

DOMÍNIO DAS ILHAS FLUVIAIS

AFRÂNIO DE CARVALHO

Consultor Jurídico da Companhia Hidro
Elétrica do São Francisco

SUMÁRIO: *I — Domínio público e domínio privado. II — Domínio das ilhas fluviais. III — Acessão das ilhas no direito romano. IV — Acessão das ilhas no direito moderno. V — Acessão das ilhas no direito brasileiro. VI — Acessão e margens no direito brasileiro. VII — Acessão das ilhas no Código Civil. VIII — Acessão das ilhas no Código de Aguas. IX — Titulares públicos da acessão. X — Resumo e conclusão.*

I

A separação entre o domínio público e o domínio privado, que é fundamental, nunca chegou, segundo parece, a ser estabelecida, com precisão, em parte alguma, deixando assim sempre uma larga margem para controvérsia. Conquanto essa imprecisão se explique, no passado, por circunstâncias históricas, no presente deve ser atribuída consideravelmente à timidez dos legisladores, que se deixam emaranhar e perder por uma questão de técnica jurídica.

2. Todo domínio é público ou privado, não havendo lugar para um terceiro termo, de sorte que dar a definição de qualquer dêles é dar, ao mesmo tempo, a definição do outro. Todavia, quando chega a ocasião de elaborar uma constituição ou um código, surge sempre, ao se tentar estabelecer a linha de separação entre os dois domínios, a objeção de que não é pertinente ou apropriado lançá-la ali... Daí persistir, entre um e outro domínio, zonas indefinidas, que ora são atribuídas ao primeiro, ora ao segundo, ao sabor das opiniões ou das conveniências.

3. Como têm predominado na cena jurídica os códigos de direito privado, visto como só aparece ali uma ou outra tentativa de código de direito público, está visto que é na discussão dos primeiros que tem surgido a dúvida sobre se se deve dar ou deixar de dar uma definição do domínio público. Essa dúvida, que já assaltava os legisladores do Código Civil Francês, o chamado Código Napoleão, repontou,

de novo, há poucos anos, nos trabalhos preparatórios da sua reforma, mas então foi resolvida no sentido mais condizente com a lógica.

4. Com efeito, sendo o Código Civil chamado a definir a propriedade privada, não somente no seu conteúdo, mas também no seu limite, está claro que, como o limite está no domínio público, este há-de ficar definido, seja positiva, seja negativamente. Quando, por escrúpulo técnico, se abandona a primeira ponta da alternativa, não se pode fugir da segunda, visto como, ao dizer-se o que é o domínio privado, está se dizendo que, além da fronteira dêste, é o domínio público. A observação prevalece qualquer que seja o vínculo jurídico que se atribua ao domínio público, de verdadeira propriedade ou de mera administração. Neste, tanto, pelo menos, a disputa sobre se o domínio público constitui uma categoria de propriedade ou se situa fora desta, não passa de uma *quérelle de mots*...

5. Assim, os reformadores do Código Civil Francês, abandonando o escrúpulo técnico, entenderam definir o domínio público, não de modo negativo, mas de modo positivo. Ao fazê-lo, preferiram o conceito sintético do domínio público, extraído dos seus atributos, ao método enumerativo, igualmente válido, pôsto sujeito ao risco de uma enumeração incompleta. Este último método, ao contrário do que aconteceu recentemente na França, fôra o preferido no Brasil pelo Projeto de Código Civil revisto pela Câmara, neste ponto rejeitado, a meu ver, com infelicidade pelo Senado Federal.

6. Por isso mesmo, a questão de saber se as ilhas fluviais estão no domínio público ou no domínio privado prestou-se, no nosso direito, a longa controvérsia, que, embora deslocada de sua posição inicial, ainda não se dirimiu por completo, talvez por não existir sobre o tema nenhuma monografia que o estude com profunda e segurança. As opiniões divergentes, até agora emitidas encontram-se em pequenos tópicos ou notas de livros de matéria geral e em poucos pareceres e trabalhos específicos que, embora valiosos, apresentam menor desenvolvimento do que aquêle que o tema comporta.

II

7. A determinação do domínio das ilhas fluviais oferece tanto maior interesse prático quanto, além das existentes, outras continuam a formar-se pelo trabalho imperceptível de forças naturais que, depois de modelarem a superfície da terra, tal qual se apresenta hoje aos olhos do observador, continuam a atuar incessantemente para mudar-lhe a feição. Entre essas forças naturais estão as águas correntes, que não só operam como transportadoras de materiais, mas ainda como agentes físicos de excavação da terra, aproveitando geralmente trechos de solo de menor resistência, através dos quais abrem, a pouco e pouco, novos sulcos e depressões. Ao contrário do imaginado na interpretação cataclísmica, é sempre um lento trabalho de modelagem, que modifica a superfície terrestre através das idades.

8. Daí a possibilidade de formação de ilhas, não apenas pelo depósito, no leito das correntes, de materiais carregados pelas águas, como pelo descaminho parcial destas através dos terrenos marginais, formando novos braços dos rios. Esse é um fenômeno geral, que, todavia, acusa, em certas regiões, maior intensidade do que em outras, provocando, por isso mesmo, a atenção especial dos observadores.

9. Haja vista o que, no Brasil, ocorre nos rios da Amazônia, onde a aluvião e a avulsão, com a conseqüente mobilidade das ilhas, ocasionam um movimento de terras de tal magnitude que assombrou o mais vigoroso dos nossos escritores-geógrafos, cuja pena o descreveu com um realismo tanto mais amargo quanto supunha que, desmanchando o nosso solo, se destinasse a engrandecer o território estadunidense (Euclides da Cunha, *A margem da história*, Pôrto, Liv. Chardron, de Lelo & Irmãos, 1913, págs. 13-22). Nos Estados Unidos, os rios Mississipi e Missouri, por exemplo, são famosos pela erosão de suas margens e pelas mudanças de seu canal, o que dá até motivo a muitas ações judiciais entre proprietários ribeirinhos e insulares. Em certo caso, uma ilha fluvial onde se achava estabelecido um agricultor, foi levada por uma enchente, mas, poucos anos mais tarde, reconstituída e aumentada consideravelmente pelo rio, que a uniu ao terreno marginal. Como, de acôrdo com a lei norte-americana, o acrescido marginal se torna propriedade do dono da margem, mas, por outro lado, o acrescido insular, se a ilha não tiver desaparecido por completo, se torna propriedade do dono da ilha, êste, no caso, levou a melhor, porque conseguiu provar que a ilha não fora totalmente destruída (Richard T. Ely, *Land Economics*, The Macmillar C.º, New York, 1941, pág. 368 e nota 1).

10. Além dessas ilhas instáveis, ora em maior, ora em menor grau, existem outras estáveis, recortadas pelos rios em solo rochoso em virtude de caprichos da topografia. Assim se apresentam, por exemplo, as ilhas do arquipélago de Paulo Afonso, que o rio São Francisco, abrindo-se em diversos braços, forma a montante da cachoeira do mesmo nome, pois são constituídas de rocha dura cristalina, através da qual a água cavou aquêles canais (*Atlas-Relatório*, de Henrique Fernando Guilherme Halfeld, Lit. Imperial, ed. de 1860, pág. 44; Boletim n.º 14 do Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil, pág. 51).

11. O direito romano já registrava os diversos modos pelos quais aparecem as ilhas, dizendo um texto de Pompono que elas se podem formar nos rios de três modos: 1.º — quando um rio cerca um terreno que antes não fazia parte do álveo; 2.º — quando deixa em sêco uma parte do seu álveo e começa a correr em redor; 3.º — quando com os materiais que transporta forma uma eminência sôbre o álveo e depois a aumenta pela aluvião. A êsses três modos, Paulo juntou um 4.º — a saber, pela reunião de ramos de árvores, ou outras matérias leves, de modo que não adiram ao solo e possam mover-se (Dig., liv. 41, tit. 1, fr. 30, § 2.º; fr. 65, § 2.º; Cr. Antônio Joaquim Ribas, *Curso de Dir. Civ. Brasileiro*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, "Tip. do Jornal do Comércio", 1905, cap. III, § 3.º, nota 26).

12. Seja qual fôr o modo pelo qual aparecem as ilhas, está claro que estas, cercadas pelos braços de rio que as recortam, são formadas no leito dêste, porque cada um dos braços é indubitavelmente o próprio rio, ao passo que, transposta a caixa dêste, se encontram as margens. Donde se vê que o domínio das ilhas fluviais pode ser atraído por dois polos diversos, devendo gravitar em tórno de um dêles: o domínio do rio e o domínio das margens.

13. A quem interessa mais o domínio das ilhas fluviais, ao senhor do rio, ou ao senhor das margens? A resposta poderia variar na antigüidade, mas na atualidade só deverá favorecer o senhor do rio, a menos se ressalvem hipóteses excepcionais. E o senhor do rio é, via de regra, o Estado, podendo-se repetir agora, no nosso direito, o que já se dizia no direito romano: quase todo rio é público.

14. Aos interesses públicos da navegação já os oradores do Tribunato ligavam a sorte das ilhas, porque realmente elas se prestam a servir como de escala ou aprovisionamento ou para o estabelecimento de sinais ou de pontes levadiças, sem falar na conveniência, que pode existir para aquela, em aprofundar ou retificar, por seguir a direção geral do curso do rio, o braço ou canal que esteja para o outro braço e para a ilha na posição de uma corda de arco de círculo. A êsses interesses juntam-se, hoje, outros, talvez mais influentes, como os do aproveitamento da energia hidráulica ou do contrôlo das inundações, postos em relêvo não só por juristas como por economistas modernos, um dos quais se inclina a sobrepo-los aos da navegação, ao assinar o declínio da importância desta (Richard T. Ely, ob. cit., página 365).

15. Essa advertência tem tôda a razão de ser, como comprovam os fatos por tôda a parte, inclusive em nosso país, onde, ainda agora, está sendo aproveitado o arquipélago existente a montante da cachoeira de Paulo Afonso, para assento de uma grande usina elétrica com suas barragens, comportas e demais instalações. Assim, atualmente o reconhecimento de estarem as ilhas no domínio público, tem a máxima importância para o Estado, que concede linhas de navegação e aproveitamento hidrelétricos e promove a construção de barragens para contrôlo de inundações de sorte que ninguém mais ousaria repetir a pergunta que, atendendo ao estado da propriedade territorial no Brasil, motivo prèviamente declinado com clarividência, Lafayette fêz no seu tempo: "Que monta ao Estado, senhor entre nós de vastos domínios, adquirir a propriedade de uma ilha que nasce no meio de algum rio navegável?"

16. O domínio das ilhas fluviais, por conseguinte, tanto pode ser investigado indiretamente, em textos definidores dos titulares dos bens, já nas constituições e leis administrativas, já nos códigos de direito privado, como indiretamente, nos textos concernentes à aquisição do domínio por acessão, constantes dos códigos de direito privado. Com efeito, tanto importa afirmar imediatamente qual o proprietário das ilhas fluviais, quanto dizer circunloqualmente que estas pertencem

cem ao proprietário das margens próximas ou dos rios onde se achem como acessórios daquelas ou dêstes.

III

17. Aliás, desde o direito romano, o domínio das ilhas fluviais tem sido estudado menos como um tema autônomo, do que como um desdobramento do tema geral da acessão, a qual, como se sabe, é o modo pelo qual o dono de uma coisa adquire a propriedade de outra, que se lhe une ou incorpora, considerada a primeira como principal. De duas coisas que se unem ou incorporam, principal é a que determina a função econômico-social de ambas como um todo. A questão está, pois, em saber se a propriedade das ilhas é adquirida pelo dono das margens, ou pelo dono dos rios, pois as margens e os rios são as coisas vizinhas às ilhas que se acham em posição de chamá-las a si como acessórios.

18. O direito romano não era preciso em dirimir essa alternativa, pois tanto a primeira como a segunda ponta encontrava apoio em seus textos. Com efeito, do exame dêstes se apura que os jurisconsultos se dividiam, no tocante às ilhas, havendo uma doutrina partidária da acessão à margem e outra, da acessão ao rio, filiando-se ambas a fragmentos do *Digesto*, cuja antinomia constitui um dos mais notórios desmentidos à crença de Justiniano, na impecabilidade lógica da coleção de trabalhos que mandou pôr em ordem.

19. A *insul in flumine nata*, segundo a primeira doutrina, pertence aos proprietários de uma e outra margem, ora a um só dêles, ora a ambos, conforme a posição que ocupe, já adjacente ou próxima a uma das margens, já situada no meio do álveo. Essa doutrina da acessão às margens filia-se a um fragmento de Ulpiano:

“Si insula in publico flumine fuerit nata, inque ea aliquid fiat, non videtur in publico fieri: illa enim insula aut occupantis est, si limitati agri fuerunt, aut ejus, cujus ripam contingit, aut, si in medio alveo nata est, eorum est qui prope utrasque ripas possident” (*Digesto* liv. 43, 6i. 12, fr. 1, § 6).

Convém dizer, entre parêntese, que a alternativa *aut occupantis est, si limitati agri fuerunt*, prevê o caso em que os campos particulares adjacentes não cheguem ao rio, pelo que, não lhes cabendo a acessão, as ilhas, como *res nullius*, passariam a pertencer aos primeiros ocupantes.

Além de concordar com a anteriormente expendida por Gaio, essa doutrina de um dos fragmentos do *Digesto* tinha por si o apoio das Institutas, obra elementar contemporânea daquele, destinada, como se sabe, ao ensino da mocidade, e fez proselitismo entre os romanistas, a ponto de se vulgarizar como a doutrina romana, como se nenhuma outra houvesse em sentido diferente (*Institutas*, liv. 2.º, I *De rerum divisione*, 22; Charles Maynz, *Droit Romain*, 3.ª ed., Bruxelas, 1876, tomo 1.º, § 101; Charles Demangeat, *Droit Romain*, 3.ª ed.,

Paris, A. Marescq Ainé, Ed., 1876, tomo 1.^o, pág. 463 e segs.; Fritz Schutz, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1951, pg. 363).

20. Já de acôrdo com a segunda doutrina a *insula in flumine nata*, tendo em vista o princípio, segundo o qual *omne quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est*, é também pública. Essa doutrina da acessão ao rio funda-se em um fragmento de Labeão:

“Si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet” (*Digesto*, liv. 41, tit. 1, fr. 65, § 4.^o).

21. A segunda doutrina sofreu séria oposição dos romanistas adeptos da primeira, que, dando tratos ao fragmento de Labeão, procuraram emprestar-lhe um sentido diverso do da sua expressão literal, chegando uns ao ponto de anulá-lo, enquanto outros se contentavam em reduzir-lhe o alcance. Para os primeiros, o fragmento diria o oposto do que nêle se lê; para os últimos, seria aplicável sòmente ao uso e não à propriedade das ilhas, ou sòmente aquelas dentre estas que estivessem situadas defronte dos lugares públicos (Maynz, ob. e loc. cit.; Demangeat, ob. e loc. cit.; Ribas, ob. cit., pág. 368).

22. Dentre os que lhe invertiam o significado, Maynz o fazia, dizendo ser preferível considerar a proposição de Labeão como um argumento *ad absurdum*, lendo-o como se êle dissesse que, se tudo quanto nasce ou se constroi em um lugar público fôsse público, a ilha formada num rio público também deveria ser pública. Demangeat dizia com elegância que provàvelmente Labeão queria refutar o absoluto da proposição segundo a qual tudo quanto nasce ou se constroi num lugar público, pois, se essa proposição fôsse exata, daí decorreria que a ilha que se forma em um rio público seria igualmente pública, o que não ocorre. Ambos conjecturavam, embora o segundo invocasse em abono de sua conjectura um fragmento anterior do juriconsulto romano, que deveras a sufragaria, se as versões dos textos latinos, repassadas pelas interpelações e traições dos copistas, não variassem tanto: *si qua insula in flumine publico proximo tuo fundo nata est, ea tua est*.

23. Porque não receber o fragmento capital como soam suas palavras, uma vez que êle afirma simplesmente um princípio geral e dêle tira uma consequência lógica referente às ilhas? Haveria acaso alguma razão pela qual estas deversem excepcionar o princípio? Como nenhuma foi aduzida pelos opositores, é lícito supor que não existisse. Portanto, a natureza pública do rio devia mesmo comunicar-se às ilhas.

24. Tanto assim que o esforço de interpretação adversa ao sentido literal do texto não logrou abalá-lo, de sorte que êle pôde atravessar os tempos e impor-se como preceito dominante no direito moderno. Se é certo que as duas doutrinas, surgidas paralelamente no direito romano, assim seguiram o seu caminho, não menos certo é que a segunda acabou por sobrepujar a primeira, porque, tendo por si, na origem, a coerência como um princípio geral, veio a revelar, depois, uma perfeita harmonia com os fatos da sociedade atual o que testemunha a excelente previsão do seu autor.

IV

25. Foi o Código Civil Francês que cortou, em 1808, a questão legada pelo direito romano, optando claramente pela segunda doutrina accessionista, pois, ao regular a aquisição da propriedade por acessão (Tit. II, *De la Propriété; chapitre II, Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose*) preceituou que as ilhas dos rios públicos são públicas:

Art. 560. "Les îles, îlots, atterrissements qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables appartiennent à l'Etat, s'il n'y a titre de prescription contraire" (*Cód. Civ. Fr.*, artigo 560).

Essa solução espalhou-se de então por diante por outros códigos e leis que foram sucessivamente aparecendo, levada não só pelo valor intrínseco da obra dos jurisconsultos de Napoleão, como pelo prestígio do nome e das armas dêste. Portanto, o Código Civil Francês, irradiando sua influência pelo mundo inteiro, tornou-se, no referido ponto, o paradigma do direito moderno.

26. Ao fazer o Código Civil Francês a sua opção, tomou a dianteira no melhor sentido, como a evolução do direito veio a mostrar. Treilhard, no Conselho de Estado, explicava o dispositivo, ligando a sorte das ilhas à do leito dos rios navegáveis ou flutuáveis, que pertence ao domínio público, mas já os oradores do Tribunato a vinculavam ao interesse geral da navegação e do comércio, que impunha ao Estado conservar a livre disposição das ilhas dependentes do domínio público (Aubry & Rau, *Droit Civil*, "Librairie de la Cour de Cassation", Paris, 1935, tomo 2.º, págs. 358-359; Cf. Huc, *Droit Civil*).

27. Assim, merecia deveras ser seguido o exemplo em que, direta ou indiretamente, se inspiraram os códigos que, daí por diante, em diferentes épocas, vieram a lume: Código Civil Austríaco (art. 407), Italiano de 1865 (arts. 457 e 458), Espanhol (arts. 370 e 373), Português (art. 2.294 e 2.295), Argentino (art. 2.340). A disposição dêste último costuma ser atribuída à influência do Esboço de Código Civil Brasileiro, de Teixeira de Freitas (art. 336, ns. 6 e 7), mas, como êste se acostara, segundo se verá, em Coelho da Rocha, que, por sua vez, se firmara no Código Civil Francês, daí se segue que a fonte comum foi sempre a mesma.

28. Antes de adotar expressamente a solução do Código Civil Francês, a doutrina portuguesa vacilava entre duas correntes de opinião, a do domínio público e a do domínio particular, porque as Ordenações silenciavam sobre o assunto, limitando-se a atribuir aos *direitos reais* as ilhas adjacentes mais chegadas ao reino, isto é, as marítimas (*Ord.*, L 2.º, T. 26, § 10). Como êsse texto se prestava ao argumento *a contrario sensu*, que mais tarde viria a causar dano também na doutrina brasileira, houve ensejo para a opinião de serem particulares, como acessórios das margens, as ilhas fluviais.

29. A opinião publicista, porém, tinha em seu prol o grupo mais seletivo de civilistas, entre os quais Melo Freire a apoiava no pa-

recer de Labeão, enquanto Coelho da Rocha a assentava declaradamente no Código Civil Francês, havendo ambos tomado êsse partido ao discorrerem sobre a acessão natural (Melo Freire, *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 3.º, tit. 3.º, § 7.º; *Dig. Port.*, III, 34; Antonio Ribeiro Liz Teixeira, *Curso de Dir. Civ. Port.*, Coimbra, Imp. da Universidade, 1848, tomo 2.º, pág. 82, ao citado, § de Melo; Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ. Port.*, 3.ª ed., tomo II, Coimbra, Imp. da Universidade, 1852, § 417).

30. A opinião privatista, além de minguada, se arrimava no argumento *a contrario sensu* tirado das Ordenações e da particular reserva das ilhas do Tejo para o patrimônio real, donde se pretendia inferir que para êste não haviam ficado, desde a origem do reino, como se dizia, tôdas as demais ilhas. A êste frágil argumento, invocado em contrário ao ensino de Melo Freire, Lobão ajuntava outro deveras contraproducente, a saber, o Alvará de 28 de março de 1791, relativo ao encanamento de águas do rio Mondego, cujo teor, no que toca às ilhas, era o seguinte:

“29. Quaisquer *insoas* ¹, camalhões que obstarem ao encanamento, serão cortados ou destruídos ou em parte, ou em todo, como fôr necessário, sem se considerar *compensação* aos *possuidores*, porque se não deve aos *usurpadores* do álveo do rio que com *usurpações* têm causado tanto dano à navegação e aos legítimos senhores das terras dos campos contíguos” (Manoel d’Almeida e Souza, De Lobão, Notas a Melo Freire, Lisboa, Imp. Nacional, 1854, Liv. 3.º, tit. § 7.º e Dissertação final do tomo I; Cr. Portugal, *De Donationibus*, liv. 3.º, cap. VII, ns. 8-10).

Segundo o seu inverossímel arrazoado, o citado § 29, só nega indenização pelas ilhas e mouchões artificiais que considera usurpações, o que importa em concedê-la pelas demais ilhas, que seriam assim particulares. Na verdade, porém, o Alvará, pressupondo que as ilhas daquele rio público sejam públicas, não só chama aos seus *possuidores*, com justeza, de *usurpadores*, como lhes recusa *compensação* pelo dano que sofrerem com o corte ou destruição das mesmas. Êsse sentido normal, que emerge naturalmente do texto, deve ser preferido ao sentido anormal, que entende que usurpadores são os que obstruem o leito do rio com ilhas artificiais, como se o comum fôsse construí-las... Demais, importa advertir que, enquanto êsse parágrafo trata da *não-indenização*, dirigindo-se aos ocupantes de ilhas, o parágrafo seguinte trata de *indenização*, visando aos donos dos terrenos marginais, o que põe ainda em mais nítido relêvo a propriedade pública daquelas.

¹ Assim elucidada um léxico o vocábulo *ilha*: “Esta palavra, diz G. Viana, *Apost. II, 6*, é indubitavelmente derivada do latim *insula*, mas, por evolução muito especial, e de que talvez não haja outro exemplo em português, principalmente se atendermos ao alótopo *insua*, perfeitamente regular e comparável a *regua-regula*, *mágoa-mácula*” (Antenor Nascentes, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 1.ª e única edição, Rio de Janeiro, 1932, p. 422).

31. Nestas condições, o direito moderno segue, com todo acêrto, a corrente publicista, da acessão das ilhas ao rio, considerando êste como uma unidade formada de água, leito, margens e ilhas. Ao seguí-la, colhe, por tôda a parte, o louvor dos juristas, tão bem compendiado por Wolff, ao dizer, depois de recordar a chamada doutrina romana, que melhor o ordenam o direito francês e as leis modernas de águas: *a ilha corresponde ao proprietário da corrente de água* e, portanto, nos rios navegáveis (correntes da primeira categoria) ao Estado (Ennecerus, Kipp e Wolff, *Trat. de Dir. Civ.*, Bosch, Barcelona, *Dir. das Coisas*, Wolff, v. 1.^o pág. 598). O direito moderno tem sua expressão em textos de códigos civis e de leis de águas, dos quais um dos mais recentes é o novo Código Civil Italiano, de 1942, que assim dispõe:

“945. *Isole e unioni di terra. Le isole e unioni di terra che se formano nel letto dei fiumi o torrenti appartengono al demanio publico”.*

Aliás, o novo Código Civil Italiano ultrapassou o antigo ao atribuir ao domínio público tôdas as ilhas, sem distinguir a navegabilidade ou inavegabilidade da corrente onde se encontram, conforme se infere da leitura do texto, confirmada pelos seus comentadores (Cf. Nicola Stolfi e Francesco Stolfi, *Il nuovo Codice Civile*, Napoli, 1951, páginas 205-207).

V

32. O direito brasileiro, oriundo do direito ultramarino, refletiu, de comêço, na sua doutrina, as duas opiniões que bifurcavam contemporaneamente o seu tronco. Ambas eram sustentadas com os mesmos argumentos, que na origem as tornavam admissíveis. Não foi diverso o desfêcho dessa contenda, porque levou a melhor a opinião publicista, da acessão das ilhas aos rios, embora, resolvida essa questão, uma outra surgisse em segundo plano, em decorrência de ter o país adotado a forma federativa de Estado.

33. A opinião privatista beneficiou-se não só da circunstância de haver o direito privado obscurecido, em quadra relativamente longa, o direito público no nosso país, mercê dos grandes nomes que o opulentavam, como ainda ao fato de terem sido apregoados como seus sequazes os dois maiores dêsses nomes, Teixeira de Freitas e Lafayette, quando, na realidade, o primeiro lhe era contrário. Se é certo que, na Consolidação das Leis Civis, ao fazer a enumeração dos bens do domínio nacional, êle omitiu as ilhas fluviais, não menos certo é que essa enumeração tem caráter exemplificativo e não taxativo, devendo ser completada com a sua nota ao artigo sôbre a aquisição derivada do domínio em que menciona a aquisição originária por acessão natural de ilhas, reportando-se a Coelho da Rocha, cujo texto, como já se viu, favorece os rios, e não as margens. Dessa maneira, o seu nome deve ser excluído da lista dos adeptos da acessão às margens, tôda constituída de civilistas que escreveram bem antes do Código Civil (Lafayette, *Dir. das Coisas*, § 39 e nota 48; Ribas, *Dir. Civ.*, 3.^a ed., pág. 377;

Lacerda de Almeida, *Dir. das Coisas*, § 20, d; Carvalho de Mendonça, *Rios e Águas Correntes*, ed. de 1909, n.º 101).

34. A opinião publicista, da acessão das ilhas aos rios, inspirada no exemplo do Código Civil Francês, colhido de segunda mão, através de Coelho da Rocha, ou de terceira, através de outrem, que nêle se amparou, reuniu logo os administrativistas, que, embora em pequeno número, e debilitados pelo desprestígio do direito público entre nós, uniformemente sustentavam que as ilhas no álveo de um rio navegável pertencem ao Estado, salvo título em contrário de particulares (José Maurício Fernandes Pereira de Barros, *Apontamentos de Direito Financeiro Brasileiro*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1855, pág. 75-76; Prudêncio Giraldes Veiga Cabral, *Dir. Adm.*, Bras., Tip. Laemmert, 1859, § 30, pág. 135; Antonio Herculano de Sousa Bandeira, *Novo Manual dos Feitos da Fazenda*, Rio de Janeiro, Laemmert & Cia. 1888, § 501, nota 510). Ao lado dêstes, vieram colocar-se, com o tempo, os mais notáveis civilistas, a começar do grande Teixeira de Freitas, que, no “Esbôço”, confirmou a opinião que deixara entrever na Consolidação das Leis Civis, incluindo no domínio público, a cargo do *Govêrno Geral*, as ilhas existentes ou que se formarem nos rios navegáveis ou públicos. Por sua vez, Carlos de Carvalho, ao atualizar mais tarde o nosso direito escrito, na sua Nova Consolidação das Leis Civis, em vez de referir apenas a acessão das ilhas aos rios como o seu insigne antecessor, as destacou expressamente na enumeração do bens do domínio públicos, preceituando que pertencem *aos Estados* “as ilhas que se formarem nos rios navegáveis e nos dos que se fazem os navegáveis”. Assim se firmou sólidamente e passou a dominar entre nós a segunda corrente da acessão das ilhas aos rios, ou, por outras palavras, do domínio público das ilhas dos rios públicos (Teixeira de Freitas, *Consol. cit.*, 3.^a ed., 1876, nota 25 ao art. 906; *Esbôço do Código Civil*, art. 336 n.º 6; Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação cit.*, art. 216 letra d; Rodrigo Otávio, *Do Domínio da União e dos Estados*, Rio de Janeiro, Imp. Nacional, 1897, n.º 104; Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito*, § 65; Eduardo Espínola, *Sistema do Dr. Civ. Bras.*, Bahia, Reis & Cia., 1908; v. 1.º, Cap. III, § 2.º página 421).

VI

35. De passagem, convém advertir que não procede, *data venia*, o argumento que, em refôrço da opinião vitoriosa, foi, de sobejo, invocado pelo Sr. Clodomir Cardoso, segundo o qual, havendo uma faixa de “terrenos reservados” de permeio entre os rios e os terrenos ribeirinhos êstes carecem do direito à acessão das ilhas por se acharem em posição correspondente aos *agri limitati* dos romanos, em favor dos quais aquêlê meio de aquisição não operava. De fato, a acessão não beneficiava os *agri limitati*, que, por terem o slimites fixados por agri-
mensores públicos, não eram suscetíveis de incremento por terreno que

se lhe juntasse, o qual deveria ser considerado como *res nullius* e passaria a pertencer ao primeiro ocupante, conforme o princípio geral aplicado por Ulpiano em relação às ilhas: *in agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat* (Maynz, ob. cit., tomo 1.º, § 101; Demangeat, ob. cit. tomo 1.º, pág. 463 e segs.; Fritz Schultz, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1951, pág. 363).

36. Mas, o que precisamente se nega é que os terrenos ribeirinhos estejam em posição correspondente aos *agri limitati*, pois os chamados “terrenos reservados”, que os impediriam de confinar com o rio, nada mais são do que as margens dêste. Se os terrenos ribeirinhos confinam com os terrenos reservados e se êstes nada mais são que uma parte componente do rio, está claro, a mais não poder, que os terrenos ribeirinhos confinam com o rio. Aliás, foi provávelmente por engano que aquela expressão entrou em voga para designar a língua de terras das margens dos rios, pois já existia para denominar os traços que, com meia légua de testada para os mesmos e outro tanto de fundo, se destinavam a logradouros públicos, conforme previa a Ordem Régia de 11 de março de 1754 cuja benemerência procurei restaurar no anteprojeto de lei agrária (Afrânio de Carvalho, *Lei Agrária*, SIA, 1951, art. 2.º, pág. 20).

37. A verdade é que, compondo-se o rio de água, leito e margens, estas, no direito romano, eram definidas já como as orlas adjacentes ao curso natural da água, já como as atingidas pelas maiores enchentes. Essa dubiedade no tocante à extensão das margens persistiu no direito português das Ordenações e, por via de consequência, no direito brasileiro dos quais aquêle era subsidiário, até que uma lei orçamentária do Império, nas disposições gerais, a cortou sem o dizer “reservando” para servidão pública, nos rios navegáveis e nos de que se fazem os navegáveis, uma zona marginal determinada, a saber, sete braças, ou quinze metros aproximadamente, desde o ponto médio das enchentes ordinárias. O regulamento dêsse dispositivo legal, feito logo depois, confirmando a delimitação da zona marginal, a apelidou de “terrenos reservados” e estabeleceu as condições do seu eventual aproveitamento (Lei n.º 1.507, de 1867, art. 39; Dec. n.º 4.105, de 1868, art. 1.º, § 2.º).

38. Na tradição oral dos ribeirinhos, formada sem o conhecimento exato do fraseado da lei, essa delimitação costuma ser havida errôneamente como dupla, da margem, pertencente ao domínio público, cujo limite estaria na linha média das enchentes ordinárias, e de uma faixa de “servidão” pública, pertencente à propriedade particular, cujo limite estaria na linha paralela a sete braças da primeira. Assim, o domínio público, vale dizer, a margem do rio, terminaria na linha média das enchentes ordinárias, onde começaria o domínio privado, pôsto gravado com o ônus da servidão pública.

39. Na realidade, porém, como no texto legal, ao mesmo tempo que se reservava para a servidão pública a faixa de sete braças desde a linha média das enchentes ordinárias também se admitia que dentro dela, o poder público concedesse lotes a particulares, dessa associa-

ção de idéias resultou logicamente o entendimento de que a faixa era pública, de uso comum, com a virtualidade de poder transformar-se em pública patrimonial mediante concessões gravadas com aquêlê ônus. Esse entendimento foi confirmado inequivocamente pela regulamentação do texto, no seu preâmbulo e no seu contexto, já declarando os terrenos do domínio público, já os predispondo a concessão, já, finalmente, investindo de preferência para obtê-la, nas respectivas testadas e frentes, “os posseiros, na suposição de lhes pertencerem os terrenos, e fazerem parte de suas fazendas sítios ou outras propriedades contíguas”. Desta sorte, a linha média das enchentes ordinárias passou a servir apenas de referência para a medida das sete braças, pois a linha que, a essa distância, corre paralela à primeira é que marca efetivamente o limite da margem, determina a extrema do domínio público, fixa o começo do domínio privado.

40. Em suma, não houve delimitação dupla, mas simples, pois o que se delimitou foi, tão somente, a margem do rio, traçando-se a linha que a separa da propriedade ribeirinha a sete braças, ou quinze metros, da linha média das enchentes ordinárias. A margem do rio, que, à semelhança dêste, é pública e se destina sobretudo ao uso comum, ficou assim legalmente definida como a extensão que vai do fio d'água até quinze metros além da linha média das enchentes ordinárias.

41. Donde se colhe que a lei imperial, ao surgir, não teve caráter inovador, mas meramente demarcatório, porquanto, para dirimir a confusão de limites entre os terrenos ribeirinhos e o rio, apenas fixou o contôrno externo dêste, ou a sua margem, a quinze metros da linha média das enchentes ordinárias, por onde passou a correr, de então por diante, a linde indisputável entre os dois imóveis. Essa delimitação da margem acabou sendo incorporada ao Código de Águas, não só com o mesmo alcance, mas ainda com as mesmas impropriedades acidentais, consistentes na repetição de um nome e de um título jurídico inadequados. Ao ressuscitar a concessão de terrenos reservados, quando esta ficara letra morta, por não se conceber senão como imanente em outra de aproveitamento fluvial, o Código de Águas, pelo menos, a moderou com a tolerância do uso pelos ribeirinhos, com o que, sem distrair a margem da sua destinação comum com o rio, atendeu à realidade e à conveniência da exploração dos imóveis rurais fronteiros (Código de Águas, de 1934, art. 14; art. 11, § 2.º).

42. Para se ver que a chamada faixa dos “terrenos reservados” outra coisa não é senão a própria margem do rio, basta refletir que ela cobre terreno suscetível de ser invadido e até ultrapassado, em certos casos, por enchentes extraordinárias, em cujo fluxo, no entanto, estava um dos critérios definidores da margem no direito romano. Se se quer, porém, uma prova imediata e material dessa afirmativa, basta abrir o Código de Águas, no livro I, Águas em geral e sua propriedade, Título I, Águas, margens e álveo, Capítulo IV, Álveo e margens: sob a legenda “álveo e margens” o Código define primeiro o álveo e depois... os terrenos reservados!

43. Ora, se se trata da própria margem do rio, que é um todo constituído de três elementos, água, leito e margem, dos quais o primeiro é o principal, óbvio é que não existe nenhuma propriedade interposta entre os ribeirinhos e o rio. A suposição de existir uma propriedade pública de permeio entre os ribeirinhos e o rio originou-se de que, empregada certa vez para designar as margens do rio uma locução inadequada, nascida da assemelhação delas seja aos verdadeiros “terrenos reservados”, seja aos “terrenos de marinha”, não mais foi substituída pelo termo próprio na terminologia legal. Aí está um caso típico em que a forma sobrelevou o fundo.

44. Assim, embora seja a margem acessório do rio, parece assumir, com aquela denominação anormal, uma individualidade distinta. Essa ilusória individualidade ganhou maiores foros de verossimilhança, quando, adotada no Brasil a Federação, a doutrina dominante veio a considerar a margem como terreno dos Estados, dissociando-a absurdamente da dominialidade e da destinação dos rios.

45. Dessa dissociação foi que o saudoso jurista inferiu, sem dúvida, a existência de uma propriedade pública intercalar, tanto mais quanto, para dar-lhe, na aparência, apoio sobreviera certo dispositivo do Código de Águas, trasladado para a Constituição de 1934 e reproduzido na Constituição de 1937 (Código de Águas, art. 31; Const. de 1934, art. 21, n.º II; Const. de 1937, art. 37, b). Ora, como, sem grave motivo, é um contrassenso arrebatrar a margem à condição jurídica do rio quebrando a unidade dêste, indispensável à navegação e ao aproveitamento industrial, o aludido dispositivo, eliminado da Constituição de 1946, mas subsistente no Código de Águas, há-de ser interpretado à revelia da doutrina que o teria inspirado, isto é, da *mens legislatoris*, que se considerará superada pela *mens legis*, a fim de que êle assumo o sentido mais consentâneo com aquêles fins sociais (Lei de Int. ao Cód. Civ., art. 5.º). Desta sorte, deve-se entender que, ao atribuir, em regra, aos Estados os “terrenos reservados” dos rios navegáveis, ressaltando-os à União e aos Municípios quando a êstes couberem por algum “título”, o que êle faz é apenas destacar o caso comum dos demais, regulando todos da mesma maneira, pois o “título” das três entidades está na acessão natural. Se bem os seus termos se prestem a essa inteligência, o arranjo da frase estorvou o argumentador.

46. Como quer que seja, independentemente do argumento admicular, mas improcedente, já se firmara, nesta altura, a tese da acessão das ilhas ao rio, ou, por outras palavras, do domínio público das ilhas, mas se questionava sôbre se o titular dêsse domínio era a União ou o Estado Federado, embora em favor da primeira militasse a opinião já referida dos administrativistas, do maior dos nossos civilistas antigos, Teixeira de Freitas, de um grande civilista contemporâneo a quem tocou depois a honra de ser o codificador do nosso direito

civil, Clóvis Beviláqua e, por fim, de um monógrafo justamente acatado, Rodrigo Otávio.

VII

47. O Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, vindo a lume em 1900, absteve-se de, na parte geral, enumerar os bens do domínio público, porque o seu autor entendia não caber essa enumeração a uma lei de direito privado, mas, sim, de direito público. Não fôra êsse rigorismo, na enumeração dos bens públicos teriam aparecido, após os rios navegáveis e os de que se fazem os navegáveis, as ilhas formadas nos mesmos, visto como, a êsse tempo, se tornara pacífica a opinação da dominialidade pública das ilhas.

48. Tanto assim que, surgindo no interregno o Projeto de Código Comercial de Inglez de Sousa, destinado a transformar-se eventualmente em Código de Direito Privado mediante um conjunto de emendas suplementares, não teve dúvida, a despeito do seu caráter inovador, de manter nas referidas emendas aquela dominialidade.

Êsse novo, valioso e baldado trabalho, que se interpôs no longo periodo de discussão do primeiro, também quis abster-se, como êste, de discriminar os bens que pertencem à União, aos Estados e aos Municípios (Inglez de Sousa, *Projeto do Código Comercial*, Rio de Janeiro, Imp. Nac., 1915, v. I, Introdução, pág. 95). Se por êsse motivo de método, omitiu efetivamente, na parte geral, a classificação dos bens públicos pelas pessoas de direito público interno na parte especial da acessão da propriedade imóvel não pôde deixar de dar a distribuição das ilhas por essas pessoas, estatuinto que as ilhas e ilhotas formadas nos mares territoriais do Brasil pertencem à União; as formadas nos rios e lago públicos pertencem à União ou ao Estado, conforme pertencer a êste ou àquela o domínio dos rios ou lagos (Inglez de Sousa, *Projeto cit.*, art. 417, v. III, pág. 36).

Aí está a prova de que, ao elaborar-se o Código Civil, a *communis opinio* reputava as ilhas fluviais acessórios dos rios e lhes atribuía a dominialidade correspondente a êstes, havendo como federais as ilhas de rios federais, estaduais, as de rios estaduais, municipais, as de rios municipais, embora a êstes tenha deixado de referir-se, por um lapso, o jurista que repetia a tentativa, infelizmente até agora malograda, de unificar o nosso direito privado.

49. Ao rever, porém, o Projeto de Código Civil e de Clóvis Beviláqua, a Câmara, suprindo a lacuna intencionalmente deixada pelo autor, introduziu na parte geral um capítulo intitulado “Dos bens em relação às pessoas” para definir a propriedade da União, dos Estados e dos Municípios. Na discussão dêsse capítulo importantíssimo, o sr. Andrade Figueira, depois de afirmar que dêle se poderia dizer o que Bartolomeu dos Mártires disse dos cardiais em certa ocasião, a saber, que era um capítulo reverendíssimo, que carecia de uma reforma reverendíssima, começou a criticá-lo precisamente por lhe parecer mo-

fino em relação ao patrimônio nacional, desrespeitando direitos da União, inclusive no tocante aos rios navegáveis e os de que se fazem os navegáveis (*Trabalhos do Código Civil*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1919, v. 30, pág. 170).

50. Quando o *Projeto Revisto* apareceu no Senado, o aludido capítulo contemplava as ilhas fluviais na enumeração dos bens da União da seguinte maneira:

“Art. 72. Compreendem-se nos bens pertencentes à União:

.....
II — As ilhas formadas nos mares do Brasil, *ou nos rios navegáveis que banharem dois ou mais Estados...*” (*Projeto Revisto*, artigo 72).

A essa redação, Rui Barbosa propôs no Senado uma emenda, tendente, sobretudo, a trocar a expressão “dous ou mais” pela locução “mais de um” assim: “II — As ilhas formadas nos mares do Brasil, *assim como nos rios navegáveis, que banharem mais de um Estado...*” (Rui Barbosa, *Parecer do Código Civil*, Rio de Janeiro, Imp. Nacional, 1902, pág. 63).

51. Como, porém, o assunto oferece duas faces, conforme seja visto do ângulo da propriedade constituída, ou através do modo pelo qual ela se constitui, da mesma sorte que era tratado na parte geral do *Projeto Revisto*, também o era na sua parte especial, no capítulo referente à acessão de imóvel a imóvel, onde se liam os seguintes dispositivos:

“Art. 541 — As ilhas e ilhotas formadas *no leito* de um rio *particular* pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, observadas as regras seguintes:

.....
“Art. 542 — As ilhas e ilhotas formadas nos mares territoriais do Brasil pertencem à União; as formadas nos rios e lagos públicos pertencem à União, ou ao Estado, conforme pertencer a este ou àquela o domínio dos rios e lagos” (*Projeto Revisto*, arts. 541 e 542).

52. Quanto à redação do art. 541, Rui Barbosa aduziu as duas seguintes observações:

1. “No leito”. Se ilha é o espaço de terra *firme* cercado de água por todos os lados, tôda ilha formada num rio vem do seu *leito*, e tem nêlo o fundamento.

Os mururés, ou porções de terra flutuantes, que vogam na corrente de certos rios nossos, são formações acidentais e efêmeras, que não pertencem à classificação geográfica de *ilhas*.

2. “De um rio *particular*”. O Projeto não define em parte nenhuma os rios *particulares*. O que faz é, pelo artigo 72, n.º IX, incluir entre os bens da União os rios navegáveis que banhem mais de um Estado, pelo art. 73, n.º V, enumerar entre os bens de cada Estado os rios navegáveis a êle circunscritos, e, pelo art. 74, n.º III, contemplar entre os bens do município os rios navegáveis abrangidos no território municipal. Todo rio navegável, portanto, é federal, estadual ou municipal. Logo, os rios públicos são os rios *navegáveis*. Os rios

particulares serão os *não navegáveis*, e porque, neste caso, não substituir aqui por esta locução, que nos trás um significado preciso a de rios particulares, cujo significado o projeto deixou por determinar?"

Daí, propor a seguinte emenda: "Art. 541 — As ilhas situadas nos rios navegáveis pertencem..."

A propósito do art. 542, o comentário foi o seguinte:

"Mas, pelo disposto no art. 74, n.º III, há rios públicos *municipais*. Ora, segundo o critério aqui estabelecido, não serão também municipais as ilhas e os mouchões formados nesse rio?"

Daí, propor a emenda do final do artigo: "... pertencem à União, ao Estado ou ao Município segundo forem dêste, daquele ou daquela os rios ou lagos onde estiverem" (Rui Barbosa, *Parecer cit.*, págs. 242-243).

53. Se é certo que os artigos 72 e 542 do *Projeto Revisto* acabaram sendo suprimidos pelo Senado, não menos o é que o foram por se entender que o Código Civil não deveria regular matéria de direito público, vale dizer, por demasiado apêgo a uma questão de técnica legislativa, apêgo êsse reiterado por aquêlo colégio quando lhe coube apreciar a pertinência dos textos do Projeto do Código de Águas no Código Civil. A despeito da supressão, tal é o reflexo de um sistema sôbre cada uma de suas partes que afinal ficou implicitamente contido no Código Civil o princípio segundo o qual pertencem ao domínio público as ilhas dos rios públicos, devido à permanência do antigo artigo 541 que, com a redação emendada, se transformou no atual:

"Art. 537. As ilhas situadas nos rios não navegáveis pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, observadas as regras seguintes:

..... (Cód. Civil., art. 537).

54. Com efeito, estatuinto êsse texto remanescente que pertencem aos proprietários marginais as ilhas formadas nos rios não navegáveis, deixou subentendido que pertencem ao domínio público as ilhas formadas nos rios navegáveis, desde que se lembre que o critério da navegabilidade fôra o adotado, aliás com infelicidade, para extremar os rios públicos dos particulares. Aqui cabe à justa a reflexão aduzida. não faz muito, entre os juristas encarregados da reforma do Código Civil Francês, segundo a qual "donner une definition du domaine privé est donner par la même une definition du domaine public" (*Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, 1946-1947, Librairie du Recueil Sirey, Paris, pag. 824*).

5. Portanto, o Código Civil, promulgado em 1916 (Lei número 3.071, de 1916) declarou, de maneira indireta, que as ilhas dos rios públicos seguem a condição jurídica dêstes, conforme reconhecem os mais autorizados intérpretes, sem discrepância (Clóvis Beviláqua, *Cód. Civ.*, 6.^a ed., Liv. Francisco Alves, 1942, vol. III, obs. ao art. 537, págs. 76-77; João Luiz Alves, *Cód. Civ.*, 3.^a tiragem, Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia., 1926, comb. ao art. 537, *in fine*, página 407; Virgílio de Sá Pereira, *Manual do Cód. Civ.*, Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro, 1924, v. VIII, pag. 183; Carvalho Santos, *Cód. Civ.*

Bras. Interpretado, 3.^a ed., 1942, Liv. Ed. Freitas Bastos v. VII, comb. ao art. 537, pág. 359; Clodomir Cardoso na *Rev. de Dir. Adm.*, v. 1.^o, pág. 451).

Aqui vem a ponto transcrever a opinião de um desses intérpretes, que se dedicou particularmente ao assunto, tanto ao estudá-lo em uma revista especializada, como ao discutí-lo depois na elaboração constitucional:

“No tocante às ilhas, fêz a distinção, declarando acessões das propriedades ribeirinhas apenas as dos rios não navegáveis (art. 537), com o que quis dizer que as ilhas dos rios públicos eram públicas.

Ao reger dessarte a matéria terá o legislador entendido que *modificava* o direito anterior, tornando públicos bens que considerasse de propriedade particular? Sem dúvida não, pois confisco tal não lhe era lícito. Também não terá visado somente às ilhas *futuras*.

Entendeu que já eram públicas as ilhas dos rios navegáveis, e, aliás, traduzindo no Código êsse pensamento, o legislador pôs-se de acôrdo com a doutrina dominante entre os autores que vinham versando a matéria nos últimos tempos” (Clodomir Cardoso, *As ilhas dos rios que banhem mais de um Estado*, na “*Rev. de Dir. Adm.*”, v. 1.^o, pág. 451).

56. Após muitos anos de vigência do Código Civil, sobreveio, é certo, um decreto avulso que, dispondo sôbre o domínio das margens e acrescidos dos rios divisórios de Estados, ajuntou em parágrafo que o domínio das ilhas seria determinado de acôrdo com as regras traçadas no artigo 537 do Código Civil (Dec. n.^o 21.325, de 2 de abril de 1932, art. 4.^o e parágrafo único). Se nessa remissão houve o intento de doar aos Estados as ilhas dos rios interestaduais, êsse intento foi frustrado logo após pelo advento do Código de Águas, que, regulando inteiramente a mesma matéria, revogou o decreto intermediário, quer declarando que as ilhas dos rios públicos são públicas, quer atribuindo à União os rios divisórios dos Estados (Lei de Int. ao Cód. Civ., art. 2.^o, § 1.^o; Código de Águas, arts. 23 e 29, I, e).

57. Contudo, êsse decreto transviou o provento jurista, cujo lúcido comentário sôbre o artigo 537 do Código Civil ficou acima transcrito, pois, a seguir, êle o julgou subsistente após o Código de Águas, por entender que êste, ao estatuir que são públicas as ilhas dos rios do domínio público, não decidira sôbre a titularidade federal ou estadual das mesmas, e, quando o tivesse feito, não prevaleceria, pois, conquanto datado de antes, só foi publicado depois da Constituição de 1934, que, no artigo 18 das suas Disposições Transitórias, aprovara o decreto. Ora, não só o Código de Águas, ao estatuir que são públicas as ilhas dos rios públicos, decidiu automaticamente sôbre a sua titularidade por força do princípio accessionista, conforme adiante se tirará a limpo, como a sua publicação posterior à da Constituição de 1934 não lhe arrebato a existência e validade de lei adquirida antes com a assinatura ou promulgação do seu texto, de acôrdo com a melhor censura e com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (Cf. Carlos Medeiros Silva, Parecer na *Rev. de Dir. Adm.*, v. 9, pág. 242; Pa-

recer do Proc. Geral da República, Dr. Gabriel Passos, no *Arq. Jud.*, v. 46, pág. 140; ac. do S. T. F. de 15-9-1938, no *Arq. Jud.*, v. 50, pág. 90; de 26-12-1940, no *Arq. Jud.*, v. 59, pág. 89, etc.).

VIII

58. O Código de Águas, cujo Projeto, de autoria do Sr. Alfredo Valadão, fôra organizado em 1907, enquanto se processava a discussão do Código Civil no Congresso, só veio a ser promulgado quase trinta anos mais tarde, no período do Governo Provisório instaurado pela Revolução de 1930 (Decreto-lei n.º 24.643, de 1934). A êsse Código não se pode negar o mais subido mérito, pela sistematização da matéria legislativa concernente às águas, diante da qual se diluem os senões de fundo e de forma que apresente, mormente em se considerando ocorrerem os primeiros, em geral, em pontos opinativos. No tocante ao domínio das ilhas, o Código se atém a artigos do Projeto que não sofreram modificação nem no seu trânsito pela Câmara dos Deputados, como se pode ver do quadro comparativo dos textos originais e das emendas organizado pelo autor (Alfredo Valadão, *Direito das Águas*. Ed. da *Rev. dos Trib.*, São Paulo, 1931, págs. 223-224).

59. Ao passo que o Código Civil lançara uma declaração indireta, o Código de Águas lançou uma declaração direta de serem públicas as ilhas dos rios públicos. Com efeito, o Código de Águas, cujo Livro I, traz dois títulos que interessam ao assunto, Título I, “Águas, Alveo e Margens”, e Título II, “Águas públicas em relação aos seus proprietários”, ao dedicar, no primeiro dêles, um capítulo especial à acessão, debaixo dessa epígrafe, que não pode, doravante, ser perdida de vista, enuncia, de forma positiva, que são públicas as ilhas dos rios públicos. Essa proposição contém-se no seguinte artigo:

“Art. 23 — As ilhas ou ilhotas, que se formarem no álveo de uma corrente, pertencem ao domínio público no caso das águas públicas e ao domínio particular, no caso das águas comuns ou particulares.

§ 1.º — Se a corrente servir de divisa entre diversos proprietários e elas estiverem no meio da corrente, pertencem a todos êsses proprietários, na proporção de suas testadas até a linha que divide o álveo em duas partes iguais.

§ 2.º — As que estiverem situadas entre esta linha e uma das margens pertencem, apenas, ao proprietário ou proprietários desta margem” (*Código de Águas*, art. 23).

60. A construção dêsse artigo foi defectiva, como o fôra a do seu congênere eliminado do Código Civil, pois a sua letra prevê apenas as ilhas futuras, como a dêste previra apenas as ilhas presentes, quando a umas e a outras ambos quiseram referir-se. A dificuldade sentida pelo redator em compor a frase para exprimir simultâneamente o presente e o futuro se entremostra na correlação dos tempos, pois ao futuro do subjuntivo “que se formarem” deu como correspondente o presente do indicativo “pertencem”, como a deixar subentendido, atra-

vés do predicado, que o sujeito abrange também as ilhas já formadas ou atuais. Sem fazer cabedal dêsse vestígio denunciador do pensamento, basta considerar o teor do preceito para concluir que êle se aplica tanto às ilhas a se formarem, como às já formadas, cabendo, no tocante a estas, a interpretação extensiva por fôrça de compreensão. Essa latitude traduz fielmente a vontade do legislador manifestada nas palavras insuficientes do texto. A mesma latitude há-de ser reconhecida, agora em sentido inverso, ao artigo posterior que, ao classificar as ilhas dentro do domínio público, só prevê literalmente as ilhas atuais (artigo 25).

61. Assim, o artigo acima transcrito, que, em seu núcleo, não passa do anverso do outro e, em suas regras, de uma repetição menos elegante dêste, não traz nenhuma limitação temporal, abrangendo tanto as ilhas atuais, como as futuras, porquanto nem a norma poderia deixar de regular as primeiras, nem tão pouco de prever as segundas, o que fâcilmente se comprova com o fato de se aplicar também às ilhas dos rios particulares. Por outro lado, tão pouco contém qualquer limitação modal, compreendendo indistintamente tôdas as ilhas, seja qual fôr o modo de sua formação. Aliás, a própria forma verbal usada no texto — “que se formarem” — corrobora o alheamento a qualquer modo de formação, pois a voz passiva com o “se” denota, em regra, o intento de exprimir o fato sem apontar ou denunciar o agente. No caso, houve o propósito de universalizar, omitindo o agente de formação das ilhas, que tanto pode ser o levantamento de certa porção do leito ou o afundamento de porção adjacente, como desdobramento do leito em um ou mais braços, devido à fôrça das águas.

62. Não é lícito, por conseguinte, excluir as ilhas atuais formadas por braços de rios sob o pretexto de não se encontrarem “no álveo”, pois, na verdade, também elas se situam aí, desde que se considere que o álveo, ou leito, se estende transversalmente de um braço a outro, conforme se reconheceu na redação do Código Civil. Efetivamente, foi na redação do art. 541 do Projeto de Código Civil, onde aparecia a expressão “no leito”, que se inspirou provavelmente a linguagem do art. 23 do Projeto de Código de Águas, com a locução equivalente “no álveo”, mas naquele o escusado adjunto adverbial veio a ser suprimido pela oportuna e esclarecida intervenção de Rui Barbosa, atrás citada.

63. Assim, o dispositivo controvertido apresenta a maior generalidade, considerando públicas tôdas as ilhas dos rios públicos, atuais ou futuras, grandes ou pequenas, desde que constituam verdadeiras ilhas, seja qual fôr o processo geológico da sua formação. Ao estatuir dessa maneira nada inovou, pois o direito anterior, tanto o codificado como o precodificado, já considerava públicas tôdas as ilhas dos rios públicos indistintamente.

64. Onde aparece uma ressalva dessa generalidade é no dispositivo seguinte, que, êste sim, inovou no assunto, pois do gênero ilhas de rios públicos, tôdas anteriormente havidas como públicas, destacou uma espécie para haver as suas componentes como particulares, em-

bora dotadas convenientemente de tendência de se tornarem públicas. Esse dispositivo excepcional, subentendendo que continuam públicas as ilhas atuais formadas por braços de rios, deixou que subsistissem como particulares as que, surgidas à custa do terreno ribeirinho, se formarem pelo mesmo modo no futuro, o que, em última análise, redundaria em manter o *statu quo* de um e outro domínio:

“Art. 24. As ilhas ou ilhotas, que se formarem pelo desdobramento de um *novo* braço da corrente, pertencem aos proprietários dos terrenos, à custa dos quais se formarem.

Parágrafo único. Se a corrente, porém, é navegável ou fluatável, elas *poderão* entrar para o domínio público mediante prévia indenização” (*Código de Águas*, art. 24).

Aí, sim, se deu nítido relêvo à idéia do *futuro*, de par com a do *modo* ou agente peculiar de formação, através já do isolamento do dispositivo, já de sua inconfundível fraseologia. À primeira, não só porque as ilhas que se prevêm são aquelas que se formarem pelo desdobramento de um *novo* braço da corrente, vale dizer, por um braço que a corrente ainda não tem presentemente, como porque, dependentes desse fenômeno vindouro, somente depois dêste passarão a ter existência e, por conseguinte, *poderão* entrar para o domínio público mediante prévia indenização. À segunda, porque, ao se prever a ação vindoura da formação de ilhas, se atribuiu logo a esta um agente determinado, juntando-se o adjunto de causa eficiente, segundo o qual aquela há-de ser realizada precisamente pelo desdobramento de um braço do rio através de terreno de propriedade particular.

65. Ao determinar a acessão das ilhas às correntes, tornando aquelas públicas ou particulares, conforme estas tiverem uma ou outra qualidade, o dispositivo geral do artigo 23 do Código de Águas silenciou sobre os titulares daquelas. Que concluir daí? Que, em relação às ilhas dos rios públicos, subsiste a acessão em todo o seu alcance, pois onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir. Assim, as ilhas dos rios públicos, federais, estaduais ou municipais são, em primeiro grau, públicas e, em segundo, também federais, estaduais ou municipais à semelhança dos rios, porque a acessoriedade não lhes imprime apenas o atributo de públicas, mas, sim, de públicas federais, públicas estaduais e públicas municipais.

66. Que, é, afinal de contas, a acessão senão o direito em virtude do qual o proprietário de uma coisa adquire a propriedade de tudo o que se una ou se incorpore à sua coisa, natural ou artificialmente? Seria desnaturá-la pretender que, embora o proprietário da coisa principal seja um, possa ser atribuído a outro aquilo que a ela se uniu ou incorporou, ainda que se trate de pessoas do mesmo tronco estatal... A coisa acessória segue a principal, *accessio cedit principali* (*Digesto*, liv. 34, tit. 2, fr. 19, § 13; Código Civil, art. 59).

67. Se o dispositivo geral da acessão das ilhas aos rios públicos deixou de designar nominalmente os titulares das primeiras, foi justamente porque estavam implícitos na titularidade dos segundos, que se definiu em outro dispositivo, por imperativo da nossa forma de Estado

Federado. Esse outro dispositivo, citado anteriormente de passagem, é o que, no título seguinte, Título II, “Águas públicas em relação aos seus proprietários”, distribui os rios e águas públicas pela União, Estados e Municípios (Código de Águas, art. 29).

68. Esses dispositivos coligados, um complemento do outro, nada arrebataram à propriedade particular, porque antes dêles as ilhas dos rios públicos já eram públicas. Se acaso não o fossem, depois dêles se teriam tornado tais, visto como o Código de Águas foi expedido pelo Governo Provisório, que tinha o poder de confisco, pois o decreto que o instituiu suspendera as garantias constitucionais (Dec. n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, art. 5.º).

Fôrça é convir, pois, que o Código de Águas, mantendo a melhor tradição do direito brasileiro, representa a princípio pela doutrina dominante e depois pela definição indireta do Código Civil, preceituou que as ilhas fluviais são acessórios dos rios e, por conseguinte, seguem a condição jurídica dêstes, sendo, conforme o caso, federais, estaduais ou municipais.

IX

69. A Constituição federal de 1934, em dispositivo reproduzido na Constituição de 1937, declarou que são do domínio federal “os bens que pertencerem à União, nos termos das leis atualmente em vigor” (Const. de 1934, art. 20, n.º I; Const. de 1937, art. 37, letra a).

Ao se exprimir dessa maneira, consagrou o domínio federal sobre as ilhas dos rios públicos federais, porquanto aquelas, como acessórios dêstes, eram bens que pertenciam à União nos termos das leis então em vigor, a última das quais fôra o Código de Águas. Essa remissão constitucional à legislação ordinária definidora dos bens da União não só reconheceu o domínio federal como ali fôra estabelecido, como, recobrando-o com o mais alto grau de normatividade, impediu fôsse reduzido por preceituação de grau inferior.

70. A Constituição federal de 1946 não repetiu a declaração taxativa das duas Constituições anteriores de serem do domínio federal os bens pertencentes à União nos termos das leis então vigentes, havendo preferido substituí-la por outra meramente exemplificativa de bens que se acham naquele domínio, como outros não-declarados também se acham. Talvez haja pretendido despir da veste constitucional êsses outros bens não-declarados, a fim de, no tocante aos mesmos, dar maior liberdade à legislação ordinária, enquanto marcava indelévelmente com o signo federal os bens que elegeru neste dispositivo:

“Art. 34. Incluem-se entre os bens da União:

I — Os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países.

II — A porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro”, (Const. de 1946, art. 34).

71. Conforme se vê de sua literalidade, o novo texto constitucional não pretende esgotar o elenco dos bens da União, mas apenas destacar alguns dêles, estando em relação ao texto antigo como a parte está para o todo. Quanto às ilhas fluviais, somente assinalou as das “zonas” fronteiriças, embora as demais se achem subjacentes na menção dos rios federais.

72. Por que se fez a menção expressa das ilhas das “zonas” fronteiriças? Primeiro, porque podendo algumas delas achar-se em rio estadual, como, por exemplo, na foz de um tributário de rio divisório entre o país e o estrangeiro, era necessário disposição especial para subtraí-la à acessão natural e incluí-la no domínio da União (Cód. Civ., art. 59, ressalva). Segundo, porque tendo estendida a proteção nacional ao longo das fronteiras, era conveniente completar o sistema, incluindo logo nêle tôdas as ilhas fronteiriças, em vez de deixar que a maioria destas aí viesse a ocupar o seu lugar por inferência, vale dizer, pelo princípio accessionista.

73. Não obstante, a menção das ilhas das zonas fronteiriças, aliás reproduzida das duas Constituições anteriores, perturba às vêzes os exegetas, que, da inclusão daquelas no domínio da União, se inclinam a concluir pela exclusão de tôdas as demais, levados pela falacidade do argumento *a contrario sensu*. A êsse argumento, porém, contrapõem-se as razões atrás aduzidas, cada uma das quais bastante, de per si, para invalidá-lo, como a justificar a cautela com que velho e autorizado hermeneuta só facultava a êle recorrer “se fôr necessário e o caso o permitir e a desestima que lhe vota outro hermeneuta moderno, segundo o qual à velha *inclusio unius*... se opõe outra *positio unius non est exclusio alterius*, pois que do silêncio do texto não se deduz a sua inaplicabilidade, nem tão pouco supremacia forçada do princípio oposto (Paula Batista, *Hermenêutica Jurídica*, § 39; Carlos Maximiliano, *Herm. e Apl. do Dir.*, 3.^a ed., pág. 291 e segs.).

74. Haja vista o que ocorreu com o Sr. Temístocles Cavalcânti, que, impressionado com o argumento *a contrario sensu*, sustentou, a princípio, que só as ilhas nas zonas fronteiriças pertenciam à União, cabendo as demais situadas nos rios federais, aos Estados, mas veio a retificar depois essa opinião em substancioso parecer, dando assim um significativo testemunho de probidade científica. Sem embargo disso, não merece acolhida, *data venia*, uma das conclusões do seu parecer, segundo a qual as ilhas formadas por braços de rios são estaduais, porque também estas acompanham a propriedade variável dos rios, se existentes, ou a propriedade das margens de onde se destacaram, se vindouras, por fôrça de disposições expressas de lei, a saber, os dois artigos, já analisados, do Código de Águas (Temístocles Cavalcânti, *Pareceres do Consultor Geral da República*, 1945-1946, v. único, pág. 325 ss.; Const. de 1946, v. I, pág. 433 ss.).

75. A não ser êsse, nenhum dos comentadores das constituições, que sucessivamente possibilitaram o raciocínio enganador se ocupou detidamente da questão de saber se estão compreendidas no domínio da União sòmente as ilhas fluviais e lacustres das zonas fronteiriças ou essas e também as demais formadas nos rios federais. Êsses comentadores ou têm meramente roçado o assunto no mesmo sentido, ou o têm deixado em branco, salvo o Sr. Carlos Maximiliano que, à ligeira, manifestou voto contrário, fundando-o naquele raciocínio (Araujo Castro, *Const. de 1937*, Liv. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1938, v. I, pág. 134; Pontes de Miranda, *Const. de 1934*, Ed. Guanabara, 1936, tomo I, pág. 428; *Const. de 1946* Henrique Cahen Ed., v. I, pág. 519, n.º 4; Carlos Maximiliano, *Const. de 1946*, 4.ª ed., 1948, Liv. Freitas Bastos, pág. 387 e nota 2).

76. Ao revés, alguns dos nossos modernos administrativistas, que escreveram ou reviram seus escritos após as referidas contituições, se dispuseram a arrostar a questão em tôda a sua amplitude para resolvê-la no sentido do reconhecimento do domínio da União sôbre umas e outras ilhas. Estão nesse caso dois antigos membros da Comissão de Estudos de Negócios Estaduais, o Sr. F. de Sá Filho e o Sr. Antônio Gonçalves de Oliveira, cujos pareceres, judiciosos e bem deduzidos, merecem o maior acatamento, convindo notar que o do segundo oportunamente divulgado, traz um breve e fiel retrospecto da evolução do assunto. Se acertada é a conclusão dêsse ilustre jurista, não parece rigorosamente exata a premissa segundo a qual falta um texto expresso de lei para apoiá-la: o que falta é um texto expresso de lei para contrariá-la. Até um velho civilista tão apegado ao direito romano que nêle tinha sempre postas as vistas, quando discorria sôbre o nosso direito, o Sr. Virgílio Antonino, se rendeu também à conclusão (A. Gonçalves de Oliveira, *Parecer na Rev. de Dir. Adm.*, v. VI, pág. 280; Virgílio Antonino de Carvalho, *Direito Civil, Das pessoas e dos bens*, 2.ª ed., Bedeschi, Rio, 1936, §§ 100 e 101, pág. 157-158).

77. O que importa pôr em relêvo para clarear o problema e reconhecer a solução natural é que o domínio da União sôbre as ilhas dos rios federais se apóia em um título jurídico inconcusso, a acessoriedade, estabelecida em texto expresso de lei, a que nenhum outro, igualmente expresso, abre exceção. Como se sabe, a exceção é *strictiss i mi juris*, pelo que não pode esconder-se em um dispositivo constitucional, que seria duvidoso, se não tivesse, como efetivamente tem, o sentido oposto ao que se lhe pretendeu atribuir: o de estender, e não reduzir, o domínio da União sôbre as ilhas fluviais, nêle incluindo as dos rios estaduais e municipais das “zonas” fronteiriças.

78. As ilhas das “zonas” fronteiriças são as situadas dentro da faixa de cento e cinquenta quilômetros ao longo das fronteiras, e não de cem quilômetros como, por um lapso, assevera o Sr. Pontes de Miranda nos seus comentários constitucionais, reportando-se ao Código de Águas. Êsse Código reproduzia, efetivamente, a faixa de cem quilômetros, marcada pela Constituição de 1934, à qual antecipadamente se adaptara, mas, como essa faixa foi aumentada para cento

e cinqüenta quilômetros pela Constituição de 1937, o Código foi readaptado a esta pelo Decreto-lei n.º 852, de 1938, art. 2.º, n.º V. Embora a Constituição de 1946 não haja repetido a largura da faixa, prevalece, em tôda a sua aparente demasia, a já fixada, agora integrante da legislação ordinária, que não é com aquela incompatível. De passagem advirta-se que, dentro dessa faixa de cento e cinqüenta quilômetros, em que a propriedade particular sofre várias limitações, existe outra de sessenta e seis quilômetros, ou dez léguas, contígua às fronteiras, que é do domínio pleno da União (Const. de 1946, art. 34, n.º II, combinada com a Lei n.º 601, de 1850, regulamentada pelo Decreto n.º 1.318, de 1854; Cf. Decreto-lei n.º 7.724, de 1945).

79. Dentre as ilhas das “zonas” fronteiriças, merecem especial referência as dos rios que servem de limites com outros países. O domínio dessas ilhas, em que os países vizinhos também são interessados, não se determina sempre pelas regras tradicionais que, vindas do direito romano, foram adotadas pelo Código Civil e repetidas pelo Código de Águas. Tais regras mandam dividi-las pelos proprietários de uma e outra margem, na proporção da testada de cada um, segundo uma linha que, tirada do meio do álveo, o acompanha a igual distância das margens. Se as ilhas ficarem situadas entre essa linha e uma das margens, pertencerão exclusivamente ao proprietário dessa margem.

80. Se bem que, nesse caso peculiar, o domínio das ilhas costume ser determinado pela referida linha de meia distância das margens, também costuma sê-lo pela linha de maior profundidade (*thalweg*), dependendo isso dos tratados firmados com os países vizinhos. A tendência parece ser a de seguir a linha de meia distância nos rios não-navegáveis e a linha de maior profundidade nos rios navegáveis. Como quer que seja, o domínio da União sôbre as ilhas dos rios limítrofes não se pode estabelecer *a priori*, pela norma do direito interno, pois se subordina, em cada caso, ao tratado que regular as lindes fluviais dos dois países, ao qual é livre optar por um ou outro critério, senão ainda por terceiro, de que há exemplo na Europa, a saber, o de seguir alternadamente as duas margens (Vieira Ferreira, *Consol. das Leis Civis*, 1948, Saraiva S. A., São Paulo, Proêmio, pág. 13-16; Hildebrando Acioli, *Dir. Int. Pub.*, v. II ns. 718-823, 824; L. A. Nogueira Pôrto, *Atlas do Dir. Int. Pub.*, Min. das Rel. Ext., 1953).

X

..

81. Aí estão reunidos e concatenados os elementos indispensáveis para que os doutos reexaminem o problema jurídico do domínio das ilhas fluviais e tomem partido relativamente à sua solução. Segundo penso, êsses elementos permitem tirar, entre outras, as seguintes conclusões principais:

“1. As ilhas dos rios públicos, seja qual fôr sua origem, são públicas, salvo as ilhas futuras que se formarem pelo desdobramento de um novo braço de rio através da propriedade particular.

2. As ilhas dos rios públicos seguem integralmente a condição jurídica dos rios, sendo federais, estaduais e municipais, conforme aquêles o forem.

3. Além das ilhas dos rios federais, o domínio da União inclui as ilhas dos rios estaduais e municipais situadas na faixa da fronteira.

4. As margens dos rios federais, até quinze metros da linha média das enchentes ordinárias, conhecidas como “terrenos reservados”, compreendem-se também no domínio da União.”