Gianzana, que reproduz mais de uma vez estas palavras, chamando-lhes *aureo precetto,* tenta determinar, analisando os diferentes aspectos sob que as águas são consideradas no direito, qual é nesta matéria a parte que pertence ao direito civil e a que pertence ao direito administrativo.

Começa fazendo a distinção entre a água fluido benéfico, fertilizador dos terrenos e fôrça motriz gratuita, que diz ser matéria exclusiva do direito privado, sendo os princípios e normas do direito civil que a informam e regulam, e a água perigo permanente, em que, ao rigor do direito civil, se substitui o poder e competência da administração pública.

No direito civil, as águas são, diz-nos Gianzana, reguladas na teoria das *servidões,* porque o seu aproveitamento se dá, ou derivando a água de um prédio *(presa),* ou conduzindo-a através de um prédio *(aqueduto),* ou escoando-a para um prédio *(esgôto),* sendo assim a espécie jurídica que primeiro e mais evidente se apresenta a da constituição de uma servidão num prédio em proveito de outro prédio. Os contratos e as várias relações de direito respeitantes ao uso das águas são sempre a *constituição ou modificação de verdadeiras servidões,* porque, se deixam de ter esta natureza, se o contrato tem por objecto as águas consideradas de per si, *materialmente,* não é aplicável *juridicamente* a teoria das águas.

«Se eu compro, diz Gianzana, uma presa de água, ou constituo um aqueduto ou esgôto sôbre um prédio de outrem, só posso dar vida a uma servidão, criando uma vantagem para o meu prédio mediante um ónus imposto sôbre outro. E na verdade, se na presa não se compreende que o contrato possa deixar de ser uma servidão, porque, comprando um rêgo de água, não faço mais do que adquirir um *direito de presa* e

de aqueduto que, considerados no seu conjunto, formam o *rêgo*, no aqueduto, o único caso em que poderia ser proprietário dele era o de adquirir o terreno onde corre, mas então não adquiriria um *direito de aqueduto*, mas uma faixa de terra, em que abrirei ou não um aqueduto, não constituindo êste, se for aberto, uma servidão, porque *res sua nemini servit*. Sucederá o mesmo se compro um prédio em que há uma fonte, não adquirindo neste caso um direito de presa, mas a propriedade de um prédio, do qual a fonte é um acessório. Outro tanto se dará com o esgôto».

Justifica assim Gianzana o método do código civil italiano, que, tomando como modêlo e guia o código civil francês, tratou da propriedade e uso das águas no instituto das servidões. Reconhece, porêm, o conceituado jurisconsulto que a matéria é tão importante, tem aspectos tão especiais e desarmónicos com os princípios que regulam as servidões, que se compreende que «deva ser considerada de per si, reconstituindo-se, como escreve Romagnosi, num instituto autónomo, embora nem por isso deixe de estar subordinada á teoria geral das servidões». E, examinando alguns dos aspectos especiais em que às águas não podem aplicar-se os princípios relativos às servidões, nota que as águas e os direitos de presa ou aqueduto são susceptíveis de hipoteca; que as servidões de águas são, ao contrário do que sucede com todas as outras servidões, idóneas *para serviços que podem separar-se* do prédio em proveito do qual se constituíram; que, tendo as servidões o carácter da perpetuidade, sucede o contrário com as águas, admitindo o legislador não só as concessões de águas por tempo determinado, mas até o aqueduto forçado por tempo não superior a nove anos; que há casos em que as águas constituem uma propriedade distinta dos prédios, sendo objecto de relações especiais, como a da propriedade comum, estranhas à teoria das servidões.

É' esta a doutrina de Gianzana acêrca do lugar que na sistematização das normas do direito civil devem ocupar as relativas às águas.

Relativamente ao aspecto sob que se consideram as águas no direito civil, diz-nos Gianzana que, no direito civil, a água é considerada de per si. Quando pela aglomeração das águas se formam *rios* e *torrentes* e se estabelecem as normas adequadas para o seu regime em harmonia com os interesses que as águas dêsses rios e torrentes devem satisfazer, entramos nos domínios da administração pública, sendo numa lei *sôbre obras públicas* que as referidas normas teem o seu lugar próprio.

Ainda nesta parte Gianzana faz certas restrições, notando que, se «os *rios* e *torrentes* são de ordinário matéria de direito administrativo, as suas águas entram sob outros aspectos no tratado civil da teoria das águas, como, por exemplo, na parte em que são susceptíveis de propriedade privada e formam derivações, quer para a irrigação, quer para a fôrça motora, e que é conveniente ter sempre presente êste conceito para compreender as afinidades dos vários casos e aplicar, conforme os mesmos casos, princípios diversos» [1].

A simples exposição da doutrina de Gianzana é suficiente para nos mostrar que a inclusão da matéria da propriedade e uso das águas no instituto das servidões de modo algum se harmoniza com os princípios a que deve obedecer a sistematização das

[1] Veja-se a *Teorica delle acque private*, no *Digesto italiano*, volume 1.°, parte 1.ª, páginas 476 a 478, 534 e 535.

normas do direito civil, visto que não são aplicáveis ao direito de propriedade e uso das águas princípios que caracterizam substancialmente as servidões prediais. Não se compreende, por exemplo, a razão por que se considerou o direito que tem o proprietário de usar livremente de uma nascente que brote em prédio seu como uma servidão que derive da situação dos lugares, como o fez o código civil francês (artigo 641.°), e o italiano (artigo 540.°); não julgamos possível descubrir qualquer vislumbre de uma servidão predial no direito que o proprietário marginal de uma corrente não navegável nem flutuável tem de derivar a água dessa corrente para irrigar o seu prédio, direito que foi todavia considerado também pelos citados códigos como uma servidão que deriva da natureza dos lugares (código francês, artigo 644.° e código italiano, artigo 543.°); no direito que se atribui aos habitantes de uma povoação de se abastecerem da água de uma nascente, ficando o proprietário desta inibido de a desviar do seu curso costumado, o qual no código francês (artigo 643.°) e no italiano (artigo 542.°) se considera como uma servidão predial, não há prédio dominante, e, todavia, em qualquer dêsses códigos se define *servidão* o encargo imposto num prédio para uso e utilidade de outro prédio pertencente a diverso proprietário (código francês, artigo 637.° e código italiano, artigo 531.°).

Por um lado, o direito de propriedade e de uso das águas não pode nem deve confundir-se com as servidões que, para se tornar efectivo aquele direito, se tornem necessárias; por outro lado, limitações há ao direito de propriedade das águas, que, do mesmo modo que determinadas limitações por lei impostas à propriedade dos prédios rústicos e urbanos, se não explicam pela teoria das servidões.

E' assim que o direito de presa pode existir sem a servidão de presa, o que se dará sempre que a água seja derivada directamente da corrente para o prédio a que se destina. Pode existir a servidão de aqueduto sem a servidão de presa, o que sucederá sempre que o proprietário do prédio onde há a nascente conduza a água para outros prédios seus através de prédios alheios. A limitação que a lei impõe ao proprietário quanto ao direito de dispor das águas das fontes e nascentes, se delas se abastecerem os habitantes de uma povoação, entra no próprio conteúdo do direito de propriedade determinado por disposição expressa da lei (artigo 2176.°).

Trata-se de uma limitação imposta pela lei a que se tem dado a designação de *servidão,* mas em que se não verificam os caracteres que, desde o direito romano, individualizam as servidões prediais. E' por êste motivo que as servidões legais se consideram actualmente como entrando no próprio conteúdo do direito de propriedade, visto que os poderes que dêste direito derivam são determinados, como poderes legais que são, em harmonia com a lei.

Não é, pois, na teoria das servidões, mas na parte em que se trata do conteúdo do direito de propriedade, que devem determinar-se não só os direitos às águas que brotem nos próprios prédios e ainda às águas que os atravessem ou banhem, mas também as limitações que, já em benefício de outros prédios, já dos habitantes das povoações, por lei sejam impostas aos proprietários dos prédios onde há nascentes ou que são atravessados ou banhados por correntes.

Mas há mais.

As águas podem, como vimos, considerar-se como um acessório de um prédio ou formar bens autónomos. Ora se pode explicar-se pelo conteúdo do direito de

propriedade a propriedade de uma nascente, não podem explicar-se do mesmo modo todos os direitos sôbre as águas das correntes navegáveis e flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis.

Estas correntes, que estão no domínio público ou no domínio comum, teem uma existência jurídica autónoma, não se considerando partes componentes nem integrantes dos prédios que atravessam ou banham.

Como já dissemos, essas correntes estão apropriadas pelo Estado e há sôbre elas direitos privados. Sem nos pronunciarmos, por ora, acêrca da natureza dos direitos que se exercem sôbre as cousas que estão no domínio público ou no comum, nenhuma dúvida há de que não podem deixar de considerar-se como direitos privados os direitos adquiridos às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis que foram respeitados pelo código civil; direitos privados teem de se considerar também os dos proprietários marginais às águas das mesmas correntes.

Não pode, pois, dizer-se que os *rios* e *torrentes*, considerados como determinados volumes de águas, são exclusivamente regulados pela legislação relativa às obras públicas. Se é certo que, sob determinados aspectos, essa matéria pertence ao direito administrativo, não o é menos que, sob outros aspectos, entra nos domínios do direito civil.

Qual é o critério por que deverá determinar-se a competência da administração pública e o domínio do direito privado relativamente às águas?

Antes de respondermos a esta pergunta, vejamos como está sistematizada no nosso código civil a matéria relativa às águas, e o que, nesta matéria, por êle se considerou pertencente ao direito administrativo.

27. *Lugar que a matéria das águas ocupa no nosso código civil; crítica.* O nosso código civil refere-se às águas, considerando-as em determinadas correntes e depósitos, na parte 2.ª, livro 1.º, título 2.º, a propósito das cousas que podem ser objecto de apropriação e das suas diferentes espécies em relação à natureza das mesmas cousas ou das pessoas a quem pertencem, e trata especialmente dos direitos sôbre as águas na mesma parte e livro, título 3.º, capítulo 4.º, que tem por epígrafe *Da ocupação dos objectos e produtos naturais, comuns ou não apropriados*, secção 2.ª, intitulada *Das águas*, que está dividida em cinco subsecções, em que se trata sucessivamente: 1) *das águas públicas e particularmente das águas navegáveis e flutuáveis;* 2) *das correntes de águas não navegáveis nem flutuáveis;* 3) *das fontes e nascentes;* 4) *das águas pluviais;* 5) *dos canais, aquedutos particulares e outras obras relativas ao uso das águas.*

Pela classificação que das águas se faz no código civil em águas públicas, comuns e particulares, determina-se de um modo geral o seu regime jurídico, os direitos que sôbre elas podem recair.

Sendo no código civil que se acha regulado o instituto da propriedade, e determinando-se no mesmo código os direitos que sôbre as cousas podem ser exercidos, a qualificação das cousas que estão no domínio público, no domínio comum e no domínio privado, deve considerar-se como tendo o seu assento próprio nesse código, embora em leis administrativas se possam especificar quais as cousas que estão no domínio público ou no domínio comum.

Em matéria de águas não se limitou o código civil a essa classificação, determinando em relação tanto

às águas públicas, como às comuns e particulares, os direitos que sôbre elas se podem exercer, considerando essas águas como produtos naturais, comuns ou não apropriados.

E' evidente que, tendo considerado as águas, na classificação que delas fez em publicas, comuns e particulares, como formando um todo que está apropriado colectivamente ou individualmente, só podia ter em vista, na parte em que trata *Das águas,* a *aqua profluens,* as moléculas que incessantemente se deslocam e que excluem, por sua própria natureza, a idêa de domínio ou de propriedade. E assim teriamos que, formando as correntes ou lagos com os leitos e margens um todo que se acha apropriado, as águas dessas correntes e lagos, consideradas de per si, seriam uma *res nullius,* susceptível de ocupação. A água e não a corrente ou nascente deveria ser considerada como um produto natural comum ou não apropriado.

Exceptuada a classificação das águas em públicas, comuns e particulares, que não vinha no projecto primitivo, era neste projecto o mesmo que no código o lugar em que se tratava *Das águas.* Não pode, pois, dizer-se que na sistematização das disposições relativas ao uso das águas se tivesse em consideração o conceito que acêrca das águas comuns se formava na proposta de Alexandre Herculano.

E, para se ver que foi efectivamente a idea de que a *aqua profluens* era uma cousa *nullius,* que se apropriava conseqüentemente pela ocupação, que determinou o autor do código civil a incluir as águas na teoria dêste modo originário de adquisição, basta ler os artigos 443.° e 444.°, em que o direito de presa se denomina *ocupação.* Trata-se da derivação das águas de uma corrente ou torrente, presupondo-se até que para essa derivação se tornam necessárias

obras permanentes. Faz-se, pois, a derivação num ponto determinado da corrente ou torrente e em relação a um certo volume de água. Essa presa representa, na teoria do código civil, a *ocupação* da água.

Não é isto, porêm, o que realmente se passa. Pela presa, emquanto esta subsistir, há o direito de derivar a água, e seria a água assim derivada que se *ocuparia.* Mas é evidente que, antes de se ocupar a água, há o *direito de a ocupar,* direito que se efectiva na própria corrente. Era o que no nosso antigo direito se chamava *preocupação,* que se dava sôbre cousas que estavam no domínio público ou eram de logradouro comum.

Ora no sistema do código civil não pode explicar-se o direito de ocupar ou apropriar a corrente, visto que êsse direito recai sôbre uma cousa que, estando no domínio público ou no comum, já se acha apropriada. Pode explicar-se pela ocupação o direito que se adquire à água que se tira da corrente; não se explica assim o direito de usar da água na própria corrente ou de a derivar da corrente.

Se, porêm, em relação às águas públicas ainda se poderia sustentar que o direito de as apropriar significa fundamentalmente a ocupação da *aqua profluens,* vendo-se na presa apenas um meio de tornar efectivo êsse direito, e não um direito que deva considerar-se de per si ou integrado no prédio a que a água se destina, em relação às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis e às águas particulares, o conceito de ocupação tem de ser completamente posto de lado para explicar o regime dessas águas no código civil.

O direito às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis é atribuído aos proprietários dos prédios que essas correntes atravessam ou banham.

O direito de presa dessas águas não entra, pois, na teoria da ocupação, visto que êsse direito se exerce sôbre águas que, não sendo sobejas, só os proprietários dêsses prédios podem utilizar para a sua irrigação. Sôbre as águas particulares há o direito de uso e livre disposição.

Vê-se assim que, não podendo justificar-se a inclusão das águas na teoria das servidões, também se não pode de modo algum sustentar que lhes fosse dado um lugar adequado no nosso código civil. Os direitos que sôbre as águas podem exercer-se, o regime que para elas se estabeleceu, não podem explicar-se pela teoria da ocupação.

No regime das águas é fundamental a idêa de que elas estão no domínio público, no domínio comum e individualmente apropriadas. Na apropriação individual há o direito de livre disposição. Na apropriação colectiva, as águas são por lei destinadas para determinados fins e podem ser utilizadas em harmonia com o que nos regulamentos administrativos se estatui.

O regime das águas tem, pois, o seu assento próprio no instituto da propriedade. Admitida a idêa de propriedade em relação às cousas que estão no domínio público e no comum, os direitos que há sôbre essas cousas teem de explicar-se como formando o conteúdo dessa propriedade ou como limitações a êste direito.

Falando-se de cousas que estão no domínio público e no comum, não se exprime por estas palavras apenas uma apropriação colectiva para determinados fins; designa-se por elas a administração dessas cousas pelas entidades que as apropriaram, um complexo de poderes que essas entidades sôbre elas exercem, para que se tornem efectivos os fins a que se destinam.

28. *Aspectos sob que se consideram as águas no código civil e na legislação administrativa.* O que acabamos de dizer é suficiente para nos indicar os aspectos sob que as águas se consideram no direito civil e no direito administrativo.

Diz-se a êste respeito no capítulo 8.° do relatório que precede o decreto n.° 1 de 1 de dezembro de 1892: «A autoridade que tem o Estado de superintender e regular o uso e aproveitamento das águas dos lagos, rios e mais correntes navegáveis e flutuáveis, e a execução das obras nas suas margens, álveos ou leitos, não pode ser posta em dúvida à face da doutrina expressa do código civil. Nos não navegáveis nem flutuáveis, o uso das águas está da mesma maneira sujeito às disposições dos regulamentos administrativos. Um dos caracteres das cousas comuns, a cuja classe pertencem os rios e correntes de água não navegáveis nem flutuáveis é que delas só se pode tirar proveito em conformidade com os regulamentos administrativos, podendo portanto naquelas correntes o Govêrno regular o uso das águas. Ainda que pela lei se considere o álveo dos rios não navegáveis nem flutuáveis, como propriedade dos donos dos prédios confinantes, nenhum deles pode fazer na parte respectiva obra alguma que estreite o álveo ou torne menos rápida a corrente, porquanto a propriedade do leito acha-se sempre gravada com a servidão natural que deriva da situação dos lugares, e que ninguêm pode tornar mais onerosa para os vizinhos. O código civil reconhece apenas o direito; a forma do gôzo dêsse direito é já da competência da legislação administrativa. Assim o dono do prédio fronteiro a uma corrente não navegável nem flutuável, não

pode derivar a água da corrente para fins industriais, com prejuízo dos direitos doutrem, mas únicamente para aplicação agrícola. O dono da propriedade marginal é obrigado a remover todos os obstáculos, ao livre curso das águas, que tiverem origem nos seus prédios, como levantar paredes, cortar árvores, raízes, que embaracem o curso das águas. Quem transgredir os preceitos dos artigos 441.° e 442.° do código civil, fica sujeito: 1.°, a pagar as despesas feitas para tornar salubres as águas que tenha corrompido, e para conservar desembaraçado o curso das águas; 2.°, a indemnizar os vizinhos e o público de qualquer prejuízo que sofrerem com a insalubridade das águas ou com os estorvos postos ao seu livre trânsito; 3.°, a pagar as multas. Portanto o uso das águas e a execução das obras nos álveos, leitos ou margens dos lagos, rios e correntes de água não navegáveis nem flutuáveis estão sujeitos aos regulamentos que a administração formule».

A competência administrativa em matéria de águas pode considerar-se rigorosamente determinada, nos períodos que transcrevemos, em harmonia com as disposições consignadas no código civil. Fixado neste o destino das águas públicas e das águas comuns e determinados os direitos que, em harmonia com êsse destino, podem ser exercidos sôbre essas águas, o modo por que êsses direitos hão de exercer-se e todas as medidas tendentes a assegurar a regularização e conservação do regime das correntes navegáveis e flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis, de modo que preencham os fins para que são destinadas e se evitem os prejuízos que podem causar, pertencem aos regulamentos administrativos.

Trata-se de um serviço público com uma organização própria, que nos cumpre determinar nos seus

pontos fundamentais, visto que dele está dependente em grande parte a efectivação dos direitos que são reconhecidos pelo código civil.

Nos termos dêste código, parece que a administração directa do Estado devia exercer-se apenas sôbre as águas públicas por êle apropriadas, competindo às respectivas autarquias territoriais a administração das águas públicas cuja propriedade lhes pertence e a de todas as águas comuns. Era esta a doutrina que, partindo-se do princípio de que as cousas comuns estão apropriadas e de que pertencem às pessoas colectivas que representam os interesses comuns dos indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa ou que fazem parte de uma corporação pública, estava sancionada nos artigos 380.° e 381.° E em harmonia com ela se dispunha no artigo 443.° que as multas pelas infracções aos preceitos consignados nos artigos 441.° e 442.° seriam cominadas nas posturas municipais.

Em relação às águas comuns e às particulares, a ingerência do Estado parece que devia limitar-se às medidas que se tornassem indispensáveis aos interesses gerais da agricultura, da indústria, da higiene ou da salubridade pública. Nos termos, porêm, do decreto de 1 de dezembro de 1892 e do regulamento de 19 do mesmo mês e ano, a administração directa do Estado exerce-se também sôbre águas que pelo código civil e pelo decreto citado são consideradas comuns.

Não recai esta administração do Estado sôbre todas as águas comuns, havendo águas comuns que são administradas pelas autarquias locais, tornando-se assim necessário estabelecer os critérios por que deve determinar-se a competência da administração pública e a das autarquias locais em relação a estas águas.

Antes de tratarmos dêste assunto, vejamos como está organizada a administração pública relativa aos serviços hidráulicos.

29. *Regulamentos relativos a serviços hidráulicos; circunscrições hidráulicas.* A lei de 6 de março de 1884, que decretou para o vale do Tejo providências semelhantes às que pela lei de 1 de julho de 1867 haviam sido estabelecidas para a bacia do Mondego e autorizou o Govêrno a tornar extensivas a todo o país as disposições daquela lei e do decreto de 26 de dezembro de 1867, em que, além das providências que tinham por fim o melhoramento dos campos do Mondego, se regulava o uso das águas e a construção de obras neste rio e em seus afluentes e valas e se adoptaram medidas de polícia para a sua conservação, dividiu (artigo 15.°, § único) o continente do país em quatro circunscrições hidráulicas, com direcções especiais. A primeira abrangia todas as bacias hidrográficas ao norte do país desde o rio Minho até ao rio Douro, inclusivamente: a segunda todas as bacias hidrográficas desde o rio Douro até ao rio Liz, inclusivamente; a terceira todas as bacias hidrográficas desde o rio Liz até ao rio Tejo; a quarta todas as bacias hidrográficas desde o rio Tejo até ao limite sul do país.

Para a execução da lei de 1884 e em virtude da autorização que nela foi dada ao Govêrno, publicou-se o regulamento de 2 de outubro de 1886, em que se estabeleceram as quatro circunscrições hidráulicas.

Acêrca dêste regulamento diz-se no já citado relatório que precede o decreto n.° 1 de 1 de dezembro de 1892: «A prática tem mostrado que muitas das disposições dêste regulamento são, umas quási inexequíveis, outras de difícil execução, e finalmente que outras não obteem a sanção de todas as autoridades judiciais a quem está cometido o julgamento das transgressões aos preceitos do mesmo regulamento; algumas daquelas autoridades consideram certas prescrições do regulamento contrárias à doutrina do código civil».

Para se conseguir a necessária harmonia entre as disposições regulamentares e as da lei, julgou-se necessário «que a publicação de quaisquer novas providências regulamentares seja precedida pela publicação de um decreto com fôrça de lei, no qual se explique a doutrina do código civil e se estabeleçam os princípios gerais que devem regular o uso das águas e a execução e conservação das obras para o seu aproveitamento e para o melhoramento dos campos marginais».

Obedeceu a êste intuito o decreto n.° 8 de 1 de dezembro de 1892, em que, tratando-se da organização dos serviços hidráulicos e do respectivo pessoal, se estabeleceram no título 1.° disposições fundamentais acêrca das águas públicas, comuns e particulares e dos excedentes e remanescentes de águas, em que se esclareceram e modificaram algumas disposições do código civil.

Nesse decreto o continente do país foi dividido em duas circunscrições hidráulicas (artigo 28.° § 1.°), a primeira com sede em Lisboa, compreendendo as áreas da terceira e quarta circunscrição hidráulicas fixadas pela lei de 6 de março de 1884; e a segunda, com sede no Pôrto, compreendendo as áreas das antigas primeira e segunda circunscrições hidráulicas. Em cada uma das circunscrições hidráulicas haveria, além do director, um engenheiro adjunto, sendo o serviço de cada uma delas dividido em sete secções.

Os serviços hidráulicos da Madeira e Açores ficavam a cargo das respectivas direcções das obras públicas (artigo 28.° § 2.°).

Para a execução dêsse decreto com fôrça de lei, foi publicado o regulamento de 19 de dezembro de 1892, cujos artigos 219.° e 231.° foram substituídos pelo decreto de 21 de janeiro de 1897. Sôbre a aplicação dos decretos de 1 e 19 de dezembro de 1898 foi publicada a portaria de 16 de maio de 1898, em que se recomenda aos directores das diferentes circunscrições hidráulicas, seus subalternos e agentes, que considerem e respeitem sempre os direitos dos proprietários, adquiridos sôbre quaisquer águas, terrenos ou produtos dêstes, emquanto superiormente se não definirem, por modo justo e definitivo, as relações entre o Estado e aqueles proprietários.

O decreto de 24 de setembro de 1898, fundando-se especialmente em que o regular funcionamento dos serviços hidráulicos estabelecidos pelo citado decreto de 1 de dezembro de 1892 e pelo regulamento de 19 do mesmo mês e ano, dependia, em grande número de casos, da classificação prévia das bacias hidrográficas gerais e parciais do país, a qual estava apenas iniciada numa ou outra localidade, remodelou os serviços hidráulicos.

Alude-se no relatório do referido decreto de 24 de setembro às reclamações e clamores que a execução dos decretos de 1892 havia suscitado e procura-se pôr-lhes termo, restringindo a acção administrativa quanto a obras nas correntes não navegáveis nem flutuáveis, simplificando as formalidades necessárias para que os proprietários as pudessem realizar, e descentralizando os serviços hidráulicos de forma que o seu desempenho se tornasse mais rápido e profícuo.

Foram extintas as direcções das circunscrições hidráulicas a que se referia a alínea *b*) do n.° 2.° do artigo 1.° do decreto n.° 2 de 1 de dezembro de 1892, estatuindo-se que os serviços hidráulicos, decretados em 19 de dezembro de 1892 e 21 de janeiro de 1897, seriam executados pelas direcções das obras públicas dos diversos distritos administrativos e pelos chefes de serviços especiais, de que trata o artigo 6.°

Estes serviços, directamente subordinados à direcção geral das obras públicas e minas, eram os seguintes:

1.° Estudos e obras do pôrto e barra de Viana do Castelo, e estudos, obras e polícia do rio Douro, até onde se faça sentir a acção das marés, e bem assim da bacia salgada do rio Leça;

2.° Estudos e obras dos portos de Leixões e do Douro, e estudos, obras e polícia dos rios Minho e Lima e campos adjacentes;

3.° Estudos e obras do Mondego e barra da Figueira, na parte em que aquele rio é navegável; polícia e conservação dos seus afluentes, valas e campos adjacentes;

4.° Estudos, obras e polícia do rio Tejo, desde a foz até à fronteira, compreendendo a construção e exploração do pôrto de Lisboa, os afluentes e campos adjacentes.

Por decreto de 24 de outubro de 1901 foram reorganizados os serviços hidráulicos, sendo criadas (artigo 58.° alínea *b*) quatro direcções de serviços fluviais e marítimos, abrangendo:

A 1.ª, as bacias hidrográficas desde o rio Minho até à do Douro inclusive, com sede no Pôrto, e dividida em quatro secções. A esta direcção ficam pertencendo os serviços relativos ao pôrto de Leixões.

A 2.ª, as bacias hidrográficas desde a do rio Douro exclusive até à do rio Liz inclusive, com sede em Coimbra, e constituída por três secções.

A 3.ª, as bacias hidrográficas desde o rio Liz exclusive até à do rio Sado exclusive, com sede em Lisboa, e dividida em seis secções. A esta direcção ficam pertencendo os serviços relativos ao pôrto de Lisboa.

A 4.ª, as bacias hidrográficas desde a do rio Sado inclusive até à do rio Guadiana, com sede em Setúbal ou em Faro, e constituída por duas secções.

Nas Ilhas Adjacentes os serviços hidráulicos continuaram a cargo das respectivas direcções de obras públicas.

Pelo decreto n.º 1673 de 23 de junho de 1915 foi feita uma nova distribuição das secções de conservação dos serviços hidráulicos e fixada a sua sede.

30. *Ideas gerais sôbre a administração e policia das águas.* O princípio em que, segundo a legislação em vigor, assenta a acção administrativa do Estado em matéria de águas é o da tutela do regime hidráulico e da conservação e melhoramento dos reservatórios e correntes de águas de modo que não só proporcionem as mais largas utilidades, mas se evitem os danos que podem causar.

É diversa a ingerência do Estado conforme a natureza jurídica das águas. Estendendo-se a todas as águas, sempre que o interesse público da salubridade ou da higiene a reclamem, reveste essa ingerência um carácter especial relativamente às águas públicas e comuns, com o fim não só de regular o uso das águas e de prevenir e reprimir todos os actos que possam prejudicar o seu regime, mas de promover o melhor

aproveitamento e uso das águas, já como meios de comunicação e transporte, já para fins agrícolas ou industriais.

Sob êste último aspecto, é fundamental ainda a distinção entre as águas públicas e as águas comuns pertencentes ao Estado. E' assim que as obras que se julgar conveniente executar para o melhoramento, conservação ou aproveitamento dos lagos, lagoas, rios, valas e esteiros serão feitas por ordem do Govêrno nas águas públicas, e nas comuns só quando o interesse público o exigir (decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 13.º n.º 1.º).

Procuraremos determinar de um modo geral a ingerência do Estado no regime hidráulico pelo que respeita a obras e concessões de águas, vista a relação que há entre esta matéria e o uso das águas, regulado pela legislação civil. Antes disso cumpre-nos, porêm, dizer o que há acêrca da classificação geral e parcial das bacias hidrográficas, na qual deverão concretamente determinar-se as águas que, nos termos da legislação civil, se devem considerar navegáveis ou flutuáveis.

31. *Classificação e demarcação das bacias hidrográficas.* No relatório que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892 declara-se que, prescrevendo o artigo 380.º do código civil as condições a observar para que uma corrente seja navegável ou flutuável e determinando os §§ 1.º e 2.º do mesmo artigo os casos em que uma corrente deixa de ter a classificação que possuía, é de toda a conveniência que se proceda à classificação das águas e correntes do país, para ficar bem determinado quais as que devem ser consideradas navegáveis ou flutuáveis, e

quais as excluídas desta classificação, porque as disposições da lei em relação a cada uma delas são diferentes.

Já na comissão revisora do projecto do código civil havia sido proposto, em sessão de 18 de março de 1861, que em artigo especial se declarasse que se procederia à demarcação das águas navegáveis e flutuáveis, a fim de as distinguir das que o não são, não julgando a comissão necessário êsse artigo.

Pelo artigo 1.º do decreto de 26 de dezembro de 1867 foi incumbida a comissão nomeada e constituída no distrito de Coimbra, em virtude do artigo 4.º das providências que a lei de 1 de julho de 1867 aprovou para a extinção dos pântanos e arrozais, de classificar e demarcar, dentro do perímetro delimitado em virtude do artigo 3.º n.º 2.º da lei de 12 de agosto de 1856, os rios e valas navegáveis ou flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis que careçam de trabalhos de grande reparação ou de simples reparação [1].

Idêntica disposição foi consignada na lei de 6 de março de 1884, em cujo artigo 1.º se preceituava que as comissões constituídas nos distritos de Lisboa, Santarêm, Portalegre e Castelo Branco, das quais fazia parte o engenheiro director das obras do Tejo e dos seus afluentes, procederiam, nos seus respectivos distritos, á classificação e demarcação dos rios, valas, canais, esteiros e outras correntes de água navegáveis ou flutuáveis, e não navegáveis nem flutuáveis, cujos trabalhos de melhoramento, limpeza e conservação deviam ser executados pelo Estado, conforme os preceitos da legislação comum, e dos rios, valas, canais, esteiros e outras correntes de água, cujos trabalhos de melhoramento, limpeza e conservação deviam ficar a cargo dos proprietários marginais, com subvenção do Estado ou sem ela. Pelo regulamento publicado para a execução da referida lei em 2 de outubro de 1886, determinou-se (artigo 1.º) que os governadores civis, de acôrdo com os directores das circunscrições hidráulicas e dentro do prazo de seis meses desde a publicação do regulamento, convocassem as comissões criadas pelo artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867, para proceder à classificação e demarcação, que o artigo citado da lei de 6 de março de 1884 prescrevia.

Neste regulamento estatuíam-se para a classificação e demarcação minuciosas providências, que são a principal fonte das que actualmente vigoram.

Pelo decreto de 1 de dezembro (artigo 7.º) a classificação das bacias hidrográficas pode ser geral e parcial. Á classificação geral devia proceder-se, em seguida à publicação do decreto, em cada uma das bacias hidrográficas pelas direcções das respectivas circunscrições, designando-se separadamente: 1.º Quais os lagos, lagoas, valas, canais, esteiros e correntes de água que devem ser considerados navegáveis ou flutuáveis; 2.º Qual a largura que deverão ter as faxas de terreno destinadas a constituir as margens dessas correntes, esteiros, canais, valas, lagos ou lagoas.

No regulamento de 19 de dezembro fixou-se (artigo 1.º) o prazo de noventa dias a contar da sua publicação para a demarcação e classificação geral, determinando-se que cada bacia hidrográfica constituirá uma região hidráulica, designada pelo nome do rio principal que nela corre, e que, sendo a bacia

[1] Por decreto de 8 de outubro de 1880 foi aprovada a classificação que em cumprimento da citada disposição se fez, constando de duas relações juntas ao mesmo decreto — a *Relação dos rios e valas navegáveis e flutuáveis* e a *Relação das valas e rios não navegáveis nem flutuáveis*.

hidrográfica de extensão tal, que torne difícil e confusa a demarcação e classificação, poderão estas ser feitas separadamente, em relação à bacia principal e secundária, e a bacia hidrográfica poderá ser dividida em secções entre pontos certos e definidos. Para cada bacia hidrográfica serão organizadas notas escritas, contendo: 1.° A denominação e extensão dos lagos, lagoas e correntes principais e dos seus afluentes; 2.° A extensão e limites dos lagos, lagoas e correntes ou a parte delas, que deverão ser consideradas como navegáveis ou flutuáveis; 3.° As larguras que deverão ter as margens, e as localidades e extensão a que devam aplicar-se aquelas larguras; 4.° As observações e explicações necessárias para justificar a classificação proposta.

Logo que estivesse concluída a demarcação e classificação de cada bacia hidrográfica ou secção em que tivesse de ser dividida, seriam chamados os interessados a examinar a referida classificação e a apresentar as suas reclamações nos prazos fixados no artigo 2.° do regulamento de 19 de dezembro. Findos êsses prazos, o processo devia ser remetido ao Govêrno que, pelo antigo ministério das obras públicas, comércio e indústria, e actual do fomento, determinaria qual a definitiva classificação e mandaria publicar esta resolução no *Diário do Govêrno*.

Além da classificação e demarcação geral das bacias hidrográficas, há a classificação e demarcação de parte das bacias hidrográficas, que pode fazer-se por ordem do Govêrno, a pedido da maioria dos interessados, ou quando os directores das circunscrições hidráulicas o julgarem conveniente (decreto de 1 de dezembro, artigo 10.°).

Nestas classificações deve compreender-se, na parte respectiva às águas navegáveis e flutuáveis, entre

outras indicações, as superfícies marginais pertencentes ao Estado, as pertencentes aos particulares, a área aproximada de cada uma e a largura das margens respectivas; na parte respectiva às águas não navegáveis nem flutuáveis, as que devam ser consideradas comuns e particulares, e, nas comuns, as que devam ter margens e larguras que devem ocupar (regulamento de 19 de dezembro, artigo 8.°).

Na execução e aprovação destas demarcações e classificações segue-se o mesmo processo que na demarcação e classificação gerais (regulamento citado, artigo 9.°).

Até à publicação do decreto de 24 de setembro, como no relatório dêste se declara, não se fez a classificação e demarcação gerais das bacias hidrográficas, preceituadas no decreto de 1 de dezembro. Naquele decreto estabeleceu-se (artigo 7.°) que seriam organizadas duas brigadas de estudo, compostas de engenheiros e condutores, às quais seriam cometidas a demarcação e classificação das bacias hidrográficas, compreendendo: *a*) As bacias hidrográficas do país, gerais ou parciais, dos diversos rios e seus afluentes; *b*) As correntes de águas navegáveis ou flutuáveis, lagoas, esteiros e canais do domínio público, designando-se a extensão de cada um, e a área da respectiva bacia; *c*) As correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, do uso comum, e cuja conservação e bom regime sejam necessários para o melhoramento e utilização agrícola dos terrenos adjacentes; *d*) As correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, que seja mister reger e corrigir para obstar à obstrução dos rios e canais navegáveis, flutuáveis ou de esgôto, e evitar a esterilização dos terrenos agricultáveis pelas aluviões arrastadas durante as cheias.

Na demarcação e classificação devem ainda compreender-se o perímetro e área dos terrenos inundáveis

e adjacentes às correntes de que tratam as alíneas *b*) e *c*); o perímetro e área das vertentes de terrenos inclinados adjacentes às correntes de que trata a alínea *d*), e os cadastros das diversas zonas, para a organização das associações de proprietários e grémios, a que mais tarde nos referiremos.

Pelo decreto de 24 de outubro de 1901 (artigo 59.°, alínea *e*) a classificação das bacias hidrográficas do país ficou a cargo da direcção de hidráulica agrícola, com sede em Lisboa e três secções.

Estas disposições relativas à classificação e demarcação gerais das bacias hidrográficas não foram ainda efeituadas, não tendo sido publicadas nenhumas resoluções relativas às classificações e demarcações gerais no *Diário do Govêrno*.

As disposições que estão em vigor relativamente ao modo como devem ser feitas a classificação e demarcação gerais e parciais das bacias hidrográficas são as dos decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892, na parte em que não foram modificadas pelo decreto de 24 de setembro de 1898.

Os efeitos da classificação e demarcação de qualquer bacia hidrográfica, aprovadas pelo Govêrno, que, nos termos do artigo 6.° do regulamento de 19 de dezembro, se tornam definitivas passados oito dias depois da sua publicação no *Diário do Govêrno*, serão considerar-se navegáveis ou flutuáveis os lagos, lagoas, valas, canais e correntes de água que como tais forem declarados e, os que o não forem, como de uso comum ou particulares, conforme neles se verifiquem as condições dos artigos 2.° ou 3.° do decreto de 1 de dezembro de 1892.

Pelo artigo 11.° dêste decreto, os trabalhos ou obras que resultarem da classificação e demarcação.

nos termos do mesmo decreto e do regulamento de 19 de dezembro de 1892, não podem ser embargados, qualquer que seja a razão ou fundamento, ou a sua execução interrompida por sentença ou despacho judicial, acórdão ou deliberação dos tribunais administrativos. Declara-se, porêm, no artigo citado que fica salvo aos interessados o direito à prévia indemnização que lhes for devida, na conformidade das leis de expropriação por utilidade pública.

A classificação das bacias hidrográficas representa a efectivação ou concretização dos princípios sancionados na legislação civil quanto à natureza jurídica das águas. Por meio dela podem, porêm, ser declarados como pertencentes ao domínio público águas e terrenos que estejam individualmente apropriados.

Pela publicidade que deve ser dada à classificação e demarcação propostas ao Govêrno e pelo direito que aos interessados se reconhece de reclamarem contra elas (decreto de 1 de dezembro, artigo 8.°, e regulamento de 19 de dezembro, artigo 2.°), pode o Govêrno, atendendo estas reclamações, alterar a classificação e demarcação propostas, respeitando os direitos adquiridos, e nenhuma dúvida há de que, se os não respeitar, os interessados podem recorrer para o poder judicial.

Não sendo apresentada no prazo marcado reclamação alguma, declara-se no artigo 2.° § 2.° do citado regulamento que se entende que os interessados aceitam a demarcação e classificação feitas, e se sujeitam a todas as obrigações e encargos delas resultantes.

Ficarão em tal caso os interessados inibidos de tornar efectivos os seus direitos às águas ou terrenos que forem considerados do domínio público?

As palavras do citado § *entende-se que os interessados aceitam a classificação e demarcação feitas* parece

significarem que o facto de se não reclamar envolve a renúncia a quaisquer direitos que sejam incompatíveis com a demarcação e classificação, desde que estas se tornem definitivas.

Não pode, porêm, atribuir-se tal alcance às referidas palavras. Se é certo que o silêncio pode, em determinadas condições, ser considerado como uma manifestação expressa ou directa da vontade e efectuar-se portanto por êle a renúncia a um direito, no caso sujeito não pode derivar dele esta consequência.

Para que se desse, por êsse meio, a perda do direito de propriedade, era necessário que a lei expressamente o declarasse, e no decreto com fôrça de lei de 1 de dezembro de 1892 não há disposição alguma que atribua tal efeito à não reclamação por parte dos interessados contra a classificação e demarcação das bacias hidrográficas propostas ao Govêrno. Pela aprovação da classificação e demarcação, que é um acto administrativo, não podem ser lesados direitos reconhecidos e garantidos pela lei, em harmonia com cujas disposições a classificação e demarcação devem ser feitas, e, embora se não haja reclamado contra elas, êsses direitos podem tornar-se efectivos pelos meios competentes.

O facto de não se reclamar contra a classificação e demarcação apenas pode, pois, significar que os interessados aceitam o regime nelas estabelecido, sob o ponto de vista administrativo, renunciando assim às vantagens que para êles haveria em que a classificação e demarcação fossem feitas de outro modo. Atribuir outros efeitos, em tal caso, à classificação e demarcação, seria autorizar por êste meio a expropriação sem prévia indemnização, vendo uma renúncia onde realmente não existia, e até em casos em que não podia

dar-se por incapacidade dos interessados ou por estes não terem o direito de livre disposição.

Como veremos, quando tratarmos das águas que pelo código civil e pelo decreto de 1 de dezembro de 1892 se consideram públicas, tem-se o Govêrno pronunciado contra a classificação e demarcação como públicas de algumas águas que, segundo os princípios neles formulados, assim deviam ser consideradas. E' o que se vê da portaria de 16 de maio de 1892 e do decreto n.º 3003 de 27 de fevereiro de 1917, que aprovou o regulamento da pesca e da apanha do moliço na ria de Aveiro. Na citada portaria declara-se que «é facto averiguado que em muitas, se não todas, as bacias hidrográficas do país muitos terrenos submergidos, banhados ou atingidos pelas marés e seus produtos naturais, teem estado sempre no domínio e posse, incontestada e pública, de indivíduos particulares, que os adquiriram por título gratuito ou oneroso», e que «onde à data do código civil e legislação posterior reguladora dos serviços hidráulicos, existirem direitos legítimamente adquiridos, com relação aos terrenos de que se trata, tais direitos devem ser atendidos e respeitados, como preexistentes à data de tais diplômas, que por isso os não podem ofender nem contrariar». No regulamento de 27 de fevereiro, reconheceu-se que há na ria de Aveiro «terrenos, sob o domínio particular, conhecidos na localidade pelo nome de *praias de moliço*, tanto os sempre submersos como os periódicamente alagados».

Ora, se o Govêrno declara que não estão no domínio público águas que, segundo a classificação feita no código civil e no decreto de 1 de dezembro, deviam considerar-se pertencentes a êsse domínio, não podia de modo algum considerar públicas águas

ou terrenos só pelo facto de assim serem classificados e delimitados em diplôma emanado do mesmo Govêrno.

O que a nosso ver não é permitido, depois de aprovadas a classificação e demarcação, é embargar as obras que em harmonia com elas se façam nos leitos ou margens das águas públicas ou das comuns.

Parece que êsses embargos deveriam admitir-se nas obras feitas nas margens que, segundo a classificação e demarcação, sejam particulares e devam ser expropriadas, visto que os proprietários legais dos terrenos devem ser *préviamente* indemnizados, nos termos das leis de expropriação por utilidade pública.

E' o que se declara no artigo 4.º § 3.º do decreto de 1 de dezembro.

A verdade, porêm, é que na última parte do artigo 11.º se declara que fica «salvo aos interessados o direito à prévia indemnização que lhes for devida, na conformidade das leis de expropriação por utilidade pública», e que êste direito à indemnização, como no mesmo artigo se declara, não é razão ou fundamento para embargar ou interromper os trabalhos e obras que resultem da classificação e demarcação definitivas, não se fazendo distinção alguma.

A demarcação e classificação definitivas fazem entrar no domínio público as águas e terrenos que se declararem pertença dêsse domínio, e por essa demarcação e classificação podem ser declaradas, com as formalidades legais, as expropriações que tenham de fazer-se, que ficam sendo consideradas de utilidade pública.

Os interessados podem, sempre que sejam lesados os seus direitos, ou tenham de ser expropriados, obter a devida indemnização nos termos da lei, quer tenham

reclamado, quer não, nos prazos legais, contra a demarcação e classificação propostas ao Govêrno. Os efeitos da demarcação e classificação definitivamente aprovadas são, em qualquer das hipóteses, os mesmos. Essa indemnização pode ser pedida logo que tenha sido aprovada a demarcação e classificação ou sejam iniciadas as obras que delas resultarem, quando se não haja dado préviamente a indemnização por utilidade pública nos termos dos artigos 19.º e 20.º do decreto de 1 de dezembro e da respectiva legislação.

Podem, em virtude de alterações que venham a dar-se no regime das correntes, tornar-se navegáveis ou flutuáveis correntes que o não eram, e vice-versa, e tais alterações devem determinar as correspondentes modificações no seu regime jurídico. E' assim que nos §§ 1.º e 2.º do artigo 381.º se preceitua que a corrente navegável que durante cinco anos consecutivos não servir à navegação passará à categoria de corrente flutuável, e que a corrente flutuável que durante cinco anos consecutivos não servir à flutuação, ficará incluída nas correntes de uso comum.

Como o regime jurídico das águas, uma vez feita a sua classificação e demarcação definitivas, é determinado por estas, para que sejam tomadas em consideração, no intuito de se aproveitarem devidamente as águas, as alterações que no regime destas se derem, preceitua-se no artigo 12.º do decreto de 1 de dezembro que o Govêrno ordenará de cinco em cinco anos a revisão da demarcação e classificação das bacias hidrográficas, e que, mesmo antes de findar aquele prazo, poderá ordenar aquele serviço quando o julgar conveniente, ou sob proposta dos directores das circunscrições hidráulicas. Quaisquer interessa-

dos podem igualmente, mas só tres anos depois de feita ou revista qualquer classificação ou demarcação, promover nova revisão geral ou parcial, requerendo-a ao director da respectiva circunscrição hidráulica.

A revisão da classificação e demarcação seguirá os mesmos termos que para a classificação e demarcação se estabelecem, sendo fixados os prazos dentro dos quais deve proceder-se à revisão de cinco em cinco anos e determinado o modo por que pode ser requerida antes de findo êste período no regulamento de 19 de dezembro de 1892 (artigos 11.° a 14.°).

32. *Obras hidráulicas.* No decreto de 1 de dezembro de 1892 preceitua-se (artigo 13.°) que as obras que se julgar conveniente executar para o melhoramento, conservação ou aproveitamento dos lagos, lagoas, rios, valas, canais, esteiros ou outras correntes de água serão levadas a efeito, nos termos do mesmo decreto e do regulamento que dele faz parte:

1.° Por ordem do Govêrno nas águas públicas, e ainda nas comuns quando o interesse público o exigir.

2.° A requisição das comissões distritais, câmaras municipais, ou juntas de paróquia, por motivo de benefício público, higiénico, ou de interesse geral do distrito, município ou paróquia.

3.° Por pedido de associação legalmente constituída, ou de qualquer proprietário ou grupo de proprietários interessados nessas obras ou melhoramentos.

4.° Por deliberação dos directores das circunscrições hidráulicas com aprovação do Govêrno, nos casos de interesse geral, ou de benefício público e higiene.

Nos casos do n.° 2.° será dirigida ao director da circunscrição hidráulica respectiva uma requisição na qual a corporação administrativa, indicando em geral quais as obras e melhoramentos que pretende fazer, expressamente declare que na execução dêsses trabalhos e obras se sujeita às disposições do decreto de 1 de dezembro e do regulamento que dele faz parte, devendo conter igual declaração a petição que, nos casos do artigo 3.°, deve ser dirigida ao mesmo director (decreto citado, artigo 13.° § único).

Os trabalhos e obras que for necessário executar nas águas públicas serão feitos e pagos pelo Estado ou pelas empresas ou companhias que obtiverem concessão legal dessas obras ou trabalhos; ou ainda pelos particulares, se estes forem os interessados nas obras, ou a elas forem obrigados em virtude do decreto de 1 de dezembro e do regulamento que dele faz parte (decreto citado, artigo 14.°).

As obras nas águas de uso comum serão pagas pelos proprietários marginais, na proporção do terreno interessado ou do grau de benefício que receberem. Em geral são os proprietários marginais ou interessados que devem fazer essas obras. No decreto de 1 de dezembro determinava-se (artigo 15.° § 1.°) que seriam feitas pelas direcções das circunscrições hidráulicas, quando aqueles proprietários se recusassem a fazê-las, não as executassem na conformidade dos projectos aprovados e condições estabelecidas, ou voluntàriamente cometessem àquelas direcções a sua execução, devendo, porêm, em todos os casos o pagamento do seu custo fazer-se pelos proprietários marginais ou interessados, e podendo o Govêrno concorrer para êsses trabalhos e obras com a parte correspondente ao benefício higiénico, ou outro de interesse geral que deles resulte, mediante proposta

do engenheiro director da respectiva circunscrição hidráulica, e ouvido o conselho superior de obras públicas e minas.

No decreto de 24 de setembro de 1898 preceitua-se (artigo 2.º § 2.º) que, emquanto não forem decretadas a classificação e demarcação das bacias hidrográficas e das principais correntes do país, nos termos dos decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892, os directores das obras públicas e os chefes de serviços deverão limitar a sua acção, no que respeita ao regime hidráulico das correntes não navegáveis nem flutuáveis, à polícia e conservação dos seus leitos e margens, e a evitar que nessas correntes se executem obras ou se pratiquem quaisquer actos que possam prejudicar as propriedades marginais ou o regime das águas, sob o ponto de vista da piscicultura e da agricultura. Declara-se (artigo 2.º § 4.º), porêm, que ao Govêrno ficará sempre o direito de, em qualquer época, independentemente da classificação e demarcação das bacias hidrográficas e das principais correntes, mandar executar por conta do Estado, em quaisquer correntes de água e nos terrenos adjacentes, as obras que o interesse público reclamar.

Estando em princípio a cargo do Estado as obras nos reservatórios e correntes navegáveis e flutuáveis, tem êle directa ingerência nas obras e trabalhos que se façam nos reservatórios e correntes não navegáveis nem flutuáveis. Explica-se e justifica-se esta ingerência pela importância que, sob o ponto de vista da irrigação e da força hidráulica, ou do enxugo dos terrenos pantanosos, teem as obras que nessas correntes ou reservatórios se realizam, que não podiam nem deviam ficar entregues à mera iniciativa particular. Estão directamente relacionados com essas obras o desenvolvimento da agricultura e das

indústrias, as condições higiénicas e de segurança dos cidadãos, tornando-se assim necessário que a administração pública superintenda nessas obras, e até, sempre que o interesse público o reclame, que tome a iniciativa dessas obras ou as subvencione.

Nos casos em que a iniciativa das obras não é do Estado, torna-se necessária, em princípio, a autorização dele relativamente às obras que se façam nos reservatórios e correntes navegáveis e flutuáveis, e nos reservatórios e correntes não navegáveis nem flutuáveis, que sejam de uso comum.

No regulamento de 19 de dezembro de 1892 determina-se que não é permitida sem licença a execução de quaisquer obras, quer permanentes, quer temporárias: *a*) nas costas do mar e das baías, enseadas e interior dos portos sujeitos à jurisdição das autoridades marítimas (artigo 260.º); *b*) nas margens, leitos ou álveos das lagoas, rios, valas, canais e mais correntes de água navegáveis ou flutuáveis, ou nos seus cômoros, motas, válados, diques, e nos campos marginais inundados habitualmente pelas águas, quer ordinárias, quer de cheias (artigo 261.º n.º 1.º); *c*) nas margens, álveos ou leitos das lagoas, rios, valas, canais e mais correntes de água, quer públicas, quer comuns, e nos seus cômoros, motas, valados, diques, campos e terrenos marginais inundados habitualmente pelas águas, quer ordinárias, quer de cheias, sujeitos ao regime descrito na parte 1.ª do citado regulamento (artigo 261.º n.º 2.º); *d*) nas margens, álveos ou leitos das lagôas, ribeiros, lagos, pântanos e mais correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, quando as obras tiverem por fim o uso industrial das águas ou forem feitas por indivíduos não proprietários dos prédios confinantes com o curso das águas, ou indivíduos proprietários de pré-

dios confinantes, mas em localidade diferente daquela onde se pretende construir as obras (artigo 261.° n.° 3.°).

Parece que as obras especificadas no n.° 3.° do artigo 261.° deveriam julgar-se compreendidas no n.° 2.° do mesmo artigo, visto que não se atende neste ao fim das obras. E' todavia indubitável que pelo regulamento de 19 de dezembro se faz distinção entre as obras que tenham por fim o aproveitamento das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis facultado pelos artigos 434.° e 436.° do código civil, quando as águas sejam derivadas no tracto da corrente fronteiro aos prédios para cuja irrigação se destinam, e as obras que, tendo o mesmo fim, desviam as águas da corrente num ponto que fique superior ao prédio que se pretende irrigar, ou que tenham por fim o aproveitamento das águas para a irrigação de prédios não marginais ou para uso industrial.

E' assim que no artigo 271.° se declara que os proprietários dos prédios confinantes com as lagoas, lagos, rios, valas, canais e mais correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, que quiserem executar quaisquer obras no leito ou margens das mesmas correntes, nos limites das suas propriedades, destinadas ao aproveitamento das águas para irrigação ou para benefício daqueles prédios, na conformidade dos artigos 434.°, 436.° e 463.° do código civil, poderão, por intermédio do mestre ou guarda mais próximo, dirigir uma comunicação por escrito à direcção da respectiva circunscrição hidráulica, em que participem quais as obras que pretendem fazer, o fim delas, e a disposição que pretendem dar a essas obras. Esta comunicação será logo remetida pelo mestre ao engenheiro chefe de secção, o qual, examinando o local e o projecto da obra, e se esta for de pequena importância, tal como o concêrto dum pequeno muro, a colocação de leivas para a condução ou passagem das águas, e se não causar prejuízo algum ao curso das águas e seu regime, nem aos prédios superiores, nem lesão aos direitos de terceiro, não porá embaraço á execução dela; se a obra for importante ou houver probabilidade de causar prejuízo ao regime e curso das águas, ou aos prédios superiores, ou lesão aos direitos de terceiro, o engenheiro chefe de secção assim o declarará por escrito ao pretendente, intimando-o logo na forma da lei a não executar a obra sob as penas do § único do artigo 277.° do regulamento, dando de tudo conta à direcção. Se o pretendente declarar que se sujeita a fazer a obra de sorte que se evitem os inconvenientes do primitivo projecto, o chefe de secção enviará a comunicação à direcção com a informação respectiva; e, por esta direcção, será passado o diploma de autorização para a feitura da obra, com todas as condições a que esta terá de satisfazer e a que o pretendente se sujeitará por um termo de responsabilidade na forma do artigo 264.°

Combinando-se o citado artigo 271.° com o n.° 2.° do artigo 261.°, parece que, em relação às obras que sejam feitas pelos proprietários marginais nos limites das suas propriedades, nunca era necessário pelo regulamento de 19 de dezembro que se requeresse licença, requerimento que, nos termos do artigo 272.°, parece que era sempre necessário para as obras indicadas no n.° 3.° do artigo 261.° A fórmula do artigo 271.° *poderão por intermédio do mestre ou guarda mais próximo dirigir uma comunicação por escrito* significaria, pois, que os proprietários marginais, em vez de pedirem, mediante requerimento, licença para a feitura das obras indicadas, em harmonia com o dis-

posto no n.º 2.º do artigo 261.º, podiam limitar-se a comunicar por escrito as obras que pretendiam fazer. Dada esta comunicação, o engenheiro chefe de secção ou o director da circunscrição hidráulica autorizavam a obra nos termos referidos.

No artigo 261.º n.º 2.º, em que se faz referência não só a águas comuns, mas também a águas públicas, trata-se, porêm, de um regime especial estabelecido para essas águas e que é o da primeira parte do regulamento, regime que fica dependente não só da classificação e demarcação gerais das bacias hidrográficas, mas da demarcação e classificação de parte dessas bacias que for necessário estudar e cuja área ficará formando uma *zona*, com uma administração especial e independente. A classificação e demarcação parcial pode fazer-se sem que haja a classificação e demarcação geral, mas torna-se sempre necessária para que se constitua esta administração.

O estudo, a feitura e o custeio das obras hidráulicas são regulados neste caso pelos artigos 28.º e seguintes do regulamento de 19 de dezembro, e tanto nas águas públicas como comuns compreendidas na *zona* não é permitido fazer obras sem licença. O artigo 261.º n.º 2.º do regulamento refere-se, pois, a um regime especial, dependente da classificação e demarcação de parte de uma bacia hidrográfica, não se aplicando emquanto essa classificação e demarcação não for decretada.

No decreto de 24 de setembro de 1898, artigo 2.º § 3.º, declarou-se todavia que devem, emquanto não forem decretadas a demarcação e a classificação a que se refere o § 2.º do mesmo artigo, ser isentas de licenças as plantações e a execução das obras, de que faz menção o n.º 2.º do artigo 261.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892.

Em face do que acabamos de expor, não se compreende bem o alcance daquela disposição. Não há dúvida alguma de que pelo § citado apenas se suspendeu a execução do n.º 2.º do artigo 261.º, que aliás estava dependente da classificação e demarcação parciais das bacias hidrográficas. Ficaram, pois, em pleno vigor as disposições consignadas no artigo 260.º e nos n.ºs 1.º e 3.º do artigo 261.º, tornando-se assim sempre necessária licença para as obras nas águas públicas, e nas comuns quando essas obras não sejam feitas para a irrigação dos prédios marginais e nos limites dêstes prédios. Para as obras feitas com êste fim não se exigia, porêm, no regulamento de 19 de dezembro de 1892, que se requeresse licença, sendo suficiente que os proprietários fizessem comunicação por escrito, e tornando-se apenas necessária autorização expressa do chefe de secção ou do director dos serviços fluviais e marítimos nas condições dos §§ 2.º e 3.º do artigo 271.º [1].

Êste artigo não foi suspenso pelo decreto de 24 de setembro de 1898, e, sendo facultado pelo artigo citado aos proprietários marginais fazerem obras nas correntes não navegáveis nem flutuáveis que não estejam sujeitas ao regime da 1.ª parte do regulamento de 1892 mediante comunicação por escrito, mas não se admitindo, em face dêsse regulamento, que se fizessem obras em águas públicas ou comuns sem que as direcções dos serviços fluviais e marítimos delas tivessem conhecimento, para que se pudesse exercer a devida fiscalização (regulamento de 19 de dezembro, artigo 277.º), afigura-se-nos que ainda hoje devem os proprietários confinantes fazer essa

[1] Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 41.º, páginas 340 a 343.

comunicação. Se a não fizerem, ou se, tendo-a feito, não fizerem as obras nas condições em que tiverem sido autorizadas, e com essas obras se prejudicar o regime ou o curso das águas ou os prédios vizinhos, ou se ofenderem os direitos de terceiro, os que executarem essas obras serão não só obrigados a desmanchá-las à sua custa, mas incorrerão na multa cominada no § único do artigo 277.º (regulamento de 19 de dezembro, artigo 279.º).

Do regime especial a que ficam sujeitas as obras feitas nas *zonas* trataremos no número seguinte.

No regulamento de 19 de dezembro de 1892 não se fazia distinção entre obras novas e obras de reconstrução ou simples reparação. Referia-se êsse regulamento a *quaisquer obras,* quer temporárias, quer permanentes, parecendo assim que para todas elas era necessária licença, ou, pelo menos, que fosse dada comunicação por escrito.

Foram, porêm, publicadas algumas portarias em que, quer em relação às águas públicas, quer às comuns, se manda aplicar o referido regulamento, fazendo a mencionada distinção. Em portaria de 31 de março de 1898, declarando-se que se haviam suscitado dúvidas com respeito ao processo a seguir na concessão de autorização para reconstruções e reparações de obras já existentes nos leitos e margens das correntes de água navegáveis e flutuáveis, determina-se que «para as reconstruções e reparações de que não resulte qualquer alteração na disposição e dimensões gerais da obra primitiva, não se torna necessária prévia licença do ministério das obras públicas, comércio e indústria, mas devem os proprietários que pretenderem executar essas reconstruções ou reparações prevenir a êste respeito as

respectivas direcções das circunscrições hidráulicas, para que por elas seja fiscalizada a observância das leis e regulamentos para os serviços hidráulicos». Em portaria de 15 de setembro do mesmo ano, dizendo-se ser conveniente que «sejam desde já atendidas as reclamações que tem suscitado a aplicação dalgumas disposições do regulamento dos serviços hidráulicos no que respeita a reconstruções ou reparações de obras nos leitos e margens dos rios não navegáveis nem flutuáveis», fazendo-se referência à portaria de 31 de março e considerando-se óbvio que a mesma doutrina deve ser aplicada, quando se trate de rios não navegáveis nem flutuáveis, guardadas as formalidades exigidas no mencionado regulamento, determina-se «que seja dispensada nova licença para as reconstruções ou reparações de obras nos rios não navegáveis nem flutuáveis, ou para o assentamento de máquinas, para uso industrial ou agrícola, nos seus leitos ou margens, e cuja utilização deva ser temporária, sendo as referidas máquinas retiradas depois da sua laboração, uma vez que dêstes factos não resulte alteração na disposição e dimensões gerais da obra primitiva ou nas condições em que a primeira licença houver sido concedida». Em portaria de 31 de março de 1902 determina-se que, depois de publicada a portaria de 31 de março de 1898, não se pode exigir dos proprietários de azenhas que tirem licença na estação competente para poderem executar as obras temporárias de reparação e montagem anual das mesmas azenhas, quando, na época da estiagem, forem postas em andamento; que apenas pode exigir-se aviso prévio do comêço dessas obras, para as fiscalizar convenientemente e evitar que a disposição primitiva e as dimensões sejam alteradas, sem que, por estes

factos, sejam devidos quaisquer emolumentos: que da falta de observância dêste preceito deverá resultar o embargo da obra, o delito de desobediência às intimações da autoridade, e, por ventura, as multas cominadas no artigo 248.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892, e mesmo o desmanchar-se da obra, como preceitua o artigo 279.º do mesmo regulamento.

Em matéria de obras hidráulicas, o princípio que domina a nossa legislação administrativa é, pois, que essas obras devem ser autorizadas sempre que se trate de obra nova que não seja feita pelos proprietários marginais dentro dos limites dos respectivos prédios e só para a sua irrigação; que neste caso e no de reparações ou reconstruções se deve comunicar por escrito às direcções dos serviços fluviais e marítimos, por intermédio dos mestres ou guardas das respectivas secções, as obras ou trabalhos que se pretende efectuar, a fim de que sôbre essas obras seja exercida a devida fiscalização.

As licenças para obras permanentes nas costas do mar, baías, enseadas e interior dos portos, e nos álveos e leitos dos lagos, lagoas, rios, valas e mais correntes de água navegáveis ou flutuáveis, ou nos seus cômoros, margens, motas, valados, diques e campos marginais inundados habitualmente pelas águas, quer ordinárias, quer de cheias, serão concedidas pelo Govêrno (decreto de 1 de dezembro, artigo 27.º, e regulamento de 19 do mesmo mês, artigo 267.º). As licenças para obras provisórias ou temporárias, que tenham por fim aplicação das águas como fôrça motriz, à irrigação ou à indústria, tanto nos cursos de água navegáveis ou flutuáveis, como nos não navegáveis nem flutuáveis, são da competência dos directores dos serviços fluviais e marítimos, não podendo essas licenças exceder um ano (regulamento citado, artigo 268.º). Competem também aos directores dos serviços fluviais e marítimos nas águas públicas as licenças para obras urgentes destinadas já a evitar a acção corrosiva das águas ou as inundações, já a utilizar as águas em benefício da indústria ou da agricultura (regulamento citado, artigo 269.º e decreto de 24 de setembro, artigo 3.º). As licenças para as obras permanentes ou temporárias indicadas no n.º 3.º do artigo 261.º do citado regulamento de 19 de dezembro serão concedidas pelos directores dos serviços fluviais e marítimos (regulamento citado, artigo 270.º).

Estas licenças não podem ser concedidas quando delas resulte prejuízo de terceiro, ou ao regime da corrente e curso ou escoamento da água, ou quando o fim das respectivas obras seja contrário aos regulamentos administrativos. Para verificar se há ou não prejuízo de terceiros, deve fazer-se um inquérito nos termos preceituados no artigo 272.º do regulamento de 19 de dezembro e no artigo 4.º do decreto de 24 de setembro. Se aparecerem reclamações e não for possível compor os interessados amigàvelmente, ou os reclamantes não desistirem, não poderá ser concedida a licença, e o pretendente terá de intentar perante os tribunais judiciais a competente acção para obter a concessão da licença (regulamento citado, artigo 272.º §§ 3.º a 5.º).

33. *Zonas hidráulicas; grémios.* No conveniente aproveitamento e derivação das águas estão directamente interessados os proprietários dos terrenos que as águas banham, atravessam ou inundam. Ao lado

do interesse público pelo desenvolvimento agrícola, industrial e da navegação, pelas condições de segurança pública e de higiene, há o interesse privado pelo aumento de produtividade dos terrenos em virtude da irrigação, colmatagem, enateiramento ou enxugo dos terrenos. Ora, se é justo que sejam pagas pelo Estado ou pelas autarquias locais as obras que tenham por fim o interesse público ou dos habitantes de uma determinada circunscrição territorial, devem ficar a cargo dos proprietários as que para estes representam um benefício e parece que por êles deviam ser promovidas estas obras.

Obras hidráulicas há, porêm, que não é possível realizar, embora nelas sejam principalmente interessados os proprietários de terrenos banhados ou inundados pelas águas, pela mera iniciativa de um ou outro proprietário. Para êsse efeito torna-se necessária a associação dos proprietários que nessas águas teem interesses comuns, não só para que as obras obedeçam a um determinado plano, mas para que se obtenham para elas os meios necessários.

Sabido é que, embora em algumas leis se tenha procurado promover essa associação, pouco se tem conseguido. Diz-se a êste respeito no relatório que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892: «Entre os nossos lavradores, o princípio da associação ainda não tem ganho raízes e assim consideram, às vezes, como gravame as medidas que os queiram compelir a executar qualquer trabalho donde possa resultar algum proveito aos outros, procurando resistir e acolher-se à protecção de pessoas cuja ilustração e posição social, parece, os deveria levar, pelo contrário, a auxiliar o estabelecimento das disposições que, embora vão prejudicar um ou outro indivíduo, são em benefício da comunidade. No entretanto, a

utilidade geral exige que o Estado não abandone os que, saindo da rotina, queiram melhorar os seus prédios e bem estar; estes servirão de exemplo aos outros, devendo haver a mais bem fundada esperança de que o princípio benéfico da associação agrícola irá com o tempo calando no ánimo de todos, e de que as prescrições agora preceituadas produzirão de futuro os mais benéficos resultados, contribuindo em grande parte para o levantamento da agricultura, de que o nosso país tanto carece».

As disposições tendentes a promover a associação dos proprietários a que se refere o relatório são as relativas aos grémios ou juntas locais dos proprietários das zonas hidráulicas, cuja constituição os decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892 facultam. A contribuição dos proprietários para as obras hidráulicas pode dar-se, porêm, independentemente da constituição dos grémios, desde que sejam aprovadas as demarcações e classificações parciais das bacias hidrográficas. E como por estas demarcações e classificações se constitui um regime especial para as obras hidráulicas, cumpre-nos determinar os princípios em que êle assenta.

Preceitua-se no decreto de 1 de dezembro (artigo 10.º § 1.º) que as classificações e demarcações parciais servirão de base para se estudarem as obras de melhoramento ou conservação que se devem executar, e que os terrenos por elas compreendidos formarão as zonas das bacias hidrográficas respectivas. No regulamento de 19 de dezembro declara-se (artigo 16.º) que cada uma das zonas de qualquer bacia hidrográfica terá uma administração propria e independente, e (artigo 17.º) que o Govêrno, sob pro-