RIOS PÚBLICOS — DOMÍNIO PÚBLICO SÔBRE TERRENOS MARGINAIS — SERVIDÃO — CONCESSÃO — TERRENOS DE MARINHA — ENTRADA, OCUPAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE IMÓVEIS DECLARADOS DE UTILIDADE PÚBLICA

— A servidão pública nas margens dos rios navegáveis é uma limitação do domínio que, salvo determinação legal, é irrestrita quanto à utilização do imóvel por todos; constitui verdadeiro uso comum da propriedade, para tornar possível o uso comum das águas, salvo a faculdade do poder público de concedê-las para uso especial.

— A servidão pública não pressupõe a propriedade privada, pode coexistir com o domínio público e, neste caso, quando bem dominical, terá de sofrer as mesmas limitações impostas pelas exigências do uso comum.

— O que predomina na concepção da servidão pública nas margens, mesmo quando haja o Estado concedido o seu domínio útil ao particular, é a posição do rio, o seu valor econômico, a sua utilização pública; as margens acham-se a êle subordinadas, como verdadeiro acessório, porque não é lícito conceber o rio sem todos os seus elementos integrantes, inclusive as margens.

— Não é possível separar as águas, a margem, o álveo, porque o conjunto é que constitui o rio, como expressão econômica e política.

— A propriedade privada irrestrita, ilimitada, das margens dos rios públicos tira ao rio público os seus característicos, a sua peculiaridade. É uma contradição que encontra a sua repulsa em tôda a nossa tradição legislativa.

— É direito da administração penetrar nos imóveis declarados de utilidade pública e ocupar terrenos vizinhos, desde que a entrada e ocupação tenham por fim tomar as providências para tornar efetiva a desapropriação.

PARECER

A presente consulta versa sôbre a situação jurídica dos terrenos reservados à margem dos rios públicos, assunto que tem sido objeto de antiga controvérsia que vem encontrando em nossa moderna legislação a sua solução definitiva.

Nem sempre é fácil fixar o verdadeiro sentido dos textos legais da antiga legislação sôbre matéria de direito administrativo porque, não só a terminologia, mas também o próprio sentido dos antigos institutos ainda não se tinham precisado; sòmente recorrendo-se à doutrina então corrente, às decisões dos órgãos administrativos, torna-se possível definir o *sentido* das disposições legais, cuja aplicação se impõe para a solução das controvérsias agora surgidas.

Esta é precisamente uma das dificuldades a serem contornadas para a resposta ao questionário que se nos apresenta para responder, e que é o seguinte:

a) Em face da tradição do nosso direito, desde remotas eras, da legislação imperial vigente na matéria, dos textos do Código de Águas e preceitos constitucionais não é de presumir-se, em princípio, o domínio público sôbre os terrenos marginais aos rios públicos, salvo quando tenham sido transferidos a particulares, mediante concessão legítima do poder público?

b) Em face da legislação anteriormente referida não estão êsses terrenos sujeitos à servidão pública, sejam de domínio público ou de domínio particular ?

c) Em face da lei expropriatória vigente não é lícito à administração pública penetrar em imóveis particulares, uma vez declarados de utilidade pública ou ocupar terrenos vizinhos às obras em que se estão realizando melhoramentos públicos ?

Passo a examinar as duas primeiras questões acima formuladas.

Examinando a formação do domínio particular no Brasil, cujas origens estão ainda ao nosso alcance, por isso que não temos a propriedade imemorial, tivemos ocasião de escrever :

"O título originário do domínio público foi a posse da terra pelo descobridor.

Desde aquêle momento constituiu-se o patrimônio territorial da Nação, sôbre o qual, com as doações e benemerências da Coroa Portuguêsa, havia de se constituir o domínio privado.

Por esta maneira, a propriedade privada só se poderia formar pelas concessões do titular do domínio sôbre a totalidade das terras existentes no país recém-descoberto.

Constitui, portanto, o estudo das diversas modalidades de concessões, e da legislação colonial aplicada ao Brasil, o ponto essencial para definir o domínio público e discriminá-lo do patrimônio privado em formação". [1]

E RUY CIRNE LIMA, procurando em época mais longínqua a origem legal da nossa propriedade territorial, mostrou que esta se originou da velha legislação portuguêsa e principalmente das concessões de sesmarias "a portuguêses, de acôrdo com as leis portuguêsas, e ainda para, de conformidade com estas, ser conservada, exercida e alienada" [2].

O regime de concessões, sob a forma de uma enfiteuse peculiar ao regime português, constituiu, por isso mesmo, a modalidade da formação do domínio privado, cujos traços se encontram em tôda a nossa legislação, o que não exclui, evidentemente, os outros meios de aquisição do domínio daquelas terras que não se compreendiam no domínio territorial da nação. Outro característico do nosso regime territorial, que se apresenta de maneira constante, insistente, em nossa legislação é o da preponderância do domínio público e a sua extensão em tudo quanto se relaciona com a defesa nacional e os interêsses da comunidade; pode-se dar como exemplos a legislação sôbre marinhas, sôbre mangues, sôbre rios públicos, sôbre as faixas de proteção (domínio e servidão) das fortalezas e estabelecimentos militares, etc.

Tudo isto vem comprovar que existem peculiaridades a serem atendidas na determinação do nosso domínio público e a subordinação dos títulos de propriedade privados aos interêsses superiores do Estado e do domínio público. Êstes como expressão dos interêsses gerais, e não mera ampliação do patrimônio territorial do Estado.

O que faltava geralmente era a técnica peculiar ao direito administrativo e uma doutrina homogênea, sistemática, em tôrno da noção do domínio público.

Estas deficiências também se fizeram sentir na legislação sôbre terrenos reservados nas margens dos rios públicos, geralmente considerados como prolongamento dos terrenos de marinha, principalmente antes da lei de 26 de setembro de 1867, e do decreto de 1868, que persistiram em estabelecer a íntima

---

1 *Tratado de Direito Administrativo*, vol. V, pág. 121.

2 *Terras Devolutas*, pág. 9.

dependência entre as duas faixas (a banhada pela água salgada e a banhada pela água doce), redação em que persistiram CARLOS DE CARVALHO e os outros civilistas que trataram da matéria e consolidaram a nossa velha legislação.

É bem verdade que surgiram divergências antes da lei de 1867, e se contradizem as interpretações administrativas das instruções de 1832, mas essas dúvidas só vêm confirmar uma tendência mais tarde consagrada nos diplomas de 1867 e 1868.

Exemplo dessas divergências sôbre as instruções n.º 348 do Ministério da Fazenda, de 14 de novembro de 1832, podemos encontrar em dois atos administrativos do Ministério da Fazenda, que passamos a mencionar.

> Como é sabido, o art. 4.º daquelas instruções dizia: "Hão de considerar-se terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar *ou dos rios navegáveis,* vão até a distância de 15 braças craveiras para a parte da terra, contadas estas desde os pontos a que chega o preamar médio".

Pois bem, interpretando essas instruções, temos, de um lado, a circular n.º 219 do Ministério da Fazenda, de 20 de agôsto de 1835, no sentido da exclusão das margens dos rios de água doce, e de outro lado uma ordem do mesmo Ministério afirmando, em 1852, o domínio nacional sôbre elas.

Assim, diz a circular: "e por quanto também se tem duvidado sôbre a designação dos terrenos de marinha pela generalidade do art. 4.º das referidas instruções, ordena outrossim *que se não compreendam nos ditos terrenos, enquanto o Poder Legislativo não determinar o contrário, as margens dos rios de água doce,* ainda que navegáveis sejam, que ficarem fora do alcance das marés..."

Mas, por outro lado, a ordem n.º 42 do Ministério da Fazenda, de 3 de fevereiro de 1852, já determinava: "por quanto, sendo as marés interiores do Município da Côrte *além do ponto onde terminam as marinhas,* assim como todos os outros que circundam o Império, *de domínio nacional...*"

Não havia, portanto, como afirmar-se pelo menos a existência pacífica do domínio privado às margens dos rios navegáveis, diante das manifestações de uma legislação cuja interpretação deixava sempre lugar ao reconhecimento do direito do Estado sôbre aquêles terrenos, direito afirmado por quem tinha autoridade para interpretar a lei.

E por isso mesmo nada também autoriza a admitir-se como uma inovação em nossa tradição legislativa o que foi consagrado de maneira taxativa na lei de 26 de setembro de 1867 e no decreto de 22 de fevereiro de 1868.

Êsses dispositivos constituem mesmo, segundo tudo leva a crer, uma consagração legislativa da interpretação preponderante e mais conveniente ao interêsse comum das instruções de 1832.

A lei de 26 de setembro de 1867 se nos afigura, efetivamente, de clareza absoluta ao resolver o assunto.

Embora ali se use da palavra *servidão,* o seu emprêgo contradiz, entretanto, o conteúdo do dispositivo invocado, que se refere a *concessões* e à aplicação da legislação sôbre marinhas aos terrenos reservados. Não há concessão pelo Estado de terrenos particulares, senão de terrenos do seu domínio, cujo desmembramento emana da lei que determina a sua alienação total ou parcial.

E se houvesse alguma dúvida a respeito da orientação legislativa então predominante, bastaria invocar o decreto de 22 de fevereiro de 1868, cujos

têrmos taxativos incluem no mesmo regime legal os terrenos de marinha e aquêles reservados à servidão pública nas margens dos rios navegáveis, *in verbis*:

> Art. 1.º "A concessão direta ou em hasta pública dos terrenos de marinha, dos reservados para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis e dos acrescidos natural ou artificialmente aos ditos terrenos, regular-se-á pelas disposições do presente decreto".

E não faltam autoridades a corroborar a afirmação.

ALFREDO VALADÃO, autor dos projetos do Código de Águas, vem, desde o início das discussões em tôrno dêsse problema, mantendo um ponto de vista uniforme, afirmando: "êstes terrenos e seus acrescidos estão sujeitos à mesma legislação que rege os terrenos de marinha e são mesmo impròpriamente denominados terrenos de marinha.

De modo que têm aplicação a êles os princípios que dominam a matéria dos terrenos de marinha pròpriamente ditos" (3).

E tem razão o eminente mestre da matéria, porque a própria lei de 26 de setembro de 1867 manda que o govêrno obedeça, nas concessões dos lotes situados nas terras marginais, *"às disposições sôbre terrenos de marinha"*.

Mas as concessões dos terrenos de marinha pressupõem o domínio público e o seu desdobramento, reservando-se o titular do domínio público o seu *domínio direto*, concedendo apenas o domínio útil.

Em relação às marinhas, como é notório, vigora um regime semelhante à enfiteuse, aplicado nesse instituto, em sua expressão primitiva, originária, à concessão de terras públicas, pertencentes ao Estado (4).

Não é, portanto, desarrazoado, antes é de uma lógica perfeita, atribuir-se ao Estado o domínio sôbre os terrenos reservados, porquanto a lei de 26 de setembro de 1867, referindo-se ao aproveitamento pelos particulares, pressupõe a sua *concessão*, obedecendo-se às normas legais, relativas aos terrenos de marinha.

É bem verdade que objeções têm sido feitas a essa doutrina, mas, como observa ainda ALFREDO VALADÃO, antepunha-se a uma situação de Direito, "um estado de fato em favor dos ribeirinhos que devia ser respeitado" (5). Mas, evidentemente, esta situação de fato não pode influir senão na elaboração da lei e nunca na sua interpretação.

Por isso é que ALFREDO VALADÃO, em sua exposição de motivos ao projeto do Código de Águas, respondendo às objeções de CARVALHO DE MENDONÇA, aduz considerações que, pela sua relevância, merecem repetidas:

"Contra o que ficou disposto no projeto, se pronunciou, em 1909, CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), em seu trabalho — *Rios e Águas Correntes* (páginas 237 e seg.):

"Entendeu que sôbre aquelas margens, e isso mesmo sôbre as margens das correntes navegáveis e flutuáveis, e não ainda sôbre as das correntes de que essas se façam, o que estava consagrado no nosso direito vigente era apenas uma servidão para os serviços da polícia e regulamentação geral da navegação e flutuação, não podendo na faixa respectiva os particulares executar obra alguma, salvo concessão especial.

"E essa própria servidão caíra em desuso entre nós.

---

3 *Dos rios públicos e particulares*, Belo Horizonte, 1904, pág. 100.

4 Ver nosso trabalho: *Apontamentos de direito enfitêutico*, em *Direito*, vol. X, pág. 73.

5 *Direito das Águas*, *Revista dos Tribunais*, 1931, pág. XIV.

"À exceção dos rios que atravessam povoações em nosso país, não nos consta", considera êle, "que os nossos governos, do extinto e do atual regime, tenham tido em grande conta os reservados à margem dos rios navegáveis. É verdade que sôbre tais terrenos jamais se tem construído quaisquer obras de uso particular ou de emprêsas sem concessão prévia, mas quanto ao gôzo de tais margens pelos proprietários ribeirinhos, no interior do nosso país, êle foi sempre constante e tolerado.

"Não é raro", salienta, "antes é muito comum ver-se à margem de nossos grandes rios extensas e luxuriantes culturas que só prosperam a bordo das correntes.

"Essa tolerância", conclui o ilustre jurisconsulto, "é digna de todos os aplausos, em tôdas as circunstâncias em que ela não ferir os interêsses imediatos da navegação.

"De acôrdo com CARVALHO DE MENDONÇA se pronunciou a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, na revisão de meu projeto, no sentido de que as margens em causa não constituem propriedade, senão, apenas, servidão pública: estabeleceu que as mesmas pertencem ao domínio dos ribeirinhos, ressalvadas as servidões necessárias para o aproveitamento das águas.

"Defendi, entretanto, em debate oral, no seio daquela Comissão, o princípio que consagrei no projeto.

"Insisti em que êle traduzia o nosso direito vigente: e porque estivesse abandonado em muitos pontos do interior do país, não podia ser desconhecido, sobretudo neste momento, quando estão a exigir o seu vigor não apenas os interêsses da navegação, senão ainda os da indústria hidro-elétrica.

"Ademais, os interêsses da agricultura não ficavam desprotegidos com o domínio de tal princípio da propriedade pública de semelhantes margens.

"Ressalvado o uso das mesmas para o aproveitamento das águas no interêsse das primeiras necessidades da vida, da navegação, da indústria, nada impede a sua *concessão* especial, para que sejam cultivadas.

"Remodelando o projeto, restabeleci aquêle princípio que havia sido rejeitado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

"Atendi, entretanto, agora, àquela situação de fato invocada, existente no interior do país, nos têrmos do seguinte dispositivo, que passa a figurar no mesmo: "*Será tolerado* o uso dêsses terrenos (as margens externas) pelos ribeirinhos, principalmente os pequenos proprietários, que os cultivem, sempre que o mesmo não colidir por qualquer forma com o interêsse público".

Mas o mesmo CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.) em seu livro *Rios e Águas Correntes*, cuja 2.ª edição tivemos a satisfação de adaptar à nossa legislação de Águas, reconhece explìcitamente o domínio público sôbre as margens dos rios navegáveis, dizendo: "Desde o direito português era geralmente recebido o princípio que ao Estado e não aos proprietários confinantes pertenciam as margens dos rios navegáveis. Isso passou para o direito brasileiro, que deu a tais terrenos a extensão de 15m.4 para a parte da terra, contados do ponto médio das enchentes ordinárias. Essa porção deve estar sempre livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietário do terreno. Êstes terrenos, são, pois, do domínio público dos Estados, se por algum título legítimo não se acharem no domínio federal ou municipal, ou *por concessão no uso de algum particular* (6).

CASTRO NUNES, cuja contribuição ao atual Código de Águas foi brilhante, e que examinou detidamente o assunto, é absolutamente radical em seu ponto de vista, excluindo explìcitamente a possibilidade de atribuir-se ao domínio particular os terrenos de marinha e os terrenos reservados.

---

6 *Rios e Águas Correntes em suas relações jurídicas*, n.º 109.

Propondo a supressão da ressalva do direito dos particulares, feita no art. 13 do projeto do Código de Águas, disse êle:

"Art. 13. Suprimam-se as palavras "ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular". O dispositivo está assim redigido: "São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular:

1.º — os terrenos de marinha; 2.º — os terrenos reservados, etc.".

"Nos têrmos em que está redigido o dispositivo, parece que os terrenos de marinha, bem como os terrenos reservados, *podem não ser* bens dominicais em certos casos, isto é, quando algum particular exiba título legítimo de propriedade. É claro que já então, nessa hipótese, o terreno em questão não seria de marinha: ou por outras palavras, para se reconhecer a propriedade particular seria preciso excluir da compreensão de marinhas o terreno reclamado. A conclusão estaria subordinada à prova *dêsse fato*.

"A lei, porém, ao definir o domínio público, *pressupõe* o terreno como sendo de marinha ou reservado: e são os terrenos assim conceituados que ela tem de classificar como dominicais, sem admitir a exceção do domínio particular, porque então levaria a supor que *nem todos* os terrenos de marinha e terrenos reservados pertencem ao domínio público. O terreno, dado como de marinha, não o sendo, será *particular;* mas só o será *por não ser de marinha*. O mesmo acontece com os *reservados*. De modo que o princípio legal deverá ser êste: — São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum: 1.º, os terrenos de marinha; 2.º, os reservados, etc."

RIBAS (A.J.) em seu *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. II, pág. 295 ao enumerar os bens públicos, no sentido restrito, indica: "II — Os rios e lagos navegáveis, bem *como as respectivas margens*".

CLÓVIS BEVILÁQUA, em sua *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 261, declara que são bens patrimoniais do Estado: "4.º — As margens dos rios navegáveis e dos seus afluentes caudais e perenes, destinados ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular".

O mesmo diz E. ESPINOLA em seu *Sistema de Direito Civil Brasileiro* vol. I, pág. 494.

No mesmo sentido o art. 110 da lei n.º 3.644, de 31 de dezembro de 1918, e também o art. 214 do decreto 16.197, de 31 de outubro de 1923 afirmando o domínio público sôbre os terrenos reservados à margem dos rios navegáveis, embora atribuído o domínio à União (a nosso ver erradamente). Ainda mais, o art. 1.º do decreto n.º 21.235, de 2 de abril de 1932, *in verbis*:

> "Fica assegurado aos Estados o domínio dos terrenos marginais e acrescidos naturalmente dos rios navegáveis que correm em seus territórios, bem como as ilhas formadas nesses rios e os das lagoas navegáveis em tôdas as zonas não alcançadas pela influência das marés".

O art. 11, n.º 2, do Código de Águas:

> "São públicos dominicais, se não pertencem ao uso comum e não pertencem a particulares, os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como canais, lagos e lagoas da mesma espécie". (Ver também o art. 29).

Mas, como vimos, o domínio particular pressupõe a concessão, porque regra geral aqui reafirmada é a natureza pública dominical das margens dos rios navegáveis.

Finalmente, os seguintes textos constitucionais:

Do art. 21, II, da Constituição de 16 de julho de 1934, reproduzido no art. 36 da Carta de 10 de novembro de 1937:

"São do domínio dos Estados:

II — as margens dos rios e lagos navegáveis destinadas ao uso público se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular".

Será federal nos rios contíguos ou limítrofes, nos rios que banham sòmente territórios federais.

Será estadual nos rios estaduais, e municipal nos rios municipais.

Será particular quando houver concessão.

A referência ao domínio particular é perfeitamente explicável, nas condições fixadas pela lei, porque, permitindo esta a concessão do domínio útil, ter-se-á de reconhecer ao foreiro todos os direitos de uso, gôzo e aproveitamento da propriedade, salvas as *restrições impostas pela servidão pública que subsiste, qualquer que seja o titular do direito de propriedade*.

E neste ponto, não parece procedente o reparo feito por CASTRO NUNES, já mencionado.

A questão é controvertida, principalmente no direito estrangeiro, controvérsia que vem, aliás, do direito romano. Assim é que, enquanto o jurisconsulto PAULO *afirmava* que eram públicas as margens dos rios públicos (Fr. 3 pr. *D. De flum.*, XLIII, 12. *Flumina publica que fluent, ripaeque eorum publicae sunt*), GAIO e POMPÔNIO, arrimados em CELSO (o filho), limitavam apenas a propriedade privada, quanto às exigências da pesca e da navegação) (Ver Fr. 5 pr. *D. De dinis rer.* (T.8) e Fr. 30 § 1 *D. De adquir. rer. dom.* (XLI, 1), *apud* RIBAS, op. cit. II, pág. 297), direito de uso com base no direito das gentes (7). Êste debate vem correndo pelos tempos afora, mencionando-se especialmente a legislação italiana, cuja aplicação entre nós, dada a diferença dos problemas hidrográficos, já fôra salientada por CARVALHO DE MENDONÇA com tôda a procedência.

Quanto à tradição romana, também não é digna de amparo, porque, conforme já observara LOBÃO, o direito português aceitara de preferência o direito intermediário e as numerosas legislações especiais que modificaram o sistema dos velhos textos romanos.

Quanto ao nosso país, vimos que a legislação obedeceu a uma orientação tôda peculiar, cujo paradigma foi a legislação de marinhas, que não encontra similar na generalidade da legislação de outros países.

A necessidade de proteger a terra descoberta contra as incursões de estrangeiros e contra os próprios aborígenes, impôs entre nós um conjunto de medidas legislativas que importavam numa integração muito grande do patrimônio territorial no domínio público. Por outro lado, sob um regime baseado nas concessões territoriais e nas sesmarias, não seria possível atribuir-se uma preponderância ao domínio privado ali onde se tornasse mais persistente a ação do poder público.

E agora cabe examinar o aspecto todo peculiar da servidão pública, nos têrmos expressos na consulta. Quem quer que estude o problema das servidões públicas encontrará sempre dificuldades muito grandes em fixar o sentido exato da doutrina, cujos vestígios não podem ser encontrados em nenhum dos nossos tratadistas de direito administrativo do século passado, nem tão pouco nos trabalhos doutrinários quer do Conselho de Estado, quer dos corpos legislativos. Mesmo no estrangeiro, sòmente em época mais recente foi o assunto objeto de exame mais especializado.

---

7 Ver ORTOLAN, *Explication des Instituts*, vol. I, pág. 248.

A opinião dominante, e na qual nos alistamos, entende que, pela servidã pública, os bens patrimoniais do Estado, ou do domínio privado, passam obedecer a um regime de direito público. Constitui-se verdadeiro *jus in r* sôbre a propriedade privada, em benefício do Estado ou do público e geral (8).

Verifica-se, desta forma, verdadeira extensão ou modificação do domín público. Esta é que seria a situação do imóvel em causa, segundo se verifi do memorial — do domínio público ou sujeito a uma servidão pública.

Impressionante é, porém, a falta de técnica da lei de 1867, porque, se sentido da lei fôsse apenas constituir uma servidão, excluída ficaria a sua s gunda parte, que autoriza a concessão de lotes dentro das faixas de 7 braça

O que parece mais razoável é admitir-se o domínio público e criar-se favor do público, em benefício do uso comum, uma servidão pública sôb os terrenos marginais.

Não se trataria, portanto, pròpriamente, de uma servidão pública, m do uso comum da coisa pública ou concedida ao particular sôbre uma fai marginal aos rios públicos.

Como diz GUILHERME ALVES MOREIRA (9), as servidões à margem d rios navegáveis são limitações ao direito de propriedade inerentes ao própr conteúdo dêsse direito. O que vale dizer, nunca é ilimitada e irrestrita a pr priedade marginal dos rios públicos, dada a natureza pública, de uso comu de suas águas.

Há, porém, quem leve mais longe a interpretação da lei de 1867, negan rigor técnico às expressões ali contidas — "servidão pública", entendendo q esta não exclui o próprio domínio público, implícito no próprio contexto lei. Assim entenderam CLOVIS BEVILÁQUA e CARVALHO DE MENDONÇA (J.X. nos seguintes têrmos.

Disse CLÓVIS BEVILÁQUA, em *nota* ao texto de sua *Teoria Geral do Direi Civil*:

"A lei e o regulamento usam da expressão terrenos reservados para servidão pública; todavia, parecendo imprópria a aplicação do têrmo *servidã* o texto não a manteve" (10).

CARVALHO DE MENDONÇA (J.X.), *in O Direito*, escrevendo sôbre o a sunto, reconhece o domínio público sôbre a aludida faixa de terreno à ma gem dos rios navegáveis, mostrando também a impropriedade da expres "servidão pública", aplicada pela lei n.º 1.507 a terrenos de uso comum.

Diz êle:

"A nossa lei n.º 1.507, de 26 de setembro de 1867, no art. 39, reserv para servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem navegáveis, fora do alcance das marés, a zona de 6 braças.

Imprópria é a expressão servidão pública *aplicada aos bens de uso p blico*. São da essência da servidão um *augmentum* e uma *diminutio juris* (1 5, § 9. Dig. 39; L.4. Dig. 8,5), o que aquela servidão pública não pr duz" (11).

Não vamos tão longe. O que houve sempre foi a preocupação de ate der ao interêsse do povo em geral, no aproveitamento das águas para tôd as suas numerosas aplicações.

---

8 Ver nosso *Tratado de Direito Administrativo*, vol. V, págs. 223 e seguintes.

9 *As águas no Direito Civil Português*, Coimbra 1920, vol. I, pág. 269.

10 *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 261, nota 4.

11 *O Direito*, vol. 87, pág. 10.

Para isso constituiu-se uma servidão de uso comum nas margens dos rios navegáveis, e que se concretiza na destinação ou uso do público, dêsses terrenos marginais, qualquer que seja a sua natureza, do domínio público ou do domínio privado.

A servidão pública de que fala a lei de 1867 é um pressuposto da natureza pública das águas, do seu uso comum, que arrasta consigo todos os acessórios da água, o álveo como as margens, quer sejam estas do domínio público, quer tenham sido transferidas a particulares por meio de concessão. Subsiste sempre, como um imperativo do aproveitamento do rio, a servidão pública, o uso comum de suas margens, limitação à propriedade do Estado (como patrimônio) ou do particular.

Estudando em 1867 o projeto, depois convertido na lei de 1868, dizia a seção de Fazenda do Conselho de Estado, referindo-se à servidão pública:

"Um outro assunto chama a atenção, e é a grande conveniência de conservar-se sempre uma servidão livre pela beira do mar para uso público, serviço e socorro da navegação, defesa dos lugares; e no caso da concessão para trapiches ou armazéns sôbre a água substituir essa servidão por outra em frente dêles pelo lado da terra". (Consulta de 28 de novembro de 1867 assinada por S. VICENTE, JOSÉ MARIA DA SILVA PARANHOS, BARÃO DE BOM RETIRO, TÔRRES HOMEM, ABAETÉ).

Em trabalho anterior à lei de 1867, VICENTE PEREIRA DO RÊGO, nos seus *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro,* reconhece também a propriedade dos ribeirinhos mas subordinados à concessão revogável, como se vê da seguinte nota, que mostra a precariedade do uso pelo particular dos terrenos marginais:

"Estando, porém, o domínio público fluvial fora do comércio e não devendo nunca sofrer usurpação prejudicial ao serviço público, segue-se: 1.º — que nenhuma plantação, construção ou disposição qualquer pode ter na margem ou no álveo dum rio navegável ou caudal sem prévia autorização administrativa; 2.º — que as concessões, por mais amplos que sejam os seus têrmos, nunca importam transferência de propriedade e são essencialmente revogáveis ou modificáveis sem indenização. Qualquer estabelecimento não autorizado só existe pela tolerância da administração e para com esta nenhuma prescrição pode legalizá-lo. Quanto às concessões antigas, são elas tão revogáveis ou modificáveis quanto as recentes; só com a diferença de que a supressão ou alteração daquelas pode, em certos casos, dar direito a uma indenização". (V. Resolução de Consulta de 27 de julho de 1854 (12).

Como se vê, mesmo antes da lei de 26 de setembro de 1867, não se compreendia a propriedade plena do particular sôbre os terrenos reservados. A sua utilização pressupunha a autorização ou concessão, com as restrições impostas pelo interêsse público.

A servidão pública nas margens dos rios navegáveis é uma limitação do domínio que, salvo determinação legal, é irrestrita quanto à utilização do imóvel por todos, constitui verdadeiro uso comum da propriedade, para tornar possível o uso comum das águas, salvo a faculdade do poder público de concedê-las para uso especial.

A servidão pública não pressupõe a propriedade privada; pode coexistir com o domínio público, e neste caso, quando bem dominical, terá de sofrer as mesmas limitações impostas pelas exigências do uso comum.

Êsse regime de servidão à margem dos rios navegáveis tem, aliás, a sua consagração universal, com mais ou menos amplitude e revestindo-se de pe-

---

12 *Elementos de Direito Adm. Bras.*, 1860, Recife, pág. 159.

culiaridades locais, do maior interêsse, conforme mostramos com citações d legislação francesa e italiana (13).

É que ela se torna geralmente indispensável à utilização de um bem d uso comum, como o rio navegável.

A pesca, a navegação, o uso das águas não seria possível sem a utilizaçã das margens.

Daí o afirmar SCIALOJA, dentro da legislação italiana:

"Abbiamo in tal modo fissato la nozione delle rive e il loro trattamen giuridico. Esse sono pubbliche in quanto all' uso, ma appartengono di rivera chi. Sono private ma soggeta all uso pubblico".[14]

O que predomina na concepção da servidão pública nas margens, mesm quando haja o Estado concedido o seu domínio útil ao particular, é a po ção do rio, o seu valor econômico, a sua utilização pública; as margens achar se a êle subordinadas, como verdadeiro acessório, porque não é lícito co ceber o rio sem todos os seus elementos integrantes, inclusive as margens[15]

E' velho o conceito conforme se vê em LOBÃO[16]: "O rio de um ribei público compreende igualmente a água que aí corre, a ribanceira, e o álv ou leito" (Cód. Frederic., P. 2, L, T. 3, Art. 4, § 43).

Ou, na opinião de outros: *"Flumen consistir ex quatuor nempe: litor ripa, alveo et aqua".*

Não é possível separar as águas, a margem, o álveo, porque o conjun é que constitui o rio, como expressão econômica e política. E dessa concepç é que devem decorrer as normas legislativas e a sua aplicação.

A propriedade privada irrestrita, ilimitada, das margens dos rios púb cos tira ao rio público os seus característicos, a sua peculiaridade. É, a nos ver, uma contradição que encontra a sua repulsa em tôda a nossa tradiç legislativa.

Respondo, assim, à primeira questão:

Sim, é de presumir-se o domínio público sôbre as margens dos rios nav gáveis, perante a nossa legislação, a opinião dos doutos e o estudo da formaç do nosso patrimônio territorial, com peculiaridades raramente encontradas e outros países, caracterizadas por uma ampla conceituação do domínio públic A nossa legislação imperial alargou de muito a tradição portuguêsa, pod do-se dar como exemplo a legislação sôbre terrenos de marinha, o regime sesmarias e uma larga conceituação das águas públicas e do regime jurídi das suas margens. Ainda mais, a legislação sôbre mangues e a proteção le sôbre tôda a nossa orla marítima e fluvial, constituem elementos úteis p suprir a deficiência da nossa legislação quanto à precisão de seus têrmos e conceituação de certos institutos jurídicos.

Mais do que isso, encontramos nos diplomas legais, nas decisões, r ordens e instruções expedidas pela administração, elementos suficientes p

---

13 Ver nossa introdução à obra de CARVALHO DE MENDONÇA, *Rios e Águas c rentes*, págs. LXXVI e seguintes.

14 *Diritti reali* (proprietà), *Legione dettate nella R. Università di Roma* a anno 1907 *ob. Compilate per cura di L. Biamonti e G. Storch*, pág. 570.

15 Ver *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I, pág. 185, verb. *Accesione*.

16 *Águas*, § 3.

afirmar a natureza pública do domínio sôbre as 7 braças marginais dos rios públicos.

Quanto à segunda questão:

É preciso não confundir servidão com domínio. Mesmo sôbre os bens públicos, pode existir uma servidão pública, que se exprime pelo uso comum sôbre uma parte ou todo o domínio.

Êste uso comum deve obedecer a uma regulamentação legal quanto à forma e aos limites do seu exercício.

A concessão não exclui também a limitação do uso privado da propriedade em benefício do público, antes é um pressuposto, de momento que o imóvel já se achava gravado com êsse onus, êsse *jus in re*, como também nada impede que sôbre a concessão recaia posteriormente essa restrição.

No caso particular dos terrenos marginais, conforme demonstramos, a doutrina, a legislação e as manifestações das autoridades administrativas sempre foram pacíficas.

Não há propriedade privada irrestrita, ilimitada nas margens dos rios públicos, porque então só *águas públicas* e não rios públicos, que em sua ampla concepção econômica e jurídica, compreendem as águas, o álveo, as margens, as ribanceiras.

Em relação à terceira questão formulada, respondemos:

É direito da administração penetrar nos imóveis declarados de utilidade pública e ocupar terrenos vizinhos, desde que a entrada e ocupação tenham por fim tomar as providências para tornar efetiva a desapropriação.

Êsse direito decorre do próprio Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que consagrou princípio semelhante ao da nossa lei anterior (17).

A razão é óbvia. Não seria possível nem sequer elaborar os planos e fazer levantamento do imóvel sem o exercício dessa faculdade, que não representa nenhum atentado à posse legítima.

Princípio semelhante está consagrado expressamente na legislação italiana, entre outras (18).

Na nossa legislação anterior, também o princípio era expresso, não permitindo sérias controvérsias (19).

É óbvio que os danos e a ocupação do terreno alheio devem ser indenizados, em seus devidos têrmos, de momento que aquêles danos hajam reduzido o patrimônio do expropriado e a ocupação haja molestado os direitos e principalmente o uso e o rendimento do imóvel.

De acôrdo com essas considerações, sòmente o excesso no exercício dêsse direito inerente ao instituto da desaproprieção pode dar lugar a reclamações, excesso traduzido principalmente na deformação dos fins da ocupação ou da entrada no imóvel.

Essas as considerações que julgamos cabíveis em tôrno dos temas que nos foram apresentados. É o nosso parecer.

D.F., 1944. — *Themístocles Brandão Cavalcanti*.

---

17 Ver SEABRA FAGUNDES, *Da desapropriação no direito brasileiro*, pág. 121.

18 Ver SABBATINI, *Espropriazione per pubblica utilità*, 2.ª ed., vol. I, pág. 202, A. LOZNTINI, *Le espropriazioni per causa di pubblica utilità*, pág. 76.

19 Ver SOLIDÔNIO LEITE, *Desapropriação por utilidade pública*, 3.ª ed., pág. 68.