RIOS PÚBLICOS — DOMÍNIO DOS TERRENOS MARGINAIS — TERRENOS DE MARINHA, DEVOLUTOS E RESERVADOS — SERVIDÃO PÚBLICA — OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERRENOS, PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO

— Em face das tradições do nosso direito, do direito vigente, do Código de Águas, da Constituição de 1934 e da Carta Constitucional de 1937, os terrenos marginais dos rios públicos, incluídos, ou não, em datas de sesmarias ou posses levadas a registro, antes ou depois da Lei n.º 1.507, presumem-se do domínio público, salvo quando hajam sido objeto de concessão legítima do poder público aos particulares, na forma das leis e princípios de direito administrativo;

— Os terrenos da faixa marginal aos rios públicos, delimitada por lei do Império, reproduzida no Código de Águas (art. 14), *são do domínio público ou estão gravados do ônus de servidão pública, caso se encontrem no domínio particular por título legítimo;*

— Em vista dos têrmos claros da lei expropriatória em vigor (arts. 7.º e 36), *não se pode pôr em dúvida o direito que têm as autoridades administrativas de, uma vez declarada a utilidade pública, penetrar nos imóveis particulares compreendidos no plano das obras e ocupar temporàriamente os terrenos vizinhos a elas, só cabendo aos donos dos prédios atingidos por qualquer dessas medidas receber, eventualmente, indenização a posteriori.*

— Interpretação: da Lei n.º 1.507, de 1867; do Decreto número 21.255, de 1932; do art. 37 da Constituição de 1937; dos arts. 7.º e 36 da Lei de desapropriações (Decreto-lei n.º 3.365, de 21-6-41).

PARECER

I. As legislações modernas receberam do direito romano a distinção fundamental entre as coisas *in commercio* e *extra-commercio*, aquelas suscetíveis de propriedade privada ou de alienação, e estas não.

No direito romano, as coisas *extra-commercium* se distribuíam em dois grandes grupos, a saber, *res divini juris* e *res humani juris*. De parte as da primeira categoria, que não interessam à espécie em exame, importa notar que as coisas *extra commercium humani juris*, por sua vez, se bipartiam em dois ramos: *res communes omnium* e *res publicae*, isto é, coisas comuns e coisas públicas.

Nas coisas públicas, segundo as Institutas, se distinguiam as destinadas ao uso comum do povo e as que constituíam o patrimônio do Estado.

Daí proveio a divisão formulada pelos comentadores do Código de Napoleão de bens do domínio público e do domínio privado do Estado, a qual tão grande influência teve no Código Civil italiano (arts. 426, 427, 428) e nos Códigos de outras nações.

No direito brasileiro, a matéria passou pelo cadinho da doutrina, da legislação e da jurisprudência até concretizar-se no art. 66 do Código Civil, que distribui os bens públicos em três categorias: I — os de uso comum do povo; II — os de uso especial; III — os dominicais.

II. Entre as coisas públicas (*res publicae*) as Institutas de Justiniano incluem, juntamente com os rios, as suas margens, seguindo, assim, literalmente, a lição de GAIO: *Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis* [1].

O mesmo interdito proibitório protegia o uso público do rio e das suas margens (*Ne quid in flumine publico ripave ejus facias, ne quid in flumine publico neve in ripa immittas*) e a êste interdito correspondia outro restitutório [2].

Completava-se a proteção do uso público das margens com a licença para obras de conservação das margens ou do terreno *qui circa ripam est*, contanto que não prejudicassem a navegação e os vizinhos aos quais se devia prestar caução de dano infecto [3].

A palavra *ripa* (em italiano *riva*, em francês *rive* e *rivage*, em espanhol *ribera*) corresponde em português a riba, ribanceira, margem, vizinhança ou borda de algum rio, isto é, as praias ou barrancos que beiram o rio e o contêm.

A margem do rio começa onde acaba o leito ou álveo, mas não havia em direito romano uma definição precisa dos limites dêste, prevalecendo, entretanto, o critério da extrema atingida pelo rio nas enchentes (*ripa ea putatur quae plenissimum flumen continet*).

Como, todavia, assinalar a extensão da margem? Como determinar a largura da faixa destinada ao uso público? O direito romano não nos legou um critério firme e seguro para a solução do caso.

Tinham os romanos em vista principalmente a navegação e a pesca, e, por isso, o direito assegurava para servidão pública espaço suficiente à atracação das embarcações à amarra dos cabos e à carga e descarga das mercadorias, bem como à construção de cabana para os pescadores e à secagem das rêdes [4].

---

1 Liv. II, Tít. I, § 4.º.

2 *Dig*, Liv. XLIII, Tít. XII, *De Fluminibus*, pr. e § 19.

3 *Dig.*, Liv. XLIII, Tít. XV, *De ripa munienda.*

4 *Institutas*, Liv. II, I, *Dig.*, Liv. XLIII, Tít. XIV, *ut in flumine publico navigare liceat*.

III. Os rios públicos e suas maregns não constituíam em direito romano objeto de um direito real ou dominical.

Regulava-se a matéria de maneira a proteger e disciplinar o uso público do rio e das suas margens, como o das estradas e de outras vias de comunicação.

O feudalismo introduziu a idéia de propriedade no conceito dos rios públicos, complicando-a depois com a das *regaliae* de origem germânica, mas formulada pelos juristas italianos.

Na luta entre a realeza e as novas fôrças políticas das senhorias feudais e comunais, trataram os imperantes de fixar em lei o conteúdo dos feudos e ressalvar expressamente os privilégios majestáticos.

Na enumeração das prerrogativas reais constantes da *Constitutio de regalibus*, adotada na dieta de RONCAGLIA, BULGARO e MARTINO inscreveram entre as *regalias maiores* a propriedade dos *flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia.*

O preceito dêsse Código de Frederico I passou para a coletânea *Consuetudines Feudorum*, que se transformou nos *Libri Feudorum.*

RUI FERNANDES, incumbido por el-rei D. Duarte de declarar quais os direitos pertencentes à Coroa, extraiu do título 56 do livro 2 dêste Código o dispositivo inserto nas *Ordenações Afonsinas* relativamente aos rios navegáveis e aos de que se fazem os navegáveis [5], de onde se trasladou para as *Manuelinas* [6] e destas para as *Felipinas* [7].

Não se limitou, porém, o jurista lusitano a traduzi-lo para o vernáculo.

Aproveitando o preceito do Código Lombardo, tratou de ajustá-lo ao direito romano *direito comum* na Europa, vigente em Portugal desde o Código das Sete Partidas, revigorado ao tempo de D. Diniz pelo seu ensino na Universidade de Coimbra.

Era, aliás, o que mais convinha ao objetivo de fortalecer o Poder Real em face das tradições de domínio privado favoráveis aos donos das terras, antigos senhores feudais, cujos privilégios o Código Afonsino aboliu, declarando que em Portugal não havia feudos e ninguém poderia ter vassalos senão o Rei [8].

IV. Destarte, a citada ordenação não é mera cópia do Código de Frederico I sob o título *quae sunt regaliae*, mas uma combinação das leis feudais com as romanas, conforme ensina TEIXEIRA DE FREITAS na nota ao art. 331 do *Esbôço.*

A influência do direito romano, que se manifesta logo no acréscimo — "se são caudais que correm em todo o tempo", — melhor se evidencia no final do dispositivo: "E pôsto que o uso dos rios seja igualmente comum a tôda gente (direito romano), sempre a propriedade dêles fica no patrimônio real (direito feudal)".

Conforme observa TEIXEIRA DE FREITAS, e com tôda a razão, na nota acima citada, êste texto do Código Felipino não fornece um meio seguro de extremar a propriedade pública da particular, em matéria de águas.

---

5 Liv. II, Tít. XXIV.

6 Liv. II, Tít. XV.

7 Ord. Liv. II, Tít. XXVI.

8 Liv. II, Tít. XXXV, § 3.º.

Entretanto, esta Ordenação é tida como assento da matéria no direito pátrio e, interpretada ao tempo do liberalismo manchesteriano, que tanto concorreu entre nós para a decadência dos estudos de direito administrativo, levou insignes civilistas brasileiros a concluir que só são públicos em nosso direito os rios navegáveis e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais e perenes [9].

Mas, segundo já tive ensejo de mostrar mais de uma vez[10], a referida Ordenação enumera apenas os direitos reais ou realengos que, de acôrdo com o Código Lombardo, ficaram no patrimônio da Coroa.

Outros rios, não compreendidos no rol dos bens régios, permaneceram *públicos de uso comum*, sem que sôbre êles o soberano pudesse exercer o direito de propriedade, como acontecia com os navegáveis e os de que se fazem os navegáveis, os quais podiam ser doados, aforados, coutados, como quaisquer outros bens do domínio do rei [11].

Estas outras correntes de caráter público dependiam das municipalidades, como se vê em CÂNDIDO MENDES, *Código Felipino*, nota 3.ª à citada Ordenação.

V. Atribuindo ao patrimônio real os mencionados rios, é a Ordenação omissa quanto aos demais e, também, quanto às margens dos rios nela contemplados.

Na construção jurídica necessária para preencher essa lacuna da lei vai-se dar no Brasil o mesmo fenômeno observado na Itália no tocante ao discrime entre as águas públicas e privadas, isto é, a formação de duas correntes antagônicas.

Uma privatista, constituída de mestres de Direito Civil, numerosos e de grande tomo, sobrepõe os princípios da lei civil aos dispositivos de leis e regulamentos administrativos, para estender quanto possível as relações de ordem privada (na Itália: GIANZANA, PACIFICI MAZZONI, FILOMUSI GUELFI, RICCI, BORSARI; no Brasil: TEIXEIRA DE FREITAS, LAFAYETTE, RIBAS).

Outra, estatista ou dominialista, formada de escritores de Direito Administrativo, examina a questão sob o ângulo do direito público administrativo e dá preponderância às leis e decisões administrativas, para alargar o campo do domínio público (na Itália: TIEPLO, MAZZA, PRESUTTI, CAMMEO, MARRACINO e CONTE; no Brasil: PEREIRA DO RÊGO, VISCONDE DO URUGUAI, TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, MATOS VASCONCELOS).

VI. Vejamos se é possível chegar a uma conclusão baseada nos fatos e nas leis sem preconceitos de escolas e sem a preocupação de ampliar ou restringir os direitos dos ribeirinhos ou do Estado.

Nas lacunas do Código Felipino, cumpre recorrer, em primeiro lugar, ao direito romano, subsidiário do direito pátrio até a promulgação do Código Civil. Ora, o direito romano afirma, de modo invariável e categórico, que as margens dos rios públicos são públicas como êsses (*flumina publica quae fluunt ripaeque eorum publicae sunt*).

Surge a dúvida no modo de entender êste caráter público das margens dos rios. Para os privatistas, as margens pertencem aos ribeirinhos e ficam sujeitas sòmente a uma servidão pública em favor da navegação. Para os dominialistas, ao revés, as margens constituem com o álveo uma só propriedade pública.

---

9 Ribas, *Curso*, vol. II, pág. 295; Teixeira de Freitas, *Consol.*, art. 52, § 1.º, Clóvis, *Teoria Geral*, § 42.

10 *Pareceres*, Belo Horizonte, 1919, pág. 6.

11 Lobão, *Águas*, § 14, *Direitos Dominicais*, § 49.

Os privatistas se abonam com a opinião de GAIO e POMPÔNIO, os quais entendiam que, embora o rio e suas margens estivessem sujeitos ao uso público, nem por isso deixavam de pertencer aos prédios vizinhos, e argumentavam com o caso da mudança do leito, em que os donos dos terrenos recuperavam o álveo abandonado [12].

Pode-se objetar a estas razões com a consideração de que as opiniões de GAIO e POMPÔNIO, aquêle contemporâneo de Marco Aurélio e êste de Antonino Pio, ainda estavam impregnadas do rígido individualismo do primitivo direito quiritário, e não podem prevalecer em face de outros dispositivos das leis romanas posteriores.

Também não colhe o argumento tirado da aquisição da propriedade do álveo abandonado, pelos proprietários ribeirinhos, porque, se o rio voltar ao antigo leito, perdem os donos dos terrenos a propriedade assim acidentalmente adquirida.

O que resolve, a nosso ver, num e noutro caso, o aspecto jurídico da questão é o conceito do rio como um todo único, constituído da água, das margens e do leito, todo em que a massa dágua corrente é a coisa principal e as margens e leito acessórios. Se o rio abandona o leito por onde corria e abre outro, vai imprimir o caráter público às margens e ao leito escavado pela fôrça das águas.

Não correndo mais o rio no leito antigo, desaparece a razão de ser da dominialidade pública sôbre o álveo e margens que eram acessórias do rio e que, com a mudança operada, passam a ser acessórios do terreno contíguo.

O certo é, porém, que a corrente privatista, filiada ao individualismo econômico e às reminiscências feudais, supérstites nos senhores de engenho, barões do Império e fazendeiros e estancieiros da República, teve grande voga e logrou defensores entre os juristas de maior relêvo e prestígio.

Em célebre pleito, eminente advogado sustentou que as águas do rio "são o acessório, a continuação ou uma parte integrante das terras" e que seria transformar a ordem jurídica e a ordem natural das coisas converter as terras marginais "em um acidente, um produto, uma continuidade, uma parte integrante ou constituinte das águas, o que seria até heterodoxo, porque, segundo o Gênesis, Deus criou primeiramente a terra e não as águas." [13]

Evidentemente, a paixão do advogado pela causa levou o cultor do direito a exageros, pois, lògicamente, pelo seu raciocínio, o rio público que mudasse de leito deveria tornar-se propriedade do dono do solo por onde passou a correr.

VII. Em Portugal prevaleceu sempre a inclusão das margens dos rios públicos no domínio da Nação, como se pode ver em DIAS FERREIRA, comentário ao art. 380 do Código Civil Português, em CARVALHO DE MENDONÇA [14] e ABEL ANDRADE [15].

Mas a confusão entre as idéias de jurisdição e império e propriedade e gôzo, oriunda do feudalismo, tem-se prolongado nesta matéria até os nossos dias, por influência, sobretudo, das teorias e controvérsias nascidas à sombra da exegese dos arts. 538 e 714 do Código de Napoleão.

---

12 Gaio, *Dig.*, *I*, 8, fr. V, pr. *De Divis Rer.* e XLI, I, fr. VII, *De Adquir. Rer. Dom.*, Pompônio, *Dig. XLI*, I, fr. XXX, § 1, *De Adquir. Rer. Dom.*

13 Ferreira Viana, na rev. *O Direito*, vol. 28, pág. 560.

14 *Rios e Águas Correntes*, 2.ª ed., pág. 231.

15 *Com. ao Código Civ. Português*, n.º 65.

No Brasil, onde tão grande influência exerceu o direito francês e onde se esboçou a revivescência do feudalismo com o sistema das capitanias hereditárias, os civilistas seguiram de perto a lição de GAIO e POMPÔNIO, entendendo que as margens dos rios públicos só estavam sujeitas a uma servidão pública quanto ao uso necessário para a navegação e para a pesca[16].

Os tratadistas de Direito Público Administrativo, entretanto, consideravam as margens como verdadeira propriedade pública, bem nacional, assim definido pela Constituição do Império, como se pode ver em PEREIRA DO RÊGO[17].

Na terceira edição do seu trabalho, publicado em 1877, sob o título *Compêndio ou Repetições Escritas sôbre os Elementos de Direito Administrativo*, o douto professor da Faculdade de Recife explana os mesmos princípios (págs. 244 e segs.), sustentando, com LOBÃO, que não há repugnância em que a propriedade do rio seja da Nação e o uso comum do povo.

VIII. Nesta controvérsia entre os civilistas e os tratadistas de direito administrativo, convém não perder de vista que a servidão de uso público das margens para a navegação, com o progresso da navegação fluvial, se transforma, no direito francês, no italiano e no de outros países, na servidão de *marchepied* ou *chemin de halage* da Ordenança francesa de 1669, *via alzaia, d'attiraglio o di marciapiede*, da legislação italiana.

A servidão em favor da navegação de barcos puxados à sirga importa em deixar sôbre as margens um caminho de sete e meio metros de largura para a passagem dos cavalos (*halage*) e de três metros e setenta e cinco centímetros (*marchepied*) no lado oposto.

Na lei italiana, em falta de fixação da largura pelos regulamentos ou costumes locais, a *via alzaia* terá a largura de cinco metros.

A lei brasileira (Lei n.º 1.057, de 26 de setembro de 1867) fixou a largura da faixa de servidão pública em sete braças a contar da linha das enchentes ordinárias.

Pouco se afasta das legislações referidas ao atribuir o caráter de servidão pública à zona marginal dos rios e distancia-se delas sòmente no tocante à amplitude dessa orla adjacente ao rio, aqui de quinze metros e lá de sete e meio metros.

Portugal, por considerações especiais que ignoro, dilatou ainda mais a extensão dessa zona serviente, marcando-lhe a extrema de 30 metros (art. 14 do Decreto n.º 12.445, de 29 de setembro de 1926).

IX. Não há negar que o rio se compõe da *acqua profluens*, das margens e do leito, verificando-se nas margens a junção da propriedade pública com o terreno suscetível de apropriação privada e que pode pertencer a pessoas jurídicas de direito público ou a particulares (pessoas naturais ou jurídicas).

As margens fazem necessàriamente, como acentua MAURÍCIO BLOCK, no seu *Dictionnaire de l'Administration Française*, parte integrante dos cursos d'agua e se acham por isso subtraídas à categoria das coisas que são apropriáveis pelos particulares.

Em que pese à autoridade de TEIXEIRA DE FREITAS e de outros civilistas, no rio público margens e leito não são acessórios naturais dos terrenos particulares que êle atravessa. A água corrente, as margens e o leito são os três elementos que formam o rio, como partes de um todo. Neste conjunto, convém repeti-lo, a parte principal é o rio. As margens e o leito são acessórios e seguem a condição jurídica do rio.

16 Ribas, op. e loc. cit.; Teixeira de Freitas, *Consol.*, nota 30 ao art. 55.

17 *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*, 2.ª ed., Recife, 1860, pág. 159.

A determinação do ponto em que o terreno será subtraído ao regime de apropriação privada e colocado sob o regime de bens comuns ou incorporados ao acervo de bens de domínio público suscita um problema sério que tem preocupado administradores, tratadistas, legisladores e juízes de quase todos os países civilizados.

X. No Brasil, onde todo o território pertenceu originàriamente à coroa portuguêsa em virtude da conquista, a propriedade privada se constituiu por meio de sesmarias e posses, isto é, todos os terrenos do domínio privado foram adquiridos pelos particulares a título gratuito.

A Coroa, ao outorgar a mercê das sesmarias, ou ao legitimar as posses, não precisava ressalvar expressamente os limites longitudinais da faixa destinada ao uso público da navegação, da pesca e de outros misteres.

As datas de terras e as legitimações de posse só podiam recair sôbre terras devolutas, vale dizer, sôbre terras suscetíveis de apropriação privada.

As cartas de sesmarias mandavam os Ministros e Justiças dar ao agraciado posse real efetiva e atual nos terrenos concedidos na forma costumada debaixo das cláusulas nelas referidas "e as mais das ordenações do reino título das sesmarias". A remissão ao título 43 do livro IV das Ordenações afasta a possibilidade de se estender a munificência aos terrenos reservados ao uso público.

Assim, a Provisão de 21 de fevereiro de 1826 interpreta fielmente a realidade dos fatos e o direito vigente, estatuindo que "datas de terras sempre se entendem com exclusão dos lugares declaradamente pertencentes à Coroa".

As posses obedeciam aos mesmos preceitos, não podendo os posseiros pretender mais direitos do que os concessionários de sesmarias. Aliás, as posses sôbre as margens do rio como as das vias públicas, tais como estradas, ruas e praças, não levam jamais à aquisição da propriedade por usucapião, porque não se lhes pode aplicar a prescrição, mesmo extraordinária ou ainda imemorial: o destino público dessas margens é perpétuo, e imprescritível o direito da nação sôbre as mesmas.

XI. O que comumente ocorria e ocorre é que o proprietário ribeirinho por título de sesmaria ou posse por sucessão dos antigos concessionários ou posseiros, para melhor assegurar os direitos de *escoamento* das águas do seu prédio e de *aproveitamento* do rio para navegação, pesca, extração de areia, bebedouro de animais, lavagem de roupa, desvio para irrigação, e outras vantagens decorrentes da sua posição de ribeirinho, leva as cêrcas do seu terreno até o talude ou ribanceira do rio. Com êste procedimento logram duas vantagens suplementares de grande valor econômico, quais a de poder cultivar ditas margens e de poupar as despesas de tapumes, por servir o rio satisfatòriamente a êste fim.

Tôdas estas e outras maneiras de usar o terreno marginal dos rios públicos, embora legítimas e mutas vêzes necessárias, estão, todavia, subordinadas à condição de não prejudicar o uso público dos mesmos.

Os atos acima indicados são *tolerados* pela administração pública enquanto não afetam a servidão pública, mas tais atos possessórios jamais poderão ser invocados como capazes de gerar a favor do ribeirinho uma *servidão* ou um direito de propriedade.

Com efeito, nenhuma plantação ou construção poderá ter lugar na margem do rio, sem prévia autorização administrativa e "qualquer estabelecimento não autorizado só existe pela tolerância da administração e para com esta nenhuma prescrição pode legalizá-lo." [18]

---

18 Pereira do Rêgo, ob. cit., 2.ª ed., pág. 159.

XII. À vista dêste retrospecto do nosso direito relativamente à faixa marginal dos rios reservada à servidão pública, creio que se pode concluir que, antes do dispositivo geral constante do art. 39 da lei orçamentária de 1868 (Lei n.º 1.507, de 26 de setembro de 1867), a situação dos proprietários de terrenos marginais aos rios públicos era a seguinte:

a) quer os terrenos tivessem sido adquiridos por meio de sesmarias, quer por meio de posse, quer se encontrassem em poder do primitivo concessionário ou possuidor, quer em mãos de sucessores dêstes, estavam todos sujeitos à servidão pública sôbre uma faixa lateral ao rio, cujas dimensões não eram determinadas;

b) assim, havia, entre a propriedade privada e a faixa reservada à servidão pública, certa confusão de limites, que desapareceu com a fixação da linha de extremadura de uma e outra pela citada lei, que vale como uma demarcatória definitiva das propriedades confinantes;

c) sôbre esta faixa a administração pública exercia livremente as faculdades inerentes à tutela do uso público, salvo o direito de indenização aos ribeirinhos ou a outros quaisquer que dela mesmo houvessem obtido concessões para obras e serviços dentro da referida área;

d) o fato dos títulos declararem que a propriedade confina com o rio não lhe alterava a situação jurídica, porque a servidão pública era perpétua e o direito da nação sôbre a faixa ribeirinha inalienável e imprescritível;

e) quaisquer atos possessórios praticados sôbre a referida faixa não lhe modificavam também a situação jurídica e a destinação perpétua ao uso público, porque essas *"concessões por mais amplos que sejam os seus têrmos nunca importam transferência de propriedade."* [19]

XIII. Não há confundir esta zona reservada para servidão pública nem com as terras devolutas nem com os terrenos de marinha. Nem com os terrenos devolutos, porque êstes não se destinavam a uso público e sim á propriedade e gôzo dos particulares em concessão irrevogável para seu aproveitamento econômico. (Ord. cit. e Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850). Nem com os terrenos de marinha, porque, embora houvesse nas leis, na doutrina e na prática, algumas vacilações e incertezas sôbre a discriminação, sempre predominou a idéia de que os terrenos de marinha só compreendiam os banhados por águas sujeitas a marés, ao passo que, reservados às margens dos rios, não dependiam desta condição e sim do alcance das enchentes, havendo o dispositivo da Lei n.º 1.507, de 1867, cortado qualquer dubiedade acêrca da diferença entre uns e outros.

Depois desta lei, ficou nítida a conceituação jurídica destas três diferentes categorias de bens que nunca se confundiram sob o Império, nem sob a República, como ensina CARLOS MAXIMILIANO [20].

XIV. Tem-se sustentado, sob a égide de autoridade do pêso de LAFAYETTE e LACERDA DE ALMEIDA, que foi a Lei n.º 1.507, de 1867, que estabeleceu entre nós a servidão de uso público relativamente às margens dos rios. Parece haver engano nesta assertiva, porque, como já vimos, a servidão instituída no direito romano subsiste em nosso direito e foi reafirmada em vários diplomas, um dos quais citado na breve resenha histórica anteriormente feita. Os civilistas contemporâneos à lei nunca puseram em dúvida a sua vigência antes dela. O *Esbôço* do Código Civil de TEIXEIRA DE FREITAS, publicado em 1860, declara pertencerem à classe das coisas públicas de uso

19 Pereira do Rêgo, ob. cit., loc. cit.

20 *Com. à Const. de* 1891, n. 409.

comum "os rios navegáveis e seus braços e também suas margens". Procura, entretanto, reduzir esta servidão ao mínimo, de acôrdo com a tendência manifesta e confessada de restringir o domínio público em proveito dos particulares, acrescentando — "servidão pública quanto ao uso necessário para a navegação, salvo, também, os direitos de propriedade particular já nelas adquiridos" (art. 328). Ora, o grande mestre omitiu aí vários outros usos públicos do rio reconhecidos desde o direito romano, e quando menciona os direitos de propriedade particular adquiridos sôbre as margens só pode referir-se a construções ou edificações legalmente autorizadas e que hajam de ceder aos interêsses do uso público da navegação. TEIXEIRA DE FREITAS reconhece, contudo, expressamente a *servidão pública* e esta há de ser necessàriamente sôbre uma faixa, nas margens, de vez que menciona a navegação à sirga na caracterização do rio público navegável.

O esquecimento da circunstância decisiva da existência da servidão antes da citada lei induziu alguns dos seus intérpretes a sustentar que ela só se aplicava aos terrenos devolutos a serem concedidos daí por diante.

Lembrando-se, porém, que a propriedade imobiliária dos particulares se constituiu no Brasil por concessões de sesmarias e posses legitimadas e, mais, que tôdas essas concessões e legitimações transmitiam a propriedade gravada com a servidão do uso público das margens dos rios, desaparece o fundamento da opinião exposta por aquêles que enxergam na lei apenas uma norma a seguir nas futuras concessões de terras devolutas.

Pode-se criticar, como faz TEIXEIRA DE FREITAS na nota 30 do art. 55 da Consolidação, a Ordem de 21 de outubro de 1833, *relativa ao litoral do interior da Província do Rio Grande do Sul*, por admitir terrenos de marinha em rios não sujeitos a marés. mas não se pode negar que tal ordem se fundava em preceito de direito positivo, repetido antes pela Provisão de 21 de fevereiro de 1826 e, depois, pelo Aviso de 9 de outubro de 1847.

Êstes diplomas legais acentuam que "as datas de terras sempre se entendem com exclusiva dos lugares declarados pertencentes à Coroa, como *as marinhas, onde não há domínio e senhorio particular, como nas barras dos rios navegáveis e suas margens*".

Também não procede o argumento tirado dos dispositivos da Constituição do Império que vedavam dar efeito retroativo às leis e garantiam a propriedade em tôda a sua plenitude (ns. 3 e 22 do art. 179).

Existindo, anteriormente à lei, a servidão pública por ela regulada, não ofendia nenhum direito adquirido a definição clara do instituto e a sua delimitação precisa.

Só podia pretender direitos adquiridos sôbre a referida área marginal quem exibisse título obtido dos poderes competentes, válido para a ocupação de porções do domínio público, tais como concessões para cais, para armazéns, para construções navais ou para instalações de barcas e balsas de passagens com a cobrança do ripático. E essas concessões legítimas, feitas até a data da lei, foram nela expressamente ressalvadas.

A Constituição do Império garantia a propriedade tal como se achava organizada e não podia assegurar mais direitos do que os que emergiam dos títulos de aquisição ou ocupação à luz das leis vigentes.

Ora, sôbre a faixa de servidão pública ninguém poderia ser titular de direitos a não ser os decorrentes de concessões, que são contratos de direito público, conforme ensina MÁRIO MAZAGÃO, mas sujeitas a revogação ou rescisão e podem dar ou não direito a indenização, dependendo do motivo do seu concelamento [21].

---

21 *Resolução da Consulta de 27 de junho de 1854.*

A lei de 1867 ressalvou os direitos adquiridos e não expropriou nenhum terreno de propriedade particular, cingindo-se a esclarecer, regular e extremar o domínio público do privado relativamente à faixa marginal dos rios destinada à servidão pública.

XV. O registro paroquial das terras possuídas, criado pelo art. 13 da Lei n.º 601, de 1850, e regulamentado pelos arts. 91 a 108 do Decreto número 1.318, de 30 de janeiro de 1854, não constitui título de propriedade sôbre as terras devolutas e jamais poderá ter efeito de transferir para o domínio privado uma dependência do domínio público.

Em verdade, as declarações levadas a registro eclesiástico não conferem direito algum aos possuidores (art. 94 do cit. Reg.) a não ser o de facultar a legitimação das posses, nos casos e condições especificadas na lei, a fim de tirarem os possuidores títulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo (§ 4.º do art. 3.º e arts. 5.º, 7.º, 8.º e 11 da cit. lei).

Se o posseiro não cumpriu as prescrições legais em tempo oportuno, caducou o seu direito de legitimar a posse de acôrdo com a legislação do Império sôbre terras devolutas.

Poderia a posse registrada servir de fundamento ao usucapião, embora tivesse sido estabelecida em terrenos devolutos?

Entendo que não, com TEIXEIRA DE FREITAS[22] e CARLOS DE CARVALHO, que estatui na letra e do art. 202 da Nova Consolidação: "São terras devolutas as que se acharem ocupadas por posses provenientes de ocupação posterior à Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850".

De fato, consoante o sistema da lei de terras do Império, não se poderiam adquirir por usucapião as terras devolutas, à vista do dispositivo claro e terminante do art. 1.º, que proibiu a aquisição dessas terras por outro título que não fôsse o de compra.

LAFAYETTE divergiu dessa orientação, sustentando que, não sendo as terras devolutas bem de domínio público e sim do domínio do Estado, isto é, coisas acêrca das quais o Estado era considerado como simples proprietário, estavam estas terras sujeitas ao usucapião extraordinário de quarenta anos[23].

Não procede, a nosso ver, a opinião de LAFAYETTE, em primeiro lugar porque não é pacífico que as terras devolutas pertençam ao domínio privado do Estado e não ao domínio público, atentos os fundamentos jurídicos da aquisição, os fatos históricos que o justificam e o regime legal a que ficaram sujeitas e, em segundo lugar, porque nada impede que no domínio privado da União e dos Estados haja bens imprescritíveis por determinação da lei. Tal o caso das terras devolutas ao tempo do Império, as quais, com êsse caráter, passaram para o domínio dos Estados.

Para quem assim pensa, o Código Civil (art. 67) veio apenas ampliar uma norma que, embora discutida, já existia em relação aos terrenos devolutos: a da imprescritibilidade.

Aceita a imprescritibilidade dos terrenos devolutos no direito anterior ao Código Civil, não há como admitir a possibilidade de se lhes aplicar o art. 550 do Código Civil, para o fim de dar à posse nêles estabelecida o efeito comum do usucapião trintenário.

XVI. Assentado que a faixa marginal dos rios brasileiros está reservada para servidão pública desde a descoberta do Brasil, pela evolução porque passou no Reino lusitano o conceito quiritário das *res publicae in publico usu* no tocante a esta classe de bens, claro é que nenhum particular, se não

22 *Consol.*, art. 53, 23, e art. 904.

23 *Dir. das Coisas*, §§ 62 e 70, *in fine*.

exibir um ato administrativo de concessão, poderá julgar o seu prédio livre dessa servidão, quaisquer que sejam os títulos de sua propriedade, anteriores ou posteriores à Lei n.º 1.507, de 1867, e quaisquer que sejam as confrontações constantes dos mesmos títulos.

À semelhança do que acontece com os terrenos situados na orla marítima, nos quais, quando os títulos de aquisição de propriedade mencionam o mar como confrontação, se subentende que a divisa é a linha imaginária que separa ditos terrenos da servidão pública; também no caso de propriedades adjacentes ao rio público, prevalece a mesma regra. Assim, quando as escrituras descrevem a área do imóvel começando na barranca do rio e nela terminando, subentende-se que a testada vai até a extrema do terreno reservada à servidão pública.

O proprietário ribeirinho, ocupante ou posseiro desta faixa reservada, pode tirar dela tôdas as utilidades econômicas que não prejudiquem a servidão pública, em virtude do sábio preceito que herdamos do direito romano: *Prodesse sibi unusquisque dum alii non nocet, non prohibetur.*

Ninguém poderá, todavia, assentar nesta posse precária, e de efeitos restritos aos que lhes assegurem as leis administrativas, o elemento gerador da propriedade, porque, além do mais, seria contrariar o princípio universal vindo do Digesto e inscrito no Código Civil, art. 492: *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare potest.*

Entre os princípios jurídicos recebidos do direito romano há um que aparentemente contraria a doutrina por nós aceita sôbre a servidão pública das margens dos rios: *quilibet fundus liber a servututibus esse presumitur.* O campo de aplicação desta regra se restringe, porém, ao direito privado. Em se tratando de servidões instituídas pelo direito público, é o princípio contrário que vigora, a saber, a propriedade presume-se onerada pela servidão, a menos que apresente prova de concessão do poder competente.

Com efeito, pela formação da nossa propriedade imobiliária, todo o solo constitutivo do território nacional pertencia à Coroa por *aquisição originária* e passou para a nação, que continuou a transferir ao domínio de particulares parcelas do dito solo segundo os *princípios do Direito Constitucional e Administrativo* e não segundo as regras do Direito Civil. Estas só são aplicáveis às transferências de domínio posteriores à outorga aos particulares de determinadas porções do domínio público.

Ora, as margens do rio, partes do domínio público do Estado, estão fora do comércio e são imprescritíveis [24]. Só o poder público é que pode retirar esta prerrogativa do bem público, mudando-lhe a natureza ou destino mediante as formalidades e cautelas recomendadas pelo direito público.

No direito pátrio, é princípio absoluto que, mesmo em se tratando de concessões, nunca a utilização do domínio público importa em transferência de domínio. Tal princípio foi consagrado pela Imperial Resolução de 27 de junho de 1854, tendo em vista exatamente o caso de plantações e construções no álveo e margem de rio navegável [25].

XVII. Estabelecido que a Lei n.º 1.507, de 1867, fêz apenas, em relação às margens dos rios públicos, o que anteriormente fizera a lei de 15 de novembro de 1831, no tocante à zona constitutiva de marinhas, isto é, definiu a natureza da servidão pública e fixou os limites da sua faixa, resta indagar a que entidade de direito público cabe o seu domínio e administração.

---

24 GUILLOUARD, *Traité de la Prescription*, vol. I, n. 368.

25 SOUSA BANDEIRA, *Man. do Proc. dos Feitos*, § 505; TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, *Trat. de Dir. Adm.*, vol. V, pág. 81.

Parece pacífico, "princípio geralmente recebido", na frase de DIAS FERREIRA, no comentário anteriormente citado, que antes da nossa Independência pertencia a referida faixa à Coroa e, depois da Constituição do Império, passou a pertencer à nação brasileira.

Províncias e Municipalidades tiveram competência para o aforamento de tais terrenos como para os de marinha, mas isto por expressa delegação conferida em lei.

A situação depois do advento do regime republicano federativo vem resumida com fidelidade e clareza pelo DR. OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO nos seguintes tópicos das suas razões na Apelação Civil n.º 22.575:

"Promulgada a República, discutiu-se se os terrenos de marinha e os terrenos reservados à margem dos rios públicos haviam permanecido no domínio do govêrno da União ou se foram transferidos para os Estados federados.

Dividiram-se as opiniões, não só com referência à atribuição de tais bens a esta ou aquela entidade política, como se subdividiram as soluções, pois muitos passaram, de então, a considerar como sujeitos a entidades políticas diferentes os terrenos de marinha e os terrenos reservados à margem dos rios públicos".

Depois da revolução de 1930, o Govêrno Provisório, com poderes ditatoriais, baixou o Decreto n.º 21.255, de 1932, que dirimiu a favor dos Estados a controvérsia entre a União e os Estados sôbre o domínio dos terrenos marginais dos rios públicos.

O citado decreto-lei assegurou aos Estados o domínio dos terrenos marginais e acrescidos naturais dos rios navegáveis (art. 1.º) e dos rios que, embora não navegáveis, mas caudais e sempre corredios, contribuam com as suas águas para tornar outros navegáveis (parágrafo único do art. 1.º).

O Código de Águas (Decreto n.º 24.643 de 10 de julho de 1934) dispõe no art. 11, n.º 2:

"São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular, os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, salvo quanto às correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis e não navegáveis".

No § 2.º do mesmo artigo prescreve:

"Será tolerado o uso dêsses terrenos pelos ribeirinhos, principalmente os pequenos proprietários, que os cultivem, sempre que o mesmo não colidir por qualquer forma com o interêsse público".

Êste parágrafo não alterou o direito vigente a não ser na criação de uma preferência em favor dos pequenos proprietários ribeirinhos, preferência desnecéssária, pràticamente inexequível, fundada na noção em voga sôbre latifúndios.

Não me parece que o Código de Águas tenha regulado a matéria das margens dos rios com mais precisão do que a legislação anterior, como pensa TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI [26].

Realmente, o Código contém os dispositivos enumerados pelo abalizado tratadista, mas, se atentarmos no conteúdo dêles, veremos que, em vez de fixar princípios guiadores e adequados ao nosso meio, levantam novas dúvidas e acarretam sérios embaraços na sua aplicação.

---

26 *Ob. cit.*, vol. V, pág. 301.

O Código distingue três categorias de terrenos reservados à margem dos rios: os públicos dominicais, os de uso comum e os de domínio particular, sem esclarecer a quem pertencem os de uso comum.

O art. 11, firmando o domínio público sôbre as margens dos rios públicos, está em contradição com o § 1.º do art. 10, que estende o direito dos ribeirinhos até o meio do álveo. Além disso, a ressalva constante do art. 11, n.º 2, *in fine*, sôbre as margens de "correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis e não navegáveis", contém uma discriminação que não existia na lei anterior e só serve para trazer mais confusão.

Dêle, em verdade, decorre a nova servidão, de 10 metros, de passagem para os agentes da administração. Estou que seria mais acertado simplificar em vez de complicar mais esta matéria dificílima por sua natureza e pelos interêsses que envolve, abandonando a orientação casuística, mantendo uma só servidão e regulando-a de modo a salvaguardar o interêsse público sem prejuízo dos ribeirinhos.

Ao discutir-se na Constituição de 1934 o projeto da nova Constituição, aproveitei o ensejo para tentar pôr um pouco de ordem e clareza neste assunto, apresentando emendas ao texto que lhe dizia respeito, mas a tentativa não logrou êxito, porque se decidiu votar de preferência o que fôra resolvido na combinação ou articulação das grandes bancadas. Por isso, o art. 21 subsistiu assim redigido:

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

Por êste dispositivo, ficaram definitivamente pertencendo aos Estados as margens dos rios navegáveis, mesmo quando tais rios sejam da União.

Engana-se, pois, MATOS DE VASCONCELOS[27] quando declara ter sido vitoriosa a emenda de minha autoria, n.º 195, por êle transcrita em nota. Por ela ficariam pertencendo à União as margens dos rios de domínio da União e aos Estados as dos atribuídos aos Estados. Foi rejeitada. A emenda vitoriosa em parte, de minha autoria, define quais os rios da União e quais os dos Estados.

Continuo convencido de que, formando o rio com o álveo e margens um todo, não convém se cinda o domínio dêsse conjunto, dando a uma pessoa de direito público o rio e a outra as margens.

E' esta, porém, a nossa lei, porque o dispositivo votado foi reproduzido fielmente no art. 37 da Carta Constitucional de 1937.

Assim, pondo de lado as diversas questões que a exegese do texto constitucional sugere, mas não influem no caso em tela, assinalemos apenas que, segundo a legislação vigente entre nós desde 1932, são indiscutìvelmente do domínio dos Estados as margens dos rios navegáveis, como o Tietê.

XVIII. Finalmente, resta examinar o item da consulta referente à inteligência e aplicação do art. 7.º do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei de Desapropriação por utilidade pública) que reza:

"Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de fôrça policial.

---

27 *Direito Administrativo*, vol. II, pág. 236.

Àquele que fôr molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal".

O art. 7.º do Decreto n.º 4.956, de 9 de setembro de 1903, acompanhando a mesma orientação do Decreto n.º 1.664, de 1855, já dispunha (art. 14):

"Os proprietários de prédios e terrenos, sujeitos a desapropriação, não poderão impedir que êsses terrenos ou prédios sejam examinados e percorridos pelos engenheiros encarregados do levantamento dos sobreditos planos e plantas.

Os empresários ou companhias e seus engenheiros poderão recorrer às autoridades administrativas ou policiais, no caso de recusa dos proprietários; salvo a êstes o direito de serem indenizados do valor de quaisquer benfeitorias, que tenham sido destruídas ou danificadas por exames".

Pelos dispositivos legais acima transcritos, evidencia-se ser lícito às autoridades administrativas penetrar nos prédios compreendidos na declaração de utilidade pública para examiná-los, percorrê-los, medi-los, sondá-los e praticar quaisquer atos preparatórios necessários ao projeto definitivo das obras. Os donos dêsses prédios só terão direito a reclamar perdas e danos no caso de excesso ou abuso de poder por parte das autoridades ou seus prepostos.

A atual lei expropriatória foi, entretanto, mais adiante, estatuindo no art. 36:

"E' permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização.

O expropriante prestará caução, quando exigida".

Não é inconstitucional esta ocupação temporária dos terrenos particulares compreendidos no plano das obras ou vizinhos das mesmas, porque não se trata de desapropriação e sim de utilização transitória da propriedade privada para fins de melhoramentos públicos. Ao dono do terreno utilizado passageiramente se faculta, contudo exigir do expropriante caução que garanta o pagamento da indenização devida e que não lhe poderá ser recusada.

O pagamento desta indenização posterior será pedido em ação própria.

XIX. À vista do exposto, respondo às questões formuladas da maneira seguinte:

a) em face das tradições do nosso direito, do direito vigente, do Codigo de Águas, da Constituição de 1934 e da Carta Constitucional de 1937, os terrenos marginais dos rios públicos, tenham êles sido ou não incluídos em datas de sesmarias ou posses levadas a registro, antes ou depois da Lei n.º 1.507, presumem-se do domínio público, salvo quando hajam sido objeto de concessão legítima do poder público aos particulares, na forma das leis e princpios de Direito Administrativo;

b) os terrenos da faixa marginal aos rios públicos, delimitada pela referida lei do Império, reproduzida no Código de Águas (art. 14), são do domínio público ou estão gravados do ônus de servidão pública, caso se encontrem no domínio particular por título legítimo;

c) em vista dos têrmos claros da lei expropriatória em vigor (artigos 7.º e 36), não se pode pôr em dúvida o direito que têm as autoridades administrativas de, uma vez declarada a utilidade pública, penetrar nos imóveis particulares compreendidos no plano das obras e ocupar temporàriamente os terrenos vizinhos às mesmas, só cabendo aos donos dos prédios atingidos por qualquer dessas medidas receber, eventualmente, indenização *a posteriori*.

Salvo melhor juízo. — Rio de Janeiro, 1944. — *Daniel de Carvalho*. Advogado no Distrito Federal.