— Rios que tenham nascente e foz nos limites geográficos de estado ou território, ainda que deságüem no oceano, se incluem entre os bens de domínio do estado ou território.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº P-022
Processo PR nº 6.650/81. "Aprovo. Em 20.9.82."

PARECER Nº P-022

Encaminhado pelo Sr. Ministro Chefe do Gabinete Civil da Presidência da República, atendendo a solicitação do Ministro de Estado do Interior, vem a esta Consultoria-Geral processo no qual instaurada controvérsia sobre o alcance do disposto nos arts. 4º, II, e 5º da Constituição Federal, no pertinente aos rios que, banhando apenas os estados ou territórios em que situadas as respectivas nascentes, deságuam no oceano.

Deu origem ao debate Informação nº 70-CJ-78 na qual, a propósito de consulta da Secretaria Especial de Meio Ambiente (Sema), a Consultoria Jurídica do Ministério do Interior considerou referidas preceituações constitucionais em função da acepção de "foz" encontrada em dicionários (Caldas Aulete e Aurélio Buarque de Holanda Ferreira), para asserir:

"6. Tendo em vista o disposto na Constituição, para um rio ser considerado estadual, torna-se necessário que tenha a nascente e foz no mesmo estado-membro.

7. Na hipótese formulada pela Secretaria do Meio Ambiente, embora o rio nasça e percorra o território de um único estado, ele tem a foz no oceano, onde deságua; e, se deságua no oceano, ele é federal, pois a sua foz está no mar territorial.

8. Pelo Decreto-lei nº 1.098, de 25 de março de 1970, o Brasil fixou em 200 milhas marítimas a largura da faixa do seu mar territorial. Mas o que vem a ser o mar territorial? De acordo com o já mencionado jurista Pontes de Miranda, na sua obra citada,

encontramos, às fls. 539, a seguinte definição:

'Mar territorial é a zona do mar que ao estado pertence como parte do seu território. O território avança pelo mar. O estado tem, quanto a ele, toda a competência, a soberania, que se lhe reconhece no todo terrestre.'

9. Portanto, os rios que nascem e percorrem o interior de um só estado, desaguando no oceano, devem ser considerados federais, visto terem a sua foz no mar territorial, que está incluído, como prevê o supratranscrito inciso VI, do art. 4º, da Constituição Federal, entre os bens da União."

Tal entendimento, segundo aludida informação, é o mesmo da Divisão de Concessão de Recursos Hídricos, do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, do Ministério das Minas e Energia.

Mas em 29 de setembro de 1979 o Sr. Secretário Especial do Meio Ambiente acolheu ponderação da respectiva Assessoria Jurídica no sentido de que

"...os estados vêm reclamando contra essa interpretação por se julgarem prejudicados, tendo em vista o insignificante número de rios a serem considerados estaduais, pois quase todos deságuam no oceano.

Necessário se torna, portanto, um pronunciamento de âmbito federal que constitua norma, dirima por completo a dúvida existente na administração pública e fundamente a distinção correta entre os rios federais e estaduais, tendo em vista as atribuições específicas da União e das unidades da Federação, quanto ao recurso natural consubstanciado neles, a água."

Retornado o processo ao órgão jurídico do Ministério do Interior, o assessor Dr. João Antonio de Souza Coelho observou que "o órgão interessado não deseja um pronunciamento restrito à área de ação do Ministério do Interior, mas, sim, de ampla repercussão em toda a esfera federal, e que sirva de norma para a administração pública", motivando a seguinte manifestação do ilustre Consultor Jurídico, Dr. Wilton Lopes Machado:

"Concordo com a informação. Em se tratando de dúvida jurídica relevante interessando à União e aos estados-membros e considerando a controvérsia existente entre os órgãos federais e estaduais é oportuna e conveniente a manifestação da douta Consultoria-Geral da República."

Em 23 de junho de 1980 o Sr. Chefe de Gabinete do Ministério restituiu o processo à Sema, para que fosse anexado "documento conclusivo dos estudos, porventura realizados, sobre a 'classificação dos cursos d'água da União', pelo 'Comitê Especial' criado pela Portaria Interministerial nº 90, de 29 de março de 1978, juntada às fls. 18 e 19, a fim de serem bem caracterizados os pontos em que se tenha estabelecido controvérsia" (fls. 20).

Em cumprimento ao determinado, o Secretário Adjunto de Ciência e Tecnologia da Sema promoveu a juntada dos expedientes originários do Instituto de Preservação e Controle Ambiental, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Estado de Mato Grosso do Sul (fls. 22-4); da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, da Secretaria de Obras e Serviços Públicos do estado do Rio de Janeiro (fls. 25-9); da Fundação Estadual do Meio Ambiente, da Secretaria de Estado da Agricultura do estado do Espírito Santo (fls. 30-1); da Secretaria Executiva do Cepram, da Secretaria do Planejamento, Ciência e Tecnologia do estado da Bahia (fls. 32-5); da Coordenação do Meio Ambiente, da Secretaria de Planejamento do estado de Alagoas (fls. 30-40); da Secretaria de Ciência e Tecnologia do estado de Minas Gerais (fls. 41-4); do Departamento do Meio Ambiente, da Secretaria de Saúde e Meio Ambiente do estado do Rio Grande do Sul (fls. 45-7); da Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba (fls. 48-9) e da Administração Estadual do Meio Ambiente, da Secretaria de Estado da Saúde do Sergipe (fls. 166-70), todos resultantes de ofício-circular em que a Secretaria Especial do Meio Ambiente solicitara manifestações sobre o teor do pronunciamento de 31 de julho de 1978, do órgão jurídico do Ministério do Interior.

Também se procedeu à juntada de cópia do trabalho intitulado Planejamento da Utilização de Recursos Hídricos, elaborado pelo

CNEC — Consórcio Nacional de Engenheiros Construtores (fls. 55-162).

Ao restituir o processo à Secretaria Geral do Ministério do Interior (fls. 171), o Sr. Secretário Especial do Meio Ambiente externou:

"Desejo deixar bem claro neste Processo (nº 15.466/79) que considero grave erro considerar como federais *todos* os rios que deságuam no oceano. Se fosse essa a intenção do constituinte, outra teria sido a redação do art. 5º da Constituição Federal. No entanto, há pessoas que afirmam que esses rios são federais porque, antes de chegar ao oceano, passam por uma faixa de 30m da União (terrenos de marinha), é lógico aceitar a interpretação de que um rio, às vezes com centenas de quilômetros dentro de um Estado, seja considerado federal só por causa de insignificantes 30m. Essa interpretação é uma manifestação exagerada de centralismo, totalmente contrária ao nosso espírito federalista.

É importante submeter o assunto à douta Consultoria-Geral da República, no sentido de que tais dúvidas se esclareçam e todos possamos ter a orientação mais correta."

Mantida a sugestão da respectiva Consultoria Jurídica, o Sr. Ministro do Interior dirigiu ao Exmo. Sr. Presidente da República Exposição de Motivos nº 101, de 24 de novembro de 1981, propondo a audiência desta Consultoria-Geral (fls. 175-6).

De conformidade com os arts. 11, VIII, e 21 do Regimento deste órgão, aprovado pelo Decreto nº 58.693, de 22 de junho de 1966, transmiti cópias do referido processo aos Srs. Ministros de Estado da Marinha e das Minas e Energia, para o pronunciamento das respectivas Consultorias Jurídicas, e também ao Sr. Ministro da Fazenda, para que sobre o assunto se fizessem ouvir o Serviço do Patrimônio da União e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Avisos n.os 25, 26 e 27, de 4 de dezembro de 1981, reiterados pelos Avisos n.os 3, 4 e 5, de 6 de abril de 1982, e n.os 10 e 11, de 21 de junho de 1982).

O titular do Ministério da Marinha encaminhou-me, com o Aviso nº 189, de 21 de maio de 1982, o Parecer nº 103/82, que aprovou, da douta Consultoria Jurídica daquela Secretaria de Estado que, analisando o problema frente às normas constitucionais e reportando-se às manifestações da Assessoria Jurídica da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, da Secretaria de Obras e Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro e da Fundação Estadual do Meio Ambiente do Espírito Santo, sustenta que o entendimento esposado pelo primeiro desses órgãos estaduais "é o que verdadeiramente se coaduna com as disposições preliminares da Constituição Federal sobre os bens da União e o dos estados".

Pelo Aviso nº 501, de 21 de julho último, o Sr. Ministro de Estado da Fazenda me transmitiu os pareceres emitidos no Serviço do Patrimônio da União e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que refletem a posição daquele Ministério.

Considera, muito autorizadamente, o Sr. Diretor-Geral do Serviço do Patrimônio da União:

"2. O texto constitucional inclui, como federais, '...quaisquer correntes de água em terreno de seu domínio, ou que banhem mais de um estado, constituam limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro' (art. 4º, II), definindo, como bens dos estados, 'os rios que neles têm nascente e foz' (art. 5º).

3. Apesar de parecer claro que os rios que têm nascente e foz num mesmo estado a ele pertencem, veio a ser defendido ponto de vista segundo o qual se o rio desaguar no oceano, isto é, se sua foz se situar no mar territorial, passaria ele a ter condição de rio federal posto que também o 'mar territorial' se inclui, pela Constituição, entre os bens da União (art. 4º, VI).

4. Surgiu, ademais, a observação, de que, atravessando o rio a faixa constituída de terrenos de marinha e acrescidos — que se estende ao longo de todo o litoral do país (igualmente de propriedade da União) — mais essa razão militaria em favor da propriedade federal.

5. Não obstante o brilho das opiniões em contrário, manifesta-se este Serviço pelo não acolhimento dessa interpretação do dita-

me constitucional. Quisesse realmente o legislador estender o caráter de federal a todos os rios que deságuam no oceano, por certo teria usado redação condizente com esse desiderato. Da forma, entretanto, como se referiu às expressões 'nascente' e 'foz', parece, *data venia,* inequívoco seu propósito de conceituar tal espécie como de propriedade estadual.

6. Vale, a respeito, transcrever os seguintes tópicos do bem lançado parecer de lavra do assessor jurídico Antonio Inagê de Assis Oliveira, da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (fls. 18-21):

'Se foz é conceituada como o "ponto" onde termina o acidente geográfico, a partir do qual se inicia outro, não há como concluir-se que ela se localiza no outro acidente, ou seja, no "mar territorial". É curial que foz é exatamente o limite entre um acidente e outro. Portanto, se não pode, por definição, localizar-se no mar territorial, é lógico concluir-se que está no território estadual.

A definição da Enciclopédia Barsa pode ser também invocada e é bastante elucidativa:

"Trecho final do curso inferior de um rio, geralmente localizado *junto* ao mar, embora também possa estar num lago ou noutro rio."

Assim, mesmo em se considerando foz como "trecho" e não como "ponto" o raciocínio lógico não pode ser outro; a foz faz parte do rio e não do mar. Dessa maneira é impossível considerar-se que a foz está dentro do mar. Portanto, estará sempre no território de algum estado-membro, a não ser, é claro, em casos de rios internacionais, como o Paraná.

Raciocinar diferente, admitir que o desaguadouro de um rio em águas sob domínio de outra pessoa de direito público é que condiciona seu regime jurídico, pode-nos levar ao absurdo de termos que conceituar o rio Tietê como "águas externas" ou rio internacional uma vez que deságua no rio Paraná que, por sua vez, desemboca no rio da Prata, que tem foz no território argentino."

7. No que tange à circunstância de atravessar o rio, em seu último estágio, a porção de terrenos conceituados como 'de marinha', não se vislumbra como poderia por si só alterar a condição de corrente estadual, visto como 'nascente' e 'foz' foram empregados em relação a 'estados' e não a 'terrenos de seu domínio', como acentua o mesmo parecerista:

'Não há outra interpretação do art. 5º da Carta vigente:

"Incluem-se entre os bens dos estados os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que *neles* têm nascente e foz" (grifei).

Diferentemente das águas dormentes, as correntes não necessitam cobrir terrenos sob domínio estadual, basta que nasçam e terminem em seu território. Note-se que "neles" só se pode referir a "estados", pois não teria sentido referir-se a "terrenos de seu domínio", mais próximo na frase, com essa expressão que só é usada para o mais distante, no caso estado, ou por outra, território estadual, como dito na Constituição de 1946."

(...)"

Por sua vez a douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em bem fundamentado e lúcido parecer da lavra do Dr. Ignácio Loyola Costa, examina pormenorizadamente a questão debatida, para concluir que em face do texto constitucional vigente "o rio público que tem nascente em determinado estado-membro e, após percorrer apenas o seu território, deságua no Oceano Atlântico, deve ser considerado como pertencente ao patrimônio dessa unidade federada". Valioso é reproduzir desse trabalho o que se segue:

"10. Antes da Constituição de 1891, que estabeleceu, no país, a forma do governo republicano federativo, os rios eram todos do domínio da Coroa (Ordenações do Reino), nada dispondo a respeito a Constituição do Império.

11. Os constituintes de 1891, que transferiram para o domínio dos estados, sem qualquer compensação para a União, prédios e praticamente todas as suas terras devolutas, não cogitaram, expressamente, do problema, mas inseriram, no texto da nova Carta Magna, os dois artigos abaixo transcritos:

'Art. 13. O direito da União e dos estados de legislarem sobre a viação térrea e *navegação interior,* será regulado por lei federal.

Art. 34. Compete *privativamente* ao Congresso Nacional:

VI — legislar sobre a navegação dos rios que banhem mais de um estado, ou se estendam a territórios estrangeiros.'

12. Nesses incisos, a Constituição outorgava, aos estados, o direito de legislar sobre a *navegação interior,* deferindo à União, *privativamente,* competência, *apenas,* para legislar sobre a navegação dos rios que banhassem mais de um estado ou se estendessem a territórios estrangeiros.

13. Por que essa distinção§ Obviamente por reconhecer o domínio da União apenas sobre esses rios. Por que outorgar aos estados competência para legislar sobre navegação interior? Claramente por reconhecer-lhes o domínio sobre os rios não incluídos na expressa competência federal.

14. Comentando o art. 66 do Código Civil, o eminente Clóvis Bevilacqua, após acentuar que a discriminação dos bens federais, estaduais e municipais é matéria estranha ao direito civil, cabendo ao constitucional e ao administrativo fazer tal distribuição, ensinava, *em 1927,* ano em que foi publicada a 3ª edição dos seus *Comentários,* que, no regime então em vigor (Constituição de 1891), pertenciam aos estados os 'rios navegáveis e os de que se fazem os navegáveis, sendo caudais e perenes, *desde que tenham todo o seu curso dentro do respectivo território*' (nosso o destaque).

15. As Constituições de 1934 e 1937 cogitaram, pela primeira vez, de conceituar os rios públicos, reconhecendo, como do domínio da União, *apenas* aqueles que: a) banhassem mais de um estado; b) servissem de limites com outros países; c) se estendessem a territórios estrangeiros (art. 20, II, e art. 36, *b*). Dessa forma, *excluídos ficaram, do domínio federal, todos os demais rios públicos,* sobre os quais, aliás, as mesmas Constituições asseguraram, aos estados-membros, como fizera a de 1891, o direito de legislar, supletivamente, sobre águas (art. 5º, § 3º, da Constituição de 1934) e, privativamente, sobre navegação interior (art. 16, XI, da Constituição de 1937), e, mais, reconheceram, *expressamente,* em seus arts. 21 e 37 respectivamente, pertencerem, aos estados-membros, 'as margens dos rios e lagos navegáveis, destinados ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular'.

16. Na Constituição democrática e liberal de 1946, houveram por bem os constituintes caracterizar não apenas os rios públicos do domínio federal, mas também os do domínio estadual. Deixando inalteradas as características dos rios federais, assim conceituaram os rios do domínio dos estados:

'Art. 35. Incluem-se entre os bens dos estados os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm *nascente* e *foz* no território estadual.'

17. Essa redação foi adotada, com ligeiras alterações, na Constituição de 1967 (art. 5º) e na supracitada Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 5º), estando em vigor a seguinte redação:

'Art. 5º Incluem-se entre os bens dos estados os lagos em terrenos do seu domínio, *bem como os rios que neles têm nascente e foz...*'

18. Parece-nos oportuno, antes de examinar o mérito da questão, esclarecer que, segundo entendemos, o domínio que a União preserva sobre os rios que banhem mais de um estado visa, basicamente: 1) assegurar a liberdade de navegação entre os estados-membros; 2) facilitar a adoção de iniciativas de interesse comum; 3) evitar a criação de barreiras fiscais. A União não extrai, desse domínio, qualquer vantagem econômica; o seu interesse é apenas de política administrativa.

19. Curiosamente, a controvérsia originase, portanto, do fato de os legisladores constituintes de 1946, *visando, naturalmente, a melhor defender os interesses dos estados, haverem incluído,* no texto constitucional, expressamente, os seus direitos aos rios *estaduais, direito até então assegurado apenas por exclusão.*

20. Houvessem eles se omitido nessa louvável providência e nenhuma celeuma teria sido criada em torno do assunto, porquanto o direito dos estados aos seus rios era incontestado e perfeitamente definido.

21. Ora, como ensina Carlos Maximiliano 'cumpre atribuir ao texto legal um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie *a favor, e não em prejuízo de quem*

ela evidentemente visa proteger' (Hermenêutica e aplicação do direito. 3. ed. p. 194).

22. Parecendo-nos, de manifesta evidência, que a inclusão do art. 5º na nova Constituição teve como escopo definir direito até então reconhecido apenas por exclusão, será ilógico que se atribua a essa disposição sentido exatamente contrário, qual seja, como se verá em seguida, de retirar, do domínio estadual, praticamente, todos os rios dos estados litorâneos.

23. Vale salientar, pertinentemente, que os comentaristas da Constituição de 1946, Carta que, pela primeira vez, adotou o malfadado vocábulo *foz,* ao conceituar os rios estaduais, *não deram qualquer importância ao fato, o que não ocorreria se procedente o sentido que ora lhe pretende emprestar o parecer.*

24. Admitida, como método de argumentação, a prevalência da interpretação adotada, catastróficas seriam as conseqüências para os estados litorâneos, como acentuado, a fls. 32, no lúcido parecer do ilustre Consultor Jurídico da Secretaria de Ciências e Tecnologia do estado de Minas Gerais, *verbis*:

'2.2 O significado do conceito *foz* não pode ser separado do conceito de território. *Foz* não é somente um encontro de águas, mas um conjunto de fatores geográficos que inclui o conceito de território.

Para esclarecer o significado de *foz,* encontramos na classificação da *foz* este sentido:

"A forma da foz pode ser classificada em dois tipos: 1) estuário; 2) delta. A do primeiro tipo é constituída por um longo canal de forma afunilada; e a do segundo, quando se verifica o aparecimento da construção de uma série de ilhas, braços e canais formando intrincada rede potâmica, ex: o delta do Nilo, Mississipi, Paranaíba etc. O aparecimento do delta só se torna possível quando se verifica a existência de uma série de condições como: grande quantidade de material sólido em suspensão, pouca profundidade na foz, ausência de fortes correntes marinhas etc." (Guerra, Antonio Teixeira. *Dicionário geológico geomorfológico.* 4. ed. 1975. p. 193).

Assim entendemos que a *foz* é território do estado-membro e portanto se o rio tem nascente e *foz* no estado ele deverá ser classificado como estadual, mesmo que deságüe no oceano.

3.2 A se admitir a tese da Consultoria-Jurídica da Secretaria Especial do Meio Ambiente de que os rios que apesar de nascer no território do estado-membro mas que têm *foz* no oceano deverão ser classificados como rios federais, pois o mar territorial é bem da União, não haveria rios estaduais. Isto porque, se um rio estadual tem foz no rio federal ele deverá ser considerado como rio federal e se analisarmos os rios brasileiros não encontraremos nenhum rio estadual.'

25. Antes de finalizar, cabe assinalar interessante argumento constante na manifestação de fls. 49-51, do Sr. Diretor-Geral do SPU, no qual S. Sa., ao referir-se ao lúcido parecer de fls. 18-21, do ilustre assessor jurídico da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, salienta que as expressões 'nascente e foz' foram empregadas, na Lei Magna, em relação aos estados e não a 'terrenos de seu domínio'.

26. Observe-se a diferença entre o art. 5º, da Constituição de 1967 e o mesmo artigo da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, em vigor:

Constituição de 1967

'Art. 5º Incluem-se entre os bens dos estados os lagos e *rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual,* as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas compreendidas no artigo anterior.'

Emenda Constitucional nº 1, de 1969

'Art. 5º Incluem-se entre os bens dos estados os lagos em terrenos de seu domínio, *bem como os rios que neles têm nascente* e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior.'

27. A disposição constitucional de 1967 estipulava, expressamente, *que os rios deve-*

riam ter a sua nascente e foz no território estadual, e a redação dada pela Emenda Constitucional de 1969 estabelece que esses dois fenômenos *apenas devem ocorrer nos estados.* A diferença é, não há dúvida, sutil, mas serve como adminículo ao argumento da tese aceita no processo.

28. Em face do exposto, parece-nos, *data venia* das respeitáveis opiniões contrárias constantes do processo, que, em virtude do que dispõe o art. 5º da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o rio público que tem nascente em determinado estado-membro e, após percorrer apenas o seu território, deságua no oceano Atlântico, deve ser considerado como pertencente ao patrimônio dessa unidade federada."

Tal pronunciamento foi integralmente acolhido pelo digno Doutor Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

II

Jurídicas e judiciosas se afiguram as considerações constantes dos pareceres incorporados a este processo contrariando as teses de que "os rios que nascem e percorrem o interior de um só estado, desaguando no oceano, devem ser considerados federais, visto terem a sua foz no mar territorial" ou de que "a União poderá considerar de sua propriedade uma parcela do rio estadual, pois, quando as águas do rio alcançarem a extensão que lhe pertence (terrenos de marinha), estará percorrendo terrenos de seu domínio, e em conseqüência disso essa parte lhe pertence, pelo próprio texto constitucional".

Com efeito, o exame dos dispositivos constantes das Cartas de 1891, 1934, 1937 e 1946, no atinente aos bens da União e dos estados demonstra, cristalinamente, que foi nesta última que se revelou o propósito do legislador constituinte de discriminar expressamente, ainda que de forma não exaustiva, os rios que se incluiriam entre os bens dos estados, objetivo que anteriormente era atingido por via de exclusão, com a menção apenas dos rios considerados federais.

É de se recordar que a redação do art. 35 da Constituição Federal de 1946, dando origem à norma atualmente em vigor, resultou da reunião de várias emendas oferecidas ao texto do projeto primitivo, conforme relata José Duarte, in *A Constituição brasileira de 1946, verbis:*

"Projeto primitivo:

I — O projeto primitivo, condensando a matéria aprovada na Comissão Constitucional, redigiu o art. 188, que foi levado ao plenário, sendo aprovado com ressalva das emendas. Estas foram oferecidas, visando umas a simples redação, outras meramente aditivas e, apenas, uma substitutiva do inciso II.

II — A Subcomissão, consoante vimos no estudo do artigo anterior, fundiu num só os arts. 187 e 188. O parecer, pois, que ofereceu abrange as duas hipóteses.

III — A Comissão Constitucional, na reunião de 20 de julho, discutiu e aprovou as emendas e redigiu o seguinte texto:

'Art. 21. São do domínio dos estados:

I — Os bens de propriedade destes, pela legislação atualmente em vigor, com as restrições do artigo antecedente;

II — Os lagos e rios em terrenos do domínio estadual ou que tenham a sua nascente e foz dentro das fronteiras do estado;

III — As ilhas existentes em águas públicas estaduais e as margens dessas águas, quando, por qualquer título, não pertençam ao domínio federal, municipal ou particular',

profundamente modificativo do art. 188 do projeto primitivo.

A Emenda nº 171, de Dantas Júnior, se refere 'aos bens que, atualmente, são de sua propriedade', que influiu no inciso I; a Emenda nº 3.523 dá nova redação ao inciso II; a Emenda nº 1.070-A foi atendida, excluindo-se a palavra 'navegáveis'; a Emenda nº 3.520 mandava suprimir 'e as ilhas situadas nos rios que banhem mais de um estado'. É subscrita por Dolor de Andrade.

A Comissão Constitucional não aceitou a fórmula da Subcomissão e redigiu o art. 35 do projeto revisto, excluído o inciso I

do art. 21, antes aprovado, e mantendo os dois outros incisos.

Projeto revisto:

O art. 35 foi submetido ao plenário e aprovado, com ressalva dos destaques.

A Emenda nº 3.515 propôs se incluísse entre os bens do domínio estadual os lagos e rios em terrenos do mesmo domínio e os que têm nascentes e foz no território estadual. É o resultado da unificação de diversas emendas, como se fizera em relação ao art. 34. É o assunto discutido e aprovado, figurando, como material de interpretação, a declaração de voto, já mencionada no artigo anterior.

Fundiram-se, assim, os incisos I e II em uma só redação, no art. 35, aprovado com emendas da redação final (n.os 56, 57 e 58)" (op cit. vol. 1. p. 594-5).

Se a inclusão da norma "teve por escopo definir direito até então reconhecido apenas por exclusão, será ilógico que se atribua a essa disposição sentido exatamente contrário", como bem acentuou a douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Não seria, na verdade, a melhor técnica de interpretação aquela que acarretasse tornar sem objeto o mandamento constitucional, pois, na prática, equivaleria a tornar inexistente os rios estaduais.

A imprecisão da terminologia pode induzir a equívocos, notadamente quando os próprios instrumentos legais confundem os conceitos imanentes às várias áreas do direito. Nesse particular observa Cláudio Pacheco, in *Tratado das Constituições brasileiras*, ao comentar os arts. 34 e 35 da Carta de 1946:

"417. Terminologia defeituosa nas referências ao domínio público. Os nossos textos de leis e de constituições, quando se referem às diversas modalidades do domínio público, usam indistintamente as mesmas expressões que servem para designar a propriedade civil. Aqui se diz que terras devolutas pertencem aos estados, ali se afirma que certos lagos e correntes de águas são do domínio da União, que as margens dos rios e lagos navegáveis são do domínio do estado, além se preceitua que ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças seriam do domínio federal e ainda mais adiante se dispõe que, entre os bens da União, se incluem lagos e correntes de águas em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um estado, ou que sirvam de limites com outros países etc.

Todas essas atribuições de domínio estão, portanto, na lei e nas constituições, lançadas com as mesmas palavras que servem para a designação das posições relativas à propriedade civil, num rodízio estreito que não se esmera em deixar assinaladas certas distinções fundamentais. Em verdade, o direito da propriedade civil é, entre todos estes declarados domínios, o único distintamente estabelecido, suficientemente caracterizado e completamente instituído. O domínio público muitas vezes se confunde com o direito de propriedade civil, quando a entidade pública exerce sobre certos bens um direito patrimonial, em que figura na mesma condição ou situação de qualquer outro proprietário particular.

Mas, em outras modalidades, o domínio público se afasta e se distingue do instituto da propriedade civil, perdendo diversas das suas características de uso, gozo e disponibilidade dos bens em causa. A entidade pública, titular desse domínio, já não terá então um uso direto, ou um gozo próprio, ou uma livre disponibilidade, ou um atributo de exclusividade no exercício do seu direito. É o que ocorre quando o domínio público se exerce supostamente sobre bens de uso comum do povo, tais como os mares, estradas, ruas e praças, para usar as expressões do Código Civil, em seu art. 66, I. Entendemos mesmo que, em tais casos, o domínio público já é meramente suposto, não é um verdadeiro domínio, pode valer apenas como uma cláusula de exclusão de todo domínio, de negação do verdadeiro domínio, seja público, seja privado. Ora, por sua própria natureza, tudo aquilo que se considera e se afigura como de uso comum do povo já não pertence a ninguém, já não pertence mesmo, como domínio que comporte um gozo direto, um uso imediato, uma exclusividade de aproveitamento, uma disponibilidade livre, ao seu suposto titular.

Encarado verídica e legitimamente, o uso comum do povo é incompatível com qualquer concepção concreta ou efetiva de domínio.

O direito que a entidade pública pode exercer sobre tais coisas será o de legislar ou de regular, o de ordenar aquele uso comum, o de policiar no sentido da boa ordem do mesmo uso comum, em suma, o de uma competência estatal que, por sua generalidade, por sua superioridade, por sua transcendência, não se submete a uma estreita noção de domínio" (op. cit. v. 4. p. 445-6).

E ainda acrescenta:

"420. As modalidades do domínio público. Mas, a esta altura, ainda está por apurar de que natureza é este domínio, da União ou dos estados federados, de que se trata nessas disposições legais e constitucionais.

Aqui cabe considerar uma distinção feita por Castro Nunes, quando disse que 'o domínio público compreende três modalidades: primeira, o domínio eminente, que a União exerce sobre o território nacional, identifica-se com o conceito de soberania territorial e resolve-se em poder de legislação e de governo, domínio iminente de que partilham os estados, com base na cláusula constitucional do art. 2º, e, por delegação destes, os municípios, em menor medida; segunda, o domínio público, propriamente dito, abrangendo os bens de uso comum de todos (ruas, praças, estradas, rios etc.) e os bens afetados a um uso especial; terceira, o domínio patrimonial do Estado (na acepção genérica), compreendendo os chamados bens dominicais, que são os "próprios", da linguagem do nosso direito civil e administrativo, podendo pertencer à União (próprios nacionais), a este ou àquele Estado, a este ou àquele município (inclusive o Distrito Federal e os territórios).'

Prossegue o mesmo autor:

'Só relativamente aos bens desta última categoria se pode dizer que é "proprietário" o ente público (União, estado federado etc.) a cujo patrimônio estejam incorporados. Dos bens da segunda categoria — bens públicos de uso comum ou afetados a uso especial — não é proprietária a União, nem o estado, etc. A propriedade deles, segundo o consenso geral, pertence à nação, à coletividade, ao povo. Define-se esse domínio, isto é, o dos bens afetados a um uso público, não pelas regras do direito civil, concernentes ao direito de propriedade, mas por normas e princípios de direito público, porquanto o conceito de domínio público exprime antes "una atribucion de uso sobre un conjunto de cosas que componen esse dominio, las cuales poden ser por todos usadas, ya uti singuli (individualmente) ya uti universi (en su conjunto, pero en manera indireta)". E acrescenta, adiante, Bielsa: "sobre los quales (bens públicos) el Estado tiene un superior poder de policia, no derecho de propriedad" (Bielsa. *Derecho administrativo.* v. 2. p. 420-4).'

Os bens públicos, diz Otto Meyer, são instrumentos da administração, que deles se serve para realizar fins de utilidade pública (Otto Meyer. *Le droit administr. allemand.* ed. fr. v. 3. p. 87 e segs.) (*Revista Forense, 159*:78).

Ressalvado, quanto à primeira modalidade de domínio público, o nosso ponto de vista de que o direito do Estado sobre o território é antes institucional, conforme dissemos no parágrafo 20 do volume 2 desta obra, assinalamos que no domínio público de que estamos tratando, partilhado pelas disposições constitucionais e legais entre a União e os estados federados, cabem a segunda e a terceira modalidades de que fala Castro Nunes.

Aliás, o suposto domínio sobre os lagos e rios, pelo menos aqueles que forem extensos e navegáveis, não é domínio patrimonial, é antes uma conceituação de bens de uso comum do povo, que se tem considerado como domínio da nação, de modo que é conferido à União ou aos estados federados apenas para que o exerçam como variações do poder nacional e que realisticamente já consideramos, no parágrafo 423 deste capítulo, como excludente de qualquer domínio patrimonial.

Já o domínio sobre ilhas fluviais e lacustres ou sobre porção de terras devolutas, sobre

terrenos, sobre estradas de ferro, instalações portuária, telégrafos, telefones, fábricas, oficinas, fazendas, sobre arsenais, material bélico, fortalezas, fortificações, construções militares, sobre bens perdidos pelo criminoso e outros desta mesma natureza pode ser considerado de caráter patrimonial, figurando como proprietário o próprio ente público" (op. cit. v. 4. p. 449-50).

Impende proceder-se neste passo ao cotejo entre os textos que disciplinaram a matéria *sub examen* nas Constituições de 1946 e 1967, bem assim nos textos resultantes da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e da Emenda Constitucional nº 16, de 1980, que fez incluir os territórios.

Constituição de 1946

"Art. 35. Incluem-se entre os bens do estado os lagos e *rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual.*"

Constituição de 1967

"Art. 5º Incluem-se entre os bens dos estados os lagos e *rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual,* as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior."

Emenda Constitucional nº 1, de 1969

"Art. 5º Incluem-se entre os bens dos estados os lagos em terrenos de seu domínio, bem como *os rios que neles têm nascente e foz,* as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior."

Emenda Constitucional nº 16, de 1980

"Art. 5º Incluem-se entre os bens dos estados e territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como *os rios que neles têm nascente e foz,* as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior."

Frente à redação atual verifica-se a pertinência da argumentação trazida pela douta Assessoria Jurídica da Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente do Rio de Janeiro, a que se reportaram tanto a Diretoria-Geral do Serviço do Patrimônio da União quanto a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e que merece, mais uma vez, ser reproduzida:

"Diferentemente das águas dormentes, as correntes não necessitam cobrir terrenos sob domínio estadual, basta que nasçam e terminem em seu território. Note-se que 'neles' só se pode referir a 'estados', pois não teria sentido referir-se a 'terrenos de seu domínio', mais próximo na frase, com essa expressão que só é usada para o mais distante, no caso estado, ou por outra, território estadual, como dito na Constituição de 1946."

Saliente-se que tal parecer foi emitido em 31 de julho de 1980, antes portanto do advento da Emenda Constitucional nº 16, que é de 27 de novembro do mesmo ano, o que explica ter deixado de se referir aos territórios.

Ponho-me, destarte, de pleno acordo com o entendimento do ilustre Dr. Cid Heráclito de Queiroz, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que ao aprovar o parecer emitido naquele órgão jurídico especializado, assim afirmou:

"2. Com efeito, a controvérsia tem solução, desde que, segundo as lições da hermenêutica, seja afastada a exegese meramente literal, que induz o intérprete a conclusões absurdas, tais como a de inexistência de rios estaduais ou a de que não constituiriam bens dos estados os lagos circundados por propriedades privadas.

3. Cumpre ao exegeta buscar o escopo dos preceitos constitucionais.

4. Dessa forma, evidencia-se que o fim colimado pelo art. 5º da Constituição foi o de incluir, efetivamente, no patrimônio dos estados federados, determinados lagos e rios, estes desde que tenham a nascente e a foz geograficamente situadas em seu território, isto é, nos limites geográficos da unidade federada, independentemente de as águas fluviais desaguarem aqui ou acolá e os terrenos marginais serem propriedade de A ou B."

III

Em conclusão, desde que não estejam situados totalmente em terrenos do domínio da União, não banhem mais de um estado nem constituam limite com outros países, os rios que tenham nascente e foz localizadas nos lindes geográficos do mesmo estado ou território incluem-se entre os bens dessas unidades federadas, ainda que deságüem no oceano.

Sub censura.

Brasília, 25 de agosto de 1982. *Paulo Cesar Cataldo,* Consultor-Geral da República.