SERVIDÃO PÚBLICA SÔBRE OS TERRENOS RESERVADOS

OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO
Diretor do Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo.

SUMÁRIO : 6 — *Servidões marginais na legislação pátria.* 7 — *A doutrina brasileira.* 8 — *A opinião de Lafayette.* 9 — *Conclusão.*

*6. O direito brasileiro seguiu a tradição do direito português, fonte direta dos nossos institutos jurídicos, o qual se inscreveu na corrente dos que classificam os terrenos marginais como de domínio público, sendo exceção a propriedade particular, que para considerar-se legítima deve filiar os seus títulos em concessão do Estado. Êsses terrenos marginais, hajam sido transferidos a particulares ou continuem no domínio público, estão sempre onerados com a servidão marginal, na qualidade de terrenos reservados para tal destino. A transferência do domínio público dos terrenos reservados para a propriedade do particular jamais pode ser feita senão com a restrição de que sôbre êles continuará a pesar a servidão marginal para os fins de polícia administrativa e utilização satisfatória das águas públicas.

A lei n.º 1.507, de 1867, no seu art. 39, regulara perfeitamente a matéria, cujos têrmos reproduzimos :

"Art. 39 — Fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das mares, salvas as concessões legítimas feitas até a 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

* NOTA DA RED. : A primeira parte dêste trabalho encontra-se às págs. 26 a 47 do vol. V desta revista.

para concedê-la em lotes razoáveis na forma das disposições sôbre os terrrenos de marinha".

O conteúdo dêsse texto legal pode ser analisado nos seguintes itens, que concretizam a finalidade por êle proposta: *a*) instituir, em caráter definitivo, servidão pública sôbre os terrenos reservados, à margem dos rios públicos; *b*) ressalvar dessa servidão pública, sòmente, os terrenos reservados, que já tivessem sido objeto de anteriores *concessões* a particulares, fundadas em títulos legítimos emanados do poder público; *c*) fixar em sete braças, ou seja 15 m. 4, a zona dos terrenos reservados, contados do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior; *d*) autorizar o aforamento de terrenos reservados, respeitada, entretanto, a restrição legal então imposta, qual seja a de se sujeitarem à servidão pública, para que tivessem o destino que constitui a sua razão de ser.

Tal artigo foi completado e melhorado com a legislação subseqüente, qual seja o Código de Águas, cujos arts. 11, 12, 14 e 31, que regulam a matéria, de modo pormenorizado, reproduzimos:

"Art. 11 — São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular:

.....

2.º — Os terrrenos 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 de serviço".

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

"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". (A saber: a servidão pública para permitir o aproveitamento industrial das águas e de energia elétrica, bem como para utilização da navegação do rio).

Do exame dêsses textos, é de concluir-se: *a*) os terrenos reservados, nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais e lagoas da mesma espécie, são públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum ou não pertencerem a particulares (art. 11, n.º 2); *b*) os terrenos reservados são os banhados pelas correntes navegáveis fora do alcance dos mares: vão até a distância de 15 metros para a parte de terra contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias (art. 14); *c*) os terrenos reservados serão concedidos na forma da legislação especial sôbre a matéria, sendo tolerável o uso pelos ribeirinhos, sempre que não colida, por qualquer forma, com o interêsse público (art. 11, §§ 1 e 2); *d*) nas margens das correntes navegáveis, fica reservada uma faixa para servidão pública, a fim de permitir o aproveitamento industrial das águas e de energia elétrica, bem como para utilização da navegação do rio (parágrafo único do art. 31); *e*) nas margens das correntes não navegáveis ou flutuáveis, mas que concorrem para formar outras flutuáveis, porém não navegáveis, fica reservada uma faixa de 10 metros para servidão de trânsito dos agentes da administração pública, quando em execução de serviço (art. 12).

Por conseguinte, à vista do disposto no parágrafo único do artigo 31, que se reporta ao prefixado no art. 29, combinado com os arts. 11, 12 e 14 do Código de Águas, é de concluir-se que, por êsse texto legal, ficou estabelecida: *a*) servidão administrativa sôbre uma área de 15 metros de largura, às margens das correntes públicas, de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie; *b*) servidão administrativa sôbre uma área de 10 metros de largura, às margens das correntes, que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem, apenas, para formar outras simplesmente flutuáveis e não navegáveis.

Aliás, não precisava haver dispositivo expresso para reconhecer-se a servidão de 15 metros marginais aos rios públicos, sendo que o parágrafo único do art. 31, assim determinando, constitui até redundância, porque pela simples sistemática do Código de Águas e mais pelo significado que a expressão "terrenos reservados" tem tradicionalmente no direito brasileiro, se não pode tirar, de boa fé, outra conclusão, que a da servidão administrativa de 15 metros às margens dos rios públicos, ainda quando de domínio particular.

Realmente, no direito brasileiro, tanto no Brasil-Colônia, como no Brasil-Império e no Brasil-República, sempre se entendeu que a expressão "terrenos reservados" à margem dos rios públicos significa faixa de servidão pública para os fins de polícia administrativa e utilização das águas, sejam êles de domínio público ou particular. Portanto, para considerar-se ter o Código de Águas mantido tal tradição, bastava haver disposto sôbre *terrenos reservados*, para entender-se que revigorava a faixa de servidão pública, às margens dos rios públicos, fixada em 15 metros. Mas por excessso de cautela e a fim de prevenir sofisma de interessados, em exuberância legislativa, no parágrafo único do art. 31, ainda relembrou que êsses terrenos estão sujeitos a servidão pública, pertençam ao domínio público ou particular.

Se se procurar, pelo estudo do nosso direito público, verificar o significado de "terreno reservado", se apura, sem sombra de dúvida, que corresponde ao de "faixa de servidão pública". Logo, havendo o art. 11, § 2.º, do Código de Águas previsto os terrenos reservados, estava mantida a faixa de servidão pública aos rios públicos, fôssem aquêles terrenos de domínio público, como em princípio acontece, ou fôssem de domínio privado, como excepcionalmente se dá, em virtude de concessão legítima do Estado a terceiros.

De fato, essas explicações devem ser até havidas como inúteis, tão clara é a matéria. E mais clara ainda fica, quando se atenda a que nas próprias margens dos rios que simplesmente contribuem para formar as águas flutuáveis, as quais, em regra, são do domínio particular, o Código de Águas, inovando na matéria, estabeleceu uma faixa de 10 metros para "servidão de trânsito a favor dos agentes da administração pública, quando em execução de serviço". Como se poderia conceber que as margens dos rios públicos, tradicionalmente sujeitas a servidão pública, não só em o nosso direito, como no de todos os povos cultos e nações civilizadas, houvesse o legislador excluído de tal restrição, deixando-as livres de qualquer peia, uma vez

que estabeleceu restrição até às margens dos próprios rios particulares ?

Não satisfeito de haver regulado em legislação ordinária a servidão marginal aos rios públicos, entendeu o legislador brasileiro, certamente tendo em consideração a importância presente da matéria, de regê-la por princípios constitucionais. Por isso, ambas as Cartas, de 1934 e 1937, ao disporem sôbre os bens das entidades políticas da Federação, não só atribuíram, em princípio, ao poder público, o domínio sôbre os terrenos reservados, como ainda prescreveram o seu destino público, ou seja, determinaram ficassem, *em qualquer hipótese*, sujeitos a servidão pública.

Realmente, isto é o que se encontra nos arts. 21, n.º II, e 37, letra *b*, das Constituições de 1934 e 1937, que dizem :

"Art. 21 — São do domínio dos Estados :

.....

II — as margens dos rios e lagos navegáveis, *destinados ao uso público*, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular". (Constituição de 1934).

"Art. 37 — São do domínio dos Estados :

.....

b) as margens dos rios e lagos navegáveis, *destinados ao uso* público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular". (Constituição de 1937).

Desdobrados em itens, temos : *a*) são, em regra, de domínio dos Estados federados os terrenos reservados às margens dos rios públicos, o qual é de presumir-se na falta de prova de outro titular ; *b*) são, excepcionalmente, de domínio da União e dos Municípios ou dos particulares, os terrenos reservados à margem dos rios públicos, quando aquelas entidades políticas ou êstes particulares tiverem título legítimo de propriedade sôbre êles ; *c*) sejam de domínio público ou sejam de domínio particular, tais terrenos reservados às margens dos rios públicos são destinados ao uso público, isto é, estão sujeitos a servidão pública.

Temos, pois, que êsses textos, ora analisados, com apoio na lição dos especialistas, doutrinadores e juristas, estabelecem a servidão administrativa sôbre os terrenos marginais, de modo a não admitirem nenhuma exceção, sejam êsses terrenos de domínio público ou de domínio particular. Apenas a Lei de 1867 exclui aquêles terrenos que já tivessem sido objeto de *concessão* legítima. Os demais textos que lhe sucederam, de forma categórica, prescreveram as servi-

dões marginais aos rios públicos, a tôdas as faixas marginais, sem nenhuma exceção.

Não cabe, portanto, qualquer discussão, pois o assunto se acha satisfatòriamente regulado por disposições legais e constitucionais expressas. E êsse é o pensamento quase unânime dos doutrinadores.

7. Comentando a matéria, os juristas pátrios reafirmaram a existência de tal servidão, diante dos textos legais que tivemos oportunidade de apreciar.

E êsses juristas pátrios reconhecem que, mesmo quando particular a margem, sôbre ela pesa a *servidão pública* para uso do rio e polícia das águas.

Realmente, escreve Alfredo Valadão: "A margem externa é a zona de terreno circundante, que confina com a *ribanceira*. Esta margem, quando a corrente é pública de *uso comum*, está sujeita às servidões que o mesmo exige. Assim que, ela é necessária para o serviço hidráulico da polícia, ou acessórios da navegação e flutuação"... "... quanto às correntes de que se fazem as correntes flutuáveis, as quais não apresentam, por si próprias, maior importância, entendi não consagrar o mesmo princípio"... "Em relação a estas o interêsse público fica salvaguardado, com a servidão de trânsito, que estabeleço, nas suas margens, para os agentes da administração, em execução de serviço público a seu cargo".[22]

No mesmo sentido se manifesta M.I. Carvalho de Mendonça: "Os terrenos marginais reservados ao serviço da navegação, que os franceses denominam *halage* e os italianos *via alzaia, via di alaggio, marciapiède* e *ripatico*, sofrem entre nós a servidão, em virtude da reserva que a lei dêles faz quando limitam com os nossos rios navegáveis"... "A servidão pública existente nas margens de nossos rios navegáveis, porém, não constitui uma verdadeira desapropriação e, portanto, desde que o rio se torna inavegável por fato natural, qualquer servidão cessa e a propriedade é livre.

Além disso, pelo fato de só se tratar de uma servidão, o proprietário tem todos os usos de sua propriedade marginal, apenas não podendo impedir a navegação nem negar o mesmo uso aos demais cidadãos e respeitando os domínios da União".

"Essa porção deve estar sempre livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietário do terreno".[23]

---

22. Cf. Alfredo Valadão, *Direito das Águas*, págs. 134 — 135, ed. 1931.

23. Cf. M. I. Carvalho de Mendonça, *Rios e Águas Correntes*, págs. 230-1, ed. 1939.

Outra não é a lição de Afrânio de Melo Franco: "São bens patrimoniais dos Estados as margens dos rios navegáveis e de seus afluentes caudais e perenes destinadas ao uso público, se por algum título legítimo não forem do domínio federal, municipal, ou particular.

Essa propriedade do ribeirinho está, contudo, sujeita a limitações que se venham a tornar precisas a bem do uso público".[24]

Estudando a questão, escreveu Temístocles Cavalcanti, inegàvelmente um dos mestres mais autorizados na matéria: "Depois da zona de influência das marés nos rios navegáveis ou dos que se fazem os navegáveis, tem o Estado o domínio de suas margens. São, por isso, bens públicos dominicais, mas que a nossa antiga legislação destinava à servidão pública"... "Tôdas as nossas leis fixam uma faixa à margem dos rios públicos, destinada à servidão pública.

São êsses terrenos aquêles banhados pelas águas dos ditos rios, fora do alcance das marés; vão até a distância de 15 metros para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias"... "Fora, porém, das exceções mencionadas, as margens pertencem aos Estados".[25]

Consultem-se mais: Carlos de Carvalho, *Consolidação das Leis Civis*, pág. 80, ed. 1915; Eduardo Espínola, *Código Civil Brasileiro*, vol. I, pág. 162, ed. 1918; Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, págs. 260/1, ed. 1929; Rodrigo Otávio, *Do Domínio da União e dos Estados*, págs. 88-89, ed. 1924.

Cumpre recordar-se, ainda, como já dissemos, que os membros da Comissão Especial do Congresso Brasileiro, encarregados de dar parecer sôbre o antigo projeto de Código de Águas, de Alfredo Valadão, quando submetido pelo Govêrno ao exame do Parlamento, pretenderam atribuir — *coisa que não vingou* — os terrenos marginais ao domínio particular, mas, mesmo êles, apesar da orientação privatista tomada, ressalvaram, de modo expresso, que sôbre ditos terrenos sempre ficaria pesando *servidão* para o conveniente aproveitamento do rio pelo público em geral e necessárias providências de polícia administrativa. Êsse texto se acha por nós transcrito a fôlhas do nosso artigo publicado no vol. XXXII da revista *Direito*.

8. Como exceção à uniformidade de pensar entre os nossos mais excelsos juristas, encontra-se a opinião de Lafayette, que, "en passant", ao examinar os bens suscetíveis de enfiteuse, classificou, entre êles,

---

24. Cf. Afrânio de Melo Franco, *in Revista Forense*, vol. XVIII, pág. 376.

25. Cf. Temístocles Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. V, págs. 298, 301-2, ed. 1943.

os terrenos reservados marginais aos rios públicos, e, então, comentou o art. 39 da Lei n.º 1.507, de 1867, que declara ficar reservada para servidão pública nas margens dos rios navegáveis, fora do alcance das marés, a zona de sete braças, contada do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior, nestes têrmos: "Não é mister dizer que a dita zona se estende das 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".[26]

Acolheu, sem qualquer comentário, êsse ponto de vista o ilustre jurisperito Lacerda de Almeida.[27]

Como acompanhando essas opiniões, aliás isoladas, há pareceres do professor Mário Mazagão e ministro Costa Manso, oferecidos por particular em ação contra a Prefeitura do Município de São Paulo.

Diz o professor Mário Mazagão:

"Entre nós, a reserva do uso público, sob nome de servidão, relativamente a margens dos rios navegáveis, foi estabelecida pela Lei n.º 1.507, de 26 de setembro de 1867.

Qual o alcance dêsse dispositivo? Teria o legislador tido a intenção de expropriar aquela zona, para que ela passasse do domínio privado para o público?

Evidentemente, não.

Em primeiro lugar, tal coisa não se poderia fazer sem indenização, assegurada como estava a propriedade pela Constituição do Império.

Em segundo lugar, a lei, ao declarar a servidão, excetuava dela as margens que tivessem sido objeto de *concesssão regular* até a sua data. Isso mostra que se respeitava o direito de propriedade dos particulares sôbre as margens, que continuariam isentas da servidão.

Em terceiro lugar, o legislador autorizava a concessão, a particulares, de margens de propriedade do Estado, e sôbre as quais a servidão passava a pesar. Ora, não era possível expropriarem-se margens de alguns indivíduos, para depois se concederem a outros.

Conseguintemente, é claro que a lei de 1867 instituía a servidão de uso público sòmente sôbre as margens de rios navegáveis que constituíam terras devolutas, e que como tais estavam no patrimônio da

---

26. Cf. Lafayette Rodrigues Pereira, *Direito das Coisas*, pág. 305, ed. 1922.

27. Cf. *Direito das Coisas*, vol. I, pág. 427, nota 10, ed. 1908.

nação. Nas concessões seguintes, que dessas terras se fizessem, já o particular receberia a propriedade da coisa gravada com a servidão"... "Pela consulta se vê que a Autora, por si e antecessores, tem domníio sôbre terreno marginal do rio Tietê, com título hábil, desde 1857 e posse mansa e contínua do imóvel. Assim sendo, êsse terreno não era terra devoluta a 26 de setembro de 1867, data da Lei n.º 1.507. Conseguintemente, sôbre êle não foi instituída a servidão pública, aludida na dita Lei. Por outro lado, não sendo terra devoluta, não foi êsse terreno incluído na cessão feita pela nação aos Estados por fôrça do art. 64 da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891. Com maior razão, não ficou incluído na transmissão que, de algumas de suas terras devolutas, fêz o Estado de S. Paulo aos seus municípios".

.....

"Não pode o Município da Capital pretender apossar-se do terreno aludido na consulta a título de proprietário. Também não pode, a pretexto de servidão pública, em primeiro lugar, porque ela não existe em relação ao imóvel, como acima se demonstrou; e, em segundo lugar, porque a servidão mencionada é restrita ao uso de quem navegasse pelo rio, e sòmente permissiva de atos referentes à navegação, como arribada, descarga, amarração de embarcações, etc. Conseguintemente, a pretensão do Município só poderia realizar-se mediante desapropriação regular, sendo caso dela, e obedecidos os trâmites legais. Se outro título não houvesse, o consulente teria adquirido por usucapião a propriedade da margem em questão. Com efeito, se não pertencesse a particular desde 1857, essa margem, quanto à propriedade, seria bem público patrimonial, e conseguintemente sujeito ao usucapião, cujos requisitos ocorreram conforme expõe o consulente".

Escreve o ministro Costa Manso: "A ressalva das concessões preexistentes mostra que o legislador cogitou ùnicamente das terras pertencentes à Nação. Sôbre as faixas nelas reservadas e sôbre os lotes futuramente transferidos para o domínio privado (ou aforados), na forma da parte final do artigo, é que pesaria a servidão instituída. Se o texto não fôsse, como é, gramaticalmente claro, qualquer dúvida seria dissipada pelo art. 179, incisos 3.º e 22.º, da Constituição Imperial de 25 de março de 1824, em cuja vigência foi elaborado. O primeiro daqueles incisos, vedando a promulgação de leis retroativas, assegurava os direitos adquiridos. O segundo garantia o direito de propriedade em tôda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade e utilidade pública"... "Portanto, quando a servidão

foi instituída pela referida Lei (1.507), o domínio privado não estava sujeito a restrições e estas não podiam ser impostas sem ofender aos princípios constitucionais".

Consideram êsses luminares da literatura jurídica pátria a questão sob o aspecto do direito privado, esquecendo-se de que devia ser situada no direito público.

Essa crítica a Lafayette e Lacerda de Almeida não lhes constitui desdouro, pois é sabido terem sido notáveis jurisperitos, dos maiores que tivemos, mas especialistas de direito privado. Estava, mesmo, embrionário o Direito Administrativo brasileiro quando êsses dois mestres discorreram sôbre o tema, principalmente quando o primeiro comentou o referido texto administrativo. E os exímios jurisconsultos professor Mário Mazagão e ministro Costa Manso, embora muito versados em direito público, deixaram-se, inexplicàvelmente, influenciar pelas opiniões isoladas de Lafayette e Lacerda de Almeida, abandonando a torrente dos juristas pátrios que se enfileirou entre os propugnadores do domínio público dos terrenos reservados, salvo o caso dos particulares terem sôbre êles título legítimo de concessão originário do Estado.

Impressionou-se Lafayette, bem como os que se apegaram aos seus ensinamentos, com o fato de não ter previsto a Lei n.º 1.507, de 1867, indenização aos proprietários ribeirinhos pela instituição da servidão, nem declarado de utilidade pública tais imóveis para serem desapropriados nos têrmos da lei. E, daí, concluir: não tendo havido tais providências, essa servidão só poderia recair sôbre as terras devolutas que o Estado possuísse às margens dos rios públicos, e, jamais, atingir os bens particulares, sob pena de desrespeito à propriedade individual, assegurada, na época, por texto constitucional da Carta Imperial, uma vez o domínio privado estivesse fundado em título legítimo previsto pela Lei n.º 1.507, de 1867, ou seja, concessão do Estado.

Há, *data venia*, evidente confusão, por parte de Lafayette, entre terras devolutas e terrenos reservados, sujeitos a regimes jurídicos diferentes, dada a natureza diversa dêles. Aquelas, destinadas a se disseminarem nas mãos dos particulares, na obra de colonização e povoamento, a que se impusera o Estado. Êstes, destinados a se manterem no domínio público para os fins coletivos de utilização dos rios e polícia das águas. E' dispensável insistir sôbre isso, pois já longamente discorremos, demonstrando à saciedade como se distinguem

as terras devolutas dos terrenos reservados e de marinha, em nosso artigo já referido, publicado no vol. XXXII da revista *Direito*.

Aliás, é de observar-se que o eminente civilista tratou dos terrenos reservados, na sua obra sôbre direito das coisas, *sòmente* quando examinou os bens suscetíveis de *enfiteuse*. Nada disse sôbre êles ao falar sôbre os bens suscetíveis de disposição plena. Admitiu, portanto, que se tratava de imóvel, cujo domínio direto devia *sempre* permanecer com o poder público, apenas transferível o seu domínio útil, por conseguinte, considerou-o seu destino público. Ora, as terras devolutas eram, então, e são hoje, plenamente alienáveis. Fôrça é reconhecer que houve um engano de Lafayette — *"Quandoque bonus, dormitat Homerus"*.

A Lei n.º 1.507, de 1867, como se verifica dos seus têrmos, estabeleceu a servidão pública sôbre todos os terrenos marginais aos rios públicos, excetuados sòmente os terrenos reservados que já tivessem sido objeto de concessão legítima, feita até a data da lei. Quer dizer: os terrenos marginais aforados ou alienados, até então, pelo poder público, sem qualquer ressalva, ficariam excluídos dessa servidão, se filiados os títulos, legìtimamente, a concessões de tal natureza dadas pelo próprio Estado, de quem dimanavam tôdas as propriedades particulares. Não foram, portanto, só as terras devolutas, na época pertencentes ao Estado, que ficaram oneradas com a servidão pública, porém, todos os terrenos ribeirinhos aos rios públicos, uma vez os seus proprietários não tivessem título legítimo concedendo os terrenos reservados, pois, como regra, êsses terrenos o poder público os retinha no seu poder, e não os transferia a terceiros, segundo se verifica da tradição de nosso direito através dos textos expressos, constantes das ordens régias dos tempos coloniais, quando concediam sesmarias e outorgavam cartas da data, ou faziam alienação de terras devolutas, pois tais terrenos tinham destino especial e se não confundiam com aquelas.[28]

A prova evidente de que o legislador pátrio jamais confundiu os terrenos de marinha e reservados com as terras devolutas, e sempre entendeu que êsses terrenos pertenciam ao domínio público, fôssem ou não particulares as terras confinantes, e, por conseguinte, estabeleceu como de domínio público e sujeitos a servidão pública, tanto os terrenos reservados à margem dos rios públicos, quando situados em terras devolutas, como pretenderam Lafayette e os que seguiram

28. Cf. nosso artigo, no vol. XXXII de *Direito*.

o seu pensamento, como os adjacentes às terras particulares, está em que o Decreto n.º 4.105, de 2 de fevereiro de 1868, que regula a concessão de marinha, de reservados às margens dos rios públicos e de acrescidos natural ou artificialmente, no art. 16, a preferência entre as pessoas que concorressem ao pedido de concessão de tais terrenos, disse :

"Art. 16 : Têm a preferência à concessão dos terrenos de marinha, e outros, a que se refere o presente Decreto :

1.º — Nas suas respectivas testadas frentes os que aí tiverem estabelecimentos de sua propriedade, como trapiches, armazéns, e outros semelhantes, dependentes de franco embarque e desembarque.

2.º — Nas mesmas circunstâncias os posseiros, na suposição de lhes pertencerem os terrenos e fazerem parte de suas fazendas, sítios, ou outras propriedades contíguas.

3.º — Os que tiverem arrendado ou aforado os terrenos, como parte de sua propriedade, em concorrência com os arrendatários ou foreiros, ainda que êstes tenham benfeitorias.

4.º — Os posseiros de terrenos contíguos a terras devolutas, havendo benfeitorias.

Parágrafo único — Se a forma do litoral do mar ou margem do rio por sua curvatura ou outra circunstância não permitir que a concessão seja da extensão correspondente à testada ou frente, poderá conceder-se o terreno proporcionalmente aos confinantes, ou reservar-se para uso comum dos mesmos confinantes ou para logradouros públicos, como fôr mais conveniente".

Êsse texto legal previu, portanto, para efeito de dar preferência ao aforamento de ditos bens públicos, a circunstância de entenderem os proprietários de imóveis confinantes a marinhas e reservados estarem incluídos nos seus títulos de domínio tais terrenos, e, por outro lado, considerou, ainda, o caso de posseiros contíguos a terras devolutas, havendo benfeitorias. Estabeleceu, assim, de forma implícita, que os terrenos de marinha e reservados se não confundiam com tais bens adjacentes, públicos ou privados, tendo destino especial.

Entretanto, dada a situação especial dêsses proprietários de terras particulares e posseiros de terras devolutas, conferiu-lhe a vantagem de terem preferência nos emprazamentos dos terrenos de marinha e reservados, sem prejuízo, todavia, do aproveitamento dêles para os fins que constituíram a sua razão de ser. Admitiu a hipótese

de se emprazarem terrenos de marinha e reservados contíguos a terras devolutas bem como confinantes com terras particulares.

Aí fica mais um argumento para provar que êsses terrenos compreendem tôdas as faixas marginais aos rios ou aos mares, dentro da área legal prevista, sejam as terras vizinhas, de domínio público ou privado, isto é, sem qualquer relação com o fato de serem ou não devolutas.

Aliás, não foi nada de mais, em compensação das vantagens que os ribeirinhos tiram da proximidade das correntes, lhes exigisse a administração pública, no desempenho das suas atribuições de zelar pelo bem comum, certas obrigações no interêsse coletivo, com referência à utilização daqueles bens públicos e defesa das águas em geral. E obsèrve-se que o Decreto n.º 4.105, de 2 de fevereiro de 1868, ao definir os terrenos reservados sujeitos às servidões públicas, nem sequer fêz a exclusão que se acha na Lei n.º 1.507, isto é, daqueles que tivessem sido objeto de concessão legítima do poder público a favor do particular.

De fato, sustenta Lafayette, não obstante o equívoco apontado, confundindo terras devolutas com terrenos reservados, que estão excluídos da servidão pública aquêles terrenos que por título legítimo se acham no domínio particular, nos têrmos previstos pela Lei n.º ... 1.507. Ora, essa lei só excluiu de tal servidão aquêles terrenos que, *segundo literal disposição*, tivessem sido objeto de " *concessão legítima feita até a data da publicação*" dela.

Logo, o título legítimo a que se referiu Lafayette era *concessão* do poder público, por conseguinte, não se filiando os títulos de aquisição de proprietários de imóvel ribeirinho aos rios públicos, à *concessão* legítima, emanada do poder público, não pode pretender domínio sôbre a faixa marginal e muito menos não estar êsse imóvel sujeito a servidão pública, nem sequer com a lição de Lafayette. De fato, êsse emérito jurista apenas exclui da servidão pública, de forma a não padecer dúvida, como se verifica do tópico em que discorre sôbre a matéria e anteriormente transcrito, as faixas marginais que por título legítimo estivessem no domínio particular, quer dizer, por *concessão* legítima do Estado, na expressão literal da Lei n.º 1.507, de 1867. Assim, o que realmente quis Lafayette sustentar foi que as margens de domínio público podem estar no domínio particular e que há margens de domínio público excluídas da servidão pública. Esta era, segundo êle, a situação jurídica das faixas marginais aos rios

públicos objeto de *concessão* legítima do Estado até a data da publicação da Lei n.º 1.507, de 1867.

Logo, para o referido jurista as margens dos rios públicos que não foram objeto de *concessão* regular do Estado, anteriormente à Lei n.º 1.507, devem ser havidas como de domínio público, sujeitas a servidão pública e, quando transferidas, após a citada Lei n.º 1.507, mediante aforamento aos particulares, êles as recebem gravadas com a restrição constante do texto legal.

Encontra-se em harmonia, no fundo, com o ponto de vista que estamos sustentando, com base nos expressos dispositivos da lei e com arrimo na lição dos mais insignes tratadistas.

Os terrenos reservados são de domínio público e sujeitos a servidão marginal se não tiverem sido transferidos mediante concessão legítima do Estado a favor dos particulares, não se podendo, assim, senão mediante prova de tal concessão regular, pretender domínio sôbre ditos terrenos reservados marginais aos rios públicos. Se tal concessão se deu antes da Lei n.º 1.507, êstes terrenos não estão sujeitos a servidão. Mas, se ocorreu depois dela, são transferidos com essa restrição.

Afinal, é de ponderar-se que a Constituição do Império do Brasil garantiu a propriedade particular, que, realmente, já existisse no domínio privado. Assegurou, assim, a propriedade particular sem despojar o poder público daqueles terrenos que se encontravam no seu domínio, isto é, sem prejuízo da propriedade pública.

A Constituição do Império data de 1824. Quando foi promulgada, portanto, já encontrou distinto o domínio público do domínio particular, e o seu objetivo consistiu em manter os direitos patrimoniais de cada um. Ora, desde o tempo do Brasil-Colônia, pelas diferentes Ordens Régias de 1731, 1754 e 1792,[29] se haviam distinguido das terras de sesmarias, em conseqüência, das terras devolutas, os terrenos reservados às margens dos rios públicos, mantidos êstes, sempre, no domínio público, para os fins de polícia das águas e aproveitamento do rio pelo povo em geral. Por conseguinte, a Constituição Imperial não resguardou o domínio particular sôbre os terrenos reservados às margens dos rios públicos, mas, ao contrário, estabelecendo o asseguramento do direito de propriedade, manteve tal domínio a favor do poder público, a quem sempre pertencera. Nunca poderia garanti-lo a favor dos particulares que jamais tiveram qualquer título sôbre êles.

29. Cf. nosso trabalho, vol. XXXII de *Direito*.

Êstes, para pretenderem domínio sôbre os terrenos reservados, hão de exibir a prova de *concessão* feita pelo poder público, ou seja, título legítimo pelo qual o Estado haja transmitido a particulares o domínio sôbre os ditos terrenos. Ninguém poderá pretender tê-lo pela simples alegação de justo título de propriedade sôbre imóvel ribeirinho a rios públicos. Ademais, os reservados, como se disse, muitas vêzes, no citado artigo por nós publicado no vol. XXXII da revista *Direito*, estão sujeitos ao mesmo regime das marinhas, nunca se transmitiram nem se transmitem em propriedade plena, porém, por concessão enfitêutica. Entretanto, qualquer que seja essa transferência, propriedade plena ou simples aforamento, o certo é que, como terras públicas, só poderiam ser transferidas mediante *concessão*. Por conseguinte, recordando-se que a propriedade imóvel dos particulares, no Brasil, tem a sua fonte na propriedade pública, orunda da concessão de sesmarias e posse legitimada, e, mais, que os terrenos reservados jamais se compreenderam, desde os tempos coloniais, entre as terras de sesmarias e, portanto, entre as terras devolutas, é de sustentar-se que êles permaneceram no domínio público, sujeitos a servidão pública e, quando transferidos, mediante concessão, em enfiteuse, para particulares, ficam gravados com a servidão de uso público.

Só pode pretender direitos adquiridos sôbre os referidos terrenos reservados quem exiba títulos de *concessão* do poder público, conferindo-lhe o domínio útil sôbre êles e, nessa *concessão*, como se verificou, sempre, se salvaguardou o uso público das margens para utilização do rio.

A Constituição do Império não podia garantir mais direitos do que os que decorriam dos títulos de domínio ou de posse jurídica, que emergiam das leis então vigentes.

Em conclusão : verifica-se a improcedência da tese de Lafayette, bem como daqueles que seguiram os seus ensinamentos, ao acharem haveria violação do texto constitucional se entendesse a servidão pública prevista pela Lei 1.507 se estendia a qualquer imóvel ribeirinho já fora do patrimônio público, devendo, por conseguinte, se restringir às terras devolutas. E' que a Lei n.º 1.507, de 1867, não inovou na matéria, reproduziu, como vimos, vários textos anteriores, do Brasil-Império, que mantinham, apenas, o princípio já existente no Brasil-Colônia, conforme se verifica das Ordens Régias transcritas no nosso citado trabalho publicado na revista *Direito*.

Além da confusão feita por Lafayette entre as terras devolutas e terrenos reservados, há também o equívoco entre servidão de direito civil e servidão administrativa. Dada a similitude da designação, confundiu uma com a outra, o que se explica pelo desconhecimento do direito administrativo na época e, ainda, por ser Lafayette notável jurisperito, mas especialista de direito privado.

Ora, já vimos com fundamento na doutrina e legislação dos povos cultos que a servidão administrativa, em princípio, não é indenizável, e vimos mais que não se confundem o instituto da desapropriação de bens e os de servidão administrativa, e isso se explica porque pela expropriação se processa a apropriação da propriedade particular pela Administração para a realização do melhoramento público, enquanto pelas servidões administrativas se estabelecem simplesmente as condições de utilização da propriedade particular, de modo que o interêsse particular se amolda ao interêsse público, e, assim, sem prejuízo das vantagens individuais, se satisfazem as conveniências gerais.

Essas servidões administrativas, por serem impostas pelo poder de polícia do Estado em favor da coletividade, não desaparecem em virtude de qualquer tolerância do poder público ou pelo seu não uso, ensinam a doutrina e a legislação dos povos civilizados. São inalienáveis e imprescristíveis.

Para evitar equívocos com as servidões de Direito Civil, ao abordar as servidões administrativas, Otto Mayer adverte os seus leitores: "*. . cette servitude du droit public est une chose tout autre que la servitude du droit civil*".[30]

No mesmo sentido se pronuncia Maurice Vauthier: "*En réalité, les servitudes légales d'utilité publique sont des restrictions que la propriété privée doit subir dans l'intérêt général et il n'y a pas lieu d'etablir une similitude trop marquée entre ces servitudes et les servitudes prévues par le droit civil*".[31]

Essas similitudes produzem resultados danosos ao entendimento do instituto, com verdadeira perturbação dos seus conceitos, como explica Velasco Calvo: "*...en la actualidad es muy deficiente la teoría establecida a propósito de la servidumbre en Derecho Administrativo, siendo de necesidad que se produzca un análisis detenido de todos los casos en que aparece para desprender del mismo las características esenciales de la servidumbre administrativa. Especial*

30. Cf. Otto Mayer, *Le Droit Administratiff Allemand*, pág. 273, vol. III, ed. 1905.

31. Cf. Maurice Vauthier, *Précis du Droit Administratif de la Belgique*, pág. 331, ed. 1937.

perturbación produce en éste, como en otros muchos conceptos, la importación que se hace al Derecho Administrativo de los del Derecho civil, por comparación con los cuales se establecen los administrativos, acotando semejanzas y diferencias".[32]

Confusões que se repetem pelo próprio desconhecimento do Direito Administrativo, principalmente nos países espanhóis e portugueses ou sul-americanos, em que o direito público ainda está ensaiando os primeiros passos, abeberados que se acham os seus juristas no estudo, apenas, do direito privado filiado às fontes romanistas, como muito bem diz Marcelo Caetano: "A doutrina administrativa, contemplando o aspecto passivo dêsses poderes, faz-lhes umas vêzes referência sob a rubrica genérica de "restrições de utilidade pública ao direito de propriedade", e outras vêzes designa-os por "servidões administrativas", não faltando quem faça figurar as duas designações uma a par da outra.

Há neste capítulo uma grande imprecisão de terminologia, causada pela incorreta linguagem legislativa e pela pouca maturidade do direito administrativo, e para que muito contribui também a hesitação da doutrina civilista em tôrno do conceito de *servidão".*[33]

Daí, o engano de Lafayette e daqueles que se valeram das suas lições. Enxergaram na servidão marginal dos rios públicos uma servidão civil e, por isso, interpretaram a Lei n.º 1.507 aplicando princípios civilistas.

Afinal, é de ponderar-se que o professor Mário Mazagão e o ministro Costa Manso não sustentam tese contrária à que vimos desenvolvendo, como se verifica do cuidadoso exame dos seus pareceres.

De fato, pretendem êsses eméritos juristas, apenas, que as margens dos rios públicos podem estar no domínio de particulares e, mais, que há margens de rios públicos não sujeitas a servidão pública. Essa é a situação jurídica, para êles, dos terrenos marginais aos rios públicos, objeto de concessão legítima do poder público, até a data da promulgação da Lei n.º 1.507, de 1867.

Doutrina o professor Mário Mazagão: "A lei (n.º 1.507) ao declarar a servidão excetuava dela as margens que tivessem sido objeto de *concessão* regular, até a sua data". ..."Nas concessões seguintes, que dessas terras se fizessem, já o particular receberia a proprie-

---

32. Cf. Recaredo F. de Velasco Calvo, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, tomo II, págs. 240-241, ed. 1931.

33. Cf. Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, págs. 345-6, ed. 1937.

dade da coisa gravada com a servidão". E ensina o ministro Costa Manso: "A ressalva das *concessões preexistentes* mostra que o legislador cogitou ùnicamente das terras pertencentes à Nação. Sôbre as faixas nelas reservadas e sôbre os lotes futuramente transferidos para o domínio privado (ou aforados), na forma da parte final do artigo, é que pesaria a servidão instituída".

Logo, para os referidos juristas as margens dos rios públicos que não foram, prèviamente à citada Lei n.º 1.507, objeto de *concessão* regular do Estado, devem ser havidas como de domínio público, sujeitas a servidão pública e, quando transferidas, mediante aforamento, aos particulares, êles as recebem gravadas com a servidão instituída por aquêle texto legal.

E' verdade que o professor Mário Mazagão confunde terreno reservado com terras devolutas. E daí haver no seu parecer alguma contradição: sustentando, de um lado, que os terrenos reservados estão no domínio particular sòmente por *concessão* do poder público, e, considerando, de outro lado, tais terrenos como compreendidos entre as terras devolutas e de domínio privado quando particulares possuam título de propriedade sôbre êles ou os tenham adquirido por usucapião. Em tal equívoco, parece, não caiu, entretanto, o ministro Costa Manso.

Afora a contradição, ora apontada, do professor Mário Mazagão, que discrepa da interpretação lógica dada ao texto da Lei n.º 1.507, de 1867, êle e o ministro Costa Manso concordam, de certo modo, com o ponto de vista que vimos sustentando: os terrenos reservados são de domínio público e sujeitos a servidão pública se não tiverem sido transferidos, mediante *concessão legítima do Estado,* a favor de particulares. Assim, quem não tiver tal *concessão regular* não pode pretender domínio sôbre ditos terrenos reservados, marginais aos rios públicos. Se tal concessão se deu antes da Lei n.º 1.507, êsses terrenos não estão sujeitos a servidão, mas se ocorrer depois dela são transferidos com tal restrição.

Porém, mesmo que se estenda, por absurdo, como pretendem Lafayette e aquêles que seguiram a sua interpretação, que, pela Lei n.º 1.507, estão excluídos da servidão pública os terrenos marginais aos rios públicos confinantes com terras havidas como de domínio particular, antes da promulgação daquela lei, não se pode deixar de reconhecer que, pelo Código de Águas, essa servidão pública ficou estabelecida, de forma indiscutível, como se verifica do estudo, em

confronto, dos arts. 11, 12 e 14 com o parágrafo único do art. 31 dêsse Código, anteriormente citados.

Por êsses dispositivos se estabelece : *a*) servidão administrativa sôbre uma área de 15 metros de largura às margens das correntes públicas, de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie ; *b*) servidão administrativa sôbre uma área de 10 metros de largura às margens das correntes, que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem, apenas, para formar outras simplesmente flutuáveis mas não navegáveis.

A primeira servidão recai sôbre os denominados terrenos reservados ao uso comum, para utilização completa das águas públicas, enquanto a segunda servidão é estabelecida, apenas, para trânsito dos agentes da administração pública, quando em execução de serviço.

Essas servidões administrativas pesam tanto sôbre os terrenos de domínio público como sôbre os de domínio particular, por conseguinte, presentemente, pela legislação em vigor, está estabelecida, de forma categórica, a servidão pública sôbre os terrenos marginais, nas hipóteses supra mencionadas, e essa servidão podia, pois, ser estabelecida, como vimos do estudo a que se está procedendo, consoante lição dos mais eméritos publicistas, por ato unilateral do poder público, independente de qualquer indenização, e sôbre as margens externas mesmo de domínio particular.

E, observe-se, o Código de Águas foi promulgado na vigência do Govêrno Provisório, sob regime ditatorial, em que o Chefe da Nação enfeixava nas suas mãos os poderes legislativo e executivo, alheios os seus atos a comportas constitucionais, sendo-lhe lícito promulgar textos retroativos e fixar os contornos do direito de propriedade particular, como autoridade suprema do País. Portanto, contra êsse Código e os seus dispositivos não se pode acoimar a pecha de prescrever leis retroativas e de haver estabelecido servidão pública sem indenização, em desrespeito ao direito de propriedade individual.

Além disso, a matéria, já se escreveu, não mais se acha regulada por legislação ordinária. E' de órbita constitucional.

Como vimos, ao citar os arts. 21, n.º II, e 37, letra "b", das Cartas de 1934 e 1937, o assunto passou a ser regulado por texto constitucional, o qual estabeleceu, como regra, o domínio público sôbre os terrenos reservados, e, em princípio, o domínio público dos Estados Federados ; e, como exceção, o domínio particular. Porém, sejam públicos, desta ou daquela entidade política, ou sejam particulares,

êsses terrenos reservados, segundo os referidos preceitos constitucionais, são destinados ao uso público, quer dizer, estão sujeitos a servidão pública.

E' sabido que incumbe ao Direito Constitucional reger a estrutura governamental da Nação e declarar os direitos das pessoas que a integram fixando o conteúdo e extensão dêles, sendo as Constituições, em qualquer regime, a expressão do sentir dos constituintes, que encarnam a manifestação mais perfeita e completa da soberania do Estado, como poder de decisão em última instância. Não há, assim, qualquer limite a êles quanto ao regime político a adotar e os direitos a assegurar.

Os constituintes de 1934 e 1937, com referência à propriedade, podiam elevá-la às culminâncias de direito sagrado dos cidadãos, como fêz a revolução francesa, ou podiam desconhecê-la pelo estabelecimento do coletivismo, como fêz a revolução bolchevista.

Preferiram, entretanto, manter-se no meio têrmo, e proclamaram o direito de propriedade individual, na forma que a lei viesse a determinar, o que equivale a dizer-se : em função do bem estar coletivo. E só nessas condições se explica seja ela garantida. Logo, pode o legislador, no exercício do seu poder de polícia, restringi-la, estabelecendo-lhe limitações e servidões.

Com referência à servidão marginal, entretanto, não quiseram os constituintes dessas duas Magnas Cartas ficasse regulada por lei ordinária, por isso, na própria Constituição em que se garantia, nos moldes ora expostos, a propriedade individual, lá, mesmo, se estabelecia que as margens dos rios públicos seriam destinadas ao *uso público* ou, melhor, seriam sujeitas a servidão pública.

O tema, hoje, não pode mais comportar discussões. Está regido por textos constitucionais ; portanto, por quem possuia amplos poderes para dispor sôbre êle. Cumpre respeitar-se o direito em vigor, simplesmente.

9. Conseqüentemente, em resumo, depois de ampla discussão teórica do problema, temos fixadas as seguintes teses jurídicas : *a*) a propriedade particular deve ser utilizada em função do interêsse social, admitidas tôdas as restrições a ela impostas em favor do bem estar da coletividade ; *b*) as servidões administrativas são restrições impostas pelo poder público à propriedade individual e pelas quais há coparticipação de terceiros no seu gôzo ; *c*) as servidões administrativas são estabelecidas, em princípio, independentemente

de qualquer indenização, salvo disposição de lei em contrário, assegurada ao titular da propriedade, que sofre a servidão, a composição dos danos acaso resultantes delas, quando ocorra prejuízo real e efetivo à coisa, pela sua desvalorização ou pelo impedimento de utilização satisfatória dela, bem como nas hipóteses de abuso de poder da autoridade pública ; *d*) as servidões administrativas, uma vez destinadas a um fim de interêsse público, são inalienáveis e imprescritíveis ; *e*) entre as servidões administrativas, destaca-se a servidão marginal aos rios públicos, reconhecida em todos os países civilizados, pertença o território, sôbre o qual ela recai, a particulares ou esteja êle no domínio público ; *f*) não se confundem as servidões administrativas com a expropriação por necessidade ou utilidade pública ; *g*) no Brasil, como em tôdas as nações cultas, as servidões marginais aos rios públicos existem desde tempo imemorial, segundo a tradição do nosso direito, bebida na fonte do direito português, estando consagrada expressamente em lei, desde 1867, pelo art. 39 da Lei n.º 1.507, sendo que, posteriormente, pelo Código de Águas e textos constitucionais, êsse dispositivo foi reafirmado e completado ; *h*) improcede a opinião isolada daquêles que entendem a servidão marginal só abrange os terrenos marginais adjacentes às terras devolutas, ao interpretar a Lei n.º 1.507, de 1867 ; *i*) mesmo se admita que a referida Lei não compreende os terrenos marginais às terras de domínio particular, não padece dúvida que o Código de Águas, expressamente e de forma indiscutível, estabeleceu tal servidão, de 15 metros, sôbre os terrenos marginais aos rios públicos e, de 10 metros, sôbre os terrenos marginais aos rios que fazem os flutuáveis, sendo que as Constituições de 1934 e 1937 reafirmaram o destino de uso público de tais margens, ou seja, a sua servidão pública.