## *MARGENS DOS RIOS NAVEGÁVEIS — TERRENOS DE MARINHA — TERRAS DEVOLUTAS — SERVIDÃO ADMINISTRATIVA*

*— Os terrenos marginais dos rios navegáveis são do domínio público, constituindo os terrenos reservados, sujeitos à servidão pública ou administrativa.*

PARECER

Preliminarmente, em que pese ao acatamento e ao respeito que sempre dispensamos às decisões emanadas do Poder Judiciário, *data venia*, não podemos aceitar os fundamentos da sentença de primeira instância, confirmada, em grau de apelação, no respeitável acórdão da 4.ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Estado de São Paulo.

Ainda uma vez, robustece-se-nos a convicção em que temos permanecido e sustentado em trabalhos de doutrina, qual seja a necessidade indeclinável de, sem perda de tempo, palmilharmos vereda diferente daquela que temos seguido até o presente, buscando, erradamente, luzes e pedindo emprestado ao *direito privado* subsídios para a solução de casos visceralmente ligados ao *direito administrativo* e que só por êste devem ser regidos.

É de estranhar, por certo, que, a despeito das novas tendências tão nitidamente traçadas ao direito público contemporâneo e, de forma particular, ao ramo de direito administrativo, continue a mentalidade *privatista* a dominar, ainda, no Brasil.

Não raro, é de estarrecer a versatilidade com que alguns estudiosos e, até mesmo, mestres e aplicadores do direito, tergiversam em seguir o melhor caminho nesse particular, tomando atalhos, seguindo desvãos, que, certamente os têm conduzido a erros e equívocos perfeitamente evitáveis, se mudada a orientação *civilista* com que foram alimentados e nutridos, resquícios do individualismo de que se achava imbuído o antigo *direito quiritário*.

Óbvia a explicação do dislate senão do manifesto desacêrto. A começar pelo estudo das disciplinas em nossos cursos jurídicos, nenhuma cadeira menos estudada ou mais desprezada do que a de Direito Administrativo, circunscrito a monografias, pareceres especializados, quando a ciência administrativa já fazia notáveis progressos em todos os países civilizados, máxime depois das transformações operadas pela guerra de 1914-18, e de que temos provas nos alentados tratados franceses, italianos, alemães e norte-americanos, grandemente compulsados entre nós.

Assim pensando, de passagem, queremos tornar claro que jamais cerramos fileira ao lado dos *regalistas* para os quais não há direitos contra o Estado. Ao contrário, somos partidários fervorosos do respeito e resguardo da *propriedade privada* que sempre teve guarida em nosso direito, embora a ninguém ocorra desconhecer o sentido social de que ela se reveste, na época que vivemos, m virtude do que não pode ela ser gozada e usufruída em detrimento dos interêsses da coletividade.

Isso, em princípio, porque o que resta examinar é se, no caso *sub judice* é lícito invocar tal prerrogativa por aquêle que se diz titular dêsse direito.

Feita essa digressão, passemos à enunciação do fato, para, em seguida, examinar o direito que assiste à ré apelante — a Prefeitura do Município de São Paulo — sôbre os terrenos marginais ao rio Tietê, objeto da querela judicial, para realizar, como está realizando, obras de retificação, embelezamento e aperfeiçoamento indispensáveis à salubridade de que se aproveitarão todos os habitantes da grande metrópole bandeirante, justo orgulho de todos nós brasileiros.

Não é preciso ser técnico no ramo da engenharia hidráulica para se compreender que as obras de retificação de um rio, sujeito a enchentes periódicas como o Tietê, requer trabalhos de alta monta, de sorte a corrigir os transbordamentos que tantos malefícios vêm causando aos ribeirinhos, com evidente prejuízo nem só da economia pública e privada como também da própria salubridade local.

Para levar a efeito o empreendimento, a Prefeitura do Município de São Paulo instalou dragas, escavou e removeu aterros dragados, atirando-os a valas e várzeas baldias, à margem da corrente, promovendo a instalação de cabos condutores de energia elétrica, indispensáveis ao fim colimado.

Tal iniciativa, por demais elementar, constitui a própria razão de ser da Administração Pública, quando objetiva a realização do *serviço público*.

Ou isso, ou a falência do Estado que, na feliz expressão de LÉON DUGUIT, "não é, como se entendeu e como se acreditou por algum tempo, um poder que ordena, uma soberania; é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental (LÉON DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, ed. 1923, vol II, pgs. 54 e 56).

Poderia a ré apelante assim proceder, sem esbulho ou lesão do direito de terceiros, tendo em vista, no caso *sub judice*, que a autora apelada — S.A. Imobiliária Irmãos Rudge — se diz proprietária dos terrenos marginais ao Rio Tietê, adjacentes à sua propriedade ribeirinha?

Não temos a mais leve sombra de dúvida em responder pela afirmativa, à luz da doutrina, do direito comparado, em consonância com o direito positivo brasileiro, senão ante a prova oferecida à lide judiciária.

No que concerne à doutrina, iterativa a opinião dos tratadistas de direito administrativo, todos acordes em proclamarem a finalidade dos terrenos marginais dos rios navegáveis, ou seja o seu destino e afetação ao domínio público de que participam aquelas correntes, constituindo a faixa nêles compreendida, *terrenos reservados*, sujeitos à *servidão pública*, ou melhor, a *servidão administrativa*, com o caráter específico, inconfundível de que esta se reveste, *muito diverso da servidão do direito civil*.

Mas, se essa é a doutrina, coisa diversa não ocorre no direito de todos os povos cultos. Ao revés, o direito positivo a consagrou de forma definitiva. É assim que, no direito francês, se conhece a *servitude de halage*, obrigação imposta aos ribeirinhos dos cursos dágua navegáveis de reservarem à margem uma faixa de terreno de 7,50 m, para passagem de cavalos, bem assim a *servitude de marchepied*, na margem oposta a de *halage*, dentro de um raio de 3,25 m. (Cfr. BERTHÉLEMY, *Droit Administratif*, ed. 1933, pág. 568).

Nem só. O mesmo ocorre no direito italiano com a *servitù della via alzaia*, o *camino de sirga*, no direito espanhol e ibero-americano, a *servidão de margem*, no direito português, para o que basta consultar as conhecidas obras de D'ALESSIO, SANTI ROMANO, VELASCO CALVO, MARCELO CAETANO, etc.

O professor LORIS, do Instituto técnico de Pavia, afirma o seguinte :

*"I beni laterali ai fiumi navigabili sono sogetti alla servitù della via alzaia, ma le opere di adattamento e di conservazione della stessa sono a carico dello Stato* (Cfr. G. LORIS, *Diritto Amministrativo, Manuali Hoepli*, 12 ed. Milão, pg. 378).

Como se vê, a lição dos mestres e o direito constituído não oferecem a mais leve discrepância. Asseveram todos, *una voce*, a necessidade de reservar à margem das correntes dos rios públicos uma faixa destinada ao uso e gôzo da coletividade, dada a diversidade e emprêgo das águas correntes, nos seus vários misteres e modalidades. São os *terrenos reservados* a respeito dos quais jamais se permitiu que pudessem, com prejuízo da comunidade, se destinarem ao domínio dos particulares.

O Professor LOUIS ROLLAND, da Faculdade de Direito de Paris, a propósito da situação dos ribeirinhos das vias públicas e das vias navegáveis à margem do Sena, mostra os encargos a que os mesmos estão sujeitos e cita, a tal respeito, a resolução do Conselho do Estado, na seguinte nota :

*"Les riverains des cours d'eau du bassin de la Seine sont de même obligés de recevoir les amas de bois que les marchands mettent en train et chargent sur bateaux. Ceci a été établi en vue de faciliter l'approvisionnement de Paris"* (LOUIS ROLLAN, *Précis de Droit Administratif*, 5.ª ed., págs. 370-371).

A título de simples elucidação, é citado o exemplo dado pelo Professor ROLLAND para mostrar, entre outras, a restrição operada pela *servidão administrativa* visando o aprovisionamento de uma grande cidade como Paris, matéria pacífica e universalmente aceita.

O direito argentino é outra fonte a que se pode recorrer. No Código Civil daquele país encontra-se, no art. 2.639, o seguinte :

*"Los proprietarios limitrofes con los rios o con canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino publico a treinta y cinco metros hasta la orillas del rio o canal sin ninguna indemnización. Los proprietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna".*

Ao comentar o artigo, BIELSA ensina-nos o seguinte :

*"De este precepto legal resulta* : 1.° *una restricción al dominio del proprietario ribereño o limitrofe con algún rio navegable, restricción que en el fondo no es sino una servidumbre en favor de la navegación a la sirga (servitude de halage et de marchepied) ; tal es su origen historico-legal ;* 2.°, *esa restricción se limita a las necessidades de la navegación y otros usos publicos correlativos (pesca, ornato, industrias especiales que se instalan a orillas de los rios, trafico, cabotage etc.) ;* 3.°, *puede, en consequencia, el ribereño ejercer derechos de proprietario, siempre que ellos fueran compatibles con el destino de la cosa (en la zona señalada) y no estuvieran prohibidos por las leys* (art. cit. segunda parte) *o los regulamentos administrativos".*

Por outro lado, a Côrte Suprema, reconhecendo a jurisdição do Estado sôbre a zona assinalada, declarou :

*"Sin duda, la ley impone una servidumbre al proprietario ribereño (si bien no es precisamente expropriación) "sin ninguna indemnización", lo que ha parecido inconstitucional ; pero si se considera que otras restricciones y limites impuestos al dominio sen aun más gravosas que ésta y, sin embargo, se legitiman por el interés colectivo, lógicamente ha de concluir-se que la obligación impuesta por el articulo* 2.639 *no es sino la aplicación de un principio más general : el de la "función, cada dia más social, de la propriedad", sea por razones de ordem económico, en bien colectivo, sea de orden publico, "contra el cual nadie puede invocar derechos adquiridos"* (o grifo é nosso). (BIELSA, *Derecho Administrativo*, vol. III, ed. 1939, págs. 70-72).

O direito positivo brasileiro, por outro lado, não infirma por isso que reforça o preceito, consoante a Lei n.° 1.507, de 26 de setembro de 1867, artigo 39 :

> "Fica *reservada* para a *servidão pública* nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés, *salvas as concessões legítimas* feitas até à data da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior e o Govêrno autorizado para concedê-las em lotes razoáveis, na forma das disposições sôbre os terrenos de marinha".

Em nossos dias aí estão o Código de Águas (arts. 31, combinado com os de n.° 11, 12 e 14), e os imperativos das Constituições de 1934 (art. 21, n.° II) e de 1937 (art. 37, letra *b*), para mostrarem que jamais a *servidão administrativa* foi proscrita do pensamento do legislador.

Código de Águas, art. 31 :

> "Pertencem aos Estados os terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.

Parágrafo único — Êsse domínio sofre idênticas limitações às de que trata o art. 29".

Código de Águas, art. 29:

§ 1.º Fica limitado o domínio dos Estados e Municípios sôbre quaisquer correntes, pela servidão que à União se confere para o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, e para navegação.

§ 2.º Fica ainda limitado o domínio dos Estados e Municípios pela competência que se confere à União para legislar de acôrdo com os Estados em socorro das zonas periòdicamente assoladas pelas sêcas".

Código de Águas, arts. 11, 12 e 14:

"Art. 11. 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 nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie. Salvo quanto às correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis, e, não navegáveis.

§ 1.º Os terrenos que estão em causa serão concedidos na forma da legislação especial sôbre a matéria.

§ 2.º 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".

Art. 12. Sôbre as margens das correntes a que se refere a última parte do n.º 2 do artigo anterior, fica sòmente, e dentro apenas da faixa de 10 metros, estabelecida uma servidão de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução do serviço".

"Art. 14. Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias".

Constituição de 1934:

"Art. 21. 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".

Constituição de 1937:

"Art. 37. São do domínio dos Estados:

.....

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

Não há contestar, por outro lado, que no Estado de São Paulo teve lugar a transferência, para o Município da Capital, dos *terrenos reservados*, no raio de 8 km., a contar da praça central.

Muito embora a imprecisão técnica com que foram assimilados tais terrenos às *terras devolutas*, não há confundir situações inteiramente diversas.

É que, apesar disso, não foi alterada a diversidade de conceituação jurídica entre os dois institutos, a menos que se recorra à má-fé para argumentar. A propósito, vale consultar as Leis n.º 16, de 13 de novembro de 1891 (artigo 38, n.º 1), 1.038, de 19 de dezembro de 1906 (art. 19, n.º 1) e Lei Orgânica n.º 2.484, de 16 de dezembro de 1935.

Alegar-se-á, talvez, — tal fato já foi reconhecido pela sentença apelada — que, à luz da Lei n.º 1.507, há distinguir duas situações jurídicas, dois momentos caracterizados, isto é, as *concessões legítimas* (*veja-se bem!!, atenda-se bem!!*), antes daquele diploma e depois dêle, de sorte a tornar estreme de dúvida a liquidez do domínio daqueles particulares que hajam obtido tais concessões, na primeira hipótese, a favor de cujos titulares se invocaria pretenso *direito adquirido*, resguardado pela Constituição Imperial de 1824.

É o que transparece do seguinte texto da sentença apelada:

*"Estabeleceu êsse preceito* (o da Lei n.º 1.507, art. 39) *duas ressalvas à servidão pública que instituiu, uma referente às concessões já feitas e outra relativa às que se fizessem"*.

A seguir, o Aresto apega-se ao pêso da autoridade de LAFAYETTE (*dentro do ponto de vista errôneo em que êste se colocou sobretudo no momento atual*), para afirmar: *"que dita zona se estende em terras devolutas que o Estado possui nas margens dos rios navegáveis. Se a zona de sete braças se acha no domínio particular, por título legítimo, não fica sujeita à servidão pública, salvo desapropriação legalmente feita"*.

Improcedente afigura-se-nos o asserto. Dentro da ordem jurídica, o que cabia à ré apelante — a Prefeitura do Município de São Paulo — foi feito, com a desapropriação, já ultimada, dos terrenos do domínio da autora apelada, confinantes com a zona de *servidão pública*.

Fora disso, absurdo admitir que o mesmo processo devesse ser empregado pela Prefeitura, no tocante aos *terrenos reservados*, dada a própria natureza e destinação dêsses terrenos, à margem dos rios navegáveis, — o fim público de que se revestem —, o que exclui por inoperante e sem sentido legal, a desapropriação de imóvel que nunca foi e não é do domínio de particulares.

Quem ocupa o que é seu não prejudica a ninguém.

Nem só. O registro de terras nas freguesias (*registro paroquial*), sôbre as declarações feitas pelos respectivos possuidores, não constitui, por si só, título hábil para a transferência do domínio. Se dúvida ocorresse, a tal respeito, estaria ela desfeita pela leitura do art. 13, da Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, regulamentada pelo Decreto n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854 (art. 94).

Os arts. 3.º, § 4.º, 5, 7 e 8 da Lei n.º 601, citada, são concludentes (Cfr. MANUEL MADRUGA, *Terrenos de Marinha*, vol. I, págs. 38 e segs.).

Outra coisa não estabelece a Resolução Imperial de 27 de junho de 1854:

*"Nenhuma plantação ou construção pode ser feita na margem ou álveo de um rio navegável ou caudal sem prévia autorização administrativa. As concessões antigas ou modernas para êsse fim, por mais amplos que sejam os seus têrmos nunca importam transferência de propriedade ou modificáveis* sem indenização. (O grifo é nosso). (Cf. SOUZA BANDEIRA, *Man. do Procurador dos Feitos,* § 505, ed. 1888, pág. 285).

Por seu turno, Pereira do Rêgo, após declarar que os rios navegáveis e caudais *"formam uma dependência de domínio público e por isso são imprescritíveis e inalienáveis"*, faz o seguinte comentário à Resolução Imperial de 1854: *"...Qualquer estabelecimento não autorizado só existe pela tolerância da Administração e para com esta nenhuma prescrição pode legalizá-lo"*. (Pereira do Rego, *Elementos de Direito Administrativo,* 2.ª ed. 1860, pág. 159). Onde, pois, lobrigar legitimidade de semelhante título?...

Isso pôsto, não há recorrer como tábua de salvação, *in extremis,* o *usucapião,* porta de saída, em boa hora fechada pela sentença de primeira instância, quando, após declarar que não se trata de *terreno devoluto,* assevera:

"Na espécie, se não justifica o usucapião, pleiteado pela autora em seu memorial, atendendo ao motivo superior pelo qual o direito reservou essas margens dos rios" (Memorial da Prefeitura, fls. 281).

Ao espírito do Meritíssimo Juiz da Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Municipal impressionou bem a lição de CARVALHO *de* MENDONÇA:

*"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* 15,4 *metros 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 não se acharem no domínio particular"*. (CARVALHO DE MENDONÇA, *Rios e Águas Correntes,* n.º 109, página 238).

Ademais, não há confundir, como se pretende, *terrenos reservados* com os *terrenos de marinha* e com as *terras devolutas*.

O arrazoado do Dr. OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO, Diretor do Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo, sufraga o verdadeiro ponto de vista, o único compatível com a boa doutrina, aliada ao nosso direito positivo.

Não vale resumir, tal a síntese magistral da redação:

*"As terras reservadas às margens dos rios públicos jamais se confundiram com as terras devolutas, dada a natureza diferente delas e o destino específico de cada uma. Estas são as amplas zonas territoriais que pertenciam ao Estado, o qual as concedeu ou vendeu aos particulares para os efeitos de colonização e povoamento do solo. Aquelas são as restantes faixas marginais que o Estado reservou para si, a fim de facilitar os serviços de polícia das águas e, ao mesmo tempo, o aproveitamento delas, pelo poder público e particulares"* (*Memorial,* pág. 244).

Afastado, como se acha, o *usucapião,* balizado o conceito e o domínio dos *terrenos reservados,* forçoso reconhecer a inanidade da argumentação já feita e a que se pretenda ainda desenvolver em defesa da autora apelada e, por isso

mesmo, a *precariedade* do pretenso direito à sombra do qual comparece a juízo para reivindicar o que lhe não pertence, ou melhor "Reintegração sem posse e sem domínio".

Entretanto, suponha-se, para argumentar, que a autora apelada se apresentou como portadora de título legítimo de domínio de terrenos marginais do rio Tietê.

Tal circunstância não invalidaria, como não invalida, o emprêgo da *servidão administrativa,* regida pelos princípios do *direito administrativo,* consoante já se nos ofereceu acentuar no início dêste parecer :

*"Porque, en efecto, las servidumbres administrativas tienen carácteres propios y diferenciales, que derivan necesariamente de su naturaleza de institución de derecho* público. *La servidumbre administrativa se constituye siempre por la Administración pública obrando como tal* (*persona de derecho* público) *y con al objéto de someter la cosa gravada al goce de la comunidad* (*fin* público).

*He ahí principalmente en que difiere una servindumbre pública de una servidumbre privada. El Estado* (*en sentido* lato *también las provincias y las comunas*) *puede constituir servidumbres de esas dos clases* : *las* públicas *obrando como entidad de derecho público y en el regimen juridico de la cosa pública ; las* privadas (*de la que no debemos ocuparnos*) *obrando como persona juridica privada y dentro del régimen legal de la cosa privada ; en este ultimo caso, siempre de acuerdo com las prescripciones del Codigo Civil. Es decir que una y otra clase de servidumbres difieren por razón del "sujeto" y del "fin" de sua constitución* (págs. 383 e 384 Tomo III). (Bielsa, *Derecho Administrativo*).

Examinada a questão, responderemos aos itens da Consulta pela forma a seguir :

*a*) Sim. Nem só pela velha tradição do nosso direito, cristalizada em todos os diplomas legais, desde as Ordenações até o direito imperial e republicano de nossos dias, com assento na Constituição e leis ordinárias, é de presumir o domínio público sôbre os terrenos marginais dos rios públicos. Tal presunção só cede à prova, em contrário, a favor de particulares, quando êstes sejam portadores de *concessões legítimas,* com apoio na lei e nos regulamentos administrativos, sendo a matéria, em princípio, regulada pelas normas do Direito Administrativo e não do Direito Civil, e, em conseqüência :

*b*) mesmo que os terrenos marginais aos rios públicos se achem, por título legítimo, no domínio dos particulares, na faixa delimitada pela legislação que regula a matéria, são do domínio público e sôbre êles recai a *servidão administrativa ;*

*c*) à vista do disposto nos arts 7 e 36 da lei expropriatória vigente, não se discute a legitimidade do procedimento da Administração Pública para penetrar em imóveis particulares, uma vez declarados de utilidade pública, ou ocupar terrenos vizinhos às obras em que se estão realizando melhoramentos públicos.

É êste o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 1945 — José Matos de Vasconcelos.