

Antonio de Rojas

San Juan, P.R. 1921

5/6

J. P. L. L. L.
Câmara Mar. 921

LIVRO I

DA PROPRIEDADE DAS ÁGUAS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

§ 1.º - Natureza jurídica das águas

1. As águas como objecto do direito. As diferentes ~~qualidades~~ qualidades que as águas revestem consideradas nas suas correntes e reservatórios naturais ou artificiais e a diversidade de interesses colectivos e individuais que, já pelas utilidades que prestam, já pelos danos que podem causar, com elas se relacionam, determinam, quanto ao seu regime jurídico, princípios diversos também.

Para que dêste regime se possa formar uma ideia nítida é necessário atender: 1.º a que as águas se consideram em direito como formando, em determinados volumes, já bens autónomos, já partes componentes ou integrantes dos prédios em que subterraneamente circulam, brotam à superfície, correm ou formam depósitos; 2.º a que, assim consideradas as águas, não só é possível a sua apropriação, mas que esta se pode dar por forma colectiva ou individual em harmonia com os interesses a cuja satisfação

se destinam, estando assim dependente destes interesses a natureza jurídica das águas.

Formado com os seus leitos e margens bens autónomos, ou sendo partes integrantes ou componentes dos prédios rústicos, não podem as águas deixar de considerar-se bens imobiliários. A sua incessante deslocação nas correntes apenas determina, pelo que respeita ao seu uso, uma modalidade, que, se não pode deixar de ser tomada em consideração no seu regime jurídico, nenhuma importância pode ter para a sua classificação como cousas ou bens.

As águas são bens e consequentemente objecto do direito, não consideradas em sua generalidade, nem em determinadas moléculas sujeitas pelas leis físicas a constante mobilidade (*aqua profluens*), sendo sob este aspecto insusceptíveis de apropriação pela sua própria natureza, mas pela sua aglomeração no mar, em rios, lagos, etc. O direito de dispor e de usar recai sobre as águas assim aglomeradas. No momento em que duma corrente ou dum lago se tira água, a água que assim se desloca é subtraída ao regime jurídico dessa corrente ou desse lago.

A doutrina de que as águas, compreendendo as correntes, são bens imobiliários, que Giovanetti já julgou desnecessário desenvolver, dizendo que a jurisprudência francesa a havia adoptado como doutrina necessária¹, foi impugnada em face do nosso código civil².

Afirmou-se que, tratando o código civil das águas no título 3.º do livro 1.º da parte 2.ª, que tem por

objecto a aquisição dos direitos pela ocupação, não podia deixar de considerar as águas como móveis, pois que só estes são susceptíveis daquele modo originário de aquisição de direitos, e que, havendo nas águas, pela sua própria natureza, uma constante deslocação, assim devem ser consideradas.

No mesmo título em que o código civil trata das águas, estabelece normas relativas à pesquisa e lavra de minerais (artigos 465.º a 467.º), e à apropriação de substâncias vegetais terrestres (artigos 472.º e 473.º), e, sendo os minerais e as substâncias vegetais partes componentes ou integrantes dos prédios rústicos, não podem deixar de considerar-se bens imobiliários em face do disposto nos artigos 374.º e 375.º do código civil. Podem esses minerais e substâncias considerar-se, para determinados fins, em separado do prédio onde existem, facultando-se a sua apropriação, como cousas autónomas, em determinadas condições. Do facto, porém, de serem assim considerados, não pode concluir-se que o legislador neles veja, enquanto não forem extraídos, bens móveis. Os depósitos minerais podem até dar lugar a uma forma especial de propriedade imobiliária.

Não atribuímos, pois, valor algum ao argumento que se pretende deduzir do lugar em que o nosso código civil regula o direito às águas, para considerar este direito mobiliário. E, para se ver como se acha deslocada a matéria das águas, bastará atender a que no título citado se reconheceu direito exclusivo a águas não só de fontes e nascentes, mas até de correntes não navegáveis nem flutuáveis, compreendendo esse direito não só o poder de usar, mas até o de dispor. Este direito recai evidentemente sobre determinados volumes de águas que, embora estas se desloquem incessantemente, são sempre os mesmos

¹ *Du régime des eaux*, Paris, 1844, § 19.º

² Dr. Teixeira de Abreu, *Lições de direito civil português*, tomo 1.º, 1.ª edição, página 381 e seguintes, e *Estudos jurídicos*, volume 1.º, página 1 e seguintes.

sensivelmente, pela incessante substituição dessas águas. E' assim que as nascentes e correntes e os reservatórios naturais se formam e mantem.

E' assim também que, como já notámos, se consideram as águas em direito, não tendo conseguintemente valor algum o argumento da constante deslocação das águas, para que estas se considerem móveis.

Baseando-se na natureza das águas, teem alguns juriconsultos attribuido ao direito de propriedade das águas um carácter especial, do qual resultaria que elas não poderiam rigorosamente considerar-se bens móveis ou imóveis. Formulou este conceito Romagnosi, e há ainda alguns juriconsultos que, como Ratto, afirmando que « a água corrente tende a subtrair-se à posse individual e que, não existindo essa posse, não há o «direito de gôso», vêem no direito de propriedade das águas correntes só o direito de usar da água enquanto esta corre ¹.

E' óbvio que o direito de propriedade das águas pode ser, como a propriedade de quaisquer outros bens, limitada por lei, pela própria natureza das cousas ou por vontade do proprietário. Estas limitações não são de modo algum incompatíveis com o direito de propriedade, nem a elas se opõe a qualidade de móveis ou imóveis dos bens sobre que recai este direito.

Para que uma cousa se considere imóvel ou móvel, atende-se a que ela é ou não parte do solo ou terreno e a que está ou não nele incorporada ou integrada pela forma estabelecida na lei. Ora nenhuma

¹ Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis segundo o direito civil moderno*, n.º 17, e Codovilla, *Del diritto delle acque*, volume 1.º, n.º 2.

dúvida há de que as águas se acham incorporadas no solo, com o qual formam um todo. Para considerar as águas como sendo, na classificação que das cousas imóveis se faça, a parte dominante, ou para ver esta parte no solo, necessário se torna atender ao que no regime das águas é fundamental — se as próprias águas, de que o leito e as margens representam em tal caso, formando com as águas um todo, partes componentes, se os prédios de que essas águas fazem parte, *portio agri videtur aqua viva*.

Neste último caso, estão as águas compreendidas no solo ou terreno, que o artigo 374.º § único considera prédio rústico; no primeiro caso, o autor do nosso código não seguiu o exemplo de alguns legisladores que consideram imóveis as fontes, reservatórios e cursos de água, e nenhuma dúvida há de que as águas assim consideradas não entram na classificação bipartida que dos imóveis se faz no artigo citado. Também não há dúvida, porém, de que, na classificação das cousas em relação às pessoas a quem a sua propriedade pertence ou que delas se podem livremente aproveitar, tanto na que se acha formulada no código civil, como no decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, se consideram certas águas com os seus respectivos leitões, cais e praias ou margens, como formando um todo autónomo em relação aos prédios que atravessam ou banham, nos quais podem até constituir-se servidões para o aproveitamento das mesmas águas.

Essas águas não podem deixar de considerar-se bens imóveis.

2. *Princípios relativos à apropriação das águas.*
A classificação das águas a que acabamos de nos

referir, na qual elas se dividem em públicas, comuns e particulares, revela-nos de modo evidente que as águas são, pelo nosso direito, susceptíveis de apropriação, ou, antes, que as águas estão apropriadas.

O fundamento dessa classificação é, segundo expressamente se declara no artigo 379.º do código civil, a relação que há entre as cousas e as pessoas a quem a sua propriedade pertence, ou que delas se podem livremente aproveitar. Para verificar se a classificação das cousas em públicas, comuns e particulares se harmoniza com este fundamento, necessário é ver as noções que de cada uma dessas categorias nos dá o legislador. Dessas noções resultará por outro lado o sistema que o nosso legislador sancionou relativamente à apropriação das águas e consequentemente quanto à sua natureza jurídica.

Declara-se no artigo 380.º que são *públicas* as cousas naturais ou artificiais apropriadas ou produzidas pelo Estado ou corporações públicas e mantidas debaixo da sua administração, das quais é lícito a todos individual ou colectivamente utilizar-se com as restrições impostas por lei ou pelos regulamentos administrativos. Definem-se *comuns*, no artigo 381.º, as cousas naturais ou artificiais, não individualmente apropriadas, das quais só é permitido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos indivíduos compreendidos em certa corporação administrativa, ou que fazem parte de certa corporação pública. São *cousas particulares*, artigo 382.º, aquellas cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou colectivas, e de que ninguém pode tirar proveito senão essas pessoas ou outras com o seu consentimento.

Destas noções conclue-se imediatamente que as cousas não são públicas ou comuns por serem insusceptíveis de apropriação individual por sua própria

natureza; esta apropriação não pode dar-se em virtude de disposição da lei, que faculta o seu goso a todos, ou aos indivíduos compreendidos em determinada circunscrição, ou que façam parte duma corporação pública.

Não podem, pois, confundir-se as cousas públicas e comuns, seja qual for o conceito que acêrca do direito de propriedade sobre elas se forme, com as cousas que estão fora do comércio por sua própria natureza, por não serem susceptíveis, nos termos do artigo 372.º, de posse individual exclusiva. Não podem confundir-se também as cousas públicas e comuns com as cousas que, sendo susceptíveis de apropriação individual, ainda não foram apropriadas, isto é, com as cousas *nullius*. Nos precisos termos do artigo 380.º, as cousas públicas naturais estão *apropriadas* pelo Estado ou corporações públicas, e as artificiais são *produzidas* pelo mesmo Estado ou corporações públicas. As cousas comuns são também *cousas naturais* ou *artificiais*, que não estão *individualmente* apropriadas. É indiscutível, porém, a sua apropriação colectiva, desde que delas só podem auferir proveito as pessoas compreendidas em determinada circunscrição ou que façam parte de certa corporação. Entre as cousas públicas e comuns e o Estado ou corporações públicas existe, pois, uma relação de direito em virtude da qual lhes pertence não só a administração dessas cousas, mas o domínio sobre elas. Os indivíduos só teem, em relação às cousas públicas e comuns, a faculdade de as gosarem directamente, em harmonia com as normas que para êsse goso se estabelecem nos regulamentos administrativos.

Cousas públicas há em que, relativamente a certos bens que nelas se produzem ou formam, o goso

consiste na apropriação desses bens. Completamente distinto desses bens é, porém, o regime das cousas públicas.

E' assim que, formando-se nas cousas públicas bens livremente apropriáveis, outros há cuja propriedade pertence ao Estado ou às corporações públicas. As ilhas e mouchões que se formam no mar adjacente ao território português, ou nos rios navegáveis ou fluviáveis, pertencerão ao Estado, e só poderão ser adquiridos pelos particulares, por legítima concessão, ou por prescrição. É o que preceitua o artigo 2294.º do código civil, e a aquisição pelo Estado, como bens próprios ou patrimoniais, dessas ilhas ou mouchões, considera-se uma accessão natural.

Se nas cousas públicas pode ser diverso, em relação às diferentes partes que as constituem ou às utilidades que podem produzir, o regime jurídico a que ficam sujeitas, dá-se o mesmo nas cousas comuns.

Sendo assim consideradas as correntes não navegáveis nem fluviáveis e os lagos e lagoas em que se dêem determinadas condições (código civil, artigo 381.º, n.º 2.º e decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 2.º), permite-se a todos, sem distinção de pessoas, pescar nas águas comuns (código civil, artigo 395.º), e declaram-se partes integrantes dos prédios que atravessam ou banham os leitos das correntes e lagos de uso comum (código civil, artigo 381.º §§ 3.º a 7.º).

Caracterizando-se o direito de propriedade pelo poder que, em relação às cousas, tem as pessoas singulares e colectivas de dispor livremente delas e de lhes darem portanto o destino que mais conveniente julgarem à satisfação das suas necessidades (código civil, artigo 2167.º), compreende-se bem que, em harmonia com essas necessidades, o Estado e as

pessoas colectivas dêem destino diverso às cousas de que se apropriam, limitando assim, enquanto subsistir esse destino, os poderes que formam normalmente o conteúdo do direito de propriedade. E' assim que o Estado, o distrito, o município e a paróquia podem aplicar determinados bens para que deles imediata e directamente se utilizem todos os individuos, ou os que estão compreendidos nas respectivas circunscrições territoriais; podem aplicar outros bens para serviços públicos; podem finalmente possuir bens que não tenham destino prefixado.

Em relação a estes bens, o Estado, o distrito, o município e a paróquia tem os mesmos direitos que as pessoas singulares. E' o que declara o artigo 382.º § único do código civil, quando considera aquelas pessoas colectivas susceptíveis de propriedade particular. Em relação aos bens das duas primeiras categorias, esses direitos são limitados pelos fins a que eles se destinam¹. Subsiste, porém, entre esses bens e as pessoas colectivas que deles se apropriaram ou que os produziram, uma relação de propriedade.

¹ No artigo 2.º do decreto de 13 de agosto de 1832 declarava-se: « Os bens da nação, tomada colectivamente, são os bens de uso geral, e comum dos habitantes, como portos, canais, rios navegáveis, estradas gerais, e pontes nelas construídas, cais, e edificios destinados para a residência do rei, ou para as sessões das câmaras, secretarias, tribunais, aquartelamentos, estaleiros, arsenais e outros semelhantes ». Por esta disposição, consideravam-se como estando do uso geral e comum bens que, sendo destinados para serviços públicos, não podem ser utilizados pelos cidadãos individualmente, *uti singuli*, mas como membros do Estado, *uti universi*; que não são por esse gosados directamente mas indirectamente, pelos benefícios que o Estado auferir desses bens.

Nas cousas públicas, cuja enumeração feita no código civil é aliás exemplificativa, só entram os bens que podem ser directamente utilizados pelos cidadãos. Para os bens destinados a certos serviços públicos pode estabelecer-se um regime especial, considerando-se esses bens, sob certos pontos de vista, no domínio público, e não havendo sobre eles o direito de livre disposição. Não são, porém, cousas públicas, no sentido que a estas palavras se dá no código civil.

No artigo 382.º § único distingue-se a propriedade particular da propriedade das cousas públicas e das comuns, e o fundamento dessa distinção é estarem na livre disposição das pessoas colectivas a quem pertencem, ou serem destinadas para o góso directo e individual de todas as pessoas ou das que pertencem a uma certa circunscrição ou corporação. Não deixa a mínima dúvida a este respeito o confronto entre o artigo citado e os artigos 380.º e 381.º. As cousas públicas e as comuns estão consequentemente apropriadas, sendo em virtude do seu destino que para elas se estabelece um regime especial, que se exprime pelas designações referidas.

Do que deixamos dito conclue-se: a) que a classificação das cousas em públicas, comuns e particulares não tem por base a natureza das pessoas a quem pertencem, sendo o Estado e as autarquias locais, como são, susceptíveis de propriedade particular; b) que há uma relação de propriedade entre as cousas públicas e comuns e o Estado e as autarquias locais, sendo essa propriedade limitada pelo góso público ou comum a que essas cousas se destinam; c) que o Estado e as autarquias locais podem dispor das utilidades que essas cousas produzem, sempre que essa livre disposição seja compatível com o fim a que se aplicam.

Assim se explica que ao Estado pertençam, como cousas particulares, as ilhas e mouchões que se formem nas águas públicas; assim se explica que estejam na livre disposição do Estado ou das pessoas colectivas a quem pertencem as árvores e frutos das estradas e jardins públicos; assim se explica que, em virtude de concessões, se possa adquirir sobre as cousas públicas um direito especial de uso; assim se explica que, no momento em que as cousas deixem

de ser applicadas ao uso público ou comum, fiquem pertencendo em propriedade ao Estado ou às autarquias locais, se por lei não forem atribuídas a outras pessoas.

Outro era o sistema que na classificação das cousas em públicas, comuns e particulares se seguia no nosso antigo direito, quanto ao fundamento dessa classificação.

Coelho da Rocha classificava os bens, enquanto aos possuidores, em *nacionais*, *municipais* ou *paroquiais*, *dos estabelecimentos públicos* e *dos particulares*¹. Definindo *nacionais* os que pertencem ao Estado, ou nação, e *municipais* ou *paroquiais* aqueles cuja propriedade pertence aos povos dum concelho ou paróquia, compreendia em cada uma dessas categorias de bens duas espécies. Em relação ao Estado, distinguia os que de tal maneira estão na propriedade pública, que não podem deixar de lhe pertencer sem mudar de natureza, daqueles que, não obstante pertencerem ao Estado, podem comtudo passar para a propriedade dos particulares por alienação, ou ainda por prescrição; em relação aos municípios e paróquias, aqueles cujo uso está patente a todos, daqueles cujo uso e rendimento é especialmente applicado às despesas do município ou da paróquia.

Mello Freire havia classificado as cousas em *comuns*, *públicas*, *das universidades* e *dos particulares*, compreendendo nas cousas comuns as que estão fóra do comércio por sua própria natureza ou as cousas *nullius*, nas públicas as que pertenciam ao Estado, e nas das *universidades* as que pertenciam a certas corporações, designadamente aos municípios. Sendo o

¹ *Instituições de direito civil português*, volume 1.º, §§ 86-89.

Estado representado pelo rei, distinguia entre as cousas a êste pertencentes diversas categorias, incluindo nas *públicas* todas aquelas de que ele não podia livremente dispor, estando apenas sujeitas ao seu império, como eram os tributos e as cousas destinadas para a defesa do Estado.¹

Não se atendia nestas classificações, que se fundavam nas diversas categorias de pessoas, colectivas e singulares, a quem as cousas pertenciam, ao destino das cousas pertencentes ao Estado e às autarquias, e consideravam-se na propriedade do Estado ou das autarquias locais tanto as cousas de que estas pessoas colectivas tinham a livre disposição, como as que eram destinadas para o uso público ou comum. Vendo o regime especial a que estas cousas estão sujeitas, entendeu o autor do código civil que devia formar delas categorias especiais. Dos bens que, segundo o direito anterior, eram nacionais, municipais ou paroquiais, mas que o Estado, o município ou a paróquia destinavam para o gôso público ou comum, formaram-se os bens públicos e os comuns, distinguindo-se êsses bens dos particulares, patrimoniais ou próprios, e considerando-se públicos tanto os bens pertencentes ao Estado como aos municípios, paróquias ou estabelecimentos públicos, desde que o seu destino seja o gôso público. Atendeu-se, pois, a um determinado destino das cousas ou à sua livre disposição, na classificação que o código civil fez das cousas em públicas, comuns e particulares.

Há águas pertencentes a cada uma dessas categorias, e, conseguintemente, águas que estão apropria-

¹ *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati*, livro 3.º, título 1.º, §§ 8.º e 9.º

das pelo Estado e águas que estão apropriadas pelas autarquias locais, podendo tanto umas como outras ser destinadas para o uso público ou comum; há águas que estão apropriadas pelo mesmo Estado ou pelas autarquias locais e de que estas pessoas colectivas podem livremente dispor, como se foram pessoas particulares; há águas apropriadas por particulares.

Consideramos, em face da classificação que das águas se faz no código civil e no decreto de 1 de dezembro de 1892, completamente descabida a questão se as águas são ou não pelo nosso direito susceptíveis de apropriação. O que se torna necessário é determinar o regime a que as águas estão sujeitas, vendo quais as águas que estão no uso público ou comum e as que se acham particularmente apropriadas¹. Necessário é ainda, em relação às águas públicas e comuns, verificar os interesses a cuja satisfação se destinam, e, em harmonia com êles, o diverso regime a que por ventura fiquem sujeitas as diversas partes de que se compõem ou as utilidades que produzem.

3. Os direitos adquiridos em matéria de águas. Não pode atender-se só à classificação das águas em face da nossa actual legislação para se determinar a sua natureza jurídica; necessário é ter em consideração os direitos adquiridos que por ela foram respeitados.

As alterações legislativas na matéria de classificação das águas envolvem alterações no regime das

¹ Veja-se o dr. Teixeira de Abreu, *Das fontes e nascentes*, nos *Estudos jurídicos*, 1.º volume, páginas 3 e 4.

mesmas águas, em que se compreendem os modos por que elas se podem adquirir. Essas alterações podem aplicar-se ou não retroactivamente, sucedendo neste caso que, em relação a determinadas águas que se declaram insusceptíveis de apropriação privada, se tenha efectuado a apropriação delas em harmonia com a legislação anterior.

E' assim que, determinando o código civil os direitos sobre as águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, declarando os direitos dos proprietários marginais de futuro imprescritíveis e que só podem ser alienados por escritura ou auto público (artigo 439.^o), resalvam-se (artigo 438.^o) os direitos adquiridos, ao tempo da publicação do código, sobre certas e determinadas águas. Vê-se assim que há águas que, sendo comuns segundo o regime para elas estabelecido pelo código civil, se acham individualmente apropriadas em virtude de situações subjectivas que se constituíram no domínio da legislação anterior e que o código civil respeitou.

E' óbvio que não se trata neste caso apenas do modo de aquisição das águas, mas de um regime especial a que estas ficam sujeitas por essa aquisição, havendo direitos sobre elas que são diversos dos que poderiam ser exercidos, se a essas águas se applicassem as normas gerais que, segundo a classificação que delas se faz, as regulam. Daqui resulta que se torna necessário, em matéria de águas, ter sempre presentes os princípios consignados na legislação anterior ao código civil sobre a sua natureza jurídica e modos por que se podiam apropriar, para se determinar o regime a que estão sujeitas certas e determinadas águas.

Uma grande parte das dúvidas que sobre águas se suscitam tem a sua causa na diversidade dos regimes

a que, em virtude de direitos adquiridos, elas estão sujeitas.

4. *A apropriação das águas no direito anterior ao código civil.* A classificação das águas, no direito anterior ao código civil, estava subordinada, do mesmo modo que neste, embora para essa classificação houvesse diferente critério, como já notámos, à classificação das cousas em públicas, comuns e particulares.

Na Ordenação filipina, livro 2.^o, título 26.^o, § 8.^o, incluíam-se nos direitos reais, « os rios navegáveis, e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo », acrescentando-se: « E posto que o uso... dos rios seja igualmente comum a toda a gente, e ainda a todos os animais, sempre a propriedade deles fica no Património Real ».

O autor do código civil viu nesta distinção entre o uso e a propriedade dum objecto uma subtileza de Ruy Fernandes, que formulou a declaração dos direitos reais de D. Duarte, transcrita nas Ordenações afonsinas, « que se persuadiu que assim conciliava a doutrina das leis imperiais, com as tendências feudais da monarquia »¹.

Será assim?

Pelo direito romano, as águas formavam três grandes categorias: *comuns*², *públicas* e *particulares*³.

¹ A. L. de Seabra, *A propriedade*, página 159.

² *Institutas*, livro 2.^o, título 1.^o, § 1.^o: *Et quidem naturali jure omnium communia sunt ista: aer, aqua profluens, mare et per hoc litorea maris.*

³ *Digesto*, livro 43.^o, título 12.^o, lei 1, §§ 3.^o e 4.^o: *Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit*

Eram *comuns* as águas que, sendo essenciais para a vida do homem, excluam por sua própria natureza qualquer domínio, quer por parte do Estado, quer por parte dos particulares, sendo permitido a todos por direito natural o uso delas. Eram *públicas* as águas que o Estado destinava para o uso público, pondo-as à disposição dos indivíduos para que se aproveitassem das utilidades que elas proporcionavam em harmonia com os regulamentos. Eram *particulares* as águas susceptíveis de apropriação individual, sobre as quais havia o direito de livre disposição.

Sendo por direito romano comum a *aqua profluens*, era público o *flumen*, isto é, um curso de água perene, um volume determinado de águas, em relação ao qual havia a apropriação, distinguindo-se assim nesse direito a propriedade do *flumen* do direito ao uso da água. Nas cousas públicas havia a apropriação pelo povo romano, considerado como pessoa colectiva, isto é, pelo Estado; nas cousas comuns não havia essa apropriação¹.

Declarando-se os rios nas nossas Ordenações do património real e ao mesmo tempo de uso comum, não se estabelecia, pois, uma distinção que tivesse por fim conciliar as leis imperiais com as tendências

quod perenne sit. Hac sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Hoc interdictum ad flumina publica pertinet; si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum; nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum.

¹ Digesto, livro 50.º, título 16.º, lei 15.ª: *Sola enim ea publica sunt, qua populi romani sunt.* « A propriedade do Estado sobre as res publicae, diz Girard, resulta, a nosso ver, sobre tudo de que era elle «normalmente o proprietário da maior parte delas antes de as fazer passar do domínio privado para o domínio público, destinando-as para o uso público, e de, até depois desta aplicação, elle continuar a gozar das vantagens do direito de propriedade, compatíveis com o uso público ». *Manuel élémentaire de droit romain*, 5.ª edição, página 241, nota 2.

feudais da monarquia; apenas se indicava o destino especial dos rios que, estando apropriados pelo Estado sob a designação de património real, por todos podiam ser utilizados. Consideravam-se públicos os rios a que no citado logar das Ordenações se fazia referência, e se, em harmonia com a organização política então em vigor, o rei podia reservar para si ou doar o uso das águas desses rios, não exercia um poder de natureza diversa do que hoje se attribue ao Estado quanto às cousas que estão no domínio público¹.

A doutrina do direito romano acêrca da apropriação das águas não podia deixar de sofrer o influxo da reorganização política que na idade média se effectuou e que teve como idéa fundamental a fusão da soberania com a propriedade. E assim que em relação às águas públicas o rei exerce não só poderes de tutela e de jurisdição, mediante os quais se garante o seu gôso directo por todos, gôso que de facto subsiste conservando quasi todas essas águas a mesma natureza, mas consideram-se essas águas como estando no seu domínio patrimonial, de forma que o rei podia vendê-las, cedê-las ou doá-las, não só para o efeito de se exercer sobre elas um especial direito de uso, mas ainda para o seu gôso exclusivo.

A teoria romana do livre uso das águas públicas por todos e de que a sua propriedade pertencia ao povo romano substituiu-se a teoria feudal da propriedade patrimonial do rei. Como esta propriedade estava, porém, de facto e em regra, limitada pelo

¹ Veja-se Lobão, *Notas a Mello*, livro 3.º, título 1.º, § 8.º, n.º 7.º. Veja-se também o *Tratado prático e compendioso das águas*, § 10.º, em que elle nota e pretende explicar uma antinomia no que acêrca dos rios públicos se dispunha na Ordenação.

goso directo dessas águas, quando se operou o renascimento do direito romano consignou-se expressamente nas leis essa restrição, pela qual deixava de existir o direito de livre disposição, atribuindo-se assim ao rei quanto a águas públicas um mero poder soberano para a defesa dos interesses de todos os cidadãos.

Revela a transformação que na teoria patrimonial das águas públicas se efectuou, a substituição da expressão « património real » por « património da corôa » e « bens públicos » para designar as cousas que, sendo destinadas ao uso ou serviço público, não pertenciam ao património particular do rei, mas ao Estado ou nação por êle representada. Quando no decreto de 13 de agosto de 1832 se declarou (artigos 1.º e 2.º) que a Ordenação do livro 2.º, título 26.º, em que se tratava dos direitos reaes, foi revogada pela Carta constitucional e que era revogada pelo referido decreto, e que os bens da nação, tomada colectivamente, eram os bens de uso geral e comum dos habitantes, como portos, canais, rios navegáveis, sancionou-se a doutrina que Mello Freire já havia ensinado.

Dizia o grande juriconsulto que os bens que pertenciam ao rei não eram todos do mesmo género, sendo *patrimoniais* os que êle possuía como particular, tendo sobre eles completo domínio e podendo livremente aliená-los; *públicos*, ou do erario e do povo, os que não estavam nesse domínio, mas apenas sujeitos ao seu império; *fiscais* ou *dominiais* os que eram destinados para a sua conveniente sustentação e defesa da sua dignidade, de que êle também não era proprietário, mas mero administrador ¹.

o A expressão « património real », que se lê na ordenação, livro 2.º, título 26.º, § 8.º, significava, aliás, o mesmo que património nacional ou do Estado, designando-se por aquela expressão uma apropriação colectiva e não individual.

Havia assim no nosso antigo direito águas que, estando apropriadas pelo Estado, eram destinadas para o goso directo de todos e que tinham, como na actual legislação, a denominação de águas públicas. Estavam essas águas definidas, quanto às correntes, na Ordenação citada: eram os rios navegáveis, e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo; delimitavam-se também essas águas no decreto de 13 de agosto de 1832, pelo qual eram bens de uso geral e comum dos habitantes os rios navegáveis.

Pela definição que se dava de águas públicas, excluíam-se da apropriação pelo Estado todas as águas que assim não eram consideradas. Havia, pois, ao lado das águas públicas, águas que eram comuns ou particulares. Não deixava dúvidas a êste respeito a nossa antiga legislação, não podendo todavia precisar-se devidamente o regime jurídico das águas comuns pelo que respeita às pessoas a quem essas águas pertenciam e às que assim deviam ser consideradas. As dificuldades que a êste respeito se levantavam no nosso antigo direito subsistem em grande parte perante a actual legislação. A elas nos referiremos quando tratarmos da classificação das águas, cumprindo-nos todavia notar desde já que a expressão « águas comuns » se ligava na jurisprudência anterior ao Código civil uma significação muito diversa da que tinha no direito romano.

Pelo nosso direito as águas comuns estavam apropriadas colectivamente, e o seu uso era, quanto às

¹ *Institutiones juris civilis lusitani*, livro 3.º, título 1.º, § 9.º

peçoas que delas se podiam aproveitar, mais res-
trito do que nas públicas. No direito romano, águas
comuns eram, como já notámos, as insusceptíveis de
apropriação individual ou colectiva, de que todos se
podiam utilizar.

As águas particulares estavam individualmente
apropriadas, havendo sobre ellas o direito não só de
uso, mas de livre disposição. E assim que Lobão
estabelecia o princípio de que a água que nasce em
algum prédio é reputada como um dos seus frutos
naturais, e por isso pertence por direito ao dono do
prédio e faz parte d'ele ¹. E Borges Carneiro dizia
que « é accessão do prédio a água que nele nasce,
e pertence portanto ao seu dono. O qual pode por
consequência usar e dispor dela livremente, dirigí-la,
consumí-la, divertí-la, como quiser, ainda com dano
dos prédios vizinhos » ².

5. *Os interesses colectivos na apropriação das
águas.* No diverso modo por que se teem apro-
priado as águas, atendeu-se sempre ao seu destino
ou aplicação compatível com o volume e forma que
as águas teem naturalmente ou que lhes são dados
artificialmente, variando esse destino ou aplicação
em harmonia com as necessidades a cuja satisfação
se proporcionam. Nas águas públicas e nas comuns,
o seu destino pode ser a satisfação duma neces-
sidade essencial à vida e à hygiene, como nas fontes
públicas e nos reservatórios ou fontes comuns; a
navegação, flutuação ou irrigação, como nos canais,

rios e lagos; o aproveitamento da sua energia para
fins industriais, nas quedas.

Na classificação das águas e consequente determi-
nação do seu regime ou natureza jurídica, os inte-
resses que principalmente teem sido tomados em
consideração desde o direito romano são os da
navegação ou flutuação. Sendo diversos os critérios
que se teem adoptado para se considerarem públicas
determinadas águas, a função dessas águas que
sempre se considerou dominante foi a da navegação
ou flutuação.

Proibia o direito romano que no rio público ou
nas suas margens se fizesse qualquer coisa que
prejudicasse a navegação ¹. Formula também o
nosso código civil o princípio (artigo 431.º § 1.º)
que o uso das águas navegáveis ou flutuáveis deve
ser exercido sem prejuízo dos interesses da navegação
ou flutuação.

Compreendia-se, no tempo em que as vias fluviais
representavam o meio de comunicação mais rápido,
cómodo e económico, que o regime jurídico das
águas se acomodasse a tais fins, considerando-se
secundários todos os outros. Os progressos efectua-
dos nos meios de transporte autorizam, porém, a
previsão de que em relação a determinadas correntes
os interesses da navegação ou flutuação deixem de
ter a importância que até hoje se lhes tem atribuído,
e que o regime dessas correntes venha a ser alte-
rado, dando-se lhes outro destino. A questão resu-

¹ *Digesto*, livro 43.º, título 12.º, fr. 1 pr. e § 19.º: *Ait prætor:*
« *Ne quid in flumine publico ripare ejus facias ne quid in flumine
publico, neve in ripa ejus immittas, quo statio ãeræ navigio deterior
sit fiat* ». Deinde *ait prætor:* « *quod in flumine publico ripare ejus
faci, sive quid in id flumen ripare ejus immisissum habes, quo statio
ãeræ navigio deterior sit, fiat, restituis* ».

¹ *Tractado practico e compendiário*, § 65.º

² *Direito civil do Portugal*, livro 2.º, título 6.º, § 30.º, n.º 1 e 2.

me-se em verificar quais as utilidades que possam ser satisfeitas por um determinado regime hidráulico. Quando se reconheça que os interesses agrícolas ou industriais, compreendendo nestes a energia eléctrica ou hulha branca, são superiores aos da navegação ou flutuação, nenhuma razão pode justificar que uma corrente, embora seja navegável ou flutuável, tenha este destino, com prejuizo doutro que seja mais útil para a economia nacional.

No decreto de 27 de maio de 1911 já se estabeleceu (artigo 1.º) o princípio de que « a energia das correntes de água pode ser objecto de concessão feita em nome do Estado no interesse dos serviços agrícolas ou da indústria ». Esta concessão pode recair tanto sobre as águas públicas ou comuns como sobre as águas particulares, e, mantendo-se por esse decreto as leis vigentes acêrca do uso das águas, consideram-se os direitos atribuidos ao Estado como « restrições à plenitude da propriedade que derivam da faculdade de concessão nos termos da presente lei ».

Quis-se, a nosso ver, significar com esta fórmula que o Estado pode conceder as quedas de água nas correntes de águas públicas e comuns, deixando essas águas de ser applicadas, em virtude dessa concessão, para o fim a que eram destinadas segundo a legislação vigente. Não há, em tal caso, restrição alguma ao direito de propriedade, sendo apenas outro o destino dessas águas, pelo qual serão prejudicados os direitos que, anteriormente à concessão, havia ao uso dessas águas. Pelo que respeita às águas particulares, a concessão pelo Estado das suas quedas só pode dar-se mediante prévia expropriação. Nesta parte estabeleceu-se pelo citado decreto mais uma restrição ao direito de propriedade,

São estas, fundamentalmente, as modificações que, relativamente ao regime jurídico das águas, se estabeleceram no decreto de 27 de maio, e que claramente nos indicam as alterações que nesse regime podem ser feitas, para que sejam devidamente aproveitadas todas as utilidades que as águas podem proporcionar.

Em relação ao direito vigente, o que se torna necessário ter sempre em vista, para que possam determinar-se os direitos às águas, são os interesses a que o legislador atendeu e o modo por que os graduou ao estabelecer o seu regime jurídico. E' assim que, considerando-se dominantes nas águas públicas os interesses da navegação ou flutuação, occupavam o primeiro lugar, anteriormente ao decreto de 27 de maio de 1911, nas águas comuns os interesses agrícolas dos prédios marginaes, não podendo essas águas ser utilizadas para outros fins com prejuizo da irrigação dèsses prédios (código civil, artigo 434.º, decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 5.º, e regulamento de 19 de dezembro de 1892, artigos 226.º e 272.º § 4.º).

§ 2.º — Classificação das águas

6. Diferentes critérios que se tem adoptado para a determinação das águas públicas, comuns e particulares. Em todas as legislações se tem admitido águas públicas e águas particulares, e, sendo o mesmo o conceito de cada uma dessas categorias de águas, não tem sido os mesmos os critérios para a sua determinação. Foi o regime jurídico das águas no direito romano, que se baseava na sua classificação em públicas e privadas, que principalmente ministrou às diferentes legislações os princípios relativos a esta

importantíssima matéria; mas a aplicação desses princípios tem sido diversa, alargando-se ou restringindo-se o domínio das águas públicas.

As águas comuns, que na nossa actual legislação se apresentam como uma categoria autónoma, embora nem sempre bem definida, eram águas públicas segundo o direito romano, e assim são consideradas na maioria das actuais legislações. Admitindo-se na nossa antiga jurisprudência águas comuns ao lado das águas públicas e particulares, o critério para a determinação daquelas águas não era o mesmo que o código civil sancionou. De um modo geral pode afirmar-se que a natureza jurídica das águas era, no direito anterior ao código civil, determinada em harmonia com os princípios formulados no direito romano.

O critério da navegabilidade e da fluviabilidade, que no artigo 538.º do código civil francês foi estabelecido como fundamental para a determinação das águas do domínio público, e os direitos que aos proprietários dos prédios banhados ou atravessados pelas águas correntes, que não se consideravam dependência desse domínio, se atribuíam no artigo 644.º do mesmo código, foram os princípios em que no nosso código civil se baseou a distinção das águas em públicas e comuns, atribuindo-se lhes uma importância muito superior à que tiveram no direito romano e à que lhes é dada pelas legislações modernas. Há, porém, águas públicas e águas comuns para cuja determinação se atende a critérios diversos dos da navegabilidade ou fluviabilidade e da irrigação, tornando-se por vezes difícil a classificação de algumas águas. É assim que, havendo fontes públicas, e podendo tais fontes pertencer ao Estado ou corporações públicas, conforme hajam sido apropria-

das ou construídas por aquele ou por estas, há também fontes comuns; e na nossa jurisprudência não se estabeleceu ainda um critério preciso para a sua distinção, não o sendo para este efeito o que na lei está formulado, e que é indubitavelmente o ser licito a todos utilizarem-se dessas águas ou só aos indivíduos duma determinada circunscrição, sempre que o direito de uso das águas seja controvertido.

Mais difícil ainda que a distinção entre águas públicas e comuns é a distinção entre águas comuns e particulares. As dúvidas que a exegese e aplicação das definições legais suscitam, acrescem as que resultam da exegese e aplicação das disposições transitórias, a que já nos referimos.

Para que sobre esta matéria, cuja importância teórica e prática desnecessário é encarecer, se formem idéas nítidas, que permitam resolver com segurança as múltiplas questões que nela se levantam, é indispensável que a classificação das águas segundo o nosso direito seja precedida da classificação das águas no direito romano, no nosso antigo direito e no código civil francês.

7. *Águas públicas e águas particulares no direito romano.* No direito romano, em que se consideravam públicas as águas marítimas territoriais¹, parece que se admitia, quanto às fluviais, como base da distinção entre águas públicas e particulares, o formarem essas águas cursos perenes ou não perenes.

Os cursos perenes eram designados, na linguagem técnica ou científica, pela palavra *flumen* (*a fluendo*), qualquer que fosse a sua importância. É neste sen-

¹ *Digesto*, livro 43.º, título 8.º, lei 3.ª

tido que os modernos tratadistas interpretam essa palavra nas Institutas, *Flumina autem omnia et portus publica sunt*¹, considerando aceitável a explicação dada pela escola doneliânica acêrca da combinação dessa passagem das Institutas com as do Digesto em que se declara: *Flumina pene omnia publica sunt e Flumina quaedam publica sunt, quaedam non*², sendo empregada aqui a palavra *flumen* no sentido vulgar, em que comprehendia tanto as correntes perenes como as não perenes³.

Dando-se no Digesto esta significação à palavra *flumen*, e sendo consideradas públicas só as correntes perenes, necessário era distinguir, para determinar a sua natureza jurídica, os cursos de águas perenes, classificando-se os *flumina em perennia e torrentia — perenne quod semper fluat, torrens, hyeme fluens*, e definindo-se *publicum flumen, quod perenne sit*⁴.

E' verdade que no direito romano se distinguia o *flumen* do *rivus* pelo volume de águas e pela opinião dos habitantes dos arredores: *Flumen à rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium*⁵, e que havia um interdito especial para as correntes navegáveis e flutuáveis: *Hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia*⁶.

¹ Livro 2.º, título 1.º, § 2.º

² Livro 1.º, título 8.º, lei 4.ª, § 1.º, e livro 43.º, título 12.º, lei 1.ª, § 3.º

³ Veja-se Alfredo Mazza, *A rive pubbliche*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 2.ª, página 1.ª; Dernburg, *Pandette*, tradução de Cicala, volume 1.º, parte 1.ª, página 212. Confronte dr. Assis Teixeira, obra citada, n.º 3.

⁴ *Digesto*, livro 43.º, título 12.º, lei 1.ª, §§ 2.º e 3.º A corrente não deixava de se considerar perene pelo facto de, excepcionalmente, não correr num ou noutro estio, como se declarava no *Digesto*, livro 43.º, título 12.º, lei 1.ª, § 2.º: *Si tamen aliqua castate exaruerit, quod ateoquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est.*

⁵ *Digesto*, livro 43.º, título 12.º, lei 1.ª, § 1.º

⁶ *Digesto*, livro 43.º, título 12.º, lei 1.ª, § 2.º

Como nota Codovilla¹, se o volume de águas ou a opinião dos vizinhos eram o elemento constitutivo do *flumen* em geral, dizendo-se *flumen perenne* a corrente de água assim considerada pelo seu volume ou pela opinião dos habitantes, discutir se estes requisitos são necessários para que a corrente se possa considerar pública, é confundir os elementos constitutivos do *flumen* com os caracteres que diferenciavam a corrente pública da corrente particular.

Quanto à navegabilidade, na própria lei em que se declarava que não era permitido fazer no rio público qualquer cousa que prejudicasse a navegação, se dizia que o interdito respeitava às correntes públicas que eram navegáveis, fazendo-se assim implicitamente a distinção entre correntes públicas navegáveis e não navegáveis. E nenhuma dúvida deixa de que havia correntes não navegáveis que eram públicas, o considerar-se applicável o interdito *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat* a todos os *flumina publica, sive navigabilia sunt, sive non sunt*².

Sendo públicas as correntes perenes que se consideravam *flumina*, eram privados os *flumina torrentia* ou correntes não perenes. E' assim que, em relação a estas correntes, se declarava que eram particulares, não se distinguindo dos restantes logares que assim eram considerados.

O uso público tinha no direito romano o carácter da perenidade, não se considerando compatível com esse uso as correntes acidentais.

Destinguindo-se, porém, o *flumen* do *rivus* e sendo apenas consideradas correntes públicas os *flumina perennia*, muitas são as dúvidas que o direito romano

¹ *Del diritto delle acque*, volume 1.º, página 34.

² *Digesto*, livro 43.º, título 13.º, lei 1.ª, § 2.º

suscita quanto á natureza jurídica dos *rivi*, que fossem perenes. Derivam essas dúvidas, em parte, da dificuldade de determinar precisamente o que se intendia por *rivus*. É assim que para alguns tratadistas o *rivus* era o mesmo que o nosso aqueduto, havendo várias passagens do Digesto em que a palavra *rivus* tem essa significação, e parecendo ser essa até a sua significação própria¹. Do critério, porém, que no Digesto se estabeleceu para distinguir o *flumen* do *rivus*, parece depreender-se que o *rivus* podia ter uma origem natural, visto não se fazer referência alguma ao modo da sua formação, não sendo apenas a levada, ribeiro ou aqueduto por que se derivavam as águas, especialmente para a irrigação. É que o *rivus* podia ter uma origem natural parece confirmar-se pelo facto de, não se applicando o interdito *de aqua quotidiana et aestiva* senão aos *rivi* derivados de águas perenes, se declarar que podiam ser derivadas águas « *ex castello*, vel *ex rivo*, vel *ex quo aliquo loco publico* », pertencendo a estes aquedutos o mesmo interdito.

Afigura-se nos que, estando a natureza das águas que não tinham autonomia jurídica dependente da natureza dos logares em que brotavam ou corriam, e havendo, por outro lado, aquedutos e depósitos de água que eram construídos a expensas públicas e que estavam no góso público, podia haver no direito romano *rivi* que eram públicos e de que podiam ser derivadas águas, que, desde o *caput* ou ponto de derivação, que poderia ser um *castellum* ou receptá-

¹ *Digesto*, livro 43.º, título 21.º, lei 1.º, § 3.º *Rivus est locus per longitudinem depressus quo aqua decurrit*. Veja-se a este respeito Gianzana, *Teoria delle acque private*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 1.º, n.º 228 e 332, e confronte-se Codovilla, *obra citada*, volume 1.º, página 41 e seguintes.

culo de águas públicas¹, uma corrente ou um lago público, ou uma fonte pública, seriam considerados particulares. O que é certo é que o interdito *de rivis* se applica só a águas particulares, e que a palavra *rivus* não parece applicar-se entre os romanos a todas as correntes de pequena importância, servindo para indicar os ribeiros ou levadas por que se derivavam as águas, designadamente para a irrigação, águas que, se não fossem derivadas para uso público, se consideravam apropriadas desde o *caput*.

Não eram só as águas correntes que, sendo perenes, se consideravam públicas. O *lacus* ou depósito de água perpétua, o *stagnum*, ou depósito de água temporária, que a maior parte das vezes se formava no inverno, e a *fossa*, ou receptáculo de água artificial², também podiam ser públicos. É assim que pelo interdito *ut in flumine publico navigare liceat*, o pretor proibia que se impedisse a navegação *per lacum*, *fossam*, *stagnum publicum*, acrescentando que, *si privata sunt suprascripta, interdictum cessat*³.

Podia, pois, ser privado o lago, cuja água era perpétua, e publico o *stagnum*, cuja água era temporária, não se estabelecendo assim para os depósitos de água naturais ou artificiais o mesmo princípio que para as correntes, cuja publicidade dependia de serem ou não perenes.

O princípio a que no direito romano deveria atender-se, tratando-se de águas que ficavam por vezes dentro dos limites dum prédio, era a natureza do logar, sendo publicos o *lacus*, o *stagnum* e a *fossa*.

¹ Sobre a significação da palavra *castellum*, veja-se Gianzana, *obra e logar citados*, n.º 221.

² *Digesto*, livro 43.º, título 14.º, lei 1.º §§ 3.º a 5.º

³ *Digesto*, livro, título e lei citada, pr. e § 2.º

que existiam em terreno público, e particulares os que ficavam dentro dum prédio particular. E' assim que, prevendo-se esta hipótese, se declara que no lago perpétuo que fique num prédio particular, se pode impor a servidão de navegação em favor dum prédio vizinho ¹.

Os lagos que fossem navegáveis sem duvida alguma seriam públicos, dada a importância que tinha a navegação.

Quanto às fontes ou nascentes, seguir-se-ia o mesmo principio. Eram particulares as fontes ou nascentes dum prédio particular: *portio enim agri videtur aqua viva* ². E porque eram de propriedade privada, ninguém podia utilizar-se delas contra a vontade do dono do prédio ³.

As fontes dos logares públicos tinham a mesma natureza que estes, sendo desde o principio fontes públicas; as que nasciam em prédios particulares podiam tornar-se públicas pelo seu uso ⁴.

As águas subterrâneas applicava-se o mesmo principio ⁵.

No direito romano, o *flumen* compreendia a água, o álveo e as margens, formando uma cousa autónoma. Considerando-se nesse direito *res communis* a *aqua profluens*, as moléculas que incessantemente se deslocam, era pública a *aqua perenne*, a corrente que pela incessante substituição dessas moléculas se formava. Era a água assim aglomerada que se destinava para o uso público e não apenas para as necessidades comuns da vida, sendo as propriedades naturais das

correntes que tornavam estas aptas para a navegação e para fins industriais.

Das três partes que compunham o *flumen*, a dominante era a água, mas o álveo, ou superficie que a água ordinariamente occupava contida entre as margens, era público como ela. E' frisante o que a este respeito dizia Ulpiano: *Ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, et si privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus: quia impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus* ¹. Quando a corrente, abandonando o antigo, abria novo leito, este entrava immediatamente no dominio público, sendo subtraído aos antigos proprietários: *Novus autem alveus ipsius juris esse incipit, cujus et ipsum fluminem, id est, publicus* ².

Sendo do dominio público a superficie occupada pelo *flumen*, quer este fosse navegável, quer não navegável, tal dominio cessava no momento em que a corrente abandonava o álveo. Este considerava-se no direito romano como sendo a continuação natural dos prédios marginaes, que, abandonado o álveo pela corrente, se prolongavam até o meio d'ele: *Quod si, naturali alveo in unversum derelicto, alia parte fluere cæperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædii possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit* ³.

Aos prédios marginaes pertenciam também as ilhas que se formavam nos rios públicos, considerando-se estes divididos pela linha média da corrente e os prédios prolongados até essa linha por projecções sobre ela. Se a ilha ficava dum só lado, pertencia exclusivamente aos respectivos proprietários margi-

¹ *Digesto*, livro 8.º, título 3.º, lei 23.ª, § 1.º

² *Digesto*, livro 43.º, título 24.º, lei 11.ª, pr.

³ Código, livro 3.º, título 34.º, leis 4.ª e 6.ª

⁴ Código, livro 11.º, título 42.º, lei 9.ª

⁵ *Digesto*, livro 39.º, título 2.º, lei 26.ª

¹ *Digesto*, livro 43.º, título 12.º, lei 1.ª, § 7.º

² *Institutas*, livro 2.º, título 1.º, § 23.º

³ *Institutas*, eodem loco.

nais; se ficava de ambos os lados, pertencia em parte aos proprietários duma margem, em parte aos da outra ¹.

Quanto às margens, que no direito romano se definiam *id quod flumen continet naturalem cursus sui tenens* ², não estavam no domínio público, mas apenas no uso público: *Riparum quoque usus publicus est jure gentium . . . , sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent* ³.

8. Classificação das águas no nosso antigo direito.

Suscita graves dúvidas a determinação do regime jurídico das águas no nosso antigo direito. Sendo reduzidíssimo o número das disposições legislativas sobre esta matéria, os nossos praxistas applicavam em geral os princípios do direito romano, mas essa applicação nem sempre era dirigida por critérios precisos. Haja vista o que Lobão nos diz sobre os caracteres dos rios públicos e dos rios ou ribeiros particulares. Distinguia este juriconsulto os rios públicos principalmente por cinco modos: «1.º Se são navegáveis, ou teem aptidão para o ser, ainda que nunca o fossem; só são aptos para um pequeno barco, ou ainda puxado a cordas. 2.º Se é perene, ainda que não navegável; ainda que em algum verão de extraordinária secca lhe falem as águas. 3.º Pela sua grandeza. 4.º Pela comum reputação dos circumvizinhos. 5.º Pelo seu uso comum, e público;

¹ *Institutas*, livro 2.º, título 1.º, § 22.º, e *Digesto*, livro 41.º, título 1.º, leis 7.ª § 3.º, 29.ª, 30.ª e 56.ª. As ilhas que se formavam no mar eram *nullius*.

² *Digesto*, livro 1.º, título 8.º, lei 5.ª.

³ *Institutas*, livro 2.º, título 1.º, § 4.º; *Digesto*, livro 1.º, título 8.º, lei 5.ª.

pela pública e indiferente pesca de todos; pela pública, e comum extracção da água dêle. E regularmente todo o rio se julga público, enquanto se não prova que seja particular». E caracterizava assim os rios ou ribeiros particulares: «Em geral todos aqueles, em que se não realizam as ditas circunstâncias. E, em especial, reputam-se particulares os que não são aptos para o uso público: os que são perenes, e as torrentes que em pouco tempo crescem e decrescem. Os que só no inverno, e não no verão decorrem, e só recebem as águas pluviais. Os que nascem em terras particulares, e decorrem por terras particulares até os rios públicos, ou até o mar, pertencendo como domínio particular àqueles por cujos prédios passam, ou que teem prédios adjacentes, por entre os quais (ainda que de donos diversos) passam êsses ribeiros, reputando-se os senhores dos prédios laterais com domínio ampliado até o meio dos álveos desses ribeiros» ¹.

Confundiam-se as qualidades naturais das correntes com o seu uso, e, quanto a êste, não se atendia apenas ao uso público, mas também ao comum. Desde as correntes navegáveis, até às que simplesmente se aproveitavam para a pesca e extracção da água; desde os rios que se consideravam tais por sua grandeza e pela comum opinião dos circumvizinhos, até aos que apenas eram perenes e que bem podiam ser regatos ou ribeiros, tanto mais que Lobão, pondo de lado a significação própria da palavra *rio*, como rios considera correntes que podem ser particulares, todas essas águas podiam ser públicas. Por outro lado, tendo-se ampliado por tal forma o uso público

¹ *Notas a Mello*, livro 3.º, título 1.º, § 8.º, n.º 6.º, e *Tratado prático e compendiário das águas*, §§ 15.º e 16.º.

e declarando-se, em geral, que eram particulares os rios ou ribeiros não compatíveis com esse uso, torna-se dependente esta qualidade das correntes de serem particulares os prédios que atravessam ou banham, desde aquele em que nascem, até um rio público ou o mar, parecendo pôr-se de lado, neste caso, o carácter da perenidade e que devia atender-se apenas ao seu uso para determinar o ponto em que a corrente particular se tornava rio público. Declarava, todavia, o mesmo Lobão que «não deixa de ser público um rio, que tem princípio em lugar privado, porque a essência do público consiste na perenidade»¹

Assim distinguia as águas públicas das particulares o juriconsulto que mais acuradamente tratou do regime das águas, e para quem remetia sobre aquela intrincada matéria o claro e circunspecto Coelho da Rocha². O estado da nossa jurisprudência reflecte-se nos trabalhos preparatórios do código civil e nas disposições que nele foram exaradas, que nos ministram todavia elementos valiosos para a determinação do regime jurídico das águas no direito vigente ao tempo em que elle foi publicado. E como o nosso fim, tratando da classificação das águas no nosso antigo direito, é a determinação do seu regime jurídico no direito actual, procuraremos classificar as águas em relação àquele tempo.

É incontestável que havia a esse tempo águas pertencentes ao Estado, aos corpos administrativos e aos particulares; que aquellas águas estavam sujeitas a regime diverso conforme o seu destino, e que a propriedade das águas particulares podia sofrer restrições em virtude do seu uso público.

¹ *Tratado prático e compendiário das águas*, § 18.º

² *Instituições de direito civil português*, tomo 2.º, § 413.º

Trataremos em primeiro lugar das águas pertencentes ao Estado.

1) *Águas públicas cuja propriedade pertencia ao Estado*. Nas Ordenações declaravam-se (livro 2.º, título 26.º, § 8.º), como já vimos, do património real os rios navegáveis e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo. No decreto de 16 de agosto de 1832, artigo 2.º, declarava-se que pertenciam à nação os rios navegáveis, não se fazendo referência aos rios de que se fazem os navegáveis. No decreto de 31 de dezembro de 1864 determinava-se, artigo 2.º: «Iguamente são do domínio público, imprescritível, os portos do mar e praias, os rios navegáveis e flutuáveis com as suas margens, os canais e valas, portos artificiais e docas existentes ou que de futuro se construíam».

Os juriconsultos continuaram, posteriormente ao citado decreto de 16 de agosto, a ensinar que eram públicos os rios navegáveis e os que correm para estes, sendo caudais, considerando apenas revogada por elle a Ordenação citada na parte em que attribuia a propriedade desses rios ao rei. Era esta a doutrina exposta por Liz Teixeira¹; e Coelho da Rocha, que, para responder à pergunta — *quais sejam os rios públicos e os particulares?*, citava Lobão, sem dúvida não considerava também alterada pelo decreto de 16 de agosto de 1832 a doutrina por este exposta acêrca dos rios públicos. E tanto é assim que, tratando elle da occupação das águas dos rios públicos, referia-se aos rios e ribeiras públicas não navegáveis².

¹ *Curso de direito civil português*, tomo 2.º, página 22.

² *Instituições*, tomo 2.º, § 413.º

Mas teria efectivamente o decreto de 16 de agosto, como afirma o dr. Assis Teixeira ¹, modificado ou alterado a legislação anterior relativamente aos rios públicos? Não hesitamos em responder negativamente, considerando o decreto citado, do mesmo modo que o de 31 de dezembro de 1864, como tendo por mero fim definir o regime jurídico especial dos rios navegáveis ou flutuáveis, em harmonia com a jurisprudência entre nós seguida e com os princípios formulados no código civil francês, e que, pela influência que tiveram no nosso código civil, exporemos antes de tratarmos da doutrina neste sancionada.

Se na nossa antiga jurisprudência se podia considerar doutrina assente que o rio ou ribeiro perene era público, e que era particular o não perene ou temporário e o ribeiro artificialmente estabelecido em terreno particular para derivação de águas ², o regime a que estavam sujeitos os rios navegáveis e os não navegáveis não era o mesmo.

Lobão, que declara haver feito uma *análise fundamental e nova da Ordenação*, livro 2.º, título 26.º, § 8.º, em que assentava a distinção entre os rios e ribeiros públicos e particulares, parece ter-se proposto harmonizar a prática seguida com o que na citada Ordenação se dispunha, que ora procura explicar, ora declara abrogada pelo uso. É assim que, notando a antinomia que parecia resultar de a Ordenação atribuir ao rei a propriedade de todos os rios navegáveis e não navegáveis e conceder a todos o seu uso sem outra reserva mais que da propriedade,

¹ *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 43.

² Veja-se Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, livro 2.º, título 6.º, § 33.º, n.º 2.º; Lobão, *Tratado*, § 18.º, e *Exposição analítica e prática dos artigos 11.º, 12.º e 13.º da lei de 27 de novembro de 1804*, na *Colecção de dissertações*, 5.º, § 9.º

parecendo ter avançado mais que o direito feudal, que não compreendia os não navegáveis, e ampliado mais o direito de uso fazendo comuns todos os rios, pretende explicá-la dizendo: «Esta, que parece antinomia, pode salvar-se, supondo-se, que o legislador na última cláusula só fez comum o uso dos rios não navegáveis (que não eram reais pelo direito feudal), e fez sua a propriedade deles: E quanto aos navegáveis reservou para si o pleno arbítrio» ¹.

Reproduzindo depois o que na Ordenação se preceituava acerca dos rios navegáveis e não navegáveis, diz: «Porém, apesar disto, estamos vendo que sendo alguns rios deste reino navegáveis até certas situações, como o Mondego, Vouga, etc., nas partes superiores à navegação é livre a toda a gente, sem régia autoridade, fazer clusas, açudes, caneiros, etc., que atravessando os seus álveos extraem as águas para as terras adjacentes, em que se sorvem e consomem. Estamos vendo que a maior parte dos rios pequenos, aliás públicos, se vão unir, e juntar aos navegáveis, aumentando-lhes as águas e facilitando-lhes mais a navegação; e contudo nestes rios geralmente se fazem açudes, e presas derivando-se deles as águas para as terras vizinhas, e isto sem régia autoridade. Notamos no regimento dos novos direitos e do tribunal palatino, que nem sombras há de se impetrem graças para a extracção das águas dos rios navegáveis nas partes, em que o não são, nem dos rios que formam navegáveis outros: e tudo isto assim praticado desde tempos imemoriais. Sendo muito raras as doações, que dos rios, e águas deles fizeram os primeiros reis, e que estão em observância. E só hoje se exige o direito do ripático, que lembrei (§ 13.º), e o da pesca.

¹ *Tratado*, § 10.º

Nesta certeza, que é incontestável, devemos supor que (à única excepção dessas doações antigas e raras, que não podem duvidar-se) está abrogada a Ordenação, livro 2.º, título 26.º, § 8.º, pelo contrário uso universal, e pela convivência dos reis. Se não é que os vassallos teem prescrito contra a coroa esta liberdade antiga, que o direito feudal inovou, por não ser um direito imanente, e imprescritível. Principalmente ficando a propriedade no património real, o que é compatível»¹.

A prática atestada por Lobão estava em perfeita correspondência com a doutrina dos praxistas. Considerava-se incontestável anteriormente ao código civil o direito de derivar água dos rios públicos para fins agrícolas e industriais, podendo efectuar-se obras nos álveos e nas margens desses rios para o seu conveniente aproveitamento. Como limitação a esse direito havia, nos rios navegáveis ou flutuáveis, o uso para que eram destinados, o qual não podia ser prejudicado por qualquer presa de água nesses rios. E' assim que Borges Carneiro, fundando-se nesses praxistas, dizia: «Os rios públicos são da coroa quanto à propriedade. Quanto ao uso são comuns a toda a gente, sc., para beber, pescar, navegar, usar das suas águas, e ainda aos animais. O qual uso o soberano não pode tolher ou restringir, salvo por justa e legítima causa de bem público. Isto procede do mesmo modo nos rios perenes não navegáveis, de cujas águas usam livremente os moradores das terras adjacentes»². E Coelho da Rocha ensinava: «As águas dos rios e ribeiras *públicas* não navegáveis

podem ocupar-se para as regas, ou para motores de moinhos e outras máquinas»¹.

Quando no alvará de 27 de novembro de 1804 se reconheceu (§ 11.º) o direito, a qualquer povoação em comum ou proprietário em particular, de derivar água de algum rio, ribeira, paúl, ou nascente por meio de aquedutos construídos em prédios alheios, presupondo-se assim o direito de usar dessa água, sancionou-se, como afirma Borges Carneiro, uma doutrina que estava em conformidade com os princípios anteriormente adoptados².

O dr. Assis Teixeira vê na doutrina dos praxistas uma reacção natural contra a exageração, por eles irreflectidamente abraçada, de considerarem públicos todos os rios perenes. «Aceitando, diz o emérito professor, o princípio da classificação dos rios entre as cousas públicas, negaram ao mesmo tempo os legítimos consecrários dessa doutrina, ensinando que tanto o aproveitamento das águas, como a construção das obras eram permitidos sem prévia licença régia, não só nos rios *não navegáveis*, como também nos rios *navegáveis*, principalmente quando fosse claro e notório não haver prejuízo público. E consideravam esta opinião a mais recebida e equitativa»³.

A pretendida antinomia entre a classificação dos rios como cousas públicas e a doutrina que os praxistas ensinavam e na prática se observava acêrca do aproveitamento das águas desses rios, deriva, a nosso ver, do sentido demasiadamente restrito que se liga à expressão *cousas públicas*. É óbvio que, se por estas palavras queremos significar as cousas que

¹ *Tratado*, §§ 22.º e 23.º

² *Direito civil de Portugal*, livro 2.º, título 6.º, § 33.º, n.º 3 a 6.

¹ *Instituições de direito civil português*, tomo 2.º, § 431.º

² *Obra citada*, livro 2.º, título 6.º, § 33.º, n.º 33.

³ *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 39.

estão no domínio público, como éste actualmente se intende, não pode assim considerar-se a água dos rios não navegáveis nem flutuáveis, sempre que ao uso dessa água se reconheça um direito adquirido. E é indubitável que no nosso antigo direito se podia dar, como efectivamente se deu, a apropriação de águas de correntes não navegáveis nem flutuáveis, e que essa apropriação foi reconhecida pelo código civil. Não se trata, pois, apenas de um direito de uso que, relativamente a certos fins e pela própria natureza das correntes, se limite a determinadas pessoas; trata-se de um direito de uso exclusivo, podendo o adquirente dêsse direito dispor livremente de determinadas águas, dando-lhes a aplicação que julgasse mais conveniente. A água assim apropriada não estava no domínio público nem tão pouco no domínio comum, dando-se a esta expressão o significado do nosso código civil. Nesta parte forçoso é reconhecer que havia rios públicos cujo uso não *era igualmente comum a toda a gente*, como na Ordenação se determinava que fosse.

Cumpré notar, porém, que a apropriação da água de um rio que se considerava público para fins agrícolas ou industriais não era incompatível com o uso do mesmo rio para outros fins, como a pesca e a satisfação de necessidades comuns. E deve ter-se também em vista que a apropriação da água, dando-se num ponto determinado da corrente, apenas recaía sobre a água que nesse ponto se derivava e que, desde que fosse derivada da corrente, deixava de estar sujeita ao mesmo regime que esta. Apropriava-se o direito de derivar a água da corrente, mas não se apropriava a corrente.

No nosso antigo direito, como no romano, era comum a *aqua profluens*. Era sobre essa água que

se reconhecia o direito de ocupação. Em relação à corrente, podia dar-se o direito de derivar as águas para determinados fins, deixando, desde o momento em que fossem derivadas, de serem comuns. Representava essa derivação um modo de ocupação, que estava no nosso antigo direito, como o está no actual, regulado por normas especiais quanto às correntes não navegáveis nem flutuáveis.

O direito de uso da água das correntes não navegáveis nem flutuáveis, quer se atribua aos proprietários marginaes, quer se reconheça apropriado por proprietários não marginaes ou para fins agrícolas ou industriais, não é incompatível, a nosso vêr, com o carácter de publicidade que se atribua a essas correntes. Não procurando determinar por ora qual é a natureza do direito de uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis que o código civil atribue aos proprietários dos prédios atravessados ou banhados por essas correntes, também não consideramos êsse direito incompatível com a atribuição da propriedade dessas correntes ao Estado.

E estamos convictos de que pelo nosso antigo direito tanto os rios navegáveis ou flutuáveis como os não navegáveis nem flutuáveis se consideravam pertencentes ao Estado, sendo êste direito que principalmente se pretendia patentear ao declarar-se que êsses rios eram do património real. Tal direito não obstava a que se dêsse a conveniente aplicação à água desses rios em harmonia com as suas qualidades naturais, e podia reconhecer-se até o direito exclusivo ao uso de determinadas águas, subsistindo o regime jurídico dos rios.

E' assim que em diferentes providências que, tendentes a remediar abusos, se adoptaram em relação aos rios navegáveis, se tinham sempre em vista os

interesses da navegação, mandando destruir as obras nesses rios feitas que contrariassem aqueles interesses, impedindo a navegação ¹.

Foi a esses interesses que principalmente se atendeu no decreto de 16 de agosto de 1832, ao declarar-se que os rios navegáveis pertenciam à nação tomada colectivamente. Consideraram-se assim esses rios como fazendo parte do domínio público para fins de navegação, sendo conseguintemente insubsistentes quaisquer direitos que sobre as águas desses rios se pretendesse exercer, pelo que respeita à derivação das suas águas, sempre que essa derivação prejudicasse o seu destino especial.

Não se quis significar, porém, que os rios não navegáveis nem fluviáveis não deviam também considerar-se públicos para determinados fins, e muito menos que a propriedade desses rios não pertencesse ao Estado.

Não se fala nesse decreto em fontes públicas, e nenhuma dúvida há de que estas estavam no domínio público e pertenciam ao Estado sempre que por êle fossem construídas ou existissem em terreno público do mesmo Estado. Não se faz referência também às águas territoriais, que estavam no domínio público.

A enumeração feita no citado decreto era apenas exemplificativa, como resulta evidentemente da palavra — *como* — que a precede, e nenhuma ilação pode inferir-se portanto dela pelo que respeita quer ao carácter dos rios não navegáveis nem fluviáveis, quer à apropriação desses rios.

Como se distinguiam, porém, as correntes públicas não navegáveis nem fluviáveis das nascentes e correntes comuns e particulares?

2) *Águas de uso público ou comum pertencentes às autarquias locais e águas particulares.* Não há dúvida alguma de que no nosso antigo direito havia, ao lado das águas públicas, águas que pertenciam às autarquias locais e águas que eram particulares. Assim, entre os bens e frutos de logradouro comum, a que se referia o artigo 118.º n.º 3.º do código administrativo de 18 de março de 1842, compreendiam-se as águas, alimento de fontes públicas, que fossem de logradouro comum ¹; nos termos do artigo 122.º n.º 3.º do mesmo código a câmara deliberava sobre construção de fontes e aquedutos do concelho, determinando-se por portarias de 5 de outubro de 1849 e 27 de julho de 1850 que esse preceito era aplicável às obras de canalização que a boa polícia ou o aproveitamento das águas exigir nas ribeiras do concelho, devendo a câmara municipal, por meio de posturas, ordenar a proibição de reprêsas e açudes, quando deles resulte insalubridade ².

A lei administrativa de 26 de junho de 1867, tratando com mais desenvolvimento da matéria das águas, determinava (artigo 83.º n.º 14.º) que competia à câmara municipal, como corporação administrativa, deliberar sobre o regulamento de polícia dos cais e dos rios não navegáveis, das estradas, dos campos, da caça e da pescaria nas águas concelhias e particulares, e (artigo 83.º n.º 15.º) sobre regime e polícia das águas comuns municipais.

¹ Veja-se o *código administrativo anotado*, edição de 1865, página 56, nota.

² Veja-se o *código administrativo anotado*, página 74, nota.

¹ Veja-se o alvará de 16 de dezembro de 1773 e o aviso inédito de 23 de fevereiro de 1796, registado na circunscrição hidráulica do Mondego e reproduzido pelo dr. Assis Teixeira, *obra citada*, página 368.

Fala-se nesta lei em regulamentos de policia *dos rios não navegáveis*, das pescarias nas *águas concelhias e particulares* e em regime e policia das *águas comuns municipais*. Da referência que se faz a *águas comuns municipais* parece dever inferir-se que havia águas comuns que não pertenciam ao município, e da distinção que se estabelece entre as *águas comuns municipais*, as *águas concelhias* e os *rios não navegáveis*, que estes não se consideravam como águas comuns municipais ou concelhias.

Tendo-se em vista o que na Ordenação se dispunha acêrca dos rios públicos e a doutrina dos nossos praxistas, parece que os rios não navegáveis, a que esta lei se referia, se consideravam, do mesmo modo que os cais, cousas públicas e pertencentes em propriedade ao Estado. Nas águas concelhias só poderiam entrar os aquedutos ou levadas que dos rios públicos fossem derivados para uso público ou comum pelas câmaras municipais. Tais levadas ou aquedutos ficariam pertencendo ao respectivo município e o seu regime e policia pertenceria às respectivas câmaras.

Também não podiam deixar de considerar-se municipais ou concelhias as nascentes ou fontes existentes em terrenos pertencentes aos municípios, as quais seriam públicas, comuns ou particulares conforme o seu destino e a natureza do terreno. O mesmo carácter tinham os reservatórios naturais ou artificiais, que podiam também ser destinados para uso público ou comum ou estar na livre disposição das câmaras municipais.

O princípio de que as águas tinham a mesma natureza do terreno onde brotam ou correm, já admitido no direito romano, era seguido na nossa antiga jurisprudência. Lobão, que em diferentes passagens

se refere a êsse princípio, chega a afirmar que «é um impossível, por via de regra, que a água não tenha a natureza do álveo por onde passa»¹.

Esta doutrina, assim exposta, levaria aos mais disparatados consecutórios, não permitindo estabelecer a distinção entre nascentes e correntes particulares e rios públicos, cujo fundamento nítido e preciso aliás embalde se procurará descobrir nos trabalhos de Lobão.

É indubitável que uma água particular não deixava de o ser quando, derivada por um aqueduto ou levada, corria a través de terrenos públicos ou particulares, como indubitável é também que a água das fontes ou nascentes, quando seguisse o seu curso natural e devesse considerar-se rio, passava à categoria de água pública e não perdia esta natureza por atravessar prédios particulares.

A doutrina de Lobão, tal como se acha enunciada, apenas podia aplicar-se às águas pluviais. Estas é que, não sendo águas perenes, tinham a natureza dos terrenos em que caíam, ou que, formando correntes ou torrentes não perenes, atravessavam.

3) *Águas particulares comuns*. A expressão *águas comuns* tanto significava no nosso antigo direito as que se destinavam à satisfação de necessidades primárias da vida podendo ser livremente ocupadas, como as que se achavam apropriadas em comum por diversos proprietários, especialmente para a irrigação.

Lobão, ao determinar especialmente o regime jurídico das águas comuns no seu *Tratado* (§§ 73.º-76.º), refere-se às águas dos ribeiros que pertencem em comum a vários consortes, e, quando expõe as regras

¹ *Colecção de dissertações*, disser. 5.ª, § 11.º

para a partilha dessas águas (§§ 212.º-216.º), previne as seguintes hipóteses: a) de as águas nascerem em prédio particular e atravessarem prédios particulares até o rio público; b) de se extraírem de um rio público por meio de açudes ou levadas; c) de haverem sido adquiridas por contrato de compra; d) de pertencerem a uma terra que, por morte do pai de famílias, foi partilhada entre os filhos.

É evidente que, nestes diferentes casos, ou se trata de águas que, sendo provenientes de uma nascente particular ainda se não tornaram públicas, pertencendo aos donos das terras onde brotam ou por onde correm, ou a quem as adquiriu por compra ou por meio de obras de manufatura constante e permanente, cujo regime se achava determinado na resolução régia de 17 de agosto de 1775, ou se trata de águas que, sendo públicas no ponto em que eram derivadas, se tornaram particulares, sendo preocupadas por meio de obras no rio público ou obtidas por concessão. E' assim que, definindo a natureza jurídica das primeiras nos §§ 65.º e 66.º, para onde remete no § 212.º, Lobão afirma em relação a estas: «Os rios, que se dividem em braços ou ribeirinhos, não perdem a natureza; mas as águas dos rios públicos extraídas deles por meio de cluzas, açudes e artificios, logo que entram em terras de particulares, que lhes são adjacentes, perdem a natureza de públicas e revestem a do prédio em que entram»¹.

Quer dizer: no nosso antigo direito os rios públicos eram correntes perenes que tinham um curso natural. As águas derivadas desses rios por meio de levadas ou aquedutos, abertos por mão do homem, não entra-

vam na categoria dos rios públicos e não estavam sujeitas ao regime para esses rios estabelecido.

De nenhum modo se devem confundir as águas que, sendo derivadas pelos proprietários lhes ficavam pertencendo em comum, as quais eram particulares, com as que eram derivadas pelo Estado ou autarquias locais, as quais lhes ficavam pertencendo, e eram particulares ou públicas conforme o seu destino.

Dum rio público podiam derivar-se águas para fontes e reservatórios de uso público ou comum, para fins industriais e para a irrigação dos prédios duma determinada circunscrição territorial, sendo as respectivas obras feitas a expensas dos municípios ou paróquias, e é óbvio que, quando as águas fossem assim derivadas, não ficavam apropriadas individualmente, mas colectivamente.

A propriedade dessas águas deixava, porém, de pertencer ao Estado desde o ponto em que eram derivadas, adquirindo domínio sobre elas a respectiva autarquia local e devendo o regime dessas águas ser diverso conforme o fim para que se destinavam. E' assim que essas águas ou estavam no domínio público ou comum, utilizando-se delas todos os indivíduos ou os que pertenciam a uma determinada circunscrição, ou havia sobre elas o direito de livre disposição, podendo os municípios ou paróquias dar-lhes o destino que julgassem mais conveniente.

No nosso antigo direito não havia uma distinção nítida entre domínio público e comum, designadamente em matéria de águas, mas não se nos afigura contestável que havia águas de uso público ou comum apropriadas pelas autarquias locais ou a estas pertencentes, e que havia águas de que elas podiam dispor livremente.

¹ *Tratado*, § 18.

Resumindo a doutrina exposta, parece-nos que no nosso antigo direito eram águas públicas, pelo fim a que se destinavam, as que estavam no uso público ou comum, e que essas águas podiam pertencer ao Estado ou às autarquias locais.

Pertenciam ao Estado: 1) as águas marítimas territoriais; 2) as águas navegáveis e fluviáveis e os rios perenes de que elas se formavam, compreendendo-se nestes as correntes perenes cujas águas eram abandonadas ao seu curso natural; 3) as fontes e nascentes, os reservatórios naturais ou artificiais, e as águas pluviais em terreno público do Estado.

Pertenciam às autarquias locais: a) as águas que, para fins de uso público ou comum, eram derivadas dos rios públicos; b) as nascentes e reservatórios naturais ou artificiais e as águas pluviais em terrenos do município ou paróquia de uso público ou comum.

Eram particulares: 1) as águas que nasciam em prédios particulares, neles eram retidas em reservatórios naturais ou artificiais ou deles eram derivadas para outros prédios antes de se lançarem num rio público, e as águas pluviais que neles caíam ou corriam, quer êsses prédios pertencessem a pessoas colectivas quer a pessoas singulares; 2) as águas que, tendo a sua origem num rio, fonte ou reservatório de uso público ou comum, haviam sido individualmente apropriadas, já pela sua derivação em harmonia com as normas relativas à ocupação das águas públicas, já por concessão ou contrato.

As águas particulares eram denominadas comuns, quando pertenciam a mais do que um proprietário.

Quanto aos álveos ou leitos, o princípio que se admitia no direito anterior ao código civil era o de

que o álveo ou leito dos rios públicos tinha a mesma natureza que as suas águas. Na lei de 21 de julho de 1857 foi o govêrno autorizado a mandar proceder à venda em hasta pública dos leitos dos rios e valas que vierem a ser abandonados em consequência de se haver dado nova directriz aos mesmos rios e valas. Não se fazia nesta lei, distincção entre rios navegáveis e não navegáveis, e não a faziam também os nossos praxistas, quanto à natureza do álveo dos rios públicos e ao destino dêle quando fosse naturalmente abandonado. E' assim que Portugal afirmava: *Quem-admodum flumen publicum, et navigabile, vel ex quo aliud navigabile fit, est de regalibus, ita et ejus alveus ad regalia pertinet. Ex ea ratione quia impossibile est quod alveus sit alterius, quam ipsum flumen. Et ea propter alveus semper sequitur fluminis causam*¹. E Lobão dizia: «o álveo do rio público é tão público como o mesmo rio»², tendo comprovado esta afirmação nas *Notas a Mello*³.

Nas águas comuns de diversos consortes cujos prédios fossem por elas banhados, o álveo seria também comum, sempre que não fossem conduzidas por aqueduto construído em prédio alheio, caso em que êsse aqueduto era uma servidão.

Pelo que respeita ao leito que o rio naturalmente abandonava abrindo nôvo álveo, Portugal seguia a

¹ *Tractatus de donationibus regis*, livro 3.º, capítulo 4.º, n.º 36.

² *Tratado*, § 41.º. O dr. Assis Teixeira diz que a doutrina do nosso código civil acerca do álveo das correntes não navegáveis nem fluviáveis já era a do nosso direito antigo, e cita Lobão no § de que transcrevemos as palavras do texto, nos §§ 17.º, 67.º e 175.º do seu *Tratado* e no § 11.º da dissert. 5.ª da *Coleção de dissertações jurídicas e práticas*. A questão resume-se afinal em verificar se as correntes que o código civil considera comuns eram públicas no direito anterior, assunto de que trataremos no logar adequado. Veja-se as *Correntes não navegáveis nem fluviáveis*, página 74, nota 1.

³ *Notas a Mello*, livro 3.º, título 3.º, § 7.º, n.º 2.

doutrina do direito romano atribuindo aos proprietários dos prédios marginais a propriedade d'êles, *inter quos divisio fit pro modo latitudinis tangentis ripam* ¹.

A mesma doutrina sustentava Lobão, dizendo que «o álveo dos rios públicos só segue a natureza deles, e forma com eles um todo, enquanto coberto com as águas do rio» ², e que o direito do rei não subsistia no leito abandonado, «porque lá vai conservar o seu direito real no rio público, e no novo álveo, que êle por si mesmo, sem facto do homem, se apropriou» ³.

Corrêa Telles ⁴ e Coelho da Rocha ⁵, fundando-se no decreto de 12 de maio de 1694, no alvará de 28 de março de 1791 e no código civil francês, artigo 563.º, diziam que, se o rio por si mesmo abrisse novo álveo, os donos da terra do novo álveo deviam ser indemnizados pelo terreno do álveo antigo, *pro rata* do que perderam, acrescentando Coelho da Rocha que, «se não podia ter lugar esta indemnização, o álveo abandonado pertencia aos proprietários confinantes, e, se fosse navegável, ao Estado», fundando-se no artigo 410.º do código da Austria ⁶.

Sobre a propriedade das ilhas e mouchões que se formavam nos rios públicos havia dúvidas no nosso antigo direito. Portugal, afirmando que as ilhas formadas no mar pertenciam ao rei, dizia, quanto às ilhas que se formavam nos rios públicos, que pertenciam

¹ *Obra e lugar citado.*

² *Dissertação problemática*, na parte 1.ª das *Notas a Mello*, § 18.º

³ *Notas a Mello*, livro 3.º, título 3.º, § 7.º, n.º 3.

⁴ *Digesto português*, livro 3.º, artigo 61.º

⁵ *Instituições*, volume 2.º, § 417.º

⁶ Mello Freire, nas *Institutiones juris civilis lusitani*, livro 3.º, título 3.º, § 7.º, dizia que o leito abandonado era público, mas a sua doutrina não foi seguida. Veja-se todavia Liz Teixeira, que a pretende justificar, no *Curso de direito civil português*, tomo 3.º, página 82.

ciam aos proprietários marginais, applicando os princípios formulados no direito romano ¹. Mello Freire dizia que essas ilhas tinham a mesma natureza que o rio, doutrina que Lobão impugnou, considerando-as pertencentes aos proprietários marginais, fundando-se: 1) na doutrina dos nossos reinícolas, que considerava conforme à boa razão, 2) na falta de lei pátria, 3) em que era tão vário o direito das nações sobre êste assunto que não podia applicar-se como direito subsidiário, e 4) no carácter excepcional das disposições relativas às lezírias do Tejo ². Coelho da Rocha ensinava que as ilhas formadas nos rios navegáveis pertenciam ao Estado, fundando-se para isso no código civil francês e no da Austria ³.

9. *As correntes navegáveis e flutuáveis e as não navegáveis nem flutuáveis no código civil francês.* No código civil francês declararam-se, artigo 538.º, dependência do domínio público os rios e ribeiras navegáveis e flutuáveis, e no artigo 644.º formulou-se o seguinte princípio quanto às correntes não navegáveis, nem flutuáveis: aquele cujo prédio é banhado por uma corrente de água, diversa da que é declarada dependência do domínio público pelo artigo 538.º, pode utilizar-se dessa água na sua passagem para a irrigação dos seus prédios. Aquele cujo prédio é atravessado pela corrente pode usar mesmo ⁴ da água

¹ *Tractatus de donationibus*, livro 3.º, capítulo 7.º, n.º 8.º

² Veja-se *Notas a Mello*, livro 1.º, título 4.º, n.º 3.º, nota e a citada *Dissertação problemática*.

³ *Instituições*, § 417.º

⁴ No texto primitivo desta parte do artigo lia-se *peut même en user à sa volonté*, sendo modificada esta redacção, para que dela não pudesse deprender-se que o proprietário podia consumir toda a água em prejuízo

enquanto decorre no seu prédio, com a obrigação de a restituir, à saída, ao curso ordinário.

O direito que aos proprietários marginais das correntes não navegáveis nem fluviáveis se atribue no artigo 644.º levantou na jurisprudência francesa graves divergências sobre a natureza jurídica dessas correntes ¹.

As opiniões a esse respeito emitidas foram assim agrupadas por Mazza ²:

1.ª As águas dos cursos não navegáveis nem fluviáveis pertencem aos proprietários dos prédios marginais. Os juristas que seguem este sistema fundam-se em que, tendo o legislador feito a distinção entre correntes navegáveis e fluviáveis e as que o não eram, só considerou aquelas no domínio público, e em que, estabelecendo-se no artigo 645.º que nos litígios que se levantem entre os proprietários acerca do uso das águas, os tribunais devem conciliar os interesses da agricultura com o respeito devido à propriedade, esta palavra não pode deixar de referir-se às águas.

2.ª As correntes não navegáveis nem fluviáveis são propriedade do Estado. Os juristas que assim se pronunciam, dão as seguintes razões: a) não é taxativa a enumeração feita no artigo 538.º, e, não sendo a água corrente susceptível de apropriação

dos proprietários inferiores, mas conservou-se o advérbio *même*, ficando defeituosa a redacção. Veja-se Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3.ª edição, volume 6.º, página 588.

¹ O regime das águas pluviais, das nascentes, das correntes não navegáveis nem fluviáveis e das navegáveis e fluviáveis é regulado na lei de 8 de abril de 1898. O direito às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis é o que se achava declarado no artigo 644.º do código civil, que não foi alterado.

² *Teorica delle acque pubbliche*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 2.ª, página 194.

individual e pertencendo ao domínio público todo o território não susceptível dessa apropriação, as correntes não navegáveis nem fluviáveis não podem deixar de incluir-se nesse domínio; b) o artigo 644.º atribue aos proprietários marginais um direito de uso e não de propriedade, referindo-se a palavra — propriedade — do artigo 645.º à dos prédios e não à das correntes; c) os proprietários cujos prédios são banhados ou atravessados pelas correntes não tinham direito a indemnização, quando uma corrente, que o não era, fosse declarada navegável ou fluviável, sendo certo que, se essas correntes estivessem apropriadas, devia haver expropriação ¹.

3.ª As águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis são *nullius* ou *res communes*, como é da natureza da *aqua profluens*. Não estão essas águas no domínio público, porque a lei não as considera nesse domínio, e também não pertencem aos proprietários marginais, porque a lei apenas lhes reconhece o direito de usar dessas águas.

4.ª As correntes não navegáveis nem fluviáveis devem scindir-se em duas categorias, conforme a maior ou menor importância que tiverem. As menos importantes, a que dão o nome de *ruisseaux* e que se distinguem especialmente pelo seu diminuto percurso e por este ser intermitente, devem considerar-se pertencentes aos prédios por elas banhados ou atravessados pelo direito de accessão; as mais importantes são *res communes*.

¹ Tendo sido pela lei de 8 de abril de 1898 atribuída a propriedade do leito aos proprietários marginais, quando se classifique como navegável ou fluviável uma corrente que o não era, deverá haver expropriação. Veja-se Filipe Moreau, *Manuel de droit administratif*, Paris, 1909, página 577, e Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 2.ª edição, tomo 1.º, página 294, nota 2.

A influência que o sistema do código civil francês sobre águas exerceu na nossa legislação, levou-nos a expor a respectiva jurisprudência acêrca da natureza jurídica das correntes não navegáveis nem flutuáveis. Não teremos que meter mão em ceara albeia para emitirmos parecer sobre esta delicada matéria, visto que a mesma questão se pode levantar em face da nossa legislação. Dela trataremos em lugar oportuno.

O que nos cumpre notar desde já é que a jurisprudência francesa limita a questão a que acabamos de nos referir às correntes de água que tem um curso natural e que não são dependência do domínio público, não compreendendo nela os depósitos de água naturais ou artificiais, as águas pluviais e os aquedutos ou canais artificiais¹.

10. *Classificação das águas no projecto primitivo do código civil e alterações que nele fez a comissão revisora.* É difícil descobrir nos trabalhos preparatórios do código civil qual o conceito que acêrca do regime jurídico das águas formavam os abalizados jurisconsultos e publicistas que compunham a comissão revisora, notando-se nas suas deliberações incoerências e contradições sobre a natureza de algumas águas, que dão lugar a sérias dúvidas sobre o sistema que, em relação a elas, a comissão pretendeu adoptar. Não podemos deixar de nos referir a essas deliberações, não tanto porque esclareçam as respectivas disposições do código civil, como porque se nos afigura que elas mostram, de modo iniludível, que as correntes não navegáveis nem flutuáveis, que no

artigo 381.º do código civil se enumeram como cousas comuns, se atribuiu um carácter muito diverso do que, pela noção de cousas comuns que nesse artigo se dá, se lhe devia atribuir e se lhe tem atribuído.

No projecto primitivo eram assim determinadas, na secção em que se tratava da pesca, as águas públicas:

«Artigo 411.º, § único. Dizem-se águas públicas: 1.º As dos rios, rias, canais, lagôas, ou de quaisquer correntes navegáveis; 2.º Quaisquer nascentes, depósitos, ou correntes de água de uso comum».

Não se dava nesse projecto a definição de *cousas públicas* e *cousas particulares*, tendo sido na sessão da comissão revisora de 7 de dezembro de 1860 que o visconde de Seabra leu a nova redacção do título 2.º do livro 1.º da 2.ª parte, em que havia as seguintes disposições:

«As cousas em relação às pessoas a quem pertencem são de domínio público, ou de domínio privado.

«São de domínio público as que pertencem ao Estado ou nação, e de domínio privado as que pertencem a pessoas singulares ou colectivas, ou a pessoas morais.

«As cousas públicas podem pertencer ao Estado em plena propriedade, ou somente em sua propriedade, se o seu uso é permitido aos cidadãos.

«A designação de quais sejam as cousas públicas, quer da primeira quer da segunda espécie, pertence à lei política e administrativa; mas as disposições deste código acêrca da aquisição, fruição, conservação e transmissão das cousas, são applicáveis a toda a espécie de propriedade, salvo havendo disposição expressa em contrário»¹.

¹ Veja-se Baudry-Lacantinerie, obra citada, página 585.

¹ Veja-se as *Actas*, página 77.

Declarando o projecto que eram públicas as correntes navegáveis e quâisquer nascentes, depósitos ou correntes de água de uso comum, vê-se que, no entender do autor do projecto, essas águas pertenciam em propriedade ao Estado e que o seu uso era permitido aos cidadãos.

Que conceito formava, porém, o visconde de Seabra da expressão *uso comum*? Quais eram as nascentes, depósitos ou correntes sobre que havia este uso? Seriam apenas aqueles de que podiam aproveitar-se todos os cidadãos, ou também aqueles que só podiam ser utilizados pelos proprietários marginais, ou pelos habitantes duma determinada circunscrição territorial?

A comissão revisora, ao examinar o artigo 417.º do projecto, em que se determinava que «o direito de pesca pertencerá exclusivamente aos proprietários dos prédios marginais nos tractos de água fronteiros dos rios ou de quâisquer correntes e depósitos de águas, que não forem públicas», havia deliberado, respondendo negativamente à pergunta formulada por José Julio — se em qualquer das hipóteses do artigo 411.º o direito de pesca devia pertencer aos donos dos prédios confinantes —, que esse artigo fosse substituído pelo seguinte: «O direito de pesca nas correntes e depósitos de águas não públicas, mas usufruídas por diferentes pessoas, pertence exclusivamente aos proprietários dos prédios marginais».

E em relação ao § 5.º do mesmo artigo, em que se dispunha que «se os rios, ou correntes não navegáveis, se tornarem navegáveis por conveniência pública, não será o govêrno obrigado a indemnização alguma pela cessação do direito privativo da pesca, neste artigo declarado», votou-se: «1.º que este § devia ser applicável a águas cuja natureza era pública, mas cujo uso

é concedido a particulares; 2.º que neste caso não haverá indemnização»¹.

Destas deliberações resulta de modo iniludível que as águas das correntes não navegáveis, cujo uso era concedido aos proprietários dos prédios por essas correntes banhados ou atravessados, não se incluíam no artigo 411.º do projecto, não sendo consequentemente esse uso considerado comum, mas que essas correntes podiam ter, apesar do direito atribuído a esses proprietários, a natureza de públicas, pertencendo a sua propriedade ao Estado. Declaravam-se essas águas não públicas, por não ser facultado o seu uso a todos.

No § 2.º do citado artigo 417.º dispunha-se que «se os terrenos marginais pertencerem aos municípios, pertencerá este direito (o de pesca) exclusivamente aos seus vizinhos». A comissão revisora resolveu suprimi-lo, sendo «vencida a liberdade da pesca na hipótese do mesmo §, isto é, nas águas que correm ou estão estagnadas dentro de terrenos municipais»².

Tendo em atenção o que se havia votado acêrca do artigo 417.º, parece que as águas a que o § 2.º do mesmo artigo respeitava eram, pelo facto de correrem ou estarem estagnadas dentro de terrenos municipais, de uso comum, no sentido do n.º 2.º do § único do artigo 411.º, embora não fossem públicas nos tractos fronteiros dos prédios particulares. Com effeito, só nestes tractos o direito de pesca pertencia exclusivamente aos proprietários dos prédios atravessados ou banhados por quâisquer rios, correntes e depósitos de águas, que não forem públicas, exercendo cada um dos donos desses prédios, se forem diversos, o seu

¹ Veja-se as *Actas*, páginas 71 e 72.

² Veja-se as *Actas*, página 71.

direito de pesca até o meio do correspondente tracto da água, se outra cousa não acordarem, nos termos do § 2.º do citado artigo 417.º Desde que, porém, esses rios, depósitos e correntes existiam ou corriam em terrenos municipais, havia a liberdade de pesca.

A natureza jurídica das águas parece que ficava dependente da natureza dos terrenos onde corriam ou eram detidas, podendo o mesmo rio ou corrente ser público ou não, conforme esses terrenos. Se em determinados tractos do rio, corrente ou depósito havia o direito exclusivo de usar da água, esta era não pública; se a água era de uso comum, considerava-se pública. É assim que, ao estatuir-se que o direito de pesca era facultado a todos nas águas existentes em terrenos municipais, se presupunha sem dúvida que estes terrenos eram de uso público ou comum, fazendo depender da natureza do terreno a natureza da água.

Em sessão da comissão revisora de 10 de dezembro de 1860, o autor do projecto primitivo apresentou uma nova redacção da secção relativa à pesca em conformidade com as idéas vencidas, em que as águas públicas e particulares eram assim determinadas:

«Dizem-se águas públicas, para o solo dito efeito: 1.º As águas dos rios, rias, canais, lagoas ou de quaisquer correntes navegáveis; 2.º Quaisquer nascentes, depósitos ou correntes de água não navegáveis, mas que forem destinadas ao uso comum ou não forem do domínio particular.

«São do domínio privado: 1.º As águas que nascem em terrenos particulares e enquanto por elles decorrem; 2.º As águas que procedem de outros prédios e atravessam terrenos particulares, não sendo as ditas águas capazes de transportar no

seu curso ordinário alguma espécie de barcos de transporte»¹.

Vê-se destas disposições que, em relação ao direito de pesca, a natureza jurídica das águas que não fossem navegáveis ou flutuáveis ou de uso comum se determinava pela natureza dos prédios onde brotavam ou por onde corriam, havendo nascentes, depósitos ou correntes não navegáveis que, embora não fossem destinadas ao uso comum, não eram do domínio particular, sendo este sem dúvida o motivo por que se dizia «que não forem destinadas ao uso comum ou não forem do domínio particular».

Havendo cousas públicas que pertenciam ao Estado em plena propriedade, ou *somente em sua propriedade, se o seu uso é permitido aos cidadãos*, e não se declarando se só eram públicas, neste sentido, as cousas cujo uso era permitido a todos os cidadãos, ou se também o eram aquelas cujo uso apenas fosse facultado aos cidadãos que estivessem em determinadas condições, como os que possuíam prédios que eram atravessados ou banhados por correntes não navegáveis, vê-se que:

a) Não podia concluir-se, do facto de se atribuir a determinadas pessoas o direito de uso exclusivo de certa água que estas não tivessem a natureza de públicas, no sentido de pertencerem *em sua propriedade* ao Estado;

b) Que nas correntes ou depósitos em que, relativamente a determinados tractos, se attribuia o direito exclusivo às águas aos proprietários de prédios particulares, outros tractos havia, os que confinavam com terrenos públicos ou de uso comum, em que essas águas se consideravam públicas;

¹ Veja-se *Actas*, página 80.

c) Que não se consideravam como pertencentes ao domínio privado as águas que brotavam ou se achavam estagnadas em terrenos do Estado ou das autarquias locais que fossem públicos ou de uso comum.

É assim que na nova redacção do artigo 417.º do projecto primitivo se determinava que o direito de pesca nas águas particulares que procedem de outros prédios e *atravessam terrenos particulares*, «pertence exclusivamente aos proprietários dos prédios adjacentes», e que «se os terrenos marginaes pertencerem a diversos donos, exercerá cada um deles o seu direito de pesca até o meio do correspondente tracto de água, se outra cousa não acordarem», não se fazendo referência aos tractos das correntes que banhavam terrenos públicos¹.

Tendo sido apresentada por Alexandre Herculano uma proposta relativa à matéria *das águas*, sobre ela recaíram, desde a sessão da comissão revisora de 18 de março de 1861, as deliberações por esta tomadas.

Não deixaremos todavia de completar a matéria exposta com a doutrina do projecto primitivo acerca do aproveitamento das águas. Esta matéria era objecto da secção 2.ª do capítulo 4.º, título 3.º, livro 1.º, parte 2.ª, sendo o capítulo assim epigrafado: *Da occupação dos objectos e produtos naturais, comuns ou não apropriados*; donde parecia dever depreender-se que a água era coisa *nullius*.

Na referida secção tratava-se, porém, em subsecções seguidas: a) *das águas públicas, e particularmente das águas navegáveis*, as quais, pela noção que de cousas públicas se havia dado, pertenciam em propriedade ao Estado, sendo o seu uso permitido a

todos, sem prejuízo dos interesses da navegação, e, quando esse uso dependia de obra, ou construção permanente, não poderia esta ser feita sem prévia licença da autoridade administrativa competente, podendo ser destruída, se viesse a tornar-se incompatível com os interesses da navegação, sem indemnização e à custa do proprietário (artigos 455.º a 458.º);

b) *Das correntes de água não navegáveis*, cujo uso era concedido:

1) Aos donos ou possuidores de prédios atravessados por elas, que tinham o direito de dispor delas em seu proveito desde que entrassem no respectivo prédio, contanto que as não desviassem, ao sair, do seu leito e direcção costumada: excepto se o consentissem os vizinhos que com isso pudessem ser prejudicados;

2) Aos donos ou possuidores de prédios adjacentes, de um e de outro lado, às sobreditas correntes, que gosariam do mesmo direito, em proporção dos seus prédios. Os donos ou possuidores dos prédios adjacentes, que não gosassem do mesmo direito, não poderiam empregar nestes as sobreditas águas em prejuízo do direito, que sobre elas tivessem os seus vizinhos (artigos 459.º-461.º).

Não há no projecto primitivo nenhuma disposição que expressamente determine a quem pertencia a propriedade das correntes de águas não navegáveis. É certo todavia que aos proprietários marginaes apenas se attribuia o direito de uso, e, embora se declare que esse direito, sendo de futuro imprescritível, só pode ser alienado por acto ou escritura pública, esta alienação não representa, como mais tarde veremos, o direito de livre disposição. Não é duvidoso para nós, tendo em vista a definição de cousas públicas dada pelo autor do projecto e a

¹ Veja-se *Actas*, página 81.

declaração da comissão revisora de que o artigo 417.º § 5.º respeitava a águas *cuja natureza é pública, mas cujo uso é concedido a particulares*, que as correntes de água não navegáveis se podiam atribuir em propriedade ao Estado. Esta doutrina só poderia aplicar-se, porém, às correntes que tivessem origem e curso natural, como mais adiante veremos, e como resulta da disposição transitória consignada no artigo 462.º do projecto.

c) *Das fontes e nascentes*, em relação às quais se determinava que o dono do prédio onde as houvesse podia servir-se delas livremente, dando-lhes portanto o destino que julgasse mais conveniente. Em relação a estas águas, o sistema que se seguia no projecto era o de que elas pertenciam em propriedade ao dono do prédio onde brotavam, sendo a sua livre disposição limitada apenas pelo direito que algum terceiro tivesse adquirido por justo título (artigo 468.º) e pelo direito dos habitantes de qualquer povoação ou casal de se abastecerem dessas águas (artigo 471.º). O mesmo princípio se seguia acerca

d) *Das águas pluviais*, declarando-se que as que caíem directamente sobre qualquer prédio rústico ou urbano podiam ser livremente ocupadas e usufruidas pelos donos dos ditos prédios (artigo 480.º). Quanto às águas pluviais das torrentes ou enxurros, seguia-se o princípio de que as que corriam por terrenos, estradas ou ruas públicas podiam ser ocupadas na sua passagem por qualquer proprietário confinante (artigo 479.º), donde se conclue que, correndo por terreno particular, podiam ser livremente ocupadas pelo respectivo proprietário.

Quanto ao leito das correntes, não se determinava a quem pertencia a sua propriedade, mas prescrevendo-se que (artigo 2469.º) «se a corrente mudar

seu curso, os donos dos prédios invadidos adquirem direito ao terreno, que occupava o álveo antigo, cada um em proporção do terreno inundado», e não se fazendo distincção entre correntes navegáveis e não navegáveis, parece dever-se concluir que, no sistema do projecto, o direito ao álveo das correntes não navegáveis não pertencia aos proprietários marginaes.

11. *Classificação das águas na proposta de Alexandre Herculano e modificações que nela fez a comissão revisora.* Na proposta que sobre a matéria das águas foi apresentada por Alexandre Herculano à comissão revisora em sessão de 12 de dezembro de 1860¹, havia: 1) águas de uso público; 2) águas de uso comum. A determinação e regime dessas águas assentavam nas seguintes bases:

1) *Águas de uso público.* Entravam nesta categoria: a) as águas salgadas das costas, enseadas, baías, fozes, rias e esteiros (artigo 1.º), sendo do domínio público o seu leito, que abrangia toda a superfície que chegassem a cobrir constantemente as marés ordinárias (artigo 3.º); b) as correntes de água doce navegáveis e flutuáveis, intendendo-se por corrente navegável a que durante o decurso inteiro do ano era acomodada à navegação de barcos de qualquer forma, construção e dimensão, e por corrente flutuável aquela por onde estivesse efectivamente em costume, no acto da promulgação do código civil, fazer derivar objectos flutuantes, durante o decurso do ano inteiro, com fins comerciais (artigo 4.º e § único), sendo do

¹ Veja-se as *Actas*, página 82. A proposta vem nelas transcrita de páginas 132 a 139, e pelo dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, Apêndice A, páginas 341 a 349.

domínio público os seus leitos ou álveos, ou porção de superfície que a corrente cobre sem trasbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto (artigo 5.º).

2) *Águas de uso comum.* Eram assim consideradas todas as águas pluviais e nativas, que não constituíssem efectivamente uma corrente navegável e flutuável (artigo 6.º). Nesta fórmula compreendiam-se todas as águas, fazendo-se todavia expressa referência: 1) aos afluentes das correntes navegáveis e flutuáveis (artigo 17.º); 2) aos lagos naturais de água doce, circundados de prédios particulares ou de prédios particulares e terrenos incultos públicos, municipais ou paroquiais (artigo 20.º); 3) às águas nativas que brotarem espontaneamente à superfície de qualquer prédio (artigo 25.º); 4) às águas procedidas de nascentes abertas artificialmente (artigo 27.º).

Quanto ao regime das águas de uso comum, o princípio formulado na proposta era que o dono de qualquer prédio rústico ou urbano podia dispor livremente para uso do seu prédio de quaisquer águas que por qualquer modo penetrassem na superfície do dito prédio ou nele brotassem (artigo 7.º). Relativamente às correntes que passem entre dois ou mais prédios, os donos destes poderiam desviar para o seu terreno a porção da corrente que lhes conviesse, se a água fosse sobeja, não traspassando nenhuma quantidade dela para outro prédio; não sendo sobeja, cada um deles teria direito a metade da água transeunte, sendo da competência das câmaras municipais prover ao modo de verificar e assegurar a igual partilha das águas entre os vizinhos (artigo 10.º § 1.º). No caso de o extremo de um prédio marginal ser superior, em relação à corrente, ao prédio fronteiro, poderia o dono do primeiro derivar toda a água de que carecesse sem atenção às conveniências do segundo, salvo se essa

porção produzisse remanescentes que viessem sair ao álveo, hipótese em que a câmara municipal o podia obrigar a restringir-se à porção necessária na derivação da água, restrição que não tinha logar quando a derivação se fizesse para motor de qualquer engenho ou máquina, caso em que só era obrigado a deixar sair as águas para o álveo no ponto mais elevado possível (artigo 10.º, §§ 4.º e 5.º).

O uso das águas nativas que brotassem espontaneamente não podia transferir-se no todo ou em parte por via de contrato, e as que naturalmente corressem de um prédio para outro não poderiam ser artificialmente derivadas para terceiro prédio, sem anuência do segundo (artigos 25.º e 26.º).

O uso das águas procedidas de nascentes abertas artificialmente podia alhear-se e adquirir-se por toda a espécie de contrato oneroso ou gratuito, mas em nenhum prédio podia ser imposta a servidão de aqueduto sem consentimento do seu dono, para se realizar qualquer contrato acerca de águas (artigos 27.º e 28.º).

O leito ou álveo das torrentes ou correntes de uso comum formava parte integrante dos prédios particulares por elas atravessados, e, sendo os prédios marginaes, pertencia aos mesmos prédios, integrando-se em cada um o tracto do leito ou álveo compreendido entre a linha marginal e a linha média do *talweg*, terminando superior e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas caíndo perpendicularmente da extremidade da linha marginal do prédio sobre a linha média do *talweg* (artigos 11.º e 12.º).

Quando a margem da corrente de uso comum pertencesse por um ou ambos os lados a terrenos incultos públicos, municipais ou paroquiais, era lícito a todos tirar em qualquer espécie de vasilha a quanti-

dade de água de que carecessem, ou applicarem, no próprio leito ou álveo, a água corrente aos usos ordinários da vida. A todos era lícito colher quaisquer plantas que reputassem úteis e apropriar os animais aquáticos não só nas águas fronteiras aos referidos terrenos, mas nas que o forem de prédios particulares, desde que, seguindo o álveo, não penetrassem neles sem licença do dono, e não perturbassem o uso legal das águas (artigos 14.º a 16.º).

Do extrato que acabamos de fazer vê-se que, relativamente às águas de uso comum, se admitia não só o direito de uso exclusivo dos proprietários dos prédios em que essas águas brotavam, corriam ou se achavam represadas, mas que, em relação a algumas dessas águas, as que procedessem de fontes abertas artificialmente, se admitia até o direito de livre disposição, não podendo apenas ser imposta a servidão de aqueduto para a condução dessas águas, cedidas por contrato, para fora do prédio onde brotavam. É óbvio, pois, que à expressão *uso comum* se ligava um sentido que a linguagem jurídica não comportava, e, resolvendo a comissão revisora que se completassem os artigos 1.º e 6.º da proposta com as definições de uso público e uso comum, Alexandre Herculano formulou todavia as seguintes, que foram apresentadas e aprovadas em sessão de 27 de novembro de 1861:

«São de uso público as cousas naturais ou artificiaes apropriadas ou produzidas pelo Estado, e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é lícito a todos, individual ou colectivamente, utilizar-se com as restrições impostas pelos regulamentos administrativos.

«São de uso comum as cousas úteis e não apropriadas de que a todos e a cada um é lícito tirar

proveito, guardados os regulamentos administrativos»¹.

Por estas definições, as cousas de uso público estavam apropriadas pelo Estado e mantidas debaixo da sua administração; as cousas de uso comum não estavam apropriadas, e o Estado não as mantinha sob a sua administração. Nos regulamentos administrativos apenas se determinava, em relação a essas cousas e do mesmo modo que em relação às de uso público, como se podia tirar proveito delas.

As cousas comuns não estavam apropriadas, nem colectivamente nem individualmente, pois que, dizendo-se que eram *cousas úteis não apropriadas*, excluía-se qualquer forma de apropriação. Esta era possível, tendo carácter colectivo; a individual não podia dar-se, porque o uso comum a todos e a cada um era incompatível com esta forma de apropriação.

Nos moldes da definição das cousas de uso comum cabe a noção da *res communis* do direito romano, a que o código civil francês se refere no artigo 714.º, declarando que «há cousas que não pertencem a ninguém e cujo uso é comum a todos. Os regulamentos policiaes determinam o modo de as gosar».

Sendo esta a noção de cousas de uso comum formulada por Alexandre Herculano, é óbvio que as águas de uso comum não estavam nem no domínio público, nem no domínio comum. Não podiam confundir-se de modo algum com as cousas que, estando no gôso directo de todos os cidadãos ou dos individuos de determinada circumscrição, pertencem em propriedade ao Estado ou a corporações públicas, compreendendo nestas as autarquias locais.

¹ Actas, páginas 175 e 176.

As definições de cousas de uso público e de uso comum foram, como já notámos, aprovadas pela comissão revisora, que apenas as alterou fundamentalmente na sessão de 23 de maio de 1864 ¹. Por elas se orientou na análise da proposta de Alexandre Herculano.

Por esta proposta, pois, apenas se podiam considerar apropriadas as águas públicas. Todas as outras eram do uso comum de todos e de cada um. Via-se nas respectivas correntes, nascentes ou depósitos, não um volume de águas sujeito a um determinado regime, como nas águas públicas, mas a água em constante deslocação, a *aqua profluens*.

Dava-se todavia destino a esta água, em harmonia principalmente com a natureza dos terrenos por ela banhados ou atravessados, podendo dizer-se que, em princípio, só era de uso comum a água que brotava, corria ou estava depositada em terrenos de uso público ou comum. A água das correntes que banhavam ou atravessavam prédios particulares era de uso exclusivo dos respectivos proprietários no tracto do leito fronteiro a esses prédios. A teoria do uso comum não justificava o direito atribuído a esses proprietários. Muito menos se podia justificar, em face dessa teoria, o direito dos proprietários dos prédios onde houvesse nascentes, e designadamente nascentes que houvessem sido exploradas. Quanto a estas, não havia apenas o direito de uso exclusivo, mas o de livre disposição. Parece, pois, que, em relação a estas nascentes, a proposta admitia, sem todavia o declarar expressamente e estabelecendo até um princípio contrário, o direito de propriedade.

¹ Actas, páginas 142 e 143.

A teoria de Alexandre Herculano foi impugnada na comissão revisora pelo que respeita às fontes ou nascentes, havendo alguns membros que sustentavam o direito de propriedade sobre as águas nativas em prédios particulares.

A primeira alteração que se fez, em sessão de 25 de março de 1861, foi a seguinte:

«O dono de qualquer prédio rústico ou urbano pode dispor livremente para uso seu ou do seu prédio das águas pluviais e nativas que por qualquer modo cheguem à superfície do dito prédio ou nele brotem natural ou artificialmente» ¹.

Por esta doutrina, parece que a comissão revisora restringia ainda mais do que a proposta de Alexandre Herculano o direito dos proprietários dos prédios onde houvesse fontes e nascentes. Quer estas fossem naturais, quer artificiais, os donos dos prédios só podiam servir-se livremente dessas águas para uso seu ou do seu prédio. A consequência era que elles não podiam transferir o direito a essas águas, quer por título gratuito, quer por título oneroso. Desde que se desse tal transferência, deixariam de usá-las e só este uso lhes era facultado, embora sem restrições.

Em sessão de 27 de novembro de 1861 propôs José Júlio a seguinte alteração ao artigo 25.º:

«O uso das águas nativas que brotarem espontaneamente à superfície de qualquer prédio, e das procedidas de nascentes abertas artificialmente e o das pluviais reunidas em depósitos, poderá transferir-se no todo ou em parte».

Na discussão sobre esta proposta, Martens Ferrão alvitrou «que não fosse garantida a propriedade das

¹ Actas, página 142.

águas nativas, mas que fosse garantido o seu uso e a faculdade de dispor d'ele, assim como desejava que no uso das águas comuns cada um pudesse dispor livremente da porção que lhe tivesse sido atribuída, e bem assim que houvesse uma curta prescrição dos prédios inferiores com relação aos sobejos das águas dos prédios superiores»¹.

Continuando a discussão sobre o artigo 25.º da proposta na sessão de 2 de dezembro, este artigo não foi aprovado, sendo aprovado como substituição o artigo 468.º do projecto primitivo, com a seguinte redacção: «O dono do prédio em que houver alguma fonte ou nascente de água pode servir-se dela e dispor do seu uso livremente», ficando portanto prejudicada a proposta de José Júlio².

Na sessão de 4 de dezembro ainda foi discutido o assunto, apresentando Alexandre Herculano a seguinte proposta:

«Proponho que o principio donde deriva o que se venceu acêrca do artigo 25.º da substituição relativa às águas espontâneas nascidas em prédios particulares, se aplique às águas espontâneas que brotem em terrenos paroquiais, municipais ou do Estado, reconhecendo-se o que se achava anteriormente vencido, e pondo-se em harmonia todas as disposições do código sobre o mesmo assunto».

Silva Ferrão, que não havia assistido à antecedente sessão, declarou que votava pela propriedade das águas; Gil declarou que votava pela disposição do artigo 25.º da proposta de Alexandre Herculano. Este declarou «que retirava a proposta, querendo contudo que ela ficasse consignada na acta como

¹ *Actas*, página 176.

² *Actas*, página 178.

declaração do seu voto, dizendo também os srs. Ferrer e Marreca que aderiram à mesma declaração de voto».

Seabra fez então «sua a proposta enquanto pede que se ponha em harmonia o artigo 6.º da proposta do sr. Herculano com o que se venceu em substituição do artigo 25.º da mesma proposta».

Esta proposta foi aprovada, declarando José Júlio que votava contra, «por estar persuadido de que a votação entre os dois artigos não estava em desarmonia»¹.

Em sessão de 25 de janeiro de 1864 discutiu-se a parte da proposta de Alexandre Herculano que Seabra havia mantido, relativa à combinação do artigo 25.º da proposta, alterado pela comissão, com o artigo 6.º Resolveu-se que este artigo ficasse redigido pelo modo seguinte:

«As correntes não navegáveis nem fluviáveis, que não constituem propriedade particular, são de uso comum»².

Vê-se, pois, que a comissão revisora modificou fundamentalmente a proposta de Alexandre Herculano sobre a classificação das águas, admitindo águas particulares.

A noção de cousas comuns dada por Alexandre Herculano, que a comissão revisora havia aceite, foi também alterada fundamentalmente.

A determinação das águas comuns e a definição da sua natureza estudá-las hemos quando tratarmos da classificação das águas no código civil, referindo-nos, sempre que isso se torne necessário, ao projecto primitivo e à proposta de Alexandre Herculano, que ficamos conhecendo nos seus pontos fundamentais.

¹ *Actas*, página 179.

² *Actas*, página 429.

12. *Princípios em que assenta a classificação das águas no código civil e no decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892.* As alterações que a comissão revisora fez nas definições de cousas públicas, comuns e particulares consistiram principalmente: a) em se atribuir a propriedade das cousas públicas não só ao Estado, mas também às corporações públicas, caracterizando-se assim estas cousas unicamente pelo seu destino — ser lícito a todos utilizar-se delas; b) em se declarar que as cousas comuns não estavam *individualmente* apropriadas, querendo-se assim significar sem dúvida que o estavam colectivamente, do mesmo modo que as cousas públicas; c) em se restringir o uso das cousas comuns aos indivíduos duma certa circunscrição administrativa ou aos membros duma corporação pública. Abandonou-se portanto a idéa de que as cousas comuns não estavam apropriadas e todos delas se podiam utilizar, admitindo-se, ao lado do domínio público, um domínio comum, mais limitado do que aquele, mas da mesma natureza jurídica. Tanto sobre as cousas do domínio público como sobre as do domínio comum não há o direito de livre disposição, sendo destinadas ao uso de todos, dos indivíduos duma determinada circunscrição territorial ou dos membros duma corporação pública. Pertencem essas cousas, para me servir da linguagem que, em relação às cousas públicas, usou o autor do código civil, sómente em sua propriedade ao Estado ou corporações públicas, sendo o seu uso permitido aos cidadãos.

Achando-se apropriadas tanto as cousas públicas como as comuns, vejamos a quem pertencem, referindo-nos especialmente às águas.

Quanto à propriedade das cousas públicas, nenhuma dúvida há em que esta tanto pode pertencer ao Estado ou a um estabelecimento público, como às autarquias locais. É o código que expressamente o declara, dizendo (artigo 380.º) que as cousas públicas são apropriadas ou produzidas pelo Estado ou corporações públicas. É assim que tanto se consideram públicas as estradas, pontes e viadutos, construídos e mantidos a expensas públicas ou do Estado, como os construídos ou mantidos a expensas municipais ou parquiais (artigo 380.º n.º 1.º).

Não podem, pois, distinguir-se as fontes públicas (artigo 380.º n.º 3.º) das fontes comuns (artigo 381.º n.º 2.º), por haverem sido construídas, como já vimos escrito, a expensas do Estado ou das autarquias locais. Estas podem construir fontes destinadas ao uso público; e, desde que o sejam, tais fontes são cousas públicas e não comuns, como resulta de modo iniludível do disposto no artigo 380.º Não há dúvida, porém, de que pode haver fontes comuns, isto é, fontes cujo uso só seja facultado aos habitantes de uma determinada circunscrição administrativa, e não se nos afigura difícil a determinação destas fontes. O uso da fonte estará principalmente dependente da natureza do terreno em que ela seja construída ou se encontre. Se o terreno é de uso comum, de uso comum se deverá considerar a fonte; se o terreno é público, pública será a fonte. Duma fonte que seja construída num caminho público municipal ou parquial sem dúvida alguma se podem utilizar, para a satisfação das necessidades a que é destinada, todos os indivíduos. Não sucederá o mesmo, se essa fonte existir em terreno de logradouro comum. Dêste terreno só poderão utilizar-se, e portanto da fonte nele existente, os indivíduos duma determinada circunscrição.

O princípio de que as águas teem a natureza do terreno onde brotam, correm, ou se acham estagnadas, tem aqui aplicação.

Há águas públicas pois, que, em nosso parecer, podem pertencer tanto ao Estado como às autarquias locais, sendo pelo seu destino que se distinguem das comuns, e determinando-se êsse destino, em relação a certas águas, principalmente pela natureza do lugar onde existem.

E a quem pertencerá a propriedade das águas comuns?

Em princípio, tem-se afirmado na nossa jurisprudência que as cousas comuns pertencem em propriedade às respectivas autarquias locais. Desviando-se, porém, dêste princípio, temos visto sustentar que as correntes não navegáveis nem fluviáveis, que o código civil (artigo 381.º n.º 2.º) e o decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892 (artigo 2.º) consideram comuns, pertencem em propriedade aos donos dos prédios por elas banhados ou atravessados.

Consideramos esta doutrina completamente inaceitável.

Tanto o código civil, como o decreto citado, atribuem aos donos dos prédios marginais apenas o direito de uso das águas; não lhe atribuem o direito de propriedade. O direito de uso é limitado pela extensão e necessidades do prédio, não podendo o proprietário dêste dar outro destino às águas. Não tem, pois, o direito de livre disposição, e é pela livre disposição que se caracteriza o direito de propriedade.

A atribuição do direito de propriedade das águas comuns aos proprietários marginais seria até uma *contradictio in adjecto*. Sendo as correntes não navegáveis nem fluviáveis declaradas cousas comuns, isto

significa, sem a mínima sombra de dúvida, que não estão *individualmente* apropriadas. Se a propriedade dessas águas pertencesse, porém, aos proprietários marginais, existiria essa apropriação. A corrente considerar-se ia fraccionada em tantos tractos quantos fossem os prédios por ela atravessados ou banhados, e sobre êsses tractos dar-se ia a apropriação da água que eventualmente decorresse.

Na proposta de Alexandre Herculano e pela noção que êle dava de cousas comuns, a água corrente seria *nullius*, não estaria apropriada, e o direito de uso atribuído aos proprietários marginais não representaria senão o direito de apropriação dessa água corrente. Com a noção de cousas comuns que se acha formulada no código, o direito dos proprietários marginais não pode ser assim explicado.

O código declara comuns as correntes de água não navegáveis nem fluviáveis. Para essas correntes estabelece-se portanto um determinado regime jurídico: não estão individualmente apropriadas e o seu uso é facultado aos indivíduos duma determinada circunscrição territorial. Atento êste destino, não estão individualmente apropriadas, nem o podem estar. Essa apropriação significaria o direito de livre disposição, e, dado êste direito, deixariam essas correntes de ter um uso comum, não seriam cousas comuns.

É verdade que, applicando-se o princípio formulado no artigo 228.º e tendo-se em consideração que o álveo ou leito das correntes não navegáveis nem fluviáveis pertence aos donos dos prédios por elas banhados ou atravessados, de que, como no artigo 381.º n.º 3.º se declara, formam parte integrante, parece poder afirmar-se que os proprietários marginais teem direito, por accessão, às águas dessas correntes. Pondo porora de lado a incoerência, para

não dizer contradição, de se considerar comum a corrente e se declarar particular o leito ou álveo, como se este não fosse uma das partes de que se compõe a corrente, quando se considere, como efectivamente é considerada, um todo autónomo, comprehendendo que não só o direito que aos proprietários marginaes se attribue às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, como o critério por que se determina, no caso de não serem sobejas as águas, a porção que pertence a cada prédio, não se coadunam de modo algum com a teoria da accessão. Aos proprietários devia pertencer toda a água que decorre no tracto fronteiro, que d'êle se consideraria parte integrante, e não apenas a que se torne necessária para o prédio.

Sendo o direito dos proprietários marginaes limitado pelas necessidades da irrigação dos respectivos prédios, nenhum direito tem às águas sobejas.

Sobre este ponto nenhuma dúvida pode levantar-se em face das terminantes disposições dos artigos 434.º, 436.º e 437.º do código civil, do artigo 5.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 e do artigo 225.º do regulamento de 19 de dezembro do mesmo ano.

Não estarão por ventura essas águas apropriadas? Não terão elas a mesma natureza que as destinadas para a irrigação dos prédios marginaes?

Trata-se de uma cousa comum, e, sendo assim, parece que o regime jurídico, para ella estabelecido, é o mesmo. A diversidade de destinos que, de harmonia com esse regime, se dê às águas, de modo algum o altera. Não deixa a corrente de ser comum pelo facto de o direito de pesca ser público; não deixa de o ser pelo facto de só os donos dos prédios marginaes se poderem aproveitar das águas dessa corrente, quando sejam necessárias para a irrigação

dêsses prédios; não se altera a sua natureza pela concessão que das águas sobejas se faça para fins industriais ou agrícolas de prédios que não sejam marginaes. Tudo isso apenas significa que, havendo um destino determinado que caracteriza as correntes não navegáveis nem flutuáveis, e que é, sem dúvida alguma, a irrigação dos prédios marginaes, se pode dar a essas correntes ou respectivas águas outro destino, não se prejudicando o direito dos proprietários dêsses prédios.

Sendo assim, para se determinar a quem pertence a propriedade das correntes não navegáveis nem flutuáveis, deve attender-se aos princípios que na lei se achem formulados quanto ao direito de dar a essas águas um determinado destino, attribuindo o seu uso aos proprietários marginaes, dando-lhes applicação para outros fins agrícolas ou para fins industriais, regulando o uso dos proprietários marginaes e fixando as condições em que as águas poderão ser applicadas para outros fins, tendo ingerência directa no regime das correntes, etc.

Posto assim o problema, a sua solução atigura-se nos facilima: a propriedade das correntes não navegáveis nem flutuáveis pertence ao Estado.

É decisivo a este respeito o argumento deduzido do artigo 5.º e § único do decreto de 1 de dezembro, o qual foi publicado no uso duma autorização legislativa e tem portanto força de lei. Declara-se na citada disposição: «Nas correntes de águas de uso comum, em que a água for sobeja, poderá ser permitido o emprego do excedente de água para usos gerais, industriais, agrícolas e de irrigação, depois de satisfeitos os direitos dos proprietários marginaes. Esta concessão só será feita pelo governo depois de

se provar por um inquérito a utilidade da derivação, e que não serão prejudicados os legítimos direitos dos proprietários confinantes, pelo modo indicado no regulamento, que faz parte dêste decreto».

Como veremos, a concessão de água das correntes não navegáveis nem fluviáveis, que esta disposição autoriza, tem a mesma natureza que a concessão de água das correntes navegáveis e fluviáveis, e o direito que ao Estado se atribue de fazer essa concessão revela-nos de modo iniludível que a propriedade das águas dessas correntes não pertence às autarquias locais das circunscrições territoriais que essas águas atravessam.

Se o direito de propriedade dessas correntes pertencesse a estas autarquias, a elas competiria a concessão das águas sobejas.

Mas há mais.

Nos precisos termos do decreto de 1 de dezembro de 1892, artigos 22.º e 23.º, as correntes de água de uso comum ficam sujeitas ao que nesse decreto e no regulamento respectivo se dispõe acêrca da regularização, conservação, desobstrução e limpeza das respectivas margens, álveos ou leitos, e acêrca do uso e aproveitamento das águas para a irrigação ou para fins agrícolas ou industriais. Ora a execução dêste decreto e respectivo regulamento pertence às circunscrições hidráulicas, não tendo as autarquias locais a administração e policia dessas correntes. Usando das referidas disposições, o regulamento de 19 de dezembro de 1892 dá até competência, no artigo 222.º, à direcção da respectiva circunscrição hidráulica para a divisão de águas de correntes não navegáveis nem fluviáveis entre os prédios fronteiros, quando os respectivos proprietários a requeiram, e declara que essa divisão será executada por ordem

do director da circunscrição, o que claramente nos indica que a propriedade dessas águas não pertence às autarquias locais.

Poderá, porém, aplicar-se o princípio que estabelecemos para as correntes não navegáveis nem fluviáveis, a todas as águas que se declaram comuns? Desde já respondemos, e sem hesitação, negativamente.

No relatório que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892 diz-se no capítulo 8.º, relativo à organização dos serviços hidráulicos e do respectivo pessoal, o seguinte: «Pareceria ainda que seria muito conveniente separar as correntes de água não navegáveis nem fluviáveis em duas subdivisões, a saber: correntes contínuas e correntes descontínuas, segundo nelas a água corre em todo o ano, ou só durante o período das chuvas, pois que as circunstâncias em cada uma destas subdivisões são várias, e variáveis também deveriam ser os preceitos applicáveis a cada uma. O código civil, porém, não considera esta distinção; todas são correntes não navegáveis nem fluviáveis, o código é a lei estabelecida e uma alteração desta ordem iria influir em toda a legislação correspondente».

Não deixará de considerar extraordinária esta passagem, quem vir que o código regula, em subsecções distintas, as correntes não navegáveis nem fluviáveis e as águas pluviais, referindo-se, quanto a estas, tanto às que caem directamente sobre qualquer prédio rústico ou urbano (artigo 454.º), como às que formam *torrentes* ou *enxurros* (artigo 453.º). Para estas águas estabeleceram-se princípios diversos dos que se estabeleceram para as correntes não navegáveis nem fluviáveis.

Não é, porém, o carácter perene ou não perene das correntes, que tanta importância teve no direito romano e que no nosso antigo direito era ainda tomado em consideração, que para a determinação do regime das águas comuns suscita mais dificuldades. Há águas comuns que julgamos não deverem considerar-se reguladas pelo decreto de 1 de dezembro de 1892 e regulamento de 19 de dezembro do mesmo ano, em que aliás algumas disposições existem que respeitam a águas que, segundo as disposições do código civil, que o decreto citado não alterou, se devem considerar particulares ou concelhias ou paroquiais.

Na enumeração que faz das cousas comuns refere-se o código civil (art. 381.º, n.º 1.º) às correntes de água não navegáveis nem fluviáveis que, atravessando terrenos municipais ou paroquiais, ou prédios particulares, vão lançar-se no mar em alguma corrente navegável ou fluviável, aos lagos ou lagóas sítos em terrenos municipais ou paroquiais, e aos reservatórios, fontes ou poços construídos à custa dos concelhos e paróquias.

Definindo-se no código as cousas particulares, não se determinavam concretamente as águas que assim deviam ser consideradas. Determinados os caracteres das cousas públicas e comuns e feita a enumeração delas, embora exemplificativamente, entenderia a comissão revisora que não devia enumerar as cousas particulares, e portanto as águas que nessa categoria entravam, partindo sem dúvida do princípio de que eram particulares as águas que, em harmonia com as disposições relativas à determinação das águas públicas e comuns, assim não deveriam ser consideradas.

Em harmonia com a substituição que a comissão revisora fez ao princípio formulado na proposta de Alexandre Herculano: «Todas as águas pluviais e nativas, que não constituem efectivamente uma corrente navegável ou fluviável são do uso comum», por: «As correntes não navegáveis nem fluviáveis, que não constituem propriedade particular, são do uso comum», havia correntes não navegáveis nem fluviáveis que eram particulares, sendo na sessão de 23 de maio de 1864 que se estabeleceu o critério para distinguir as correntes comuns das particulares, atendendo-se para este efeito, não propriamente à natureza dos terrenos que as correntes banhavam ou atravessavam, mas à circunstância de se irem lançar no mar em alguma corrente navegável ou fluviável. A natureza dos terrenos atendia-se para a determinação dos lagos e lagóas que deviam considerar-se comuns. Eram havidos como tais os lagos e lagóas que estivessem sítos em terrenos municipais ou paroquiais, excluindo-se assim os que estivessem sítos em prédios particulares. Trata-se evidentemente de terrenos municipais ou paroquiais de uso comum, sendo escusado notar que aos lagos ou lagóas sítos em terrenos pertencentes aos municípios ou paróquias sobre os quais estes tinham o direito de livre disposição, não estando no góso comum, se applicavam, em harmonia com o preceituado no artigo 382.º, § único, os mesmos princípios que aos prédios particulares.

Notaremos ainda que, na enumeração dos terrenos atravessados ou banhados pelas correntes não navegáveis nem fluviáveis, não se fazia referência aos terrenos públicos, que tanto podem ser do Estado como das autarquias locais, e daí o ter-se discutido como deveriam considerar-se as correntes que atra-

vessam ou banham êsses terrenos ¹. Ora dos trabalhos da comissão revisora resulta, a nosso ver, o motivo por que não se especificaram êsses terrenos. Sendo público o terreno fronteiro à corrente, era público o direito de uso da água. A circunstância, porém, de, num determinado tracto, se considerar público o uso da água das correntes não navegáveis nem flutuáveis, pode dizer-se que nenhuma influência tinha sobre o regime da corrente, quando esta atravessasse ou banhasse prédios particulares ou terrenos municipais ou paroquiais. Se a água nascia e corria só em terreno público, não podia deixar de se considerar pública, como públicos se deviam considerar os lagos e lagoas sitos em terrenos públicos. A natureza da água determinava-se nestes casos pela natureza do terreno, salvos os direitos adquiridos que o código civil respeitou e de que mais tarde trataremos.

Caracterizando o código as correntes comuns pelo facto de se irem lançar no mar em alguma corrente navegável ou flutuável, parece que excluía da categoria dessas correntes as que se lançassem directamente no mar ou em alguma corrente não navegável nem flutuável. Considerando-se as correntes não navegáveis nem flutuáveis como sendo de formação natural, não comprehendendo nessas correntes as águas que, por meio de açudes, delas se derivavam, talvez se atendesse a que pouca importância tinham as correntes que iam lançar-se directamente no mar ou numa corrente não navegável ou flutuável, não exigindo conseguintemente o interesse público a sua apropriação colectiva para um adequado regime dessas águas.

¹ Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, pág. 79 e segg.

No nosso antigo direito eram considerados públicos os rios caudais de que se formavam os rios navegáveis. No código civil consideravam-se comuns as correntes não navegáveis nem flutuáveis de que se formavam as navegáveis e flutuáveis. As correntes que não iam lançar-se nestas, seriam públicas, comuns ou particulares conforme a natureza dos terrenos em que nascessem ou corressem naturalmente. Carácter jurídico autónomo só o tinham as correntes ou rios que fossem navegáveis e aqueles de que êstes se formavam.

Não seria êste o modo de ver da comissão revisora?

Parece que sim, se atendermos a que ela considerava comuns as correntes não navegáveis nem flutuáveis que não fossem particulares, e a que estabeleceu posteriormente o critério por que se determinavam as correntes de uso comum, devendo portanto entender-se que todas as outras eram particulares.

A nossa jurisprudência, fundando-se em que era exemplificativa a enumeração do artigo 381.º e em que nenhuma razão havia para excluir das correntes comuns as que se lançassem directamente no mar ou numa corrente não navegável nem flutuável, incluíu também estas correntes nas águas comuns.

Lê-se a êste respeito no relatório já citado que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892: «Na categoria das águas comuns comprehende o código as correntes não navegáveis nem flutuáveis que se vão lançar no mar em alguma corrente navegável ou flutuável.

«Esta redacção parece um pouco confusa, visto que por ela ficariam fora da categoria das águas comuns todas as que se lançassem directamente no

mar ou em outras correntes não navegáveis nem fluviáveis, o que parece contrário a todos os princípios e até a disposições posteriores do mesmo código, quando trata das águas não navegáveis nem fluviáveis, nas quais não faz distinção alguma.

«Quanto às águas particulares, é de toda a necessidade e conveniência saber em que ponto uma nascente, provinda de prédio particular, cujo dono pode dispor dela como lhe convier, e que passa a corrente não navegável nem fluviável, deixa de ser particular para tomar o carácter de comum; as disposições da lei applicáveis a um ou outro dos casos são diferentes. Pareceu-nos, pois, de toda a conveniência definir bem claramente as condições a satisfazer para que uma água ou corrente de água seja considerada pública, comum ou particular».

Definidas as águas públicas e comuns e concretamente determinadas, desnecessário era enumerar as águas particulares. Todas as águas em que se não dessem os caracteres das águas públicas e comuns, assim deviam ser consideradas. E na definição das correntes não navegáveis nem fluviáveis, que entravam na categoria das águas comuns, podia precisar-se o ponto em que essas correntes se tornavam comuns.

Com o critério que seguiu, não tendo em consideração o disposto no artigo 438.º do código civil, que aliás não foi modificado pelo decreto n.º 8 de 1 de dezembro, este decreto não resolveu as dúvidas que o código civil suscitasse na matéria de classificação das águas e estabeleceu doutrina que consideramos inaceitável, quanto à natureza e regime das águas comuns. É assim que há águas que, apesar de nelas se verificarem os requisitos do artigo 2.º, não podemos deixar de considerar particulares.

Declara-se neste artigo que são comuns os canais, valas e correntes de água não navegáveis nem fluviáveis, que, atravessando terrenos públicos municipais ou paroquiais, ou prédios particulares, vão lançar-se no mar ou em alguma outra corrente de água pública ou comum, os lagos, lagóas ou pântanos sitos em terrenos municipais ou paroquiais, ou circundados por diferentes prédios particulares, ou por terrenos incultos públicos, municipais ou paroquiais; e os reservatórios, fontes e poços construídos à custa dos concelhos ou paróquias. Diz-se no artigo 3.º que são particulares as águas que nascem num prédio e por elle decorrem, enquanto não ultrapassam os limites do mesmo prédio; ou que, ultrapassando esses limites e correndo por prédios particulares, são consumidas antes de se lançarem em alguma outra corrente pública ou comum. Se, porém, se lançarem em alguma outra corrente pública ou comum, deixarão de ser particulares apenas passem os limites do prédio onde nascem. E determina-se no § único deste artigo que são também particulares os lagos ou lagóas situados em um só prédio particular, e por elle exclusivamente cercados, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso público ou comum.

Nas correntes de água não navegáveis nem fluviáveis que se declaram comuns, parece que se pretendeu incluir tanto as de formação natural como as que são derivadas mediante trabalho do homem. É assim que se faz referência não só a essas correntes, mas aos canais e valas. E no artigo 223.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892 declara-se que será feita pelas direcções das circunscrições hidráulicas, a requerimento dos interessados, a divisão de quais-

quer águas com destino à irrigação provenientes de derivações, nascentes ou levadas, pelos prédios que àquelas águas tiverem direito.

Reconhecido o direito de livre disposição em relação às nascentes, estas podem ser artificialmente derivadas do prédio, não deixando as suas águas de ser particulares, neste caso, no ponto em que saem do prédio. Embora essas águas se lancem em alguma outra corrente pública ou comum depois de atravessarem diferentes prédios particulares e até terrenos públicos, municipais ou paroquiais, conservam, emquanto não forem abandonadas ao seu leito natural, a sua qualidade de águas particulares. O proprietário dessas nascentes disporá assim livremente do seu uso, como o artigo 444.º do código civil lhe faculta.

Por outro lado, feita uma derivação de água de uma corrente pública ou comum, a respectiva levada pode ir desaguar, e assim sucede ordinariamente, conduzindo as águas sobejas, na mesma corrente. A levada tem o seu ponto de partida e o seu termo na corrente. Desde o ponto, porém, em que a água é derivada, não se tratava já, segundo o código civil, de uma corrente não navegável nem flutuável que devesse ser considerada comum, applicando-se-lhe as disposições consignadas nos artigos 434.º e seguintes. Dado mesmo que essa levada conduzisse as águas sobejas a uma corrente pública, desde que a derivação das águas havia sido feita artificialmente, o regime da levada não era o mesmo que o da corrente em que ela tinha o seu início.

Mais. Considera o decreto comuns os lagos e lagoas circundados por diferentes prédios particulares, sendo apenas particulares os lagos ou lagoas situados em um só prédio, e por êle exclusivamente cercados.

É para nós indiscutível que estes lagos ou lagoas não podem considerar-se comuns no sentido que a esta palavra se liga no artigo 381.º do código civil, e que deveria ser o mesmo no decreto citado.

Esses lagos não podem deixar de considerar-se pertencentes aos prédios por eles banhados, desde que não sejam alimentados por alguma corrente de uso público ou comum. É assim que, se um lago, sito num só prédio, ficar, pelo facto da divisão deste, circundado por mais de um prédio, não transitará da categoria de lago particular para a de lago que esteja no uso comum, deixando de considerar-se individualmente apropriado. Do mesmo modo, se diferentes prédios, que circundam um lago, se conjuntarem e ficarem formando um só prédio, não deveria considerar-se particular o lago que fosse comum. A apropriação individual ou colectiva dos lagos ou lagoas, o estarem ou não no uso comum, não pode ficar dependente do mero arbítrio dos proprietários dos prédios que o circundam. A situação jurídica dos lagos e lagoas, posta de lado a sua qualidade de navegáveis, dependerá da natureza dos terrenos em que estiverem situados, sendo públicos, comuns ou particulares, conforme êsses terrenos forem, no todo, ou em parte, públicos, comuns ou particulares.

Mostram-nos estas considerações a falta de precisão que houve na classificação das águas que no decreto de 1 de dezembro se fez. Consideram-se por êsse decreto comuns águas que, sendo particulares, estão indivisas, ou que, embora estejam divididas, se acham situadas em mais de um prédio; consideram-se também comuns cursos de água que, em face da legislação vigente, não podem deixar de

considerar-se apropriados. Por outro lado, há águas que, estando apropriadas por municípios ou paróquias, não podem nem devem considerar-se sujeitas ao regime estabelecido no decreto de 1 de dezembro e regulamento de 19 do mesmo mês. Não o devem estar e, de facto, não o estão. É assim que o regime e polícia das levadas, que irriguem vários prédios duma determinada circunscrição territorial, não é da competência do Estado, mas das respectivas autarquias locais.

A intervenção que o Estado pode ter em relação a essas águas é determinada por motivos de interesse público ou de hygiene e não por lhe pertencer a propriedade delas. A mesma intervenção lhe atribue o decreto de 19 de dezembro em relação a águas particulares (artigo 28.º).

Do que deixamos dito conclue-se que, para uma rigorosa classificação das águas e determinação do seu regime jurídico, não basta ter em vista o decreto de 1 de dezembro. É necessário atender aos princípios que estão formulados no código civil, e que pelo decreto citado não foram alterados, relativos à apropriação das águas.

É desse assunto que vamos tratar, e, quando especialmente nos ocuparmos das águas públicas, comuns e particulares, começaremos por determinar as águas pertencentes a cada um dessas categorias.

§ 3.º — Disposições transitórias sobre a apropriação das águas

13. *As normas relativas ao regime das águas são de aplicação imediata.* O regime das águas, quer se considerem em relação à sua natureza e aos direitos que sobre elas podem ser exercidos, quer em relação às servidões que determinam, representa uma parte do direito relativo à organização da propriedade. As águas são bens sobre que se exercem directamente poderes concedidos pelo direito objectivo, não se constituindo por esses poderes relações entre pessoas determinadas. Esses poderes, que derivam do direito objectivo, exercem-se para com todos, sendo absolutos.

No regime das águas não há, pois, situações subjectivas que o legislador, em virtude do princípio da não retroactividade, tenha de respeitar. Os factos jurídicos por que, em harmonia com o direito vigente num determinado momento, se adquirem direitos a determinadas águas, não são a causa dos direitos que sobre essas águas recaem, mas condição para o seu exercício. Modificada ou alterada a lei que o regulava ao tempo em que se realizaram os factos jurídicos, modifica-se ou altera-se, em harmonia com a nova lei, esse exercício. Esta é de aplicação imediata, mas não retroactiva, visto que os poderes que se estavam exercendo não eram uma consequência dos factos jurídicos realizados no domínio da lei anterior. Esses poderes tinham a sua causa na lei, e, com a sua substituição, são imediatamente regulados pela nova lei.

É assim que as normas relativas à natureza jurídica das águas ou à sua classificação são de aplica-

ção imediata. Se, por exemplo, se declarar pública ou comum uma água que anteriormente se considerava particular, não há dúvida de que ela entrará imediatamente no domínio público ou no domínio comum, deixando de ter direito exclusivo a ela o seu antigo possuidor, que só poderá exercer os direitos que pela nova lei lhe sejam facultados. Se for considerada particular uma água que anteriormente era havida como pública ou comum, cessam, logo que entre em vigor a nova lei, os direitos relativos ao uso dessa água facultados pela lei anterior. Se, subsistindo a natureza jurídica das águas, se modificarem ou alterarem os direitos que sobre elas podiam ser exercidos ou os títulos de aquisição desses direitos, a nova lei será imediatamente executada, deixando esses títulos de aquisição de ter eficácia, sempre que sejam incompatíveis com a nova lei quanto ao exercício dos direitos que formavam o seu conteúdo.

Relativamente aos títulos de aquisição cumpre efectivamente ter em vista que a sua idoneidade para condicionar o exercício dos direitos reais é determinada sempre em harmonia com a lei em vigor ao tempo da constituição desses títulos. As normas de aplicação imediata relativas aos direitos reais são as que respeitam ao conteúdo desses direitos e ao seu exercício; consideram-se esses direitos objectivamente e não subjectivamente. Os títulos de aquisição não entram imediatamente no domínio da nova lei, no sentido de que percam a sua eficácia os títulos anteriores que a nova lei não admite.

Por esses títulos condiciona-se, é verdade, a aplicação da lei, mas essa condição representa de per si uma situação subjectiva, que a nova lei não pode deixar de respeitar, sempre que as modificações

introduzidas na lei anterior não anulem a eficácia desses títulos relativamente ao seu conteúdo. É assim que, declarando-se que o direito às águas particulares só poderá ser adquirido por escritura ou auto público, esta disposição não invalidará os outros títulos por que anteriormente esse direito podia ser adquirido. Por estes títulos subjectivou-se o direito à água, e, como esse direito, objectivamente considerado, subsiste, como a lei não exclui essa água dos domínios da apropriação individual, a subsistência do título de modo algum é contrária ao regime da nova lei.

Para se determinar, pois, o alcance das leis inovadoras em matéria de águas pelo que respeita às alterações por elas introduzidas no regime anterior, necessário se torna verificar até onde este regime é compatível com o que foi estabelecido pela nova lei, partindo-se do princípio de que a incompatibilidade entre os dois regimes não pode derivar dos modos de aquisição dos direitos, mas do seu conteúdo ou exercício. Daqui resulta que um novo destino que se dê às águas públicas ou comuns, não anulará os títulos por que se haja adquirido um direito particular a essas águas em harmonia com a lei anterior, quando o novo destino dado às águas não exclua essa apropriação. Não se tornam também insubsistentes tais títulos, quando para a aquisição do direito particular às águas se estabeleçam novas condições que não sejam incompatíveis com a subsistência dos títulos anteriores.

O princípio relativo à revogação das leis baseado na incompatibilidade das suas disposições afigura-se nos que pode ser aplicado para a determinação das alterações que, na vida real, se devem efectuar em virtude da nova lei. Todas as relações legitimamente constituídas em harmonia com a lei anterior se devem

considerar subsistentes, sempre que não contrariem os princípios que se acham sancionados na nova lei.

Quando as águas particulares passam, em virtude de uma disposição de carácter geral, para o domínio público ou comum, e nos casos em que, não havendo alterações, pelo que respeita à natureza jurídica das águas ou à sua classificação, se dá às mesmas águas um destino diverso daquele que tinham em harmonia com a lei anterior, não podem, a nosso ver, suscitar-se dúvidas sobre a aplicação imediata da nova lei, mas apenas sobre o direito que os proprietários que assim sejam como que expropriados das águas e os que sobre elas houverem adquirido um direito de uso, cuja efectivação seja impossível em virtude do novo regime, tenham a indemnização pelos prejuízos que sofrem.

Posto de lado o critério da equidade, afigura-se nos que não pode recusar-se o direito a indemnização sempre que o poder que se estava exercendo represente não um mero poder objectivo, que tenha, em relação ao sujeito, character facultativo, mas um poder que se subjectivou em virtude de um facto acquisitivo. Este é, sem dúvida, em relação ao direito considerado objectivamente, uma condição, mas sempre que, em virtude do novo regime jurídico, a coisa sobre que esse direito recaía deixa de pertencer ao património da pessoa que legitimamente a havia adquirido para passar para o domínio público ou comum, o facto que se verifica corresponde a uma verdadeira expropriação, e, sempre que a há, deve haver direito a indemnização.

Quanto aos direitos que representam meros poderes conferidos pelo direito objectivo, como são, por exemplo, os direitos dos proprietários marginaes relativos ao uso das águas das correntes não navegáveis nem

flutuáveis, não há uma situação subjectiva que a nova lei deva respeitar, não se dá conseguintemente expropriação por que seja devida indemnização. O mesmo sucederá com o uso das águas das correntes navegáveis ou flutuáveis, ou não navegáveis nem flutuáveis, facultado pela lei ou por autorização administrativa. Relativamente às concessões que sejam feitas de águas públicas ou comuns, necessário se torna determinar a sua natureza para verificar quais os direitos do concessionário nos casos em que uma nova lei estabeleça disposições que determinem o termo da concessão.

Trataremos deste assunto no logar adequado.

São estes os princípios que, em matéria de águas, devem regular, em nosso parecer, a aplicação das leis no tempo. Casos há, porém, em que a doutrina que acabamos de enunciar suscita na prática gravíssimas dificuldades. Para resolver não somente essas dificuldades, mas também para evitar os inconvenientes que resultariam da aplicação imediata da nova lei sem que se tivesse a devida consideração pelos interesses creados em harmonia com a lei anterior, tem-se estabelecido na lei nova disposições transitórias, que, para satisfazer ao fim indicado em segundo logar, podem constituir excepções aos princípios relativos à aplicação das leis no tempo.

Assim procedeu o autor do nosso código civil, exarando nele disposições transitórias relativas designadamente às correntes não navegáveis nem flutuáveis e às fontes e nascentes.

14. *Apreciação geral das disposições que a este respeito foram consignadas no nosso direito.* As dispo-

sições relativas às correntes não navegáveis nem fluviáveis são os artigos 438.º e 439.º, assim formulados:

«Artigo 438.º O que fica disposto nos artigos precedentes não prejudicará os direitos adquiridos, ao tempo da promulgação deste código, sobre certas e determinadas águas por lei, uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescrição.

«§ único. A prescrição só poderá ser atendida para os efeitos deste artigo, quando recia sobre oposição não seguida, ou sobre a construção de obras no prédio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito.

«Artigo 439.º O direito que têm, porém, os proprietários ao uso das águas será de futuro imprescritível, e só poderá ser alienado por escritura ou auto público.»

Estas disposições declaram-se applicáveis às fontes e nascentes no artigo 444.º § único.

Outras disposições transitórias há no código civil e no decreto de 1 de dezembro de 1892 relativas a águas públicas e comuns. Assim, em relação às águas públicas, determina o artigo 380.º § 4.º que «as faces ou rampas e os capêlos dos córporos, valados, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento, erguidos artificialmente sobre a superfície natural do solo marginal não pertencem ao leito ou álveo da corrente, nem estão no domínio público, se à data da promulgação do código civil não houverem entrado nesse domínio por modo legal». No decreto de 1 de dezembro, determinando-se quais as margens que deve haver junto dos lagos, lagoas, rios, valas, esteiros e mais correntes de água e que junto dos lagos, lagoas, valas, canais, esteiros e correntes de água

pertencerá ao Estado, declara (artigo 4.º § 3.º) que os proprietários legais desses terrenos serão previamente indemnizados, nos termos das leis gerais de expropriação por utilidade pública, pela expropriação ou servidões impostas em virtude do citado decreto.

Não apreciaremos aqui estas disposições, que nos mostram que o nosso legislador reconhece o princípio do direito a indemnização quando uma coisa particular entra, por disposição da lei, na categoria dos bens públicos, respeitando assim o direito adquirido em harmonia com a lei anterior. O mesmo princípio se applica quando uma coisa particular passa à categoria de coisa comum. O direito a indemnização é até reconhecido pelo direito de uso da água que represente um mero poder objectivo no decreto de 27 de maio de 1911, em que se declara (artigo 11.º) que a publicação do decreto de concessão de energia das correntes de água importa o direito de indemnização devida aos proprietários de terras ou oficinas, fazendo uso das águas, ou a outros prejudicados com a concessão. Em outro lugar daremos a este assunto o devido desenvolvimento, expondo os princípios relativos à indemnização dos utentes das águas públicas e comuns, quando delas sejam privados por lei ou em virtude de um acto administrativo.

Como resulta do disposto no artigo 438.º, o código civil respeitou os direitos adquiridos às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis e das fontes e nascentes.

Em relação às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, que eram, como vimos, públicas no direito anterior ao código civil e que, como já prová-

o respeito pelos direitos adquiridos pode considerar-se, já em relação ao uso dessas águas, sempre que, em harmonia com a legislação anterior, se houvesse constituído uma situação subjectiva em virtude da qual o direito de uso estivesse apropriado, já em relação aos títulos por que se podia dar essa apropriação. Quanto às águas particulares, que estavam no direito anterior, e estão no actual, na livre disposição das pessoas a quem pertencem, as alterações introduzidas pelo código respeitam apenas aos títulos de aquisição.

O artigo 438.º refere-se designadamente ao uso das águas. É assim que nele se declara que as disposições consignadas nos artigos antecedentes, em que se atribue aos donos dos prédios banhados ou atravessados pelas correntes o direito à água das mesmas correntes não prejudicará os direitos adquiridos sobre certas e determinadas águas ao tempo da promulgação do código. Quer dizer: o legislador reconheceu que pelo direito anterior ao código civil se podia dar, e efectivamente se havia dado a apropriação individual de águas de correntes não navegáveis nem fluviáveis, visto que admite direitos adquiridos sobre certas e determinadas águas.

Não se limitou o código civil a declarar que as disposições relativas ao uso das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis não prejudicavam os direitos adquiridos sobre certas e determinadas águas; especificou os títulos de aquisição desses direitos, mas de forma que não poucas dúvidas tem suscitado na nossa jurisprudência.

Essa especificação encontra-se já, em fórmulas variadas, nos artigos correspondentes do projecto primitivo e da proposta de Herculano, que vamos

revisora e a comissão de legislação da câmara dos deputados, porque a êles teremos de nos referir quando fizermos a exegese do artigo 438.º

Projecto primitivo: «Artigo 462.º O disposto nos artigos 459.º, 460.º e 461.º intender-se há sem prejuizo dos direitos de terceiro, adquiridos por efeito de antigo uso e costume da terra, por concessão expressa dos proprietários marginaes, ou por prescrição de mais de vinte anos, contanto que esta recêia sobre opposição não seguida, ou sobre a construção de obras no prédio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito».

Proposta de Alexandre Herculano: «Artigo 31.º Se a legislação do código civil, em relação a águas, se achar no acto da sua promulgação limitada acêrca de certas e determinadas águas por direito consuetudinário, posse antiga, contracto ou sentença, essa limitação será mantida nos termos em que existe, se os interessados não preferirem concordemente submeter-se ao regime do direito comum».

A comissão revisora, em sessão de 7 de janeiro de 1864, alterou assim êste artigo: «O disposto neste código não prejudica o que ao tempo da sua publicação se achar estabelecido sobre certas e determinadas águas por direito consuetudinário, posse antiga, contrato ou sentença»; e, em sessão de 1 de abril do mesmo ano, aprovou a coordenação que havia sido feita sobre o projecto do código e a parte da proposta de Herculano, por José Júlio e Seabra, em que o artigo correspondente aos artigos 462.º do projecto e 31.º da proposta está assim redigido: «Artigo 453.º O disposto nos artigos precedentes intender-se há sem prejuizo dos direitos adquiridos ao tempo da publicação do código, sobre certas e determinadas águas, por uso e costume, concessão expressa, sentença ou

prescrição, contanto que esta recáia sobre opposição não seguida, ou sobre a construção de obras no prédio superior, de que possa inferir-se o abandono do primitivo direito»¹.

A comissão de legislação da câmara dos deputados resolveu adicionar a palavra *lei* antes de *uso e costume*, sendo aprovada esta deliberação pelo parlamento.

É óbvio o intuito do legislador ao especificar os títulos de aquisição do direito às águas: quis determinar os factos por que se havia subjectivado esse direito no domínio da legislação anterior, para evitar as dúvidas que a este respeito podiam suscitar-se em face dessa legislação. Se não fôra este o intuito do legislador, desnecessária se tornaria, em vista do que no artigo 8.º se preceitua, a disposição consignada no artigo 438.º

Respeitaria este artigo todos os direitos legítimamente adquiridos no domínio da legislação anterior?

Para responder a esta pergunta, é necessário ver quais os factos por que se podia adquirir, ao tempo em que foi publicado o código civil, o direito de uso e de propriedade das águas, e determinar em seguida se todos elles se comprehendem na especificação que desses factos se faz no artigo citado.

15. *Títulos por que no direito anterior ao código civil se podia adquirir direito às aguas.* O nosso direito anterior em matéria de águas eram as Ordenações e leis gerais, como o alvará de 27 de novembro de 1804 e a resolução de 17 de agosto de 1775, o direito consuetudinário, o direito romano, os códigos das

nações cultas nos termos da lei de 18 de agosto de 1769, e as leis especiais sobre determinadas águas, como o decreto de 3 de julho de 1758 sobre as águas do rio Barcarena, e sobre as águas da Ilha da Madeira as provisões de 7 e 8 de maio de 1493.

Cumprê notar desde já que esta legislação especial pode referir-se ao regime das águas numa determinada circunscrição territorial, e pode representar uma concessão de determinadas águas, ou o reconhecimento do direito a elas. Só no primeiro caso é que essa legislação constitue direito objectivo; no segundo caso, embora haja lei formal, não há lei material. Esta representa sempre uma norma de vida social, não derivando dela imediatamente direitos subjectivos; estes teem a sua causa num facto adquisitivo realizado em harmonia com a lei, derivam desse facto. Quando pela lei se cria directamente uma situação subjectiva, essa lei não é uma norma de vida social, mas o próprio título de um direito subjectivo.

A legislação especial que recai nas matérias civis que o código abrange foi revogada pelo artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867 que o aprovou. Nessa legislação não estão, porém, comprehendidas as leis especiais por que se reconhece ou confere o direito a determinadas águas. É assim que o artigo citado não abrange o decreto de 3 de julho de 1758, que proibiu aos donos dos pomares do sítio da Barcarena a diversão das águas do rio feitas em prejuizo da fábrica de pólvora ali estabelecida e mandou demolir todas as prêsas, rêgos e mais obras que se houvessem feito para essa diversão, permitindo apenas que esses donos se pudessem aproveitar das referidas águas aos domingos e dias santos, em que a referida fábrica não devia trabalhar, invocando-se para esta resolução que as águas eram derivadas de um rio

¹ Vide as *Actas*, páginas 431 e 467.

corrente sobre que havia o direito de regalia, não podendo ninguém adquirir domínio sobre elas sem título legítimo havido do rei, e que, dado que assim não fosse e o negócio vertesse entre pessoas particulares, havia a posse imemorial em que se achavam as antigas fábricas de ferrarias, em cujo lugar se estabeleceu a fábrica de pólvora, sendo a mesma posse e uso sempre continuados e corroborados com a manufactura constante e permanente do aqueduto por onde decorriam as referidas águas. O citado decreto nada mais fez, pois, do que reconhecer à fábrica de pólvora o domínio das águas.

Parece que não sucedia o mesmo com as provisões de 7 e 8 de maio de 1493, em que se estabeleceu o regime das águas das nascentes e correntes na Ilha da Madeira. Vê-se dessas provisões que aos povoadores desta Ilha a quem foram concedidas terras não foi dado o direito de propriedade sobre as fontes, olhos e tornos de água que nelas houvesse, a qual devia seguir o seu curso natural até se lançar nos rios e ribeiras, dos quais se deviam tirar as levadas para a irrigação das terras, sendo as águas destas repartidas por todos, conforme as necessidades¹. Nestas provisões estabeleceu-se um regime especial

¹ É o seguinte o texto da citada provisão de 7 de maio na parte relativa às águas: «Hei por bem, e me praz, e mando, que particular algum tenha direito, domfnio, nem acção nas fontes, olhos, e tornos de água, que em suas terras nascerem jamais em tempo algum possam ter, nem adquirir, posto que sejam senhores das terras com as quais as fontes lhes não passarão, nem ainda por suas terras mudar, nem divertir, e correrão de modo, guiza, e maneira, que tomarão seu caminho, e corrente até darem, e se meterem nos rios, e ribeiras, nos quais juntas as ditas águas, que das fontes correrem se tirarão as levadas para que todos possam viver, e as ditas águas sejam repartidas por todos, conforme o aproveitamento que for necessário, e o capitão e officiaes de câmara e almoxarife façam a dita repartição».

Veja-se esta provisão e a de 8 de maio na *Gazeta dos tribunais*, 3.º ano, páginas 2002 o 2003.

de águas, em virtude do qual não havia o direito de livre disposição, sobre as nascentes, regime que abrangia também as correntes que eram destinadas à irrigação dos prédios tanto marginaes como não marginaes, sendo derivadas as águas por meio de levadas e devendo ser repartidas por todos os prédios conforme o exigisse o seu conveniente aproveitamento. Parece, pois, que as citadas provisões, cuja observância foi suscitada pela provisão de 5 de março de 1770 e pela lei de 12 de novembro de 1841, se deviam julgar comprehendidas no artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, tornando-se consequentemente necessário verificar se a essas águas havia ou não direitos adquiridos ao tempo em que foi publicado o código civil. Trataremos com o devido desenvolvimento deste assunto, que tem sido objecto de larga controversia na nossa jurisprudência e sobre o qual foi publicada a lei n.º 141 de 20 de abril de 1914 notando-se desde já que anteriormente ao código civil eram públicas na Ilha da Madeira tanto as correntes como as nascentes e que, tendo-se efectivado as referidas provisões até que começou a vigorar este código, se podia sustentar que os prédios até então irrigados adquiriram direito às águas.

Determinada a legislação por que se regulava o direito de uso e propriedade das águas anteriormente ao código civil, principiaremos por tratar do modo por que se apropriava o direito de uso das águas.

Relativamente ao uso das águas públicas, vê-se do alvará de 27 de novembro de 1804, artigos 11.º a 13.º, que era permitido derivá-las dos rios ou ribeiras por meio de canais ou levadas para a irrigação das terras, requerendo-se a qualquer dos ministros da vara branca que se lhes demarcasse o lugar e sitio mais cómodo onde o canal ou levada se

pudessem construir, sendo os proprietários dos terrenos por onde as águas houvessem de passar obrigados a deixar construir o aqueduto, mediante indemnização, à excepção das quintas nobres e muradas e dos quintais dos prédios urbanos nas cidades e vilas. Não havia o direito de presa no caso em que a levada prejudicasse outra já construída, ou fosse para a rega de terras ou para outros engenhos, caso em que só seria permitida a licença, quando pudesse haver cómoda divisão da água, de forma que não ficasse inútil a cultura já feita, ou o engenho já construído. Dava-se também direito ao proprietário que pretendesse regar de novo as suas terras, depois de já se achar construído o aqueduto, a ter parte na divisão da água, pagando a sua quota parte da despesa aos demais interessados que o fizeram construir.

Neste alvará, como já notámos, nada mais se fez, relativamente ao direito de derivar as águas das correntes não navegáveis, do que sancionar a prática anteriormente seguida¹, admitindo-se nele o direito de preocupação na parte em que não permitia nova presa de água, quando fosse prejudicar outra já construída.

No nosso antigo direito, do mesmo modo que no direito romano, não era atribuído aos proprietários marginais das correntes não navegáveis o direito exclusivo de derivarem as águas das mesmas correntes. Pelo direito romano, nos rios públicos qualquer pessoa podia derivar as águas, *nisi Imperator vel Senatus vetet*, se não prejudicasse a navegação²;

¹ Vê-se o n.º 8.º, página 39.

² *Institutas*, livro 2.º, título 1.º, §§ 1.º e 2.º; *Digesta*, livro 43.º, título 12.º. A disposição do § 26.º da lei 1.º do título 20.º do livro 43.º do *Digesto*, em que se determina: *Si inter rivales (id est, qui per eundem rivum aquam ducunt) sit contentio de aquæ usu, utroque*

no nosso antigo direito era doutrina corrente que as águas dos rios não navegáveis podiam occupar-se para as regas ou para motores de moinhos e outras fábricas, desde que se não prejudicasse quem estava na posse anterior de as aproveitar para os mesmos fins, diminuindo a água, se esta não fosse superabundante, estagnando as águas em prejuizo dos prédios ou máquinas superiores, mudando ou esgotando a corrente com prejuizo dos outros ou prejudicando os usos comuns da povoação¹.

Quem assim occupava as águas, fazendo obras no leito do rio ou na margem, ficava tendo o direito de presa ou de derivar da corrente a água enquanto existiam essas obras. Era o que se chamava o direito de *preocupação*, *jus præoccupationis*, designação que não foi usada no direito romano.

Entre os romanos, a aquisição por occupação applicava-se somente às cousas *nullius*. Para se designar o direito que havia sobre as cousas que, sendo comuns a todo o povo, não podiam dizer-se *nullius*, começou-se a usar a palavra *preocupação*, indicando-se assim que, embora o uso fosse comum, se admitia o direito de uso exclusivo pelo que primeiro houvesse effectuado a occupação. E' assim que Pechio nos diz: *jus ergo præoccupationis, proprie loquendo, videtur habere locum in rebus communibus, et quæ in nullius bonis sunt, occupanti conceduntur. Flumina autem dicuntur publica;*

suum usum esse contentente, duplex interdictum utrique competit, não se applica a águas públicas mas a águas particulares. Veja-se o que a este respeito dissemos no n.º 7.º, páginas 28 e 29.

¹ Veja-se Portugal, *De donationibus*, livro 3.º, capítulo 40.º; Lobão, *Tratado pratico e compendioso das águas*, § 25.º e *Dissertação sobre as águas pluviais*, § 12.º; Corrêa Telles, *Digesto português*, livro 3.º, artigos 20.º a 30.º; Coelho da Rocha, *Instituições*, § 414.º; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, livro 2.º, título 6.º, § 33.º, n.º 8 e seguintes.

non per hoc sequitur, quin usus illorum sit communis; ideo quantum ad usum aquæ merito cadere potest occupatio, et tanto magis, quia de jure gentium populo competit jus aquæ ducendæ ex flumine publico non navigabili ¹.

Quanto às condições que se tornavam necessárias para que a preocupação fosse título habil para adquirir o direito de prêsa das águas públicas, diz Lobão: «Diz-se tê-las preocupado aquele, que primeiro designou o lugar para a obra, que preparou os materiais para ela, que de alguma maneira lhe deu princípio, que declarou e protestou judicialmente fazê-la, ou ainda extrajudicialmente por alguma convenção ou ajuste. E para preferir a outro basta que a tenha principiado primeiro por alguns dos ditos modos ou semelhantes, ainda que outro primeiro a conclua». E, determinando os efeitos da preocupação, acrescenta: «O direito de preocupação estende-se a tudo aquilo que vem em necessária consequência e sem o que ficaria inutil o mesmo direito. E daqui vem que, se alguém preocupou toda a água de um rio, e toda ela é necessária para a obra, ou rega de prédios, o seu direito se estende a toda ela, ainda que a posse fosse tão somente em parte» ².

Adquirido o direito de prêsa ou de derivar uma certa massa de água do rio público, essa água, logo que entrasse no prédio a cuja irrigação se destinava ou em que era aproveitada como motor, ou no canal ou aqueduto que a conduzia para o fim a que era destinada, deixava de ser pública. Era uma água que havia sido apropriada pela preocupação, uma água particular. E terminante o que a êste respeito nos

diz Portugal: *Postquam aqua licite derivata à flumine publico intravit in fistulam, seu canale alicujus privati, desinit esse publica et efficitur privata ejus, cujus est canale, et fundus* ¹.

A preocupação podia dar-se não só nas correntes não navegáveis, mas ainda em nascentes e em águas subterrâneas existentes em terrenos públicos ou de logradouro comum.

Coelho da Rocha, que definiu *ocupação* «o acto pelo qual alguém se apropria das cousas, a) que ou não tem dono, b) ou cuja apropriação é permitida a qualquer, por serem pertenças de bens nacionais ou municipais», e que disse que a segunda espécie se verifica «nas águas públicas, na pesquisa dos metais, pedreiras e outras quaisquer substâncias minerais», ensinava, citando Lobão ²: «Também se pode ocupar o uso das nascentes nos terrenos públicos, ou baldios, bem como dos enxurros e águas pluviais, que correm pelas ruas e estradas, se outrem não tem nelas direito anterior. O mesmo se pode praticar a respeito das águas subterrâneas dos terrenos públicos por meio de mina ou vala; e esta ocupação exclui outro, que com nova mina tente cortar a veia no mesmo terreno público» ³.

Podia, pois, pela preocupação adquirir-se direito às águas públicas e às que nasciam ou corriam em terrenos de logradouro comum. Pelo facto material da prêsa da água, que outra coisa não significava a preocupação, realizada por meio de adequadas obras, podiam ser apropriadas as águas públicas no direito anterior ao código civil.

¹ *De donationibus*, livro 3.º, capítulo 4.º, n.º 24.º

² *Dissertação I, sobre águas pluviais*, § 12.º; *Dissertação II, sobre águas subterrâneas*, § 21.º

³ *Instituições de direito civil português*, §§ 410.º e 414.º

¹ *De aqueductu*, capítulo 4.º, n.º 6.º, livro 1.º, n.º 1.º

² *Traçado*, §§ 26.º e 27.º

Podiam também as águas públicas ser objecto de concessão, sendo atribuído por esse meio um direito especial de uso sobre certas e determinadas águas e até o direito de propriedade. Lobão refere algumas doações em que se compreendiam rios caudais e determina quais eram os direitos dos concessionários, nos casos em que se atribuía o direito à água, simultânea ou sucessivamente, a mais do que uma pessoa ¹.

Podiam as concessões de águas públicas ser feitas tanto pelo rei, a cujo património essas águas pertenciam, como pelos donatários que a elas houvessem adquirido direito, e, posteriormente à implantação do regime constitucional, pelo poder legislativo, ou pelo governo, nos termos da respectiva legislação ².

Apropriadas as águas públicas pelo direito de presa, as que por este meio eram derivadas ficavam sendo particulares e sujeitas aos princípios gerais relativos à aquisição, conservação e extinção dos direitos reais imobiliários e às normas especiais estabelecidas por usos e costumes locais. É assim que o direito às águas apropriadas podia ser transmitido pelos títulos por que podia dar-se a transferênciã dos direitos reais, e que podia dar-se a aquisição do direito às águas pela prescrição.

Pela prescrição dava-se a extinção de um direito subjectivo anterior. Não podia, pois, applicar-se este meio de aquisição a águas que, sendo susceptíveis de preocupação como o eram as águas das correntes não navegáveis e as das nascentes existentes em

terrenos públicos ou de logradouro comum, ainda não haviam sido apropriadas.

É assim que, não podendo adquirir-se pela prescrição o direito de presa numa corrente pública, quando não se houvesse ainda subjectivado o direito à água dessa corrente, podia, uma vez efectuada a aquisição do direito pela preocupação, dar-se, pela prescrição, a extinção desse direito em benefício de outrem que, nas condições exigidas pela lei, o exercesse, como se legitimamente o houvera adquirido. Supunhamos que *A* havia derivado a água de uma corrente pública por meio de um açude feito no álveo para irrigação de um prédio que não era marginal da corrente, sendo conduzida essa água por meio de um aqueduto construído noutro prédio do mesmo *A*. *B*, proprietário de um prédio contíguo a este, fez no aqueduto de *A* obras por meio das quais conduziu a água para um prédio dele, irrigando assim, durante anos consecutivos, prédios seus. *B* podia adquirir assim pela prescrição o direito à água que era de *A*. Desde o ponto em que a água era derivada, não temos de applicar os princípios relativos às águas públicas, mas a águas particulares.

Em que condições se podia dar, porém, a aquisição do direito às águas por meio da prescrição?

Na resolução régia de 17 de agosto de 1775, que tão debatida foi na nossa jurisprudência, declarou-se que «o domínio e posse das águas de que se trata, sendo estas como são particulares, pertencentes aos donos das quintas onde teem seus nascimentos, o decurso natural delas pelo ribeiro por onde desagüam, não pode servir de argumento a favor dos prédios inferiores, sem que os donos destes tivessem um título claro de compra feita aos primeiros, ou de um açude

¹ Veja-se Lobão, *Tratado*, §§. 19.º, 30.º e 31.º

² Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 253 e seguintes.

ou canal com manufactura constante e permanente que fizesse presumir o referido título»¹.

Para que se adquirisse, pois, direito às águas particulares independentemente de qualquer título por que o proprietário delas transmitisse esse direito, necessário era que houvesse obras de manufactura constante e permanente destinadas ao aproveitamento dessas águas.

Não se dizia na citada resolução que essas obras devessem ser feitas no prédio superior ou serviente, havendo quem sustentasse, anteriormente ao código civil, que se podia adquirir direito às águas por obras realizadas no prédio inferior ou dominante².

Não era, porém, esta a doutrina que geralmente ensinavam os praxistas. O facto de se deixar correr a água de um prédio superior para um inferior era por eles considerado como sendo um direito facultativo, não se constituindo assim direito algum de servidão para o prédio superior, embora o decurso da água fosse immemorial, desde que no prédio superior não houvesse alguma obra que obstasse a que a água fosse derivada em prejuízo do prédio inferior. As obras feitas no próprio prédio, representando o exercício de um direito por parte do proprietário, não podiam constituir em beneficio d'ele qualquer direito contra terceiros, derivando dessas obras o direito de prêsa num prédio superior. E' assim que Pecchio escrevia: «*Et est advertendum, circa istud opus manufactum, quod non quodlibet opus sufficit ad inducendam,*

¹ Veja-se sobre a doutrina desta resolução, Lobão, *Tratado*, §§ 76.º, 130.º e seguintes; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, livro 2.º, título 6.º, § 31.º, n.º 11 e seguintes; *Gazeta dos tribunais*, n.º 3304 e 3333; dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 277 e seguintes.

² Veja-se o acórdão de 10 de maio de 1864, na *Gazeta dos tribunais*, n.º 3424.

seu acquirendam, servitutum negativam, ne aqua a superiori in praejudicium inferioris divertatur a suo solito cursu, sed requiritur, quod opus illud fiat in fundo superiori, videlicet in alieno fundo, sed superiori»¹.

Determinados de um modo geral os factos por que no nosso antigo direito se podia efectuar a apropriação das águas, vejamos os que foram respeitados pelo código civil.

16. *A palavra lei do artigo 438.º pode comprehender tanto a lei geral como a especial, sendo por ela resalvados os direitos adquiridos a certas e determinadas águas pela preocupação.* O primeiro título de aquisição de direitos sobre certas e determinadas águas a que o artigo 438.º se refere é a lei.

Se atendermos à redacção do artigo citado, parece que devemos concluir que a palavra *lei* significa o próprio título por que o direito às águas foi adquirido. Trata-se de factos de que resulta a aquisição de direitos, porque se fala de *direitos adquiridos sobre certas e determinadas águas*, e, desde que essa aquisição se dá *por lei*, parece que é esta o próprio título de que essa aquisição resulta.

Se fôra esta a interpretação a dar à palavra *lei* no artigo 438.º, ver-se ia immediatamente que aquella palavra não era tomada no seu sentido material, mas formal. Não se trataria da lei como norma reguladora, mas da lei como título de um direito subjectivo.

Tomando-se, porém, a palavra *lei* neste sentido, vendo-se nela um mero título de concessão do direito à água, nenhuma necessidade havia de que a comis-

¹ Citado por Gianzana, *Teorica delle acque private*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 1.ª, página 598. Vejam-se outras citações em Lobão, *Tratado*, § 131.º, onde expõe a mesma doutrina.

são de legislação da câmara dos deputados adicionasse essa palavra ao artigo correspondente do projecto, pois que na *concessão expressa*, em que se não faz distinção quanto à sua forma, comprehender-se ia sem dúvida alguma a que fosse feita por diploma legislativo.

Não pode, pois, a nosso ver, ser êsse o sentido que ao fazer-se o referido aditamento se ligou à palavra *lei*, querendo-se sem dúvida significar por essa palavra um facto acquisitivo do direito às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, que não estivesse abrangido na enumeração que se fazia dos factos acquisitivos desse direito.

Qual será, porém, êsse facto?

Tomada a palavra *lei* no seu sentido material, dela não resultam, como já temos notado, direitos subjectivos, quer seja geral, quer especial. Para essa subjectivação, torna-se sempre necessário um facto, a que a lei attribue determinados efeitos.

Pode, porém, o facto de que o direito resulta representar um simples facto material, independentemente de qualquer intenção por parte do seu autor de que se produzam determinadas conseqüências jurídicas. Neste caso, pode dizer-se que o direito deriva da lei, pelas conseqüências que ela a êsse facto attribue. É assim que, especificando-se no artigo 4.º do código civil os factos de que resultam os direitos e obrigações e fazendo-se referência ao mero facto e vontade própria, independentemente da cooperação doutrem, ao facto e vontade própria e doutrem conjuntamente e ao mero facto e vontade doutrem, se acrescenta *da mera disposição da lei*. Ora a mera disposição da lei não representa apenas, no sistema do código civil, uma fonte de direitos e obrigações nos casos em que, presuppõe uma determinada situação, dela derivam direitos e obrigações, como são os

direitos e obrigações resultantes do contrato de matrimónio, os direitos e obrigações dos proprietários; consideram-se também como derivando de mera disposição da lei direitos que se subjectivam quando se verifica um determinado facto. É assim que o direito de successão legitima, que se dá no momento da morte do *de cujus*, que se subjectiva quando se verifica êsse facto, subjectiva-se em virtude da lei. Quere dizer: a lei attribue ao facto da morte determinadas conseqüências jurídicas, que não podem attribuir-se à vontade do autor da herança, que não se manifestou. Do mesmo modo, em relação à occupação, para a qual se não torna necessária a vontade, sendo susceptíveis de adquirir por êsse meio pessoas privadas de discernimento, não pode dizer-se rigorosamente que a adquisição do direito se dê por facto e vontade própria, visto que esta não existe¹. Há apenas o facto material da occupação, normalmente voluntário, e é a êsse facto que a lei atende para reconhecer o direito de propriedade. O mesmo se verifica com a accessão natural.

Quere dizer: sempre que para a subjectivação de um direito se requeira um determinado facto material, dando-se essa subjectivação independentemente da intenção do seu autor, pode dizer-se, na linguagem do código civil, que êsse direito se adquire em virtude da lei, da qual derivam as conseqüências que a mesma lei, reconhecendo êsse facto, lhe attribue.

Ora, como já notámos, entre os factos por que se adquiria direito sobre as águas públicas havia o da preocupação. Esta representava, do mesmo modo

¹ Já vimos escrito que para a apropriação pela occupação se tornava necessária a intenção. O artigo 480.º não deixa, porém, a mínima dúvida de que a lei atende única e exclusivamente ao facto material da apreensão, visto que podem adquirir posse os que não tem uso da razão nas

que a ocupação, um facto material. Feitas as obras destinadas à presa da água, quem as realizava ficava com direito a essa presa e as águas assim derivadas eram particulares.

Ao tempo em que foi publicado o código civil, quem havia feito essas obras tinha subjectivado, em harmonia com a lei, o direito às águas.

Não respeitaria o código civil este direito ?

E' para nós indubitável que a preocupação não se compreendia em nenhum dos factos acquisitivos dos direitos sobre certas e determinadas águas que eram especificados no projecto. Não se tratava evidentemente de um direito adquirido por uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescrição. Quem, construindo um açude numa corrente não navegável, tinha adquirido o direito de presa da água, não o havia adquirido por nenhum desses meios, nem mesmo pela prescrição, quando para esta houvesse decorrido o tempo fixado na lei, porque partimos da hipótese de que não se havia anteriormente subjectivado esse direito.

Ora, em nosso parecer, a comissão de legislação da câmara dos deputados, ao consignar no artigo 438.º a lei como facto acquisitivo de direitos sobre certas e determinadas águas, quis referir-se especialmente a esse meio de aquisição, cujo desconhecimento pela nova lei podia causar as mais graves perturbações, tanto mais quanto é certo que o aproveitamento das águas para irrigação e como força motora se fazia especialmente derivando as águas das correntes por meio de levadas ¹.

¹ Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 234 e seguintes, e esta *Revista*, volume 7.º, n.º 340, página 455, volume 23.º, n.º 1130, página 298, e volume 36.º, u.º 1580, página 322, e o dr. Dias Ferreira, *Código civil português anotado*, 2.ª edição, tomo 2.º, página 310.

Estas levadas eram águas particulares, o direito de presa estava apropriado, não poderiam, porém, ser assim consideradas, o direito de presa deixaria de subsistir, em relação aos proprietários marginais, se não fosse ressalvado este direito, desde que o artigo 438.º não se limitava a estabelecer o principio da não retroactividade, especificando os titulos de aquisição dos direitos às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis que por elle eram respeitados.

17. O uso e costume a que se refere o artigo 438.º do código civil são as praxes seguidas no aproveitamento das águas. Tem suscitado divergências a expressão uso e costume do artigo 438.º do código civil, por que a comissão revisora substituiu as palavras uso e costume da terra do artigo correspondente do projecto primitivo, *direito consuetudinário, posse antiga* da proposta de Alexandre Herculano.

Não deixa de ser interessante que a referida expressão tenha sido considerada sinónima, já da fórmula do projecto primitivo, como se significasse o mesmo que as palavras *uso ou costume das terras* que se lêem no artigo 2273.º § único, já de *direito consuetudinário* e de *posse antiga*, interpretando-se o seu sentido pela proposta de Herculano ¹. Á alteração na redacção feita pela comissão revisora não corresponderia assim a intenção de alterar a doutrina do projecto primitivo ou da proposta de Herculano,

¹ Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 246 e seguintes; a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 22.º, n.º 1097, página 341, volume 28.º, n.º 1294, página 152, volume 30.º, n.º 1385, página 515, e o acórdão da Relação de Lisboa de 13 de março de 1907, tenções 5.ª e 7.ª, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 21.º, páginas 276 e 277.

tendo-se discutido apenas a qual dos títulos de aquisição do projecto primitivo e da proposta se ajustavam as palavras *uso e costume*.

A expressão *uso ou costume das terras* significa as praxes que se observavam nas diferentes localidades sobre determinadas relações sociais, e que podiam constituir direito consuetudinário ou representar usos de facto a que por lei eram atribuidos determinados efeitos jurídicos, conforme a essas praxes correspondia ou não a *opinio juris vel necessitatis*. Assim, no citado § único do artigo 2273.º, em que se preceitua que a disposição deste artigo não prejudicará as servidões adquiridas anteriormente à promulgação do código *conforme o uso ou costume das terras*, por estas palavras sem dúvida se quis exprimir as normas por que, anteriormente ao código civil, se regulava a matéria relativa à aquisição de servidões. Trata-se, pois, de direito consuetudinário, que tanto podia ser geral como local. Nos artigos 380.º § 1.º, 684.º, 1270.º n.º 2.º, 1302.º, 1305.º, as palavras *uso e costume* não significam normas de carácter obrigatório, mas usos de facto a que a lei attribue determinados efeitos jurídicos. As palavras *uso ou costume* teem nesses artigos o mesmo sentido que a palavra *praxes* usada no artigo 2211.º

E chamaremos desde já a atenção para a diferença de redacção entre o artigo 438.º e o § único do artigo 2273.º Naquele fala-se de direitos adquiridos *por uso e costume*; neste de servidões adquiridas *conforme o uso ou costume das terras*. Pelo artigo 438.º o uso e costume parece representar o próprio título adquisitivo do direito; pelo artigo 2273.º § único o título adquisitivo não é o uso e costume, mas um facto realizado em harmonia com o uso e costume, isto é, com uma norma de direito.

E para se ver que, em relação a este §, assim é, basta atender a que elle se applica às servidões contínuas não aparentes e às descontínuas aparentes ou não aparentes que, anteriormente ao código civil, houvessem sido adquiridas por prescrição, título que o mesmo código não admitiu em relação a tais servidões. Havia, pois, antes da publicação do código civil, sendo esta matéria regulada pelo uso ou costume das terras, a prescrição como meio de aquisição de servidões contínuas não aparentes e descontínuas aparentes ou não aparentes.

Era o que se chamava a *prescrição imemorial*, que Coelho da Rocha ensinava ser «a prova da propriedade em virtude de uma posse tão antiga, que excede a memória dos homens, a qual se pode dar a respeito de cousas imprescritíveis pelas leis, mas cuja aquisição seja possível por privilégio. É antes um meio de provar a propriedade, do que modo de a adquirir»¹.

As nossas leis referiam-se à prescrição ou posse imemorial², sobre cuja natureza há divergências, considerando-a, uns como um modo legítimo de aquisição, sendo o decurso do tempo que exceda a memória dos homens uma espécie de prescrição, que respeitava tanto a direitos privados como públicos e tinha logar nos casos em que não se podiam applicar as formas ordinárias da prescrição, emquanto outros vêem nela a presunção de um justo título³.

O nosso código civil considerou-a no artigo 2273.º § único como uma espécie de prescrição; mas quer deva assim considerar-se, quer como presunção de

¹ *Instituições de direito civil*, § 464.º

² Veja-se Lobão, *Notas a Mello*, livro 3.º, capítulo 4.º, § 7.º

³ Veja-se F. Schupfer, *Ab immemorabili*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 1.º

um justo título que o tempo consumisse, certo é que a prescrição imemorial tinha, diz Schupfer, «segundo os casos, a força do costume, do privilégio, do justo título, de um instrumento público e solene; e, de qualquer modo, suprime toda a *resistentia juris*, e deve ser observada *tanquam lex*».

No nosso antigo direito admitia-se a prescrição imemorial, e no artigo 2273.º § único legitima-se pelo uso ou costume das terras essa prescrição, como meio de aquisição de determinadas servidões a que não se applicavam as formas ordinárias da prescrição.

No artigo 438.º é o próprio uso e costume que se apresenta como título de direitos adquiridos sobre certas e determinadas águas. Não pode, pois, este uso e costume ser uma norma de direito objectivo. Do mesmo modo que a lei, norma de vida social, é impotente para crear uma situação jurídica subjectiva, o costume, como norma de vida social, também o é. Sendo assim considerado o uso e costume, necessário era um facto de que, em harmonia com elle, resultasse o direito.

Não pode, a nosso ver, attribuir-se ao uso e costume de que se fala no citado artigo o mesmo carácter que ao uso ou costume das terras a que se refere o § único do artigo 2273.º Este applica-se como norma reguladora da aquisição pela posse ou prescrição; o uso e costume é considerado de per si no artigo 438.º

Pelas considerações que acabamos de fazer, vê-se também que não pode de modo algum considerar-se essa expressão como sinónima de *direito consuetudinário*. Este direito tinha, do mesmo modo que o direito escrito, carácter objectivo, podia legitimar-se por elle o direito a determinadas águas, mas não criava

esse direito, não podia ser o título de um direito subjectivo.

E, como nota o dr. Assis Teixeira, escusado seria, havendo-se falado em *lei*, fazer-se referência ao *uso e costume*, se por estas palavras se quisesse significar o direito consuetudinário, visto que este direito, como norma de vida social, já se achava compreendido na palavra *lei*.

Queria o legislador referir-se à *posse antiga*?

Herculano especificava na sua proposta esse modo de aquisição, não se referindo à prescrição. Desde que esta foi admitida como título de direitos subjectivos a certas e determinadas águas, e se especificaram as condições que para a prescrição se requeriam, não podia falar-se em posse antiga, salvo se fosse admitida a prescrição imemorial e portanto uma aquisição por este meio em condições diversas das que se exigiam para a prescrição ordinária. Quando o legislador quisesse ressaltar, porém, este modo de aquisição, nunca poderia usar das palavras *uso e costume* para o exprimir.

A posse, como facto acquisitivo de direitos, é sempre individual. Até nos casos em que a posse é exercida por uma pessoa colectiva, esta é considerada, para tal efeito, como uma pessoa singular. Ora o uso e costume refere-se sempre, inalteravelmente, a factos que são praticados num determinado meio pela generalidade das pessoas que nele vivem. O uso e costume respeita sempre a uma colectividade de pessoas, quer se trate de mero uso ou costume de facto, quer de uso e costume que tenha carácter coactivo ou a *vis obligandi*.

O uso e costume do artigo 438.º não pode, pois, ser a *posse antiga* da proposta de Herculano.

O que significarão, porém, estas palavras ?

Falando em *uso e costume* o legislador quis referir-se, a nosso ver, aos usos e costumes de facto, ao modo por que nas diferentes terras se aproveitavam as águas para a irrigação ou força motora. Foram esses usos e costumes, que não tinham de per si a *vis obligandi*, que não formavam portanto direito consuetudinário, que o legislador quis ressaltar.

Os habitantes dum lugar derivavam, por exemplo, a água duma corrente não navegável, fazendo nesta um açude e abrindo um aqueduto para conduzir a água através de diferentes prédios, sendo estes irrigados, por uso e costume, em determinados dias ou horas, e sendo a água dêsse aqueduto aplicada para moínhos em outros dias. Pelo artigo 438.º considerava-se esse uso e costume como representando um direito adquirido para os proprietários e donos dos moínhos de usarem da água do aqueduto. Terras havia em que, em vez de se irrigarem os prédios por determinada ordem, eram nomeadas pessoas para fazer a distribuição da água. Este uso e costume deve observar-se, tendo direito a que as águas lhes sejam distribuídas por esse modo todos os proprietários cujos prédios, também por uso e costume, assim eram irrigados.

Em relação à água das levadas, sempre que estas fossem derivadas em benefício de diferentes prédios e como força motora e não houvesse acôrdo, sentença, ou qualquer outro título por que se fizesse a divisão da água, necessário se tornava estabelecer um critério para determinar o modo por que essa divisão devia ser feita, ou definido o direito de cada proprietário. Ora o único que se podia admitir era a praxe que até então se havia observado. E o legislador assim

o entendeu, considerando essa praxe, que exprimiu, e bem, pelas palavras *uso e costume*, como representando um direito adquirido.

Nas águas já apropriadas por lei, o uso e costume pode assim determinar, em relação a diferentes utentes da água, a porção desta que pertence a cada um. Trata-se de águas que estão apropriadas e em relação às quais os utentes podem ter direitos desiguais quanto à porção de água que a cada um deles pertence, não tendo todavia outro título do seu direito que não seja o uso que da água tem feito. Este uso deve, a nosso ver, ser considerado como legítimo, desde que no artigo 438.º se manda atender a êle para determinar os direitos adquiridos sobre certas e determinadas águas.

Podem as águas ter sido derivadas, não pelos proprietários, mas pelo município ou paróquia. O direito a essas águas, quer para irrigação, quer como força motora, deverá também ser determinado em harmonia com o uso e costume ou com a praxe seguida até que foi publicado o código civil.

E' este, a nosso ver, o alcance das palavras *uso e costume*.

18. Na concessão expressa entram quaisquer títulos por que se atribuiu o direito a determinadas águas. Mais fácil é determinar o sentido das palavras *concessão expressa* do artigo 438.º

O projecto primitivo falava de *concessão expressa dos proprietários marginaes*. Ora, como já notámos, os proprietários marginaes só adquiriam direito exclusivo ao uso da água das correntes não navegáveis pela preocupação; esse direito não derivava da contiguidade dos prédios. Preocupada a água, esta ficava

sendo particular, e podia ser cedida pelo proprietário que a ela houvesse adquirido direito. Não se trata rigorosamente de uma *concessão*, termo que se aplica especialmente à cedência de cousas públicas ou comuns, mas de um contrato ou disposição de última vontade, que pelo § único do artigo 2264.º se consideram *concessão expressa*.

Quando os proprietários marginais tivessem à água das correntes não navegáveis nem flutuáveis o mesmo direito que pelo código civil lhes é atribuído, esse direito não poderia ser alienado por elles, visto que se trata de um poder legal e não de um direito subjectivo.

Apenas teriam o direito de renunciar ao uso das águas que por lei lhes era facultado, em benefício de outro proprietário marginal, que, se não fôra essa renúncia, só eventualmente teria direito à água. É, como veremos, a esta renúncia que o artigo 439.º se refere, quando diz que o direito que tem os proprietários ao uso das águas que atravessam ou banham os seus prédios só poderá ser alienado por escritura ou auto público. Esta renúncia nunca pode presumir-se; a vontade tem de manifestar-se expressamente, mas não pode dar-se-lhe tecnicamente o nome de *concessão*.

Na sua proposta, Herculano não falava em concessão, mas em *contrato*. Relativamente a águas particulares, podia significar-se por esta palavra a aquisição do direito a essas águas, sempre que esse direito resultasse de um acôrdo de vontades. Relativamente a águas públicas e comuns, quando o uso dessas águas, tendo por fim um serviço público ou comum, seja determinado por lei ou regulamento em que se consignem os direitos e obrigações da pessoa a quem

mir rigorosamente a situação jurídica que pela cedência do uso das águas se constitue. Trata-se, neste caso, de uma concessão, cuja natureza jurídica determinaremos, quando tratarmos do regime das águas públicas e comuns.

Também não podia chamar-se contrato à concessão que pelo rei, a quem pertencia a propriedade das águas públicas, ou pelo poder central, se fizesse de águas de correntes não navegáveis, nem flutuáveis. Para que essas concessões produzissem os seus efeitos, bastava que delas se quisessem aproveitar e efectivamente se aproveitassem as pessoas a quem eram feitas.

Dessas concessões resultava o direito adquirido ao uso das águas que delas era objecto, nos termos das mesmas concessões.

E não só podiam ser concedidas as águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, mas as águas que eram públicas por serem públicos os terrenos de que eram pertença, bem como as que o fossem dos terrenos de logradouro comum e as águas sobejas das fontes públicas ou comuns.

Todas estas concessões, estão compreendidas na *concessão expressa* de que fala o artigo 438.º

E não só essas concessões, mas todas as transmissões por virtude de contrato ou de disposição de última vontade estão abrangidas naquella expressão, respeitando-se assim os actos de disposição relativos a águas, realizados no domínio da lei anterior e em harmonia com ela.

19. *A sentença como prova de direitos adquiridos sobre determinadas águas.* No artigo 438.º apresenta-

certas e determinadas águas. Sendo a sentença a aplicação do direito objectivo a uma relação jurídica concreta, presuppõe necessariamente um facto jurídico gerador desta relação, sendo dèste facto e não da sentença que resulta o direito subjectivo.

Entre os factos acquisitivos de direitos sobre certas e determinadas águas parece, pois, que nenhum cabimento tem a sentença. É de notar, porém, que pela sentença se constitui o caso julgado, tornando-se certo o facto ou direito e representando assim a sentença um meio de prova que, sempre que se verifiquem as condições que para o caso julgado se exigem, representa o próprio reconhecimento do direito. Assim se explica a referência que no artigo 438.º se faz à sentença.

Na matéria da aplicação das leis no tempo exerce ainda a sentença uma importante função. Sendo doutrina corrente na jurisprudência anterior ao código civil que a lei interpretativa se applicava aos factos jurídicos realizados no domínio da lei interpretada, fazia-se excepção a essa doutrina para os casos em que, por sentença ou transacção, se houvesse dado applicação definitiva da lei interpretada¹. Um facto jurídico adquiria assim, pelo caso julgado, uma efficacia que não tinha de per si.

Assim, tendo sido reconhecido por sentença o direito adquirido pela prescrição a certas águas, mas não se verificando as condições que no § único do artigo 438.º se exigem para a prescrição, o direito assim reconhecido subsiste, não podendo contra elle,

¹ Veja-se Portugal, *De donationibus*, livro 2.º, capítulo 10.º, n.º 116 a 118; Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil português*, § 8.º; Corrêa Telles, *Digesto português*, livro 1.º, artigos 9.º a 11.º; Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, introdução, parte 2.ª, §; 11.º, n.º 11 e 12.

pela autoridade que o caso julgado ficou tendo, aduzir-se qualquer prova. Para este efeito, desnecessário se tornaria, pois, investigar se é interpretativa ou inovadora a doutrina que no referido § único se sancionou acerca da prescrição. Pelo caso julgado tornou-se certo o direito, sobre o qual não pode haver nova acção.

20. *Condições em que o código civil reconheceu os direitos adquiridos por prescrição sobre certas e determinadas águas.* Vimos já que no direito anterior ao código civil se admitia a prescrição como meio de aquisição de direitos sobre águas particulares¹. No código civil sancionou-se outra doutrina, declarando-se não só imprescritível o direito ao uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis (artigo 439.º), o que está completamente de harmonia com o carácter facultativo que tem esse direito, mas também o direito às águas das fontes e nascentes (artigo 444.º § único), o qual representa um direito subjectivo.

Não procurando determinar neste lugar o alcance desta disposição, cumpre-nos verificar em que condições foram respeitados os direitos que pela prescrição haviam sido adquiridos anteriormente ao código civil, visto que o artigo 438.º não se limitou a reconhecer esses direitos, declarando-se no § único que a prescrição só será atendida para os efeitos do citado artigo, quando recaia sobre opposição não seguida, ou sobre a construção de obras no prédio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito.

Trata-se de uma disposição transitória applicável às prescrições que se verificaram anteriormente ao

código civil. Limita-se essa disposição ao direito de uso e de propriedade das águas, sendo outros os princípios a aplicar em matéria de servidões de águas. Quanto ao direito de uso e de propriedade das águas, deve ter-se ainda em vista que, além das condições que no § único do artigo 438.º se estabelecem, se devia dar a posse nas condições e pelo tempo que a lei anterior exigia, havendo o direito adquirido à prescrição ao tempo em que o código civil foi publicado em harmonia com essa lei.

As condições que no § único do artigo 438.º se exigem para que a prescrição seja atendida teem por fim distinguir a posse, como meio de aquisição de direitos, dos actos facultativos ou de mera tolerância. Quem tinha o direito de uso ou de propriedade sobre determinadas águas podia exercer ou não esse direito, não bastando o facto de o não exercer para que o perdesse, sempre que esse direito representasse um poder legal inerente ao direito de propriedade e não uma limitação, constituída por servidão, a este direito. Embora ao não exercício do direito sobre determinadas águas correspondesse o aproveitamento das mesmas águas por quem a elas não tinha direito, sempre que o modo por que se dava este aproveitamento não fosse incompatível com o exercício do direito, sempre que não se constituísse de facto uma situação em virtude da qual quem tinha o direito às águas fosse inibido de o exercer; sem alterar ou modificar a situação que de facto se havia criado, o direito subsistia.

Quando se constituía esta situação?

Em primeiro lugar, podia resultar essa situação da opposição que ao aproveitamento das águas fosse feita por quem a elas pretendia ter direito, não sendo a

oposição seguida, de forma que subsistisse a situação de facto, não se tornando efectivo o pretendido direito.

Esta opposição, que tanto podia ser judicial como extrajudicial, dava-se não só quando o proprietário das águas, querendo exercer o seu direito, disso fosse inibido por quem estava na posse dessas águas mediante contradição desse direito, da qual resultasse a subsistência da relação de facto, que assim se tornava posse, como no caso de o proprietário das águas pretender opor-se ao aproveitamento das águas e não tornar efectiva essa opposição, consentindo na sua continuação. Ambas estas formas de opposição cabem na fórmula *oposição não seguida*, sendo no primeiro caso essa opposição representada pelo facto material de o proprietário querer exercer o seu direito, e, no segundo, pela pretensão de se opor a que continuasse no uso das águas quem de facto estava nesse uso.

Esta opposição não seguida, por meio da qual se dá até a inversão do titulo da posse, passando a possuir em nome próprio quem possuía em nome alheio (artigo 510.º), revelava que o aproveitamento das águas não era, em relação ao proprietário delas, um acto de mera tolerância, e, desde que houvesse tal opposição e não fosse seguida, começava a posse, que podia conduzir à prescrição. A presunção de que o aproveitamento das águas se fundava em legitimo titulo de aquisição inferia-se da aquiescência a esse aproveitamento, que outra cousa não significava o facto da opposição não seguida.

Não é nesta parte que a applicação do § único do artigo 438.º tem suscitado dificuldades. Estas teem-se dado relativamente à construção de obras no prédio superior, por meio das quais se pode também constituir uma situação de facto em virtude da qual o proprietário desse prédio perca o direito às águas,

quando delas possa inferir-se o abandono desse direito.

Exige o código civil que as obras sejam feitas no prédio superior, sendo assim denominado o prédio serviente, visto que, independentemente do direito às águas, há uma servidão constituída nesse prédio por meio da qual esse direito se torna efectivo. Há o direito de presa das águas e de condução das mesmas águas ou de aqueduto, podendo até deixar de ser contíguos o prédio serviente e o prédio dominante. E' assim que, tratando-se de uma fonte, além do direito de propriedade da sua água, pode haver a servidão de aqueduto constituída, não só no prédio onde há a fonte, mas em prédios de terceiros através dos quais a água é conduzida. Tratando-se da água de uma levada, pode haver num prédio por ela atravessado obras para a derivação da sua água em proveito de um prédio que não seja contíguo daquelle onde se fizeram as referidas obras.

Não se declara que as obras devam ter sido feitas pelo proprietário do prédio dominante. O dr. Assis Teixeira diz que as obras devem ser construídas pelo dono do prédio inferior, julgando relacionada, por immediata e íntima conexão, esta condição com a da idoneidade das obras. «Como diz elle, para adquirir pela prescrição é indispensável possuir em nome próprio ou *animo domini*, este ânimo não pode evidentemente resultar senão de um facto próprio daquelle que pretende prescrever: só os trabalhos effectuados pelo proprietário inferior se reputam feitos em seu beneficio, e manifestam da sua parte a intenção de adquirir direito às águas. Obras ordenadas pelo proprietário superior no seu próprio prédio, ainda que delas resultasse proveito e interesse para o vizinho inferior, de nenhum modo produziram

esse efeito: poderá sim derivar desta espécie de trabalhos uma servidão passiva contra o prédio superior, mas nunca provirá daí uma servidão activa em seu proveito».

Se esta doutrina fosse exacta, e partindo-se do principio de que as obras feitas no prédio superior se deviam presumir feitas pelo dono deste prédio, a consequência seria que o dono do prédio inferior ou dominante deveria provar que as obras foram feitas pelo proprietário deste prédio. Perante a dificuldade, porém, que na prática e em relação a obras que datam em geral de tempos imemoriais, haveria de provar por quem as obras foram feitas, acrescentava o dr. Assis Teixeira: «A própria natureza das obras se encarregará de comprovar a sua proveniência originária. Se foram estabelecidas para interesse exclusivo do proprietário inferior, esta circunstância indica sufficientemente que foram effectuadas por esse proprietário: *id fecit cui prodest*. Se, porém, aproveitam a ambos, e não interveem indícios irrecusáveis ou outras circunstâncias tão poderosas e concludentes, que excluam toda a dúvida, então deve favorecer-se a liberdade do prédio superior, e pronunciar-se com firmeza a favor deste proprietário a manutenção do seu amplo direito de propriedade com todos os attributos accessórios que lhe andam naturalmente inherentes»¹.

Afigura-se nos que é esta a verdadeira doutrina, não se tornando necessário que o dono do prédio inferior alegue e prove que as obras foram feitas pelo proprietário desse prédio. Nos termos do artigo 438.º § único, do mesmo modo que nos da resolução de 17 de agosto de 1775, que falava de «um açude ou

¹ Das correntes não navegáveis nem fluctuáveis, páginas 286 e 287.

canal com factura constante e permanente, que fizesse presumir o referido título (de compra)», ao que especialmente se deve atender é ao facto de as obras serem feitas em benefício do prédio inferior, resultando delas que tinham por fim a derivação das águas para este prédio. Este facto e o do uso efectivo das águas são as circunstâncias que se devem ter principalmente em vista para verificar se havia ou não a posse dessas águas por parte do dono do prédio inferior, que, em tal caso, quando essa posse existisse há mais de trinta anos, teria adquirido direito às águas pela prescrição.

E' assim que, embora se provasse que as obras não haviam sido feitas pelo proprietário do prédio inferior, provando-se todavia que este proprietário era quem, há mais de trinta anos ao tempo em que foi publicado o código civil, tratava da conservação dessas obras, como se efectivamente foram suas, e que durante o mesmo tempo se havia aproveitado das águas, sendo as obras idóneas para este fim, afigura-se nos que se verificam os requisitos necessários para que se julgue que adquiriu direito às águas pela prescrição.

As palavras de que possa inferir-se abandono do primitivo direito significam, a nosso ver, que, em virtude dessas obras, o proprietário do prédio inferior ou não podia exercer o seu direito ou não o podia exercer nas mesmas condições em que o exercia anteriormente, tendo-se assim constituído uma situação de facto incompatível com esse direito. Não pode dizer-se, em tal caso, que o aproveitamento das águas representasse para elle um mero acto de tolerância. O aproveitamento das águas fez-se constituindo-se uma servidão, com sciência e paciência do proprietário do prédio superior, sendo assim de

presumir, não propriamente o abandono do direito, mas um título em virtude do qual o dono do prédio inferior tenha adquirido direito às águas. Em todo o caso o que deve haver é uma situação de facto que signifique não sómente que o proprietário do prédio superior não quis exercer o seu direito, mas que o iniba dêsse exercício.

A prescrição resulta da posse, que deve ter sido continua e pública.

Donde se vê que a construção de obras no prédio superior deve ter o carácter de permanência e que essas obras devem ser visíveis ou aparentes. A construção de obras que tenham tido por mero fim o aproveitamento periódico da água, embora com determinada regularidade, feitas de forma que desapareçam ou tenham de ser desfeitas logo que termine o aproveitamento, não dá posse que possa ser invocada para o efeito da prescrição. Pela construção de tais obras não se constituía uma situação que envolvesse para o proprietário do prédio superior a perda do seu direito, cujo exercício podia ser efectivo logo que deixassem de existir. A construção devia ser aparente ou visível, porque só assim podia ser pública a posse.

Logo que as obras reunam estas condições e a elas corresponda o uso efectivo das águas, dá-se a posse idónea para a prescrição. Não temos, pois, que atender à maior ou menor importância das obras.

E' assim que se tem opinado que um régio aberto no prédio superior, contanto que seja permanente, é sufficiente para o efeito do § único do artigo 438.º ¹

¹ Revista de legislação e de jurisprudência, volume 44.º, página 374.

Discutiu-se se os trabalhos de *expurgação*, feitos pelo proprietário do prédio inferior no prédio superior, constituíam obras que pudessem ser invocadas para o efeito da prescrição ¹. Para se ver; porém, que, em face do nosso direito, a questão assim posta não podia deixar de ter uma solução negativa, basta atender a que o § único do artigo 438.º exige a *construção de obras no prédio superior*, e a resolução de 17 de agosto de 1775 referia-se a *um açude ou canal com factura constante e permanente*. Ora a *expurgação* consistia e consiste na remoção de quaisquer obstáculos que embarçam o livre curso das águas; não era nem é construção ou factura de obra.

Sendo as águas derivadas artificialmente, e a construção de obras no prédio superior necessariamente presuppõe que é assim feita a derivação, a *expurgação* representa apenas um meio de conservar essas obras em boas condições. Quando feita pelo proprietário do prédio inferior, o que por ela se revela é que as obras lhe pertencem, e que a presa da água ou o aqueduto são uma servidão constituída no prédio superior em benefício do seu prédio, sendo assim a *expurgação* um dos meios por que pode provar-se que as obras do prédio superior tinham efectivamente por fim a condução das águas para o prédio inferior. Nas distinções que Lohão, para conciliar as opiniões dos praxistas, fazia a este respeito, o que se evidencia é que a *expurgação*, considerada de per si, não constituía um acto de posse que pudesse conduzir à prescrição, visto que relaciona sempre a *expurgação* com o aqueduto, dando-lhe efeitos jurídicos designadamente quando tinha por fim a derivação das águas

¹ Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem futuáveis*, página 293 e seguintes.

para elle ou a sua condução para a terra inferior ¹.

No momento actual já oferece verdadeira dificuldade para a aplicação do § único do artigo 438.º a prova de que, ao tempo em que foi publicado o código civil, havia o direito adquirido à prescrição, quando essa prova tenha de ser feita por meio de testemunhas. Pode haver documentos antigos que se refiram ao direito que o prédio inferior tem de derivar as águas do prédio superior; pode, excepcionalmente, verificar-se pela própria construção das obras no prédio superior a antiguidade dessas obras.

Se não houver, porém, nenhum destes meios de prova e for necessário demonstrar por testemunhas que, ao tempo em que foi publicado o código civil, já havia a posse pelo tempo necessário para a prescrição, é óbvio que, excedendo uma parte desse tempo a memória da quasi totalidade dos homens, não pode essa prova fazer-se por meio de testemunhas que hajam presenciado os actos dessa posse. De facto, devendo haver posse pelo menos de trinta anos ao tempo em que o código civil foi publicado e havendo decorrido, desde essa publicação, quarenta e nove anos aproximadamente, só testemunhas com perto de noventa anos de idade poderão declarar que a alegada posse existia há trinta anos ao tempo em que o código civil começou a vigorar, visto que só podem ser testemunhas de factos que hajam presenciado desde que tenham discernimento, embora se possa admitir que deponham sobre factos que se tenham dado antes de haverem completado os quatorze anos de idade.

¹ Veja-se o *Tratado práctico e compendioso das águas*, § 137.º

Será, porém, necessário que as testemunhas tenham presenciado os actos de posse, ou será suficiente que nos seus depoimentos se refiram a pessoas que os presenciaram, afirmando elas ter conhecimento das declarações que a êsse respeito fizeram?

O distinto jurista dr. Eduardo de Carvalho declara que a tradição de antiguidade e até de imemorialidade a que as testemunhas aludem, referindo-se a pessoas antigas falecidas em idade provectora, «desacompanhada da presencição de factos uniformes e repetidos, duráveis e permanentes em épocas que retroajam, pelo menos trinta anos completos, a 22 de março de 1868», não a pode julgar «de per si suficiente, porque para constatar a existência, já do uso e costume, já de uma posse imemorial, é necessário, como principal prova *de vista*, a prova de exercício que a tradição, o depoimento de mera ouvida, vem fortalecer em contraprova»¹.

Afigura-se nos que esta doutrina, pelo menos nos termos em que está formulada, não é verdadeira.

Relativamente à posse ou prescrição imemorial, afirmavam os juristas, baseando-se no direito romano, que, referindo-se o tempo imemorial à existência de duas gerações, a que vive e a que imediatamente a precedeu, e devendo a primeira saber que o actual estado de cousas, tal como a sua memória o apresenta, sempre assim existiu, e, em relação à geração anterior, que não ouviu dizer que houvesse memória de um estado contrário ao actual, a prova dessa posse ou prescrição se fazia de um modo positivo e negativo. Tanto uma como outra podia ser invalidada por prova contrária, demonstrando-se que o presente estado de cousas nem sempre assim existiu

durante a actual geração, ou que, durante a geração passada, houve memória do contrário.

Pelo direito canónico, a prova devia ser sempre positiva: as testemunhas tinham de afirmar, por conhecimento próprio, que a posse havia existido sempre no seu tempo e afirmar ao mesmo tempo que tinham ouvido aos seus antepassados que essa posse já existia no tempo deles¹.

Quer se siga uma doutrina quer outra, vê-se que, para a posse imemorial, a prova testemunhal recaía não só sobre os factos presenciados pelas testemunhas, mas sobre o conhecimento que, positivamente ou negativamente, tinham do que se havia passado durante a geração anterior. Nem de outro modo era possível provar a posse imemorial.

Ora se, em relação a esta posse, não pode deixar de ligar-se crédito às declarações que as testemunhas façam sobre factos passados durante a geração anterior, afigura-se nos que não pode deixar de atribuir-se o mesmo crédito a tais declarações quanto à posse que, anteriormente ao código civil, devesse ter pelo menos trinta anos. Quando se seguisse outra doutrina, tornar-se-ia impossível a prova dos direitos assim adquiridos, logo que o início da posse excedesse, como já actualmente vai sucedendo, a memória dos homens.

Devendo a posse ter um tempo determinado anteriormente ao código civil e tratando-se, não de um uso e costume com o carácter de generalidade, mas de direitos de presa constituídos num determinado prédio, parece-nos que as testemunhas deverão, em relação ao tempo de posse que exceda a sua memória,

¹ Veja-se S. Gianzana, *Ab immemorabili (Diritto transitorio)*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 1.ª

¹ *Trabalhos jurídicos*, volume 1, páginas 349 e 360.

para que o seu depoimento tenha maior grau de credibilidade, referir as pessoas a quem tenham ouvido que já no tempo delas havia a posse das águas por obras construídas no prédio superior.

Não tendo sido estabelecida para a servidão de aqueduto uma disposição correspondente à do artigo 439.º, aplicável às fontes e nascentes pelo artigo 444.º § único, disposição que, como já dissemos, respeita ao direito de uso e de propriedade das águas, pode provar-se pelos meios ordinários essa servidão. De tal servidão não resultará, porém, o direito adquirido à água, sempre que, em relação a esta, se não tenha dado a prescrição nos termos do § único do artigo 438.º

Tanto em matéria de servidão de águas adquirida por prescrição como por destinação do pai de famílias, o direito à água tem de considerar-se, em virtude das disposições especiais quanto ao modo por que pode ser adquirido, em separado da servidão.

21. *Os direitos adquiridos sobre as águas das nascentes, correntes e levadas na Ilha da Madeira.* Referimo-nos já à legislação especial das águas da Ilha da Madeira¹, reproduzindo a parte da provisão de 7 de maio de 1493 respeitante ao regime dessas águas, regime que, como na provisão se declara, foi estabelecido a pedido das câmaras da Ilha e dos vizinhos e moradores dela: «E no que toca ás fontes, tornos e olhós de agoa, deferindo a vossa petição sobre o accordão, que tomastes em guiza, e maneira as terras se deviam aproveitar, e conviestes, e assen-

¹ Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, n.º 15, páginas 100 e 101.

tastes, e accordastes na forma com que vos tinha já mandado».

As nascentes, tornos e olhos de água não pertenciam, pela citada provisão, aos donos das terras onde brotavam, devendo as respectivas águas seguir o seu curso natural até aos rios e ribeiros. Dêstes eram derivadas as águas por meio de levadas e repartidas pelos prédios, conforme o que ao aproveitamento deles fosse necessário.

Dado este regime, não podia haver na Ilha da Madeira águas correntes que fossem particulares; não havia sobre essas águas o direito de livre disposição. Todas essas águas eram destinadas à irrigação dos prédios tanto marginais como não marginais das correntes.

Para o conveniente aproveitamento dessas águas construíram-se levadas em que, por nomeação dos consortes das suas águas ou heréus, superintendiam juizes, incumbidos da sua conservação.

Era este o regime em vigor ao tempo em que foi publicado o código civil e o que melhor se harmonizava com as necessidades agrícolas da Ilha da Madeira.

Publicado o código civil, discutiu-se se a legislação especial da Ilha da Madeira relativa a águas havia sido ou não revogada pelo artigo 5.º da lei de 4 de julho de 1867.

Tratava-se evidentemente de uma legislação especial que recaía em matéria que o código civil abrangia. As dúvidas resultavam do disposto no artigo 438.º, pelo que respeitava aos direitos adquiridos anteriormente à sua publicação.

A jurisprudência dos nossos tribunais pronunciou-se no sentido de que essa legislação havia sido revogada, e não considerou ressalvados os direitos dos proprie-

tários que, por essa legislação, costumavam regar os seus prédios com as águas das nascentes, sempre que não houvessem adquirido direito a essas águas pela prescrição. A lei que lhes reconhecia esse direito, o uso e costume que, de harmonia com a mesma lei, havia quanto à repartição das águas, não foram considerados títulos suficientes para que, por força do disposto no artigo 444.º do código civil, os proprietários dos prédios onde havia fontes ou nascentes não fossem considerados proprietários delas, e, sendo assim reconhecidos, podiam dispor das suas águas livremente ¹.

Consideramos muito discutível esta doutrina.

Não há para nós dúvida alguma de que, desde que foi publicado o código civil, em relação às nascentes que, posteriormente a essa publicação, tenham sido exploradas, se devem aplicar as disposições consignadas no mesmo código. Quanto às fontes já a esse tempo existentes, parece-nos que a situação, criada em virtude da legislação especial que havia para a Ilha da Madeira e do modo por que essa legislação havia sido praticada, se podia considerar ao abrigo do disposto no artigo 438.º, na parte em que manda respeitar os direitos adquiridos *por lei e por uso e costume*.

Como já notámos, pelas provisões de 7 e 8 de março de 1493 estabeleceu-se um determinado regime de águas; não pode ver-se nessas provisões uma concessão de águas, não derivando delas direitos subje-

¹ Vejam-se os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de março de 1908 e de 20 de julho de 1909, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 21.º, página 772, e volume 23.º, página 508, e da Relação de Lisboa de 12 de abril de 1910, na citada *Gazeta*, volume 24.º, página 274. Vejam-se muitos outros acórdãos citados por esta *Gazeta*,

ctivos. Em virtude dessas leis e em harmonia com elas estabeleceram-se, porém, usos e costumes, e nenhuma dúvida há de que esses usos e costumes foram considerados pelo código civil como representando um direito adquirido. Atribuindo-lhes a lei esta eficácia, quando não se formaram à sombra de disposições legais, com mais razão lha devia atribuir sempre que por meio deles se efectivasse uma disposição da lei.

Deverá atender-se também a que as razões que levaram o autor do código civil a respeitar os direitos assim adquiridos tinham, em relação à Ilha da Madeira, um valor especial, não podendo deixar de causar uma grave perturbação nas suas condições agrícolas a livre disposição, por parte dos proprietários, das nascentes que havia nos seus prédios, tanto mais que só em casos muito raros a prescrição obstaria a essa livre disposição.

Bastará notar que as levadas eram derivadas dos rios e ribeiros em pontos muito afastados das nascentes, não havendo nos prédios onde elas brotavam construção alguma destinada à captação e condução das águas.

Para obviar aos inconvenientes que estavam resultando da jurisprudência dos nossos tribunais, foi publicada a lei n.º 141 de 20 de abril de 1914, em que se declara:

«Artigo 1.º São mantidas ¹ às entidades jurídicas — levadas na Ilha da Madeira — os direitos por elas adquiridos à data da publicação do código civil,

¹ Deve ser *mantidos*. No projecto que foi apresentado à câmara dos deputados já se encontrava aquele erro de concordância, que se manteve no Senado e assim passou para a lei. Veja-se o *Diário da câmara dos deputados*, sessão de 24 de abril de 1913, e o *Diário do Senado*, sessão de 20 de janeiro de 1914.

sobre certas e determinadas águas que derivam das nascentes existentes em prédios alheios.

«Artigo 2.º As águas, porém, que hajam sido exploradas nesses prédios, pelos seus respectivos donos, a partir daquela data, tendo-as aproveitado em seu uso exclusivo e sem opposição das levadas, durante dois anos pelo menos, consideram-se parte integrante dos prédios em que tiverem sido exploradas, podendo, por isso, os respectivos donos dispor delas livremente».

As entidades jurídicas — levadas na Ilha da Madeira, a que a lei se refere, são as associações dos comproprietários ou heréus das réferidas levadas. Tiveram estas sempre uma administração que superintendia na sua conservação, reparação e restauração, a qual era últimamente constituída pelos proprietários ou heréus e representava as respectivas associações, sendo estas, nos termos da lei de 26 de julho de 1888, associações legais para todos os actos jurídicos, especialmente para, por meio dos seus juizes, direcções ou comissões directoras, quando devidamente autorizadas pela assembléa geral dos consortes ou comproprietários, adquirir, por qualquer meio legítimo, os bens imobiliários precisos, com destino à conservação, acrescentamento ou melhor aproveitamento dos mananciais de águas das levadas¹.

Não vemos a mínima vantagem em que estas associações, que são as que efectivamente formam entidades jurídicas, sejam denominadas *levadas na*

¹ Veja-se a tenção 2.ª do acórdão da Relação de Lisboa de 6 de maio de 1899, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 13.º, página 407, a 1.ª tenção do acórdão da mesma Relação de 17 de novembro de 1900, na mesma *Gazeta*, volume 14.º, página 305, e a 8.ª tenção do acórdão da mesma Relação de 27 de julho de 1901, na *Gazeta* citada, volume 15.º, página 177.

Ilha da Madeira. Estas nada mais são do que águas, artificialmente derivadas, sobre que recaem os direitos dos proprietários ou heréus e que, representando interesses comuns, teem uma administração própria, que promove a efectivação dèsses interesses.

Esta administração de modo algum exclui a acção individual dos proprietários ou heréus na defesa dos seus direitos contra quaisquer terceiros e contra os outros comproprietários.

E' assim que, sendo reconhecida pelos nossos tribunais legitimidade às comissões administrativas das levadas para em juízo demandarem e serem demandadas sobre interesses relativos às levadas, se reconheceu também aos heréus legitimidade para estarem em juízo na defesa dos seus direitos individuais relativos às mesmas levadas.

Os direitos, pois, que pela lei de 20 de abril de 1914 foram mantidos às levadas na Ilha da Madeira, são os direitos que os proprietários ou heréus tinham, em harmonia com a legislação em vigor ao tempo em que o código civil foi publicado e com os usos e costumes por que se efectivou essa legislação, às águas dessas levadas.

Na citada lei de 26 de julho de 1888 declara-se que os proprietários dos prédios irrigados pelas levadas são consortes ou comproprietários das mesmas levadas, vendo-se assim que as águas dessas levadas constituíam uma propriedade comum, mas não estavam no domínio comum.

Declara-se no artigo 1.º da lei de 20 de abril que são mantidos os direitos adquiridos à data da publicação do código civil sobre certas e determinadas águas que derivam das nascentes existentes em prédios alheios.

As levadas podiam ser derivadas já directamente das nascentes, já dos rios ou ribeiros formados pelas mesmas nascentes. Cremos que o segundo modo de derivação será o mais frequente. Reconhecido, porém, o direito às nascentes, implicitamente se reconhece o direito às águas dos rios e ribeiros formados pelas mesmas nascentes.

Resolve-se assim na lei a dúvida suscitada sobre os direitos dos proprietários cujos prédios eram superiores à madre da levada. Não têm esses prédios o direito de presa nos rios ou ribeiros em prejuizo das levadas, visto que se mantiveram aos comproprietários ou consortes das levadas os direitos por eles adquiridos à data da publicação do código civil. Se, a esse tempo, os prédios superiores às levadas não eram irrigados com as águas dos rios ou ribeiros donde as mesmas levadas foram derivadas, também agora o não poderão ser, apesar das disposições consignadas nos artigos 434.º e 436.º do código civil. Havia, ao tempo em que o código civil foi publicado, direito adquirido a essas águas, e esse direito é, nos precisos termos da lei de 20 de abril, mantido, visto que se reconheceu aos comproprietários ou consortes das levadas direito às nascentes de que esses rios ou ribeiros se formam.

Serão, porém, mantidos os direitos adquiridos ao tempo em que o código civil foi publicado, ainda mesmo que tenha havido transacção ou sentença passada em julgado que reconheça aos proprietários dos prédios onde há nascentes o direito a estas, e aos proprietários dos prédios superiores às levadas o direito de irrigarem os seus prédios com as águas dos rios ou ribeiros donde são derivadas as levadas?

Pode haver hesitação na resposta.

Pela afirmativa podem aduzir-se as seguintes considerações:

No artigo 1.º não se ressalvam direitos alguns dos proprietários dos prédios onde há as nascentes e, conseqüentemente, não podem considerar-se também ressalvados os direitos dos proprietários dos prédios banhados ou atravessados pelos rios ou ribeiros que fiquem superiores, em relação a estes, ao ponto em que se faz a derivação das levadas. Mantem-se pela referida lei os direitos adquiridos à data da publicação do código civil, parecendo indiferente que esses direitos tenham sido ou não conservados posteriormente a essa publicação.

E, se atendermos ao disposto no artigo 2.º da mesma lei, mais lógica poderá parecer esta conclusão.

Neste artigo declara-se que os proprietários podem dispor livremente das águas das nascentes que hajam explorado nos seus prédios a partir da publicação do código civil, quando a tenham aproveitado em seu uso exclusivo e sem opposição das levadas, durante dois anos pelo menos. Vê-se assim que, ao passo que pelo artigo 1.º são mantidos, sem a mínima restrição, os direitos adquiridos às águas das nascentes que já existiam ao tempo da publicação do código civil, no artigo 2.º, em que, considerando-se em vigor na Madeira o artigo 444.º do código civil, se atribui aos proprietários a livre disposição das nascentes exploradas nos respectivos prédios depois da publicação do código civil, torna-se dependente esse direito de os mesmos proprietários terem aproveitado as águas dessas nascentes em seu uso exclusivo e sem opposição das levadas, durante dois anos pelo menos. Não se verificando estas condições, parece que não há o

direito de livre disposição dessas nascentes, sobre que terão direito os comproprietários das levadas.

Ora, tendo-se feito esta restrição no artigo 2.º, parece que, se o legislador quisesse ressaltar os direitos que, posteriormente ao código civil, houvessem sido reconhecidos, em relação às águas das nascentes, aos proprietários dos respectivos prédios, deveria referir-se ao facto de os comproprietários das levadas haverem continuado a aproveitar as águas das nascentes posteriormente à publicação do código civil, como se fazia no projecto que foi aprovado pela câmara dos deputados.

Neste projecto, o artigo 1.º era assim formulado: «São mantidos às levadas existentes na Ilha da Madeira os direitos por elas adquiridos à data da promulgação do código civil, e conservados até o presente, sobre certas e determinadas águas que derivem de nascentes situadas em prédios alheios, sem prejuízo do direito dos donos destes prédios a disporem livremente das que resultem de quaisquer mananciais por elles descobertos depois daquela data, e bem assim das que, em virtude de exploração por elles feita nas mencionadas nascentes excedam as quantidades asseguradas às referidas levadas pela primeira parte deste artigo».

Como se vê, só eram mantidos os direitos adquiridos que houvessem sido conservados até o presente. Na lei não se faz esta restrição, e, apesar de a respectiva comissão de legislação declarar que alterou a redacção para maior clareza, parece que, nesta parte, a modificou fundamentalmente, dando à lei efeito retroactivo, mesmo quando os heréus não houvessem conservado os direitos adquiridos.

Para sustentar esta doutrina, pode ainda argumentar-se com o carácter interpretativo que à mesma

lei é atribuído, e que o não era pelo projecto que inicialmente foi aprovado pela câmara dos deputados.

O artigo 2.º deste projecto estava assim redigido: «A prescrição será havida como justo título de aquisição dos direitos mantidos pelo artigo 1.º às referidas levadas, independentemente das condições exigidas nos artigos 438.º, 444.º e 450.º do código civil».

Este artigo foi substituído pelo artigo 3.º da lei, que diz: «Fica assim interpretado, com referência ao objecto da presente lei, o disposto nos artigos 438¹, 444.º e 450.º do código civil, e revogada a legislação em contrário».

Declarando-se que os proprietários ou heréus das levadas tinham, ao tempo em que foi publicado o código civil, direitos adquiridos sobre certas e determinadas águas que derivam das nascentes existentes em prédios alheios, e determinando-se que esses direitos serão mantidos, parece que se consideraram contrárias à lei todas as decisões judiciais que não reconheceram esses direitos, e que tais decisões não ficam tendo a autoridade de caso julgado.

Para se ver o alcance que teria o efeito retroactivo assim dado à lei de 20 de abril de 1914, necessárias se tornam, antes de expormos as razões que em sentido contrário se podem aduzir, algumas considerações prévias.

A lei de 20 de abril interpretou disposições transitórias do código civil, como é a do artigo 438.º; aplicável às águas particulares por força do disposto no § único do artigo 444.º, e determinou o modo por

¹ Na lei vem, por manifesto erro, o artigo 432.º Nos projectos faz-se sempre referência ao artigo 438.º

que, em relação a direitos adquiridos, deviam ser applicadas as disposições consignadas nos artigos 444.º e 450.º Nessa lei não se faz a mínima aclaração à legislação que, ao tempo da publicação do código civil, estava em vigor na Ilha da Madeira. Ora esta legislação não só suscitava algumas dúvidas, mas a prática nem sempre estava de harmonia com o que nessa legislação se preceituava, e a essa prática foram atribuídos efeitos jurídicos em algumas decisões judiciais.

E' assim que nos nossos tribunais, ao determinar-se o alcance da provisão de 7 de março de 1493, se julgou que pela referida provisão os proprietários dos prédios não ficaram inibidos de aproveitarem as águas das nascentes que explorassem nesses prédios, sendo apenas obrigados a não desviar as águas sobejas do seu curso natural, e que se reconheceram a êsses proprietários o direito às águas dessas nascentes, quando as houvessem aproveitado com exclusão dos proprietários das levadas.

Vamos reproduzir o que se dizia a êste respeito em alguns acórdãos da Relação de Lisboa e do Supremo Tribunal de Justiça:

«Considerando que as provisões régias pela sua maior parte de 1493, de 1502 e 1841, que regulam o uso das águas da Ilha da Madeira, emquanto determinam que os donos dos prédios onde existem nascentes de águas tem obrigação de deixar correr tais águas directamente para as levadas ou ribeiros de uso comum, não pode uma tal disposição ser interpretada por forma que iniba o senhorio do prédio em que brotam tais águas de delas usar e se aproveitar para fertilizar os seus prédios, isto é, o prédio em que nascem as águas, antes de as dirigir à levada comum, porquanto uma tal interpretação, além de injusta e

atentatória do direito de propriedade, seria imoral por não consentir que o dono de um prédio se aproveite de um facto seu, tal o de haver pesquisado e explorado nascentes na sua propriedade, gastando capitais só em proveito de estranhos, ficando condenado a ver inutilizados todos os seus trabalhos e despesas e a ver os frutos do seu prédio estiolados com falta de regas, o que tais leis e provisões por certo não queriam nem podiam estatuir, sendo portanto tal interpretação absurda, o que lei alguma autoriza;

«Considerando que tais provisões anteriores ao código civil devem ser interpretadas por uma forma de que não resulte tal absurdo e assim se deve entender, que os donos dos prédios aonde brotam águas de nascente, só depois de se aproveitarem delas para fertilizar os seus prédios é que são obrigados a deixá-las correr directamente para as levadas ou ribeiros comuns, podendo assim dentro das suas propriedades fazer as obras necessárias para bem regarem o prédio onde elas nascem e foram exploradas»¹.

O acórdão foi proferido em harmonia com esta doutrina.

Por outro lado, em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de novembro de 1906, dá-se como provado que a proprietária dum prédio e seus antecessores represavam desde longos anos as águas, a que os consortes de uma levada pretendiam ter direito, em poços antigos e até fechados à chave, e que com essas águas, por meio de regos abertos na sua quinta, irrigavam não só o seu prédio mas outros

¹ Veja-se a 1.ª tenção do acórdão de 7 de dezembro de 1901, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 15.º, página 562.

prédios seus fora dela, e davam e vendiam os sobejos a terceiros e até a alguns dos heréus da levada, factos que o Supremo Tribunal julgou que excluíaem por completo o exercício do pretendido direito dos proprietários da levada, não podendo assim invocar para título desse direito velhos diplomas e disposições já revogadas, que de per si não davam direito a essas águas, mas apenas facultavam a sua aquisição ¹.

Do acórdão da Relação de Lisboa de 6 de maio de 1899, vê-se também que havia, anteriormente à publicação do código civil, nascentes que eram consideradas particulares e que assim haviam sido judicialmente reconhecidas. Na 2.^a tenção desse acórdão, já por nós citada, diz-se a este respeito: «Ainda que a relutância dos proprietários dos terrenos em que brotavam as nascentes de água conseguisse pelo decorrer dos tempos estabelecer direitos em contrário com os expressos preceitos das provisões transcritas, e que esses direitos tenham por si a sanção dos tribunais (documentos *ex fl. e fl.*), o que é certo é que aos proprietários de tais terrenos nunca foi reconhecido outro direito além do de irrigarem esses terrenos com as nascentes dela, tendo de restituir os sobejos aos álveos a que naturalmente se dirigiam».

A atribuição do direito às águas de todas as nascentes existentes em prédios alheios ao tempo em que foi publicado o código civil teria, pois, como consequência, não só que ficariam sem efeito as decisões judiciais em que, por força de disposições consignadas no código civil, se não reconheceu aos proprietários das levadas direitos adquiridos a deter-

minadas nascentes, mas que se anulariam decisões judiciais em que se applicou a legislação especial sobre águas na Ilha da Madeira.

Determinado assim o alcance da questão, vejamos se, em face do disposto na lei de 20 de abril, se devem considerar ressaltados os direitos às nascentes que hajam sido reconhecidos por sentença passada em julgado.

Parece-nos que sim.

No artigo 1.º não se declara que são mantidos os direitos às nascentes, mas *sobre certas e determinadas águas que derivam das nascentes existentes em prédios alheios*. Adoptou-se, como é facil de verificar, a fórmula do artigo 438.º do código civil. Sendo mantidos os direitos *sobre certas e determinadas águas que derivam das nascentes*, consideramos compatível com esta fórmula a existência de nascentes sobre que tenham direito os proprietários dos prédios em que elas brotam, ainda que tais nascentes já existissem ao tempo em que o código civil foi publicado. A expressão *são mantidos os direitos adquiridos* significa apenas que o código civil não invalidou as situações jurídicas que se haviam constituído em virtude da legislação especial, que vigorou na Ilha da Madeira até ao tempo da sua publicação.

É por esta legislação que devem, pois, ser resolvidas as questões que sobre as referidas nascentes se suscitem, e na sua interpretação nenhuma limitação foi imposta ao poder judicial.

Sendo este o alcance do artigo 1.º da lei de 20 de abril, é nosso parecer que não deve considerar-se como sendo de applicação retroactiva quanto aos direitos às nascentes que hajam sido reconhecidos judicialmente ou sobre que tenha havido transacção.

¹ Na *Colecção official*, volume 5.º, página 562.

O carácter interpretativo que se atribui à lei simplesmente terá como consequência que o poder judicial deverá decidir as questões em harmonia com essa lei, embora os factos a que respeitam sejam anteriores à mesma lei. Não deriva dêsse carácter a anulação das decisões judiciais que anteriormente hajam sido proferidas, e em que se tenha aplicado a lei interpretada, dando-lhe um sentido diverso do que lhe foi dado pela lei interpretativa.

Como já notámos, no direito anterior ao código civil era doutrina assente que a lei interpretativa tinha efeito retroactivo, mas exceptuava-se o caso de haver sentença passada em julgado ou transacção, que, sendo a aplicação definitiva da lei interpretada, nunca eram atingidas pela lei nova.

No artigo 8.º do código civil parece admitir-se para as leis interpretativas doutrina diversa da que no mesmo artigo se sancionou para as leis inovadoras, fazendo-se ao princípio de que a lei civil não tem efeito retroactivo uma excepção para a lei interpretativa. A esta excepção faz-se, porém, uma nova excepção — *salvo se houver ofensa de direitos adquiridos*, em virtude da qual as leis interpretativas ficam sujeitas ao mesmo princípio que as inovadoras.

Efectivamente, segundo a fórmula consagrada, ao tempo em que o código civil foi publicado, a nova lei apenas deixa de ter aplicação imediata quando dessa aplicação resulte ofensa de direitos adquiridos, significando-se por esta expressão os direitos que se hajam subjectivado no domínio da lei anterior. Não tendo a lei interpretativa aplicação imediata quando haja ofensa de direitos adquiridos, o princípio que, em relação a ela, foi sancionado, é o mesmo que para as leis inovadoras, podendo assim deprender-se do disposto na segunda parte do artigo 8.º que, na

aplicação da lei interpretada aos factos realizados antes da lei interpretativa, o poder judicial não pode ter em consideração o que nesta lei se dispõe.

Esta doutrina conduzir-nos ia ao absurdo de, uma vez determinado o sentido da lei em norma de carácter geral, o poder judicial ficar ainda com a liberdade de atribuir à lei um sentido diverso, o que equivaleria a negar ao poder legislativo competência para interpretar autenticamente as leis.

Se não pode, porém, deixar de admitir-se que a lei interpretativa tenha efeito retroactivo, no sentido de que deve compenetrar-se na lei interpretada abrangendo assim os mesmos factos que esta, a aplicação retroactiva, no caso de a lei haver sido definitivamente aplicada por meio de sentença ou de transacção, representaria o meio de o poder legislativo anular decisões judiciais, o que teria as mais deploráveis consequências.

Talvez o autor do código civil quisesse pela fórmula *salvo havendo ofensa de direitos adquiridos* significar não os direitos que se haviam subjectivado, mas os que, por meio de sentença ou transacção, se haviam tornado certos no domínio da lei anterior pela definitiva aplicação da mesma lei. Forçoso é reconhecer, porém, que à citada fórmula não se atribuía nem tem atribuído êste conceito, mas é o único que permite dar à segunda parte do artigo 8.º um sentido que a harmoniza com a primeira, estabelecendo-se uma excepção ao princípio relativo à aplicação no tempo da lei inovadora.

Em todo o caso, o que não pode deixar de admitir-se é que os casos julgados anteriores à lei de 20 de abril de 1914 se devem considerar fora do alcance da mesma lei, sendo, como é, compatível a disposição consignada no artigo 1.º com a existência de nas-

centes particulares em prédios alheios, embora tais nascentes já existissem ao tempo em que o código civil foi publicado.

No artigo 2.º da lei de 20 de abril reconheceu-se aos proprietários dos respectivos prédios direito às nascentes que neles hajam explorado desde que foi publicado o código civil, as quais se consideram partes integrantes desses prédios. Torna-se esse direito dependente, porém, como já vimos, de as terem aproveitado em seu uso exclusivo e sem oposição das levadas, durante dois anos pelo menos.

Ao consignar-se na lei esta disposição, teve-se sem dúvida em vista que, salvos os direitos adquiridos, o código civil é aplicável em matéria de águas na Ilha da Madeira. Mas, sendo assim, e havendo uma disposição expressa pela qual o direito às águas das fontes e nascentes é imprescritível, só podendo ser alienado por auto ou escritura pública (artigo 444.º § único), a condição de que o direito às nascentes exploradas depois do código civil se torna dependente não pode explicar-se facilmente.

Por tal condição, parece que se considerou ainda admissível a posse em matéria de águas, sem título que dê direito às mesmas águas. Não parece. Efectivamente admitiu-se essa posse, como se vê da discussão que no Senado houve acerca da lei, em que se manifestou uma lastimável ignorância dos princípios que dominam a matéria das águas no código civil.

Essa discussão recaiu especialmente sobre o seguinte ponto — se devia fazerse excepção ao princípio de que a posse se perde por nova posse que haja durado mais de um ano. O autor da emenda ao artigo pela qual se exige que os proprietários tenham

estado no uso das águas durante dois anos pelo menos explicava-a assim: «É o caso em que o regime das águas se modifica por virtude da abundância de águas ocasionadas pelas chuvas, e daqui resulta a entidade *levada* que por qualquer circunstância desconheça o facto perturbatório do seu direito exercido pelos donos dos prédios donde as nascentes brotam, mais tarde no ano imediato quando quiser exercer esse direito, será o facto consumado.

«Então poderão vir os donos dos prédios donde as águas brotam, com opposição, alegando que o facto perturbatório do direito das levadas já foi praticado no ano anterior, isto é: há um ano. Ora, de tudo isto resulta um pleito, que tem de ser dirimido nos tribunais, ao sabor dos interesses de cada um, quere dizer: dá tudo isto logar a um pleito inconveniente.

«Em dois anos, nem a *levada* pode alegar, que desconhece o facto perturbatório do seu direito, nem os donos dos prédios ficam em circunstâncias de não poderem explorar as suas águas.

«Parece-nos, pois, equitativa esta excepção ao regime geral do código civil».

Como se vê, pretendeu-se garantir mais eficazmente o direito dos comproprietários das levadas às águas das nascentes que pelos proprietários dos respectivos prédios hajam sido exploradas posteriormente à publicação do código civil. Sobre essas nascentes teem, porém, os proprietários desses prédios o direito de livre disposição, e os heréus só poderiam adquirir direito a essas águas por meio de escritura ou auto público.

Atribuir, pois, às comissões administrativas das levadas ou a qualquer dos heréus o direito de, não tendo o proprietário do prédio aproveitado essas águas durante dois anos pelo menos e sem opposição

da levada, se manterem na posse dessas águas, chega a ser um contrasenso.

Pelas nascentes exploradas depois da publicação do código civil, pode ter sido lesado o direito dos heréus das levadas, diminuindo a quantidade de águas das nascentes a que tinham direito. Para evitar que com a exploração de novas nascentes seja lesado esse direito, determinou-se no artigo 3.º § 1.º que os donos dos prédios «não poderão iniciar ou continuar ali trabalhos de pesquisa de águas, sem que requeiram, sejam intimadas as entidades jurídicas — levadas — para, na segunda audiência posterior à intimação, se proceder à nomeação de peritos, nos termos do artigo 235.º e seguintes do código de processo civil, a fim de, em vistoria, serem medidas as águas da levada e ser assegurada a esta a quantidade de água a que tem direito».

O direito dos proprietários dos prédios às águas subterrâneas está, pois, limitado pelo direito que às nascentes que neles existiam ao tempo em que foi publicado o código civil tinham os comproprietários das levadas. É o que resulta de modo iniludível da lei de 20 de abril de 1914, que interpretou os artigos 444.º e 450.º do código civil.

Sendo isto assim, os comproprietários das levadas podem, em relação às nascentes que hajam sido exploradas depois da publicação do código civil e anteriormente à lei de 20 de abril, provando que por elas foi prejudicada qualquer nascente a que tinham direito, obrigar os proprietários a restituir a esta a água de que foram privados.

Parece, porém, que não poderão usar deste direito, se os proprietários dos prédios se utilizaram dessas nascentes durante dois anos pelo menos e sem oposição das levadas.

É este, a nosso vêr, o alcance do artigo 2.º

Quando os heréus tenham estado no uso das águas de nascentes que hajam sido exploradas posteriormente á publicação do código civil, não se utilizando dessas águas de modo exclusivo os proprietários dos prédios onde elas brotam, ou, mesmo no caso contrário, se houve por parte dos comproprietários das levadas oposição ao aproveitamento das nascentes pelos donos dos prédios, parece que os proprietários das levadas podem, alegando e provando esses factos, manter-se no uso das águas dessas nascentes por meio de acções possessórias, desde que o facto da turbação ou do esbulho se não haja dado há mais de dois anos.

Desde que os comproprietários das levadas não aleguem e provem que pela exploração das águas foram prejudicadas as nascentes a que tem direito, entendemos que nenhuns direitos podem exercer sobre as nascentes que hajam sido exploradas posteriormente à publicação do código civil.

§ 4.º — Modalidades e usos das águas

22. *Importância das modalidades e usos das águas na determinação do seu regime jurídico.* A classificação das águas em públicas, comuns e particulares apresenta-nos em síntese os seus caracteres jurídicos, designadamente sob o ponto de vista da sua apropriação e destino. Na aplicação concreta dessa classificação e para a completa determinação do regime jurídico de certas águas, necessário é ter em consideração não só a origem e os modos de ser em que a natureza ou a acção do homem nos proporcionam o aproveitamento das águas, mas as relações

destas com o solo ou terreno juridicamente considerado e os diversos fins a que as águas são applicadas.

Assim, as torrentes ou enxurros formados de águas pluviais não estão sujeitos ao mesmo regime das correntes que se formam de águas telúricas; um lago ou reservatório natural circundado de diferentes prédios particulares não tem os mesmos caracteres jurídicos que uma corrente que atravessa ou banha vários prédios particulares; os direitos dos proprietários dos prédios onde há nascentes são diversos, quanto à livre disposição das suas águas, conforme estas se abastecem ou não os moradores de uma povoação.

Necessário é, pois, que determinemos em geral os diferentes modos de ser e usos das águas, antes de expormos as normas que regulam as águas públicas, comuns e particulares. E este estudo torna-se tanto mais necessário, quanto é certo que o código civil, na secção em que se trata do uso das águas, se refere a algumas modalidades que não especificou nos artigos em que trata das cousas públicas e comuns, e, por outro lado, faz-se nestes artigos referência a outras modalidades que na referida secção não foram tomadas em consideração.

E' assim que nos artigos 380.º e 381.º não se faz referência às águas pluviais, e na secção em que se trata do uso das águas não se fala dos lagos e lagoas nem dos reservatórios artificiais. Não se trata também nesta secção das fontes públicas e comuns pelo que respeita às águas sobejas.

O estudo dos diferentes modos de ser das águas, relacionando entre si todas as disposições que a elles se referem e procurando suprir as deficiências da lei, representa, pois, um estudo indispensável para a determinação do regime jurídico das águas. Só assim

poderemos, com verdadeiro conhecimento de causa, incluir determinadas águas na categoria das águas públicas, comuns ou particulares, e, uma vez feita essa classificação, verificar em todas as suas minudências quais as normas que lhes são applicáveis.

23. *Modalidades das águas a que se referem o código civil e o decreto de 1 de dezembro de 1892.* Nos artigos 380.º e 381.º, o código civil refere-se às *águas salgadas das costas, enseadas, baías, fozes, rias e esteiros*; aos *lagos, lagoas, canais e correntes de água doce navegáveis ou flutuáveis*; às *correntes de água não navegáveis nem flutuáveis*; aos *lagos ou lagoas, e às fontes, reservatórios ou poços*. Na secção em que trata *Das águas* especifica, em subsecções seguidas: as *águas navegáveis e flutuáveis*; as *correntes não navegáveis nem flutuáveis*, referindo-se às *águas remanescentes*; as *fontes e nascentes*, onde se consigna uma disposição especial para as *águas medicinais* e se estabelece o regime jurídico das *águas subterrâneas*, tanto das que existem em prédios particulares, como em terrenos públicos ou de logradouro comum; e as *águas pluviais*, referindo-se às que formam *torrentes e enxurros* que correm por terrenos, estradas ou ruas públicas, e às que caem directamente sobre prédios rústicos ou urbanos. Na subsecção em que trata *Dos canais, aquedutos particulares e outras obras relativas ao uso das águas*, refere-se às *águas vertentes e provenientes de gaiagem, canos falsos, valas, guardamatos, alcorcas ou de qualquer outro modo de enxugo de prédios*.

Aproximando-se mais da antiga terminologia, refere-se o código civil, na secção em que trata *Da accessão natural*, aos *rios e ribeiros*, distinguindo os

rios em rios navegáveis ou flutuáveis e rios não navegáveis nem flutuáveis (artigos 2292.º, 2294.º e 2295.º). No artigo 380.º § 2.º já se usa também da palavra rio para designar as correntes navegáveis ou flutuáveis.

No decreto de 1 de dezembro de 1892 especificam-se, entre as águas salgadas, os portos artificiais (artigo 1.º, n.º 1.º), e, em relação às águas comuns, faz-se referência aos canais, valas e correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, e aos lagos, lagoas ou pântanos (artigo 2.º). No regulamento de 19 de dezembro de 1892 fala-se de águas provenientes de derivações ou levadas (artigo 223.º) e em torrentes ou enxurros de caudal descontinuo (artigo 227.º).

Como é fácil de verificar, nas correntes não navegáveis nem flutuáveis, a que no código civil se dá também a denominação de torrentes (artigo 384.º, §§ 3.º, 4.º e 6.º), consideram-se compreendidas, pela interpretação que ao código foi dada pelos decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892, não só os cursos de água de formação natural derivados de nascentes e águas vertentes, que teem a denominação de rios, ribeiros ou regatos, conforme o volume das águas, mas também os que são formados eventualmente por águas pluviais e ainda os que resultam de derivações que dos rios ou ribeiros se fazem para a irrigação, força mecânica ou abastecimento de povoações, que se denominam propriamente levadas e aquedutos, e ainda de obras para enxugo de prédios, que se chamam, de um modo geral, canais ou valas.

Daqui resulta que no referido regulamento se subordinam ao mesmo regime, pelo que respeita ao uso e polícia ou jurisdição, águas cuja natureza é muito diversa, como vamos salientar, determinando a origem e diferentes modos de ser das

águas que mais directamente interessam ao seu regime jurídico.

24. *Divisão das águas pelo que respeita à sua origem, lugar que occupam e modos de ser.* Nas águas existentes à superfície da terra dá-se uma evaporação continua, de cuja condensação resultam as nuvens, a chuva, a neve e outros meteoros aquosos. O vapor de água atmosférico e os seus grãos successivos de condensação até à sua saída definitiva da atmosfera formam o que se chama *águas meteóricas*, que se contrapõem às *águas telúricas*, existentes já em depressões ou bacias de superfície, *águas superficiais*, já infiltradas na espessura da crusta terrestre, *águas subterrâneas* ¹.

Das águas meteóricas, teem importância sob o ponto de vista jurídico as *pluviais*, que são objecto de regulamentação em todas as legislações, não só pelo que respeita ao seu aproveitamento, mas ainda ao seu esgôto dos prédios superiores para os inferiores. Tal regulamentação respeita apenas às águas pluviais que não se infiltram no terreno em que caem e se escoam para os prédios inferiores, ficam estagnadas ou formam torrentes ou enxurros. As que caem nos rios, ribeiros, canais ou levadas, directamente ou pelo escoamento dos prédios superiores, ficam pertencendo aos referidos cursos de água.

Pelo que respeita às águas telúricas superficiais, as que, existindo em depressões, formam cursos ou

¹ Veja-se o dr. Gonçalves Guimarães, *Elementos de Geologia*, Coimbra, 1895, página 152.

correntes naturais, designam-se na linguagem comum pelas palavras *rio*, *riacho*, *ribeiro* ou *ribeira*. Distinguem-se em *correntes navegáveis* ou *flutuáveis* e não *navegáveis* nem *flutuáveis*, conforme são ou não aptas para a navegação ou flutuação.

No código civil definia-se (artigo 380.º § 1.º) *corrente navegável* a que, durante o decurso inteiro do ano, é acomodada à navegação, com fins comerciais, de barcos de qualquer forma, construção e dimensões; e *corrente flutuável* aquela por onde efectivamente era costume, no acto da promulgação do código civil, fazer derivar objectos flutuantes, durante o decurso do ano inteiro, com fins comerciais, ou a que de futuro for declarada tal pela autoridade competente. E declarava-se (artigo 380.º § 2.º) que, se todo o rio não fosse navegável ou flutuável, mas só parte dele, a esta parte sómente pertenceria a correspondente qualificação.

No decreto de 1 de dezembro de 1892 definiu-se (artigo 1.º § 1.º) *corrente navegável* a que é ou vier a ser acomodada à navegação, com fins comerciais, de barcos de qualquer forma, construção ou dimensões; e *corrente flutuável* aquela por onde se faz derivar objectos flutuantes, com fins comerciais, ou a que de futuro for declarada tal pela autoridade competente. E determina-se no § 2.º do mesmo artigo que, se o rio não for todo navegável ou flutuável, mas só parte dele, a esta parte sómente pertencerá a correspondente classificação.

A noção de correntes navegáveis ou flutuáveis sancionada no decreto de 1 de dezembro corresponde à prática e à jurisprudência anteriormente seguidas, não se julgando necessário que a corrente fosse acomodada à navegação durante o decurso do ano

inteiro para que se considerasse navegável ou fluatável e consequentemente pública ¹.

Quanto aos cursos ou correntes *não navegáveis* nem *flutuáveis*, a sua natureza jurídica está dependente da natureza dos terrenos que atravessam ou banham e de se lançarem ou não no mar ou em alguma corrente de água pública ou comum. Antes de classificarmos juridicamente essas correntes, vejamos como se distinguem naturalmente e qual o modo da sua formação.

Os geólogos distinguem os cursos de água em *torrenciais* e *fluviaes* ou *torrentes* e *rios*.

A palavra *torrente*, de *torreo*, significa literalmente que se seca, applicando-se para designar os cursos de água que secavam nas épocas de estiagem. Dando-se, porém, êste facto com alguns rios ou correntes de importância secundária, atendeu-se à maior ou menor inclinação média do curso de água e à consequente velocidade para a distinção entre *torrentes* e *rios*, considerando-se *rio* a corrente de água natural, permanente ou temporária, cuja inclinação média seja inferior a 0^m,02 por metro. Quando a inclinação seja superior, devem os cursos de água considerar-se *torrenciaes*.

No código civil usa-se das palavras *corrente* e *torrente* para designar entre os cursos de água os que se consideram de uso comum, sem se estabelecer distinção entre êses cursos. A palavra *torrente* é empregada, porém, exclusivamente para designar os cursos que eventualmente se formam pelas águas pluviaes, os quais não estão sujeitos ao mesmo regime jurídico que os cursos de uso comum que o código

¹ Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, páginas 68 e 69.

designa pela expressão *correntes não navegáveis nem fluviáveis*.

Os rios ou ribeiros tem a sua origem em nascentes e em águas vertentes ou coláticas.

A palavra *nascente* designa o ponto em que a água brota à superfície da terra. É o que os romanos chamavam *caput aquæ: caput aquæ illud est unde aqua oritur*¹. É indiferente que as águas brotem espontaneamente ou artificialmente. Em qualquer dos casos considera-se *nascente* da água o ponto em que ela aparece à superfície. A palavra *fonte* designa propriamente o lugar em que a água é aproveitada, especialmente para usos potáveis e domésticos, podendo existir a fonte no próprio lugar onde há a nascente ou ser a água conduzida para a fonte por meio de um aqueduto.

Juridicamente, as palavras *fonte* e *nascente* são consideradas no artigo 444.º como sinónimas. Trata-se nesse artigo das fontes e nascentes existentes em prédios particulares. Há, além dessas fontes e nascentes, as fontes públicas e de uso comum, que tem um regime especial, e há as nascentes em terrenos incultos, públicos e de uso comum. Em relação às águas destas nascentes que não estejam, como tais, no domínio público ou comum, e às águas sobejas das fontes públicas ou de logradouro comum, não se aplicam os mesmos princípios que às fontes e nascentes existentes em prédios particulares.

Estas nascentes pertencem em propriedade ao dono do prédio onde brotam; consideram-se um acessório desse prédio, e as águas conservam a mesma natureza enquanto não ultrapassam os limites

¹ *Digesto*, livro 43.º, título 20.º, lei 1.ª, § 8.º

dêse prédio abandonadas ao seu curso natural. Formando, porém, a água um curso ou corrente logo que sai do ponto em que brota seguindo a depressão do terreno, segue-se que, para se determinar o regime jurídico de uma corrente, necessário é atender à relação que há entre ela e a nascente, pelo que respeita ao prédio em que esta brota. Para os efeitos jurídicos, a nascente só se torna *corrente* quando a água ultrapassa os limites do prédio abandonada ao seu curso natural¹.

As águas derivadas de nascentes e de rios ou ribeiros, designadamente para a irrigação, podem não se infiltrar todas na terra, ou, embora se infiltrem, atravessar num curto percurso os estratos do prédio irrigado e aparecer de novo à superfície nos prédios inferiores.

O nosso código civil parece referir-se às primeiras, denominando-as *águas remanescentes*, no artigo 434.º. Pelo menos, assim foi interpretada essa expressão no artigo 6.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 e no artigo 228.º do regulamento de 19 do mesmo mês e ano, que consideram águas remanescentes as que, depois de servirem nos prédios para que foram derivadas, voltam ao curso da água de que se fez a derivação.

A estas águas dava Lobão a designação de *superfluas* e *trasbordantes*. As águas que, sendo embebidas pelo terreno, atravessam os estratos inferiores do mesmo terreno, aparecendo à superfície nos prédios mais baixos, chamava o mesmo Lobão *águas escoláticas*².

¹ Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem fluviáveis*, página 92.

² *Tratado prático e compendário das águas*, §§ 157.º, 159.º e 160.º

A distinção entre *águas superfluas* ou *superabundantes* e *colaticias*, no sentido que Lobão dava a estas palavras, relaciona-se com o uso das águas. Com este uso se relaciona também a distinção que no código civil se faz entre *águas remanescentes* e *águas sobejas*.

Considerando-se *remanescentes* as que voltam ao curso donde foram derivadas depois de haverem sido utilizadas, as *sobejas* representam as que excedem as necessidades da irrigação ou dos usos industriais a que se destinam, determinando-se esse excedente no próprio curso natural ou no aqueduto antes de se utilizarem as águas.

E' neste sentido que se toma a expressão *águas sobejas* no artigo 436.º § 1.º, que se refere às correntes não navegáveis nem flutuáveis. Tem a mesma significação, em relação ao aqueduto, a expressão usada no artigo 461.º *não forem todas as águas necessárias*. No decreto de 1 de dezembro de 1892 usa-se também (artigo 5.º) da expressão *água sobeja* para designar, em relação às correntes de uso comum, a que excede as necessidades de irrigação dos prédios marginaes.

Parece que as palavras *águas remanescentes*, que foram usadas pela primeira vez por Alexandre Herculano no artigo 9.º da sua proposta, não tinham nesta proposta o mesmo sentido que se lhes está dando. Atribuía-se no artigo citado ao proprietário do prédio atravessado pela corrente o direito de alterar ou mudar o seu leito ou álveo e de derivar as suas águas em parte, «contanto que... inferiormente se não altere o ponto de saída de todas as águas remanescentes do uso do mesmo prédio». Na expressão *todas as águas remanescentes* compreendem-se, sem a mínima dúvida, as que ficaram no corrente

cujo leito não havia sido alterado, quando só parte da água era derivada, e as que, feita a derivação, não eram necessárias ao uso do prédio, devendo a derivação fazer-se de modo que as águas sobejas voltassem ao antigo leito ou álveo da corrente.

E, se atendermos à significação literal da palavra *remanescentes*, parece que só assim deviam ser consideradas as águas que ficam no curso ou aqueduto de que se faz a derivação. *Remanescer*, de *remaneo*, significa parar, ficar, permanecer. *Águas remanescentes* deviam ser, pois, as que *sobram* ou *sobejam*, ficando na corrente ou aqueduto, como *remansos* se chamam as águas que nos rios ficam sem movimento sensível (regulamento de 19 de dezembro, artigo 217.º).

Com o sentido que se liga à palavra *remanescentes*, difícil se torna a distinção entre estas águas e as *colaticias*, cujo regime é todavia muito diverso.

Esta palavra deriva de *colo*, *colare*, verter pouco a pouco, gota a gota, devendo assim significar as águas que, havendo-se infiltrado nos poros e meatos da terra, escorrem dos prédios superiores para os inferiores, abrangendo tanto as águas pluviais, como as águas de irrigação. Tem-se usado, porém, dessa palavra para significar também as que, superabundando na irrigação, decorrem para os prédios inferiores ¹.

O artigo 461.º refere-se a *águas vertentes*, que os donos dos prédios inferiores são obrigados a receber e a dar-lhes passagem. Nestas águas podem considerar-se compreendidas tanto as que superabundam

¹ A estas águas chama-se vulgarmente *escorreduras* e *escorredouros*. Veja-se o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*.

na irrigação, trasbordando para os prédios inferiores, como as que, havendo-se infiltrado no prédio irrigado, se escoam para os prédios inferiores.

A expressão *águas vertentes* pode, pois, considerar-se sinónima de *águas coláticas*, significando-se por ela um estado especial das águas vivas que, especialmente em virtude de irrigações, escorrem ou se escoam para os prédios inferiores.

As águas vertentes ou coláticas teem movimento. Este movimento não resulta, porém, de uma causa perpétua, como nos rios e ribeiros de formação natural; a causa dêsse movimento é a depressão do terreno.

Onde não exista esta depressão e os estratos inferiores do terreno sejam impermeáveis, formam-se depósitos de águas estagnadas ou estancadas, que inundam ou alagam os terrenos e que, tornando estes impróprios para a cultura, podem representar também um grave perigo para a salubridade pública. São os *pântanos*, *marnéis*, *paúis*.

Há, pois, um duplo motivo para o escoamento dessas águas, que se faz por meio de obras adequadas. A elas se refere o código civil no artigo 462.º, falando em águas provenientes de gaivagem, canos falsos, valas, guardamatos, alcorcas, ou de qualquer outro modo de enxugo de prédios.

Com águas desta origem formam-se cursos de água, que representam para a irrigação um importante benefício e que teem sido causa de graves questões.

Na linguagem do código civil parece que a estes cursos de água, que teem um movimento ordinariamente muito lento enquanto não chegam a uma corrente de formação natural, não se dava a designação de *correntes*, palavra que se applicava exclusiva-

mente aos cursos de água de formação natural. É assim que êle distingue no artigo 381.º os *canais das correntes navegáveis* ou *flutuáveis*, e que, tratando das *correntes não navegáveis nem flutuáveis*, distingue destas correntes os *canais*, *aquedutos* e *outras obras relativas ao uso das águas*.

E razão havia para estabelecer esta distinção, dando uma designação própria aos cursos de formação natural, sendo que os canais e valas que teem por fim o enxugo de terrenos ou aproveitamento das águas coláticas não estão sujeitos, segundo o código civil, ao mesmo regime que aqueles cursos. E' expressivo a êste respeito o artigo 462.º, em que se declaram applicáveis às águas provenientes do enxugo dos prédios e que atravessem prédios particulares até que cheguem a *alguma corrente* ou *outra via de escoamento*, não as disposições relativas às correntes não navegáveis nem flutuáveis ou águas de uso comum, mas as relativas aos canais, aquedutos e outras obras relativas ao uso das águas.

No *Plano de organização dos serviços hidrográficos no continente de Portugal*, aprovado por lei de 6 de março de 1884, fala-se (artigo 1.º, alíneas b e c) de *rios*, *valas*, *canais*, *esteiros* e *outras correntes de água*, *navegáveis* ou *flutuáveis*, e *não navegáveis nem flutuáveis*, abrangendo-se assim na palavra *correntes* tanto os cursos naturais como os artificiais. No decreto de 1 de dezembro de 1892 e no regulamento de 19 do mesmo mês e ano, se há artigos em que se especificam, parecendo assim indicar-se que se trata de cursos de diversa natureza, as *correntes*, *valas* e *canais*, dando-se à palavra *correntes* a mesma significação que tinha no código civil, há muitos outros artigos, e até epígrafes de capítulos, em que se fala de *rios*, *valas*, *esteiros* e *mais correntes de água*, compreendendo

assim nas *correntes* tanto as de formação natural, como as que representam um meio artificial de condução de águas.

Conveniente seria que em assunto tão importante houvesse uma terminologia rigorosa, e, limitando-nos aqui a notar o diverso sentido que à mesma palavra se liga nos diferentes diplomas legislativos, mais tarde veremos as dúvidas que daí resultam para a determinação do regime jurídico dos diferentes modos de ser das águas. Podemos, porém, assentar desde já que, para caracterizar juridicamente os diferentes cursos de água, tem de se atender, entre outras circunstâncias, à sua origem e ao modo por que se estabelece esse curso, sendo diversas as normas que regulam as correntes que, tendo uma causa perpétua de movimento, seguem um leito aberto pelas águas, e as que, tendo um movimento apenas causado pelas depressões do terreno, se reúnem ou aglomeram num leito aberto artificialmente.

As águas correntes podem ser utilizadas já no próprio curso, como succede com a navegação e flutuação, na lavagem ou maceração, já derivadas do curso por meio de aquedutos, como se dá com a irrigação, com determinados usos industriais, abastecimento de povoações.

A derivação das águas faz-se por meio de *presas*, *açudes* ou *barragens*, sendo nitida a distinção que há entre a *presa* e o *aqueduto*, até no caso em que aquela represente, como esta, uma servidão.

As águas que por meio de presas e aquedutos são derivadas dos rios ou ribeiros dá-se propriamente o nome de *levadas*. Estas são cursos de água artificiais, que não estão sujeitas ao mesmo regime que os cursos naturais. Mesmo no caso de a derivação

das águas ser feita pelo Estado ou pelos municípios ou paróquias, já para fins industriais, já para a irrigação de terrenos ou para abastecimento de povoações, não há sobre esses aquedutos os mesmos direitos que há sobre as correntes não navegáveis nem flutuáveis. Podem esses aquedutos ser *comuns*, no sentido que a esta palavra se dá no artigo 381.º Não são, porém, as águas que por elles se conduzem águas comuns, conforme o regime que para estas se estabelece nos artigos 434.º e seguintes.

Basta atendermos à sistematização das disposições do código civil relativas ao uso das águas, em que se trata das *correntes não navegáveis nem flutuáveis*, numa subsecção diversa daquela em que se trata dos *canais, aquedutos particulares e outras obras relativas ao uso das águas*, para nos convenceremos de que as levadas que, para fins agrícolas, industriais ou usos domésticos, sejam derivadas dos rios e ribeiros, não tinham, segundo o código civil, nem teem actualmente, como veremos, a mesma natureza jurídica que os rios ou ribeiros.

Há levadas que teem quasi a mesma importância que os rios e ribeiros, e por vezes até superior sob determinados pontos de vista, que percorrem grandes distâncias. A essas levadas dá-se também vulgarmente o nome de ribeiros, e algumas são até conhecidas pela designação de *rio novo*. Representam essas levadas, derivadas por meio de açudes, o meio por que se podem utilizar as águas em prédios que ficam, já distantes do rio ou ribeiro, já em plano superior ao do mesmo rio ou ribeiro no tracto em que banha os mesmos prédios.

Estas levadas não estão, como veremos, apesar da sua importância, subordinadas ao mesmo regime que os rios ou ribeiros de formação natural. Apesar do

pouco rigor que, sob o ponto de vista da classificação dos cursos de água, se nota no regulamento de 19 de dezembro de 1892, a verdade é que as direcções das circunscricões hidráulicas não teem tido ingerência directa no regime das levadas, havendo muitos concelhos em que essa ingerência é exercida pelas camaras municipais.

As águas existentes em superficies formam os *mares* e os *lagos* como depósitos naturais. Além destes depósitos naturais, há os artificiais, que teem diversos fins.

Podem estes depósitos servir para o represamento de águas de nascentes e correntes, a fim de se aproveitarem mais convenientemente na irrigação, em serviços de limpeza ou hygiene, abastecimento de povoações, como bebedouros. Há também reservatórios de águas pluviais, a que se dá o nome de *cisternas*.

A natureza jurídica dos reservatórios depende especialmente do fim a que são destinados e do terreno em que são construídos.

As águas subterrâneas, provenientes de infiltrações pelos poros e fendas das rochas, veem a maior parte das vezes, depois de um percurso mais ou menos longo e, em relação à superficie, pouco profundo, de nôvo à superficie. E' assim que se origina a quasi totalidade das nascentes.

As águas subterrâneas podem formar bacias, quando a uma certa profundidade exista um leito impermeável, que obste à sua infiltração, caso em que se acumulam na parte inferior dos estratos permeáveis. Para o aproveitamento destas águas, abrem-se poços até se encontrar a parte superior do terreno argiloso.

25. Usos das águas. O carácter jurídico das águas está dependente do seu fim ou destino. E' assim que as águas públicas teem como principal fim a satisfação dos interesses da navegação ou flutuação e as comuns a dos interesses agrícolas, sendo especialmente em harmonia com tais interesses que se estabelece o regime jurídico dessas águas.

Sendo as águas públicas destinadas principalmente à navegação ou flutuação, outros interesses há cuja satisfação essas águas proporcionam e que devem ser atendidos sempre que sejam compatíveis com os da navegação ou flutuação. Assim, as águas públicas podem satisfazer importantes necessidades agrícolas, pela irrigação, enateiramento e colmatagem; necessidades industriais, já como força motora utilizada em espécie ou mediante a produção de energia eléctrica, já para a lavagem ou maceração de determinados produtos; necessidades de hygiene ou segurança pública; necessidades domésticas.

A satisfação da maior parte destas necessidades dá-se, derivando as águas da corrente por meio de presas e aquedutos, e está dependente de autorização ou concessão.

As correntes não navegáveis nem flutuáveis, sendo especialmente destinadas à irrigação dos prédios marginais, podem, já na própria corrente, já por meio de derivações, ser utilizadas para outros fins. E' assim que, em relação às águas sobejas, podia dar-se a concessão delas para fins industriais anteriormente ao decreto de 27 de maio de 1911, e que por êste decreto essas correntes podem ser utilizadas para oficinas hidráulicas, tendo os proprietários cujos prédios eram irrigados apenas o direito de ser indemni-

zados dos prejuízos que sofrerem pela derivação das águas para essas oficinas. Podem as correntes não navegáveis nem fluviáveis ser utilizadas para abastecimento de povoações, limitando-se os direitos dos proprietários marginais em harmonia com as necessidades desse abastecimento (artigo 440.º).

O aproveitamento destas águas faz-se pela sua derivação por meio de presas e de aquedutos.

Nas águas particulares, o direito de livre disposição é limitado também pela utilização dessas águas para determinados fins. E' assim que se atende ao facto de os habitantes de uma povoação se costumarem abastecer das águas de uma determinada fonte ou nascente para inibir o proprietário de mudar o seu curso costumado (artigo 447.º).

Necessário é, pois, ter sempre em vista, para a determinação do regime jurídico das águas, o fim a que são destinadas ou o seu uso costumado.

§ 5.º — As águas no direito civil, administrativo e internacional

26. *Doutrina de Gianzana acerca do lugar que às águas deve ser dado no código civil e ao aspecto sob que neste devem ser consideradas: critica dessa doutrina.* Na sua obra *Ragione civile delle acque*, escreveu Romagnosi: «La ragione civile delle acque costituisce un corpo di dottrina speciale, nel quale, oltre ai dettami comuni con gli altri beni, esso associa vedute e principi propri, derivati non solamente dall'indole e dalle leggi fisiche, ma eziandio dai suoi servizi, strettamente sociali. Conviene disimpegnare questo argomento della folla delle comuni dottrine, conviene atteggiarlo secondo l'indole sua, conviene ravvisarlo nell'ultimo suo perfezionamento».

Gianzana, que reproduz mais de uma vez estas palavras, chamando-lhes *aureo precetto*, tenta determinar, analisando os diferentes aspectos sob que as águas são consideradas no direito, qual é nesta matéria a parte que pertence ao direito civil e a que pertence ao direito administrativo.

Começa fazendo a distinção entre a água fluido benéfico, fertilizador dos terrenos e força motriz gratuita, que diz ser matéria exclusiva do direito privado, sendo os princípios e normas do direito civil que a informam e regulam, e a água perigo permanente, em que, ao rigor do direito civil, se substitui o poder e competência da administração pública.

No direito civil, as águas são, diz-nos Gianzana, reguladas na teoria das *servidões*, porque o seu aproveitamento se dá, ou derivando a água de um prédio (*presa*), ou conduzindo-a através de um prédio (*aqueduto*), ou escoando-a para um prédio (*esgôto*), sendo assim a espécie jurídica que primeiro e mais evidente se apresenta a da constituição de uma servidão num prédio em proveito de outro prédio. Os contratos e as várias relações de direito respeitantes ao uso das águas são sempre a *constituição ou modificação de verdadeiras servidões*, porque, se deixam de ter esta natureza, se o contrato tem por objecto as águas consideradas de per si, *materialmente*, não é aplicável *juridicamente* a teoria das águas.

«Se eu compro, diz Gianzana, uma presa de água, ou constituo um aqueduto ou esgôto sobre um prédio de outrem, só posso dar vida a uma servidão, criando uma vantagem para o meu prédio mediante um ónus imposto sobre outro. E' na verdade, se na presa não se compreende que o contrato possa deixar de ser uma servidão, porque, comprando um rêgo de água, não faço mais do que adquirir um *direito de presa* e

de *aqueduto* que, considerados no seu conjunto, formam o *rêgo*, no *aqueduto*, o único caso em que poderia ser proprietário dele era o de adquirir o terreno onde corre, mas então não adquiriria um *direito de aqueduto*, mas uma faixa de terra, em que abrirei ou não um *aqueduto*, não constituindo êste, se for aberto, uma *servidão*, porque *res sua nemini servit*. Sucederá o mesmo se compro um *prédio* em que há uma fonte, não adquirindo neste caso um *direito de presa*, mas a propriedade de um *prédio*, do qual a fonte é um *accessório*. Outro tanto se dará com o *esgôto*».

Justifica assim Gianzana o método do código civil italiano, que, tomando como *modelo* e *guia* o código civil francês, tratou da propriedade e uso das águas no instituto das *servidões*. Reconhece, porém, o conceituado *jurisconsulto* que a matéria é tão importante, tem aspectos tão especiais e *desarmônicos* com os princípios que regulam as *servidões*, que se compreende que «deva ser considerada de *per si*, reconstituindo-se, como escreve Romagnosi, num instituto *autônomo*, embora nem por isso deixe de estar subordinada á teoria geral das *servidões*». E, examinando alguns dos aspectos especiais em que às águas não podem aplicar-se os princípios relativos às *servidões*, nota que as águas e os direitos de *presa* ou *aqueduto* são susceptíveis de *hipoteca*; que as *servidões* de águas são, ao contrário do que sucede com todas as outras *servidões*, *idóneas para serviços que podem separar-se* do *prédio* em proveito do qual se constituíram; que, tendo as *servidões* o carácter da *perpetuidade*, sucede o contrário com as águas, admitindo o legislador não só as concessões de águas por tempo determinado, mas até o *aqueduto* forçado por tempo não superior a nove anos; que há casos em que as águas constituem uma propriedade distinta dos pré-

dios, sendo *objecto* de relações especiais, como a da propriedade comum, estranhas à teoria das *servidões*.

E' esta a doutrina de Gianzana acêrca do lugar que na *sistematização* das normas do direito civil devem ocupar as relativas às águas.

Relativamente ao aspecto sob que se consideram as águas no direito civil, diz-nos Gianzana que, no direito civil, a água é considerada de *per si*. Quando pela *aglomeração* das águas se formam *rios* e *torrentes* e se estabelecem as normas adequadas para o seu regime em harmonia com os interesses que as águas desses rios e *torrentes* devem satisfazer, entramos nos *domínios* da administração pública, sendo numa lei *sobre obras públicas* que as referidas normas tem o seu lugar próprio.

Ainda nesta parte Gianzana faz certas restrições, notando que, se «os *rios* e *torrentes* são de ordinário matéria de direito administrativo, as suas águas entram sob outros aspectos no tratado civil da teoria das águas, como, por exemplo, na parte em que são susceptíveis de propriedade privada e formam *derivações*, quer para a irrigação, quer para a força motora, e que é conveniente ter sempre presente êste conceito para compreender as afinidades dos vários casos e aplicar, conforme os mesmos casos, princípios diversos»¹.

A simples exposição da doutrina de Gianzana é suficiente para nos mostrar que a inclusão da matéria da propriedade e uso das águas no instituto das *servidões* de modo algum se harmoniza com os princípios a que deve obedecer a *sistematização* das

¹ Veja-se a *Teorica delle acque private*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 1.º, páginas 476 a 478, 534 e 535.

normas do direito civil, visto que não são aplicáveis ao direito de propriedade e uso das águas princípios que caracterizam substancialmente as servidões prediais. Não se compreende, por exemplo, a razão por que se considerou o direito que tem o proprietário de usar livremente de uma nascente que brote em prédio seu como uma servidão que derive da situação dos lugares, como o fez o código civil francês (artigo 641.º), e o italiano (artigo 540.º); não julgamos possível descobrir qualquer vislumbre de uma servidão predial no direito que o proprietário marginal de uma corrente não navegável nem fluviável tem de derivar a água dessa corrente para irrigar o seu prédio, direito que foi todavia considerado também pelos citados códigos como uma servidão que deriva da natureza dos lugares (código francês, artigo 644.º e código italiano, artigo 543.º); no direito que se atribui aos habitantes de uma povoação de se abastecerem da água de uma nascente, ficando o proprietário desta inibido de a desviar do seu curso costumado, o qual no código francês (artigo 643.º) e no italiano (artigo 542.º) se considera como uma servidão predial, não há prédio dominante, e, todavia, em qualquer desses códigos se define *servidão* o encargo imposto num prédio para uso e utilidade de outro prédio pertencente a diverso proprietário (código francês, artigo 637.º e código italiano, artigo 531.º).

Por um lado, o direito de propriedade e de uso das águas não pode nem deve confundir-se com as servidões que, para se tornar efectivo aquele direito, se tornem necessárias; por outro lado, limitações há ao direito de propriedade das águas, que, do mesmo modo que determinadas limitações por lei impostas à propriedade dos prédios rústicos e urbanos, se não explicam pela teoria das servidões.

E' assim que o direito de presa pode existir sem a servidão de presa, o que se dará sempre que a água seja derivada directamente da corrente para o prédio a que se destina. Pode existir a servidão de aqueduto sem a servidão de presa, o que sucederá sempre que o proprietário do prédio onde há a nascente conduza a água para outros prédios seus através de prédios alheios. A limitação que a lei impõe ao proprietário quanto ao direito de dispor das águas das fontes e nascentes, se delas se abastecerem os habitantes de uma povoação, entra no próprio conteúdo do direito de propriedade determinado por disposição expressa da lei (artigo 2176.º).

Trata-se de uma limitação imposta pela lei a que se tem dado a designação de *servidão*, mas em que se não verificam os caracteres que, desde o direito romano, individualizam as servidões prediais. E' por este motivo que as servidões legais se consideram actualmente como entrando no próprio conteúdo do direito de propriedade, visto que os poderes que deste direito derivam são determinados, como poderes legais que são, em harmonia com a lei.

Não é, pois, na teoria das servidões, mas na parte em que se trata do conteúdo do direito de propriedade, que devem determinar-se não só os direitos às águas que brotem nos próprios prédios e ainda às águas que os atravessem ou banhem, mas também as limitações que, já em benefício de outros prédios, já dos habitantes das povoações, por lei sejam impostas aos proprietários dos prédios onde há nascentes ou que são atravessados ou banhados por correntes.

Mas há mais.

As águas podem, como vimos, considerar-se como um acessório de um prédio ou formar bens autónomos. Ora se pode explicar-se pelo conteúdo do direito de

propriedade a propriedade de uma nascente, não podem explicar-se do mesmo modo todos os direitos sobre as águas das correntes navegáveis e flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis.

Estas correntes, que estão no domínio público ou no domínio comum, teem uma existência jurídica autónoma, não se considerando partes componentes nem integrantes dos prédios que atravessam ou banham.

Como já dissemos, essas correntes estão apropriadas pelo Estado e há sobre elas direitos privados. Sem nos pronunciarmos, por ora, acêrca da natureza dos direitos que se exercem sobre as cousas que estão no domínio público ou no comum, nenhuma dúvida há de que não podem deixar de considerar-se como direitos privados os direitos adquiridos às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis que foram respeitadas pelo código civil; direitos privados teem de se considerar também os dos proprietários marginaes às águas das mesmas correntes.

Não pode, pois, dizer-se que os rios e torrentes, considerados como determinados volumes de águas, são exclusivamente regulados pela legislação relativa às obras públicas. Se é certo que, sob determinados aspectos, essa matéria pertence ao direito administrativo, não o é menos que, sob outros aspectos, entra nos domínios do direito civil.

Qual é o critério por que deverá determinar-se a competência da administração pública e o domínio do direito privado relativamente às águas?

Antes de respondermos a esta pergunta, vejamos como está sistematizada no nosso código civil a matéria relativa às águas, e o que, nesta matéria, por elle se considerou pertencente ao direito administrativo.

27. *Lugar que a matéria das águas ocupa no nosso código civil; critica.* O nosso código civil refere-se às águas, considerando-as em determinadas correntes e depósitos, na parte 2.ª, livro 1.º, título 2.º, a propósito das cousas que podem ser objecto de apropriação e das suas diferentes espécies em relação à natureza das mesmas cousas ou das pessoas a quem pertencem, e trata especialmente dos direitos sobre as águas na mesma parte e livro, título 3.º, capítulo 4.º, que tem por epígrafe *Da occupação dos objectos e productos naturais, comuns ou não apropriados*, secção 2.ª, intitulada *Das águas*, que está dividida em cinco subsecções, em que se trata sucessivamente: 1) *das águas publicas e particularmente das águas navegáveis e flutuáveis*; 2) *das correntes de águas não navegáveis nem flutuáveis*; 3) *das fontes e nascentes*; 4) *das águas pluviais*; 5) *dos canais, aquedutos particulares e outras obras relativas ao uso das águas*.

Pela classificação que das águas se faz no código civil em águas publicas, comuns e particulares, determina-se de um modo geral o seu regime jurídico, os direitos que sobre elas podem recair.

Sendo no código civil que se acha regulado o instituto da propriedade, e determinando-se no mesmo código os direitos que sobre as cousas podem ser exercidos, a qualificação das cousas que estão no domínio público, no domínio comum e no domínio privado, deve considerar-se como tendo o seu assento próprio nesse código, embora em leis administrativas se possam especificar quais as cousas que estão no domínio público ou no domínio comum.

Em matéria de águas não se limitou o código civil a essa classificação, determinando em relação tanto

às águas públicas, como às comuns e particulares, os direitos que sobre elas se podem exercer, considerando essas águas como produtos naturais, comuns ou não apropriados.

É evidente que, tendo considerado as águas, na classificação que delas fez em publicas, comuns e particulares, como formando um todo que está apropriado colectivamente ou individualmente, só podia ter em vista, na parte em que trata *Das águas, a aqua profluens*, as moléculas que incessantemente se deslocam e que excluem, por sua própria natureza, a idéa de domínio ou de propriedade. E assim teríamos que, formando as correntes ou lagos com os leitos e margens um todo que se acha apropriado, as águas dessas correntes e lagos, consideradas de per si, seriam uma *res nullius*, susceptível de ocupação. A água e não a corrente ou nascente deveria ser considerada como um produto natural comum ou não apropriado.

Exceptuada a classificação das águas em públicas, comuns e particulares, que não vinha no projecto primitivo, era neste projecto o mesmo que no código o lugar em que se tratava *Das águas*. Não pode, pois, dizer-se que na sistematização das disposições relativas ao uso das águas se tivesse em consideração o conceito que acêrca das águas comuns se formava na proposta de Alexandre Herkulano.

E, para se ver que foi efectivamente a idea de que a *aqua profluens* era uma coisa *nullius*, que se apropriava consequentemente pela ocupação, que determinou o autor do código civil a incluir as águas na teoria dêste modo originário de aquisição, basta ler os artigos 443.º e 444.º, em que o direito de presa se denomina *ocupação*. Trata-se da derivação das águas de uma corrente ou torrente, presupondo-se até que para essa derivação se tornam necessárias

obras permanentes. Faz-se, pois, a derivação num ponto determinado da corrente ou torrente e em relação a um certo volume de água. Essa presa representa, na teoria do código civil, a *ocupação* da água.

Não é isto, porém, o que realmente se passa. Pela presa, enquanto esta subsistir, há o direito de derivar a água, e seria a água assim derivada que se *ocuparia*. Mas é evidente que, antes de se ocupar a água, há, o *direito de a ocupar*, direito que se efectiva na própria corrente. Era o que no nosso antigo direito se chamava *preocupação*, que se dava sobre cousas que estavam no domínio público ou eram de logradouro comum.

Ora no sistema do código civil não pode explicar-se o direito de ocupar ou apropriar a corrente, visto que êsse direito recai sobre uma coisa que, estando no domínio público ou no comum, já se acha apropriada. Pode explicar-se pela ocupação o direito que se adquire à água que se tira da corrente; não se explica assim o direito de usar da água na própria corrente ou de a derivar da corrente.

Se, porém, em relação às águas públicas ainda se poderia sustentar que o direito de as apropriar significa fundamentalmente a ocupação da *aqua profluens*, vendo-se na presa apenas um meio de tornar efectivo êsse direito, e não um direito que deva considerar-se de per si ou integrado no prédio a que a água se destina, em relação às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis e às águas particulares, o conceito de ocupação tem de ser completamente posto de lado para explicar o regime dessas águas no código civil.

O direito às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis é atribuído aos proprietários dos prédios que essas correntes atravessam ou banham.

O direito de presa dessas águas não entra, pois, na teoria da ocupação, visto que êsse direito se exerce sobre águas que, não sendo sobejas, só os proprietários dêsses prédios podem utilizar para a sua irrigação. Sobre as águas particulares há o direito de uso e livre disposição.

Vê-se assim que, não podendo justificar-se a inclusão das águas na teoria das servidões, também se não pode de modo algum sustentar que lhes fosse dado um lugar adequado no nosso código civil. Os direitos que sobre as águas podem exercer-se, o regime que para elas se estabeleceu, não podem explicar-se pela teoria da ocupação.

No regime das águas é fundamental a idêa de que elas estão no domínio público, no domínio comum e individualmente apropriadas. Na apropriação individual há o direito de livre disposição. Na apropriação colectiva, as águas são por lei destinadas para determinados fins e podem ser utilizadas em harmonia com o que nos regulamentos administrativos se estatui.

O regime das águas tem, pois, o seu assento próprio no instituto da propriedade. Admitida a idêa de propriedade em relação às cousas que estão no domínio público e no comum, os direitos que há sobre essas cousas tem de explicar-se como formando o conteúdo dessa propriedade ou como limitações a êste direito.

Falando-se de cousas que estão no domínio público e no comum, não se exprime por estas palavras apenas uma apropriação colectiva para determinados fins; designa-se por elas a administração dessas cousas pelas entidades que as apropriaram, um complexo de poderes que essas entidades sobre elas exercem, para que se tornem effectivos os fins a que se destinam.

28. *Aspectos sob que se consideram as águas no código civil e na legislação administrativa.* O que acabamos de dizer é suficiente para nos indicar os aspectos sob que as águas se consideram no direito civil e no direito administrativo.

Diz-se a êste respeito no capítulo 8.º do relatório que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892: «A autoridade que tem o Estado de superintender e regular o uso e aproveitamento das águas dos lagos, rios e mais correntes navegáveis e fluviáveis, e a execução das obras nas suas margens, álveos ou leitos, não pode ser posta em dúvida à face da doutrina expressa do código civil. Nos não navegáveis nem fluviáveis, o uso das águas está da mesma maneira sujeito às disposições dos regulamentos administrativos. Um dos caracteres das cousas comuns, a cuja classe pertencem os rios e correntes de água não navegáveis nem fluviáveis é que delas só se pode tirar proveito em conformidade com os regulamentos administrativos, podendo portanto naquelas correntes o Governo regular o uso das águas. Ainda que pela lei se considere o álveo dos rios não navegáveis nem fluviáveis, como propriedade dos donos dos prédios confinantes, nenhum deles pode fazer na parte respectiva obra alguma que estreite o álveo ou torne menos rápida a corrente, porquanto a propriedade do leito acha-se sempre gravada com a servidão natural que deriva da situação dos lugares, e que ninguém pode tornar mais onerosa para os vizinhos. O código civil reconhece apenas o direito; a forma do gozo dêsse direito é já da competência da legislação administrativa. Assim o dono do prédio fronteiro a uma corrente não navegável nem fluviável não

pode derivar a água da corrente para fins industriais, com prejuízo dos direitos doutrem, mas unicamente para aplicação agrícola. O dono da propriedade marginal é obrigado a remover todos os obstáculos, ao livre curso das águas, que tiverem origem nos seus prédios, como levantar paredes, cortar árvores, raízes, que embaracem o curso das águas. Quem transgredir os preceitos dos artigos 441.º e 442.º do código civil, fica sujeito: 1.º, a pagar as despesas feitas para tornar salubres as águas que tenha corrompido, e para conservar desembaraçado o curso das águas; 2.º, a indemnizar os vizinhos e o público de qualquer prejuízo que sofrerem com a insalubridade das águas ou com os estorvos postos ao seu livre trânsito; 3.º, a pagar as multas. Portanto o uso das águas e a execução das obras nos álveos, leitos ou margens dos lagos, rios e correntes de água não navegáveis nem fluviáveis estão sujeitos aos regulamentos que a administração formule».

A competência administrativa em matéria de águas pode considerar-se rigorosamente determinada, nos períodos que transcrevemos, em harmonia com as disposições consignadas no código civil. Fixado neste o destino das águas públicas e das águas comuns e determinados os direitos que, em harmonia com esse destino, podem ser exercidos sobre essas águas, o modo por que esses direitos hão de exercer-se e todas as medidas tendentes a assegurar a regularização e conservação do regime das correntes navegáveis e fluviáveis e não navegáveis nem fluviáveis, de modo que preencham os fins para que são destinadas e se evitem os prejuízos que podem causar, pertencem aos regulamentos administrativos.

Trata-se de um serviço público com uma organi-

pontos fundamentais, visto que dele está dependente em grande parte a efectivação dos direitos que são reconhecidos pelo código civil.

Nos termos deste código, parece que a administração directa do Estado devia exercer-se apenas sobre as águas públicas por elle apropriadas, competindo às respectivas autarquias territoriais a administração das águas públicas cuja propriedade lhes pertence e a de todas as águas comuns. Era esta a doutrina que, partindo-se do princípio de que as cousas comuns estão apropriadas e de que pertencem às pessoas colectivas que representam os interesses comuns dos individuos compreendidos em certa circumscrição administrativa ou que fazem parte de uma corporação pública, estava sancionada nos artigos 380.º e 381.º E em harmonia com ela se dispunha no artigo 443.º que as multas pelas infracções aos preceitos consignados nos artigos 441.º e 442.º seriam cominadas nas posturas municipais.

Em relação às águas comuns e às particulares, a ingerência do Estado parece que devia limitar-se às medidas que se tornassem indispensáveis aos interesses gerais da agricultura, da indústria, da hygiene ou da salubridade pública. Nos termos, porém, do decreto de 1 de dezembro de 1892 e do regulamento de 19 do mesmo mês e ano, a administração directa do Estado exerce-se também sobre águas que pelo código civil e pelo decreto citado são consideradas comuns.

Não recai esta administração do Estado sobre todas as águas comuns, havendo águas comuns que são administradas pelas autarquias locais, tornando-se assim necessário estabelecer os critérios por que deve determinar-se a competência da administração pública

Antes de tratarmos dêste assunto, vejamos como está organizada a administração pública relativa aos serviços hidráulicos.

29. Regulamentos relativos a serviços hidráulicos; circunscrições hidráulicas. A lei de 6 de março de 1884, que decretou para o vale do Tejo providências semelhantes às que pela lei de 1 de julho de 1867 haviam sido estabelecidas para a bacia do Mondego e autorizou o Governo a tornar extensivas a todo o país as disposições daquela lei e do decreto de 26 de dezembro de 1867, em que, além das providências que tinham por fim o melhoramento dos campos do Mondego, se regulava o uso das águas e a construção de obras neste rio e em seus afluentes e valas e se adoptaram medidas de policia para a sua conservação, dividiu (artigo 15.º, § único) o continente do país em quatro circunscrições hidráulicas, com direcções especiais. A primeira abrangia todas as bacias hidrográficas ao norte do país desde o rio Minho até ao rio Douro, inclusivamente; a segunda todas as bacias hidrográficas desde o rio Douro até ao rio Liz, inclusivamente; a terceira todas as bacias hidrográficas desde o rio Liz até ao rio Tejo; a quarta todas as bacias hidrográficas desde o rio Tejo até ao limite sul do país.

Para a execução da lei de 1884 e em virtude da autorização que nela foi dada ao Governo, publicou-se o regulamento de 2 de outubro de 1886, em que se estabeleceram as quatro circunscrições hidráulicas.

Acêrca dêste regulamento diz-se no já citado relatório que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892: «A prática tem mostrado que muitas das disposições dêste regulamento são, umas quasi inexe-

quíveis, outras de difficil execução, e finalmente que outras não obteem a sanção de todas as autoridades judiciais a quem está cometido o julgamento das transgressões aos preceitos do mesmo regulamento; algumas daquelas autoridades consideram certas prescrições do regulamento contrárias à doutrina do código civil».

Para se conseguir a necessária harmonia entre as disposições regulamentares e as da lei, julgou-se necessário «que a publicação de quaisquer novas providências regulamentares seja precedida pela publicação de um decreto com força de lei, no qual se explique a doutrina do código civil e se estabeleçam os princípios gerais que devem regular o uso das águas e a execução e conservação das obras para o seu aproveitamento e para o melhoramento dos campos marginaes».

Obedeceu a este intuito o decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, em que, tratando-se da organização dos serviços hidráulicos e do respectivo pessoal, se estabeleceram no título 1.º disposições fundamentais acêrca das águas públicas, comuns e particulares e dos excedentes e remanescentes de águas, em que se esclareceram e modificaram algumas disposições do código civil.

Nesse decreto o continente do país foi dividido em duas circunscrições hidráulicas (artigo 28.º § 1.º), a primeira com sede em Lisboa, compreendendo as áreas da terceira e quarta circunscrição hidráulicas fixadas pela lei de 6 de março de 1884; e a segunda, com sede no Porto, compreendendo as áreas das antigas primeira e segunda circunscrições hidráulicas. Em cada uma das circunscrições hidráulicas haveria, além do director, um engenheiro adjunto, sendo o serviço de cada uma delas dividido em sete secções.

Os serviços hidráulicos da Madeira e Açores ficavam a cargo das respectivas direcções das obras públicas (artigo 28.º § 2.º).

Para a execução desse decreto com força de lei, foi publicado o regulamento de 19 de dezembro de 1892, cujos artigos 219.º e 231.º foram substituídos pelo decreto de 21 de janeiro de 1897. Sobre a aplicação dos decretos de 1 e 19 de dezembro de 1898 foi publicada a portaria de 16 de maio de 1898, em que se recomenda aos directores das diferentes circunscrições hidráulicas, seus subalternos e agentes, que considerem e respeitem sempre os direitos dos proprietários, adquiridos sobre quaisquer águas, terrenos ou produtos destes, emquanto superiormente se não definirem, por modo justo e definitivo, as relações entre o Estado e aqueles proprietários.

O decreto de 24 de setembro de 1898, fundando-se especialmente em que o regular funcionamento dos serviços hidráulicos estabelecidos pelo citado decreto de 1 de dezembro de 1892 e pelo regulamento de 19 do mesmo mês e ano, dependia, em grande número de casos, da classificação prévia das bacias hidrográficas gerais e parciais do país, a qual estava apenas iniciada numa ou outra localidade, remodelou os serviços hidráulicos.

Alude-se no relatório do referido decreto de 24 de setembro às reclamações e clamores que a execução dos decretos de 1892 havia suscitado e procura-se pôr-lhes termo, restringindo a acção administrativa quanto a obras nas correntes não navegáveis nem fluviáveis, simplificando as formalidades necessárias para que os proprietários as pudessem realizar, e descentralizando os serviços hidráulicos de forma que o seu desempenho se tornasse mais rápido e profícuo.

Foram extintas as direcções das circunscrições hidráulicas a que se referia a alínea *b*) do n.º 2.º do artigo 1.º do decreto n.º 2 de 1 de dezembro de 1892, estatuinto-se que os serviços hidráulicos, decretados em 19 de dezembro de 1892 e 21 de janeiro de 1897, seriam executados pelas direcções das obras públicas dos diversos distritos administrativos e pelos chefes de serviços especiais, de que trata o artigo 6.º

Estes serviços, directamente subordinados à direcção geral das obras públicas e minas, eram os seguintes:

1.º Estudos e obras do pórtio e barra de Viana do Castelo, e estudos, obras e polícia do rio Douro, até onde se faça sentir a acção das marés, e bem assim da bacia salgada do rio Leça;

2.º Estudos e obras dos portos de Leixões e do Douro, e estudos, obras e polícia dos rios Minho e Lima e campos adjacentes;

3.º Estudos e obras do Mondego e barra da Figueira, na parte em que aquele rio é navegável; polícia e conservação dos seus afluentes, valas e campos adjacentes;

4.º Estudos, obras e polícia do rio Tejo, desde a foz até à fronteira, compreendendo a construção e exploração do pórtio de Lisboa, os afluentes e campos adjacentes.

Por decreto de 24 de outubro de 1901 foram reorganizados os serviços hidráulicos, sendo criadas (artigo 58.º alínea *b*) quatro direcções de serviços fluviais e marítimos, abrangendo:

A 1.ª, as bacias hidrográficas desde o rio Minho até à do Douro inclusive, com sede no Pórtio, e dividida em quatro secções. A esta direcção ficam pertencendo os serviços relativos ao pórtio de Leixões.

A 2.^a, as bacias hidrográficas desde a do rio Douro exclusive até à do rio Liz inclusive, com sede em Coimbra, e constituída por três secções.

A 3.^a, as bacias hidrográficas desde o rio Liz exclusive até à do rio Sado exclusive, com sede em Lisboa, e dividida em seis secções. A esta direcção ficam pertencendo os serviços relativos ao pórtio de Lisboa.

A 4.^a, as bacias hidrográficas desde a do rio Sado inclusive até à do rio Guadiana, com sede em Setúbal ou em Faro, e constituída por duas secções.

Nas Ilhas Adjacentes os serviços hidráulicos continuaram a cargo das respectivas direcções de obras públicas.

Pelo decreto n.º 1673 de 23 de junho de 1915 foi feita uma nova distribuição das secções de conservação dos serviços hidráulicos e fixada a sua sede.

30. Ideias gerais sobre a administração e policia das águas. O princípio em que, segundo a legislação em vigor, assenta a acção administrativa do Estado em matéria de águas é o da tutela do regime hidráulico e da conservação e melhoramento dos reservatórios e correntes de águas de modo que não só proporcionem as mais largas utilidades, mas se evitem os danos que podem causar.

É diversa a ingerência do Estado conforme a natureza jurídica das águas. Estendendo-se a todas as águas, sempre que o interesse público da salubridade ou da hygiene a reclamem, reveste essa ingerência um carácter especial relativamente às águas públicas e comuns, com o fim não só de regular o uso das águas e de prevenir e reprimir todos os actos que possam prejudicar o seu regime, mas de promover o melhor

aproveitamento e uso das águas, já como meios de comunicação e transporte, já para fins agrícolas ou industriais.

Sob este último aspecto, é fundamental ainda a distinção entre as águas públicas e as águas comuns pertencentes ao Estado. E' assim que as obras que se julgar conveniente executar para o melhoramento, conservação ou aproveitamento dos lagos, lagoas, rios, valas e esteiros serão feitas por ordem do Governo nas águas públicas, e nas comuns só quando o interesse público o exigir (decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 13.º n.º 1.º).

Procuraremos determinar de um modo geral a ingerência do Estado no regime hidráulico pelo que respeita a obras e concessões de águas, vista a relação que há entre esta matéria e o uso das águas, regulado pela legislação civil. Antes disso cumpre-nos, porém, dizer o que há acerca da classificação geral e parcial das bacias hidrográficas, na qual deverão concretamente determinar-se as águas que, nos termos da legislação civil, se devem considerar navegáveis ou fluviáveis.

31. Classificação e demarcação das bacias hidrográficas. No relatório que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892 declara-se que, prescrevendo o artigo 380.º do código civil as condições a observar para que uma corrente seja navegável ou fluviável e determinando os §§ 1.º e 2.º do mesmo artigo os casos em que uma corrente deixa de ter a classificação que possuía, é de toda a conveniência que se proceda à classificação das águas e correntes do país, para ficar bem determinado quais as que devem ser consideradas navegáveis ou fluviáveis, e

quais as excluídas desta classificação, porque as disposições da lei em relação a cada uma delas são diferentes.

Já na comissão revisora do projecto do código civil havia sido proposto, em sessão de 18 de março de 1861, que em artigo especial se declarasse que se procederia à demarcação das águas navegáveis e fluviáveis, a fim de as distinguir das que o não são, não julgando a comissão necessário esse artigo.

Pelo artigo 1.º do decreto de 26 de dezembro de 1867 foi incumbida a comissão nomeada e constituída no distrito de Coimbra, em virtude do artigo 4.º das providências que a lei de 1 de julho de 1867 aprovou para a extinção dos pântanos e arrozais, de classificar e demarcar, dentro do perímetro delimitado em virtude do artigo 3.º n.º 2.º da lei de 12 de agosto de 1856, os rios e valas navegáveis ou fluviáveis e não navegáveis nem fluviáveis que careçam de trabalhos de grande reparação ou de simples reparação ¹.

Idêntica disposição foi consignada na lei de 6 de março de 1884, em cujo artigo 1.º se preceituava que as comissões constituídas nos distritos de Lisboa, Santarém, Portalegre e Castelo Branco, das quais fazia parte o engenheiro director das obras do Tejo e dos seus afluentes, procederiam, nos seus respectivos distritos, á classificação e demarcação dos rios, valas, canais, esteiros e outras correntes de água navegáveis ou fluviáveis; e não navegáveis nem fluviáveis, cujos trabalhos de melhoramento, limpeza e conservação deviam ser executados pelo Estado, conforme os pre-

ceitos da legislação comum, e dos rios, valas, canais, esteiros e outras correntes de água, cujos trabalhos de melhoramento, limpeza e conservação deviam ficar a cargo dos proprietários marginaes, com subvenção do Estado ou sem ela. Pelo regulamento publicado para a execução da referida lei em 2 de outubro de 1886, determinou-se (artigo 1.º) que os governadores civis, de acôrdo com os directores das circunscrições hidráulicas e dentro do prazo de seis meses desde a publicação do regulamento, convocassem as comissões criadas pelo artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867, para proceder à classificação e demarcação, que o artigo citado da lei de 6 de março de 1884 prescrevia.

Neste regulamento estatuíam-se para a classificação e demarcação minuciosas providências, que são a principal fonte das que actualmente vigoram.

Pelo decreto de 1 de dezembro (artigo 7.º) a classificação das bacias hidrográficas pode ser geral e parcial. A classificação geral devia proceder-se, em seguida à publicação do decreto, em cada uma das bacias hidrográficas pelas direcções das respectivas circunscrições, designando-se separadamente: 1.º Quais os lagos, lagoas, valas, canais, esteiros e correntes de água que devem ser considerados navegáveis ou fluviáveis; 2.º Qual a largura que deverão ter as faxas de terreno destinadas a constituir as margens dessas correntes, esteiros, canais, valas, lagos ou lagoas.

No regulamento de 19 de dezembro fixou-se (artigo 1.º) o prazo de noventa dias a contar da sua publicação para a demarcação e classificação geral, determinando-se que cada bacia hidrográfica constituirá uma região hidráulica, designada pelo nome do rio principal que nela corre, e que, sendo a bacia

¹ Por decreto de 8 de outubro de 1880 foi aprovada a classificação que em cumprimento da citada disposição se fez, constando de duas relações juntas ao mesmo decreto — a *Relação dos rios e valas navegáveis e fluviáveis* e a *Relação das valas e rios não navegáveis nem fluviáveis*.

hidrográfica de extensão tal, que torne difícil e confusa a demarcação e classificação, poderão estas ser feitas separadamente, em relação à bacia principal e secundária, e a bacia hidrográfica poderá ser dividida em secções entre pontos certos e definidos. Para cada bacia hidrográfica serão organizadas notas escritas, contendo: 1.º A denominação e extensão dos lagos, lagoas e correntes principais e dos seus afluentes; 2.º A extensão e limites dos lagos, lagoas e correntes ou a parte delas, que deverão ser consideradas como navegáveis ou flutuáveis; 3.º As larguras que deverão ter as margens, e as localidades e extensão a que devam aplicar-se aquelas larguras; 4.º As observações e explicações necessárias para justificar a classificação proposta.

Logo que estivesse concluída a demarcação e classificação de cada bacia hidrográfica ou secção em que tivesse de ser dividida, seriam chamados os interessados a examinar a referida classificação e a apresentar as suas reclamações nos prazos fixados no artigo 2.º do regulamento de 19 de dezembro. Findos esses prazos, o processo devia ser remetido ao Governo que, pelo antigo ministério das obras públicas, comércio e indústria, e actual do fomento, determinaria qual a definitiva classificação e mandaria publicar esta resolução no *Diário do Governo*.

Além da classificação e demarcação geral das bacias hidrográficas, há a classificação e demarcação de parte das bacias hidrográficas, que pode fazer-se por ordem do Governo, a pedido da maioria dos interessados, ou quando os directores das circunscrições hidráulicas o julgarem conveniente (decreto de 1 de dezembro, artigo 10.º).

Nestas classificações deve compreender-se, na parte respectiva às águas navegáveis e flutuáveis, entre

outras indicações, as superfícies marginais pertencentes ao Estado, as pertencentes aos particulares, a área aproximada de cada uma e a largura das margens respectivas; na parte respectiva às águas não navegáveis nem flutuáveis, as que devam ser consideradas comuns e particulares, e, nas comuns, as que devam ter margens e larguras que devem ocupar (regulamento de 19 de dezembro, artigo 8.º).

Na execução e aprovação destas demarcações e classificações segue-se o mesmo processo que na demarcação e classificação gerais (regulamento citado, artigo 9.º).

Até à publicação do decreto de 24 de setembro, como no relatório dêste se declara, não se fez a classificação e demarcação gerais das bacias hidrográficas, preceituadas no decreto de 1 de dezembro. Naquele decreto estabeleceu-se (artigo 7.º) que seriam organizadas duas brigadas de estudo, compostas de engenheiros e condutores, às quais seriam cometidas a demarcação e classificação das bacias hidrográficas, compreendendo: a) As bacias hidrográficas do país, gerais ou parciais, dos diversos rios e seus afluentes; b) As correntes de águas navegáveis ou flutuáveis, lagoas, esteiros e canais do domínio público, designando-se a extensão de cada um, e a área da respectiva bacia; c) As correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, do uso comum, e cuja conservação e bom regime sejam necessários para o melhoramento e utilização agrícola dos terrenos adjacentes; d) As correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, que seja mister reger e corrigir para obstar à obstrução dos rios e canais navegáveis, flutuáveis ou de esgôto, e evitar a esterilização dos terrenos agricultáveis pelas aluviões arrastadas durante as cheias.

Na demarcação e classificação devem ainda compreender-se o perímetro e área dos terrenos inundáveis

e adjacentes às correntes de que tratam as alíneas b) e c); o perímetro e área das vertentes de terrenos inclinados adjacentes às correntes de que trata a alínea d), e os cadastros das diversas zonas, para a organização das associações de proprietários e grêmios, a que mais tarde nos referiremos.

Pelo decreto de 24 de outubro de 1901 (artigo 59.º, alínea e) a classificação das bacias hidrográficas do país ficou a cargo da direcção de hidráulica agrícola, com sede em Lisboa e três secções.

Estas disposições relativas à classificação e demarcação gerais das bacias hidrográficas não foram ainda efectuadas, não tendo sido publicadas nenhuma resolução relativa às classificações e demarcações gerais no *Diário do Governo*.

As disposições que estão em vigor relativamente ao modo como devem ser feitas a classificação e demarcação gerais e parciais das bacias hidrográficas são as dos decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892, na parte em que não foram modificadas pelo decreto de 24 de setembro de 1898.

Os efeitos da classificação e demarcação de qualquer bacia hidrográfica, aprovadas pelo Governo, que, nos termos do artigo 6.º do regulamento de 19 de dezembro, se tornam definitivas passados oito dias depois da sua publicação no *Diário do Governo*, serão considerar-se navegáveis ou flutuáveis os lagos, lagoas, valas, canais e correntes de água que como tais forem declarados e, os que o não forem, como de uso comum ou particulares, conforme neles se verificarem as condições dos artigos 2.º ou 3.º do decreto de 1 de dezembro de 1892.

Pelo artigo 11.º deste decreto, os trabalhos ou

nos termos do mesmo decreto e do regulamento de 19 de dezembro de 1892, não podem ser embargados, qualquer que seja a razão ou fundamento, ou a sua execução interrompida por sentença ou despacho judicial, acórdão ou deliberação dos tribunais administrativos. Declara-se, porém, no artigo citado que fica salvo aos interessados o direito à prévia indemnização que lhes for devida, na conformidade das leis de expropriação por utilidade pública.

A classificação das bacias hidrográficas representa a efectivação ou concretização dos princípios sancionados na legislação civil quanto à natureza jurídica das águas. Por meio dela podem, porém, ser declarados como pertencentes ao domínio público águas e terrenos que estejam individualmente apropriados.

Pela publicidade que deve ser dada à classificação e demarcação propostas ao Governo e pelo direito que aos interessados se reconhece de reclamarem contra elas (decreto de 1 de dezembro, artigo 8.º, e regulamento de 19 de dezembro, artigo 2.º), pode o Governo, atendendo estas reclamações, alterar a classificação e demarcação propostas, respeitando os direitos adquiridos, e nenhuma dúvida há de que, se os não respeitar, os interessados podem recorrer para o poder judicial.

Não sendo apresentada no prazo marcado reclamação alguma, declara-se no artigo 2.º § 2.º do citado regulamento que se entende que os interessados aceitam a demarcação e classificação feitas, e se sujeitam a todas as obrigações e encargos delas resultantes.

Ficarão em tal caso os interessados inibidos de tornar efectivos os seus direitos às águas ou terrenos que forem considerados do domínio público?

As palavras do citado § *entende-se que os interessa-*

significarem que o facto de se não reclamar envolve a renúncia a quaisquer direitos que sejam incompatíveis com a demarcação e classificação, desde que estas se tornem definitivas.

Não pode, porém, atribuir-se tal alcance às referidas palavras. Se é certo que o silêncio pode, em determinadas condições, ser considerado como uma manifestação expressa ou directa da vontade e efectuar-se portanto por êle a renúncia a um direito, no caso sujeito não pode derivar dele esta consequência.

Para que se desse, por êsse meio, a perda do direito de propriedade, era necessário que a lei expressamente o declarasse, e no decreto com força de lei de 1 de dezembro de 1892 não há disposição alguma que atribua tal efeito à não reclamação por parte dos interessados contra a classificação e demarcação das bacias hidrográficas propostas ao Governo. Pela aprovação da classificação e demarcação, que é um acto administrativo, não podem ser lesados direitos reconhecidos e garantidos pela lei, em harmonia com cujas disposições a classificação e demarcação devem ser feitas, e, embora se não haja reclamado contra elas, êsses direitos podem tornar-se efectivos pelos meios competentes.

O facto de não se reclamar contra a classificação e demarcação apenas pode, pois, significar que os interessados aceitam o regime nelas estabelecido, sob o ponto de vista administrativo, renunciando assim às vantagens que para êles haveria em que a classificação e demarcação fossem feitas de outro modo. Atribuir outros efeitos, em tal caso, à classificação e demarcação, seria autorizar por êste meio a expropriação sem prévia indemnização, vendo uma renúncia onde realmente não existia, e até em casos em que não podia

dar-se por incapacidade dos interessados ou por estes não terem o direito de livre disposição.

Como veremos, quando tratarmos das águas que pelo código civil e pelo decreto de 1 de dezembro de 1892 se consideram públicas, tem-se o Governo pronunciado contra a classificação e demarcação como públicas de algumas águas que, segundo os princípios neles formulados, assim deviam ser consideradas. E' o que se vê da portaria de 16 de maio de 1892 e do decreto n.º 3003 de 27 de fevereiro de 1917, que aprovou o regulamento da pesca e da apanha do moliço na ria de Aveiro. Na citada portaria declara-se que «é facto averiguado que em muitas, se não todas, as bacias hidrográficas do país muitos terrenos submergidos, banhados ou atingidos pelas marés e seus produtos naturais, teem estado sempre no domínio e posse, incontestada e pública, de indivíduos particulares, que os adquiriram por título gratuito ou oneroso», e que «onde à data do código civil e legislação posterior reguladora dos serviços hidráulicos, existirem direitos legitimamente adquiridos, com relação aos terrenos de que se trata, tais direitos devem ser atendidos e respeitados, como preexistentes à data de tais diplomas, que por isso os não podem ofender nem contrariar». No regulamento de 27 de fevereiro, reconheceu-se que há na ria de Aveiro «terrenos, sob o domínio particular, conhecidos na localidade pelo nome de *praias de moliço*, tanto os sempre submersos como os periodicamente alagados».

Ora, se o Governo declara que não estão no domínio público águas que, segundo a classificação feita no código civil e no decreto de 1 de dezembro, deviam considerar-se pertencentes a êsse domínio, não podia de modo algum considerar públicas águas

ou terrenos só pelo facto de assim serem classificados e delimitados em diplôma emanado do mesmo Governo.

O que a nosso ver não é permitido, depois de aprovadas a classificação e demarcação, é embargar as obras que em harmonia com elas se façam nos leitos ou margens das águas públicas ou das comuns.

Parece que esses embargos deveriam admitir-se nas obras feitas nas margens que, segundo a classificação e demarcação, sejam particulares e devam ser expropriadas, visto que os proprietários legais dos terrenos devem ser *préviamente* indemnizados, nos termos das leis de expropriação por utilidade pública.

E' o que se declara no artigo 4.º § 3.º do decreto de 1 de dezembro.

A verdade, porém, é que na última parte do artigo 11.º se declara que fica «salvo aos interessados o direito à prévia indemnização que lhes for devida, na conformidade das leis de expropriação por utilidade pública», e que este direito à indemnização, como no mesmo artigo se declara, não é razão ou fundamento para embargar ou interromper os trabalhos e obras que resultem da classificação e demarcação definitivas, não se fazendo distincção alguma.

A demarcação e classificação definitivas fazem entrar no domínio público as águas e terrenos que se declararem pertença dêsse domínio, e por essa demarcação e classificação podem ser declaradas, com as formalidades legais, as expropriações que tenham de fazer-se, que ficam sendo consideradas de utilidade pública.

Os interessados podem, sempre que sejam lesados os seus direitos, ou tenham de ser expropriados, obter a devida indemnização nos termos da lei, quer tenham

reclamado, quer não, nos prazos legais, contra a demarcação e classificação propostas ao Governo. Os efeitos da demarcação e classificação definitivamente aprovadas são, em qualquer das hipóteses, os mesmos. Essa indemnização pode ser pedida logo que tenha sido aprovada a demarcação e classificação ou sejam iniciadas as obras que delas resultarem, quando se não haja dado *préviamente* a indemnização por utilidade pública nos termos dos artigos 19.º e 20.º do decreto de 1 de dezembro e da respectiva legislação.

Podem, em virtude de alterações que venham a dar-se no regime das correntes, tornar-se navegáveis ou flutuáveis correntes que o não eram, e vice-versa, e tais alterações devem determinar as correspondentes modificações no seu regime jurídico. E' assim que nos §§ 1.º e 2.º do artigo 381.º se preceitua que a corrente navegável que durante cinco anos consecutivos não servir à navegação passará à categoria de corrente flutuável, e que a corrente flutuável que durante cinco anos consecutivos não servir à flutuação, ficará incluída nas correntes de uso comum.

Como o regime jurídico das águas, uma vez feita a sua classificação e demarcação definitivas, é determinado por estas, para que sejam tomadas em consideração, no intuito de se aproveitarem devidamente as águas, as alterações que no regime destas se derem, preceitua-se no artigo 12.º do decreto de 1 de dezembro que o Governo ordenará de cinco em cinco anos a revisão da demarcação e classificação das bacias hidrográficas, e que, mesmo antes de findar aquele prazo, poderá ordenar aquele serviço quando o julgar conveniente, ou sob proposta dos directores das circunscrições hidráulicas. Quaisquer interessa-

dos podem igualmente, mas só tres anos depois de feita ou revista qualquer classificação ou demarcação, promover nova revisão geral ou parcial, requerendo-a ao director da respectiva circunscrição hidráulica.

A revisão da classificação e demarcação seguirá os mesmos termos que para a classificação e demarcação se estabelecem, sendo fixados os prazos dentro dos quais deve proceder-se à revisão de cinco em cinco anos e determinado o modo por que pode ser requerida antes de findo este período no regulamento de 19 de dezembro de 1892 (artigos 11.º a 14.º).

32. Obras hidráulicas. No decreto de 1 de dezembro de 1892 preceitua-se (artigo 13.º) que as obras que se julgar conveniente executar para o melhoramento, conservação ou aproveitamento dos lagos, lagoas, rios, valas, canais, esteiros ou outras correntes de água serão levadas a efeito, nos termos do mesmo decreto e do regulamento que dele faz parte:

1.º Por ordem do Governo nas águas públicas, e ainda nas comuns quando o interesse público o exigir.

2.º A requisição das comissões distritais, câmaras municipais, ou juntas de paróquia, por motivo de benefício público, higiénico, ou de interesse geral do distrito, município ou paróquia.

3.º Por pedido de associação legalmente constituída, ou de qualquer proprietário ou grupo de proprietários interessados nessas obras ou melhoramentos.

4.º Por deliberação dos directores das circunscrições hidráulicas com aprovação do Governo, nos casos de interesse geral, ou de benefício público e hygiene.

Nos casos do n.º 2.º será dirigida ao director da circunscrição hidráulica respectiva uma requisição na qual a corporação administrativa, indicando em geral quais as obras e melhoramentos que pretende fazer, expressamente declare que na execução desses trabalhos e obras se sujeita às disposições do decreto de 1 de dezembro e do regulamento que dele faz parte, devendo conter igual declaração a petição que, nos casos do artigo 3.º, deve ser dirigida ao mesmo director (decreto citado, artigo 13.º § único).

Os trabalhos e obras que for necessário executar nas águas públicas serão feitos e pagos pelo Estado ou pelas empresas ou companhias que obtiverem concessão legal dessas obras ou trabalhos; ou ainda pelos particulares, se estes forem os interessados nas obras, ou a elas forem obrigados em virtude do decreto de 1 de dezembro e do regulamento que dele faz parte (decreto citado, artigo 14.º).

As obras nas águas de uso comum serão pagas pelos proprietários marginais, na proporção do terreno interessado ou do grau de benefício que receberem. Em geral são os proprietários marginais ou interessados que devem fazer essas obras. No decreto de 1 de dezembro determinava-se (artigo 15.º § 1.º) que seriam feitas pelas direcções das circunscrições hidráulicas, quando aqueles proprietários se recusassem a fazê-las, não as executassem na conformidade dos projectos aprovados e condições estabelecidas, ou voluntariamente cometessem àquelas direcções a sua execução, devendo, porém, em todos os casos o pagamento do seu custo fazer-se pelos proprietários marginais ou interessados, e podendo o Governo concorrer para êsses trabalhos e obras com a parte correspondente ao benefício higiénico, ou outro de interesse geral que deles resulte, mediante proposta

do engenheiro director da respectiva circunscrição hidráulica, e ouvido o conselho superior de obras públicas e minas.

No decreto de 24 de setembro de 1898 preceitua-se (artigo 2.º § 2.º) que, enquanto não forem decretadas a classificação e demarcação das bacias hidrográficas e das principais correntes do país, nos termos dos decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892, os directores das obras públicas e os chefes de serviços deverão limitar a sua acção, no que respeita ao regime hidráulico das correntes não navegáveis nem fluviáveis, à polícia e conservação dos seus leitos e margens, e a evitar que nessas correntes se executem obras ou se pratiquem quaisquer actos que possam prejudicar as propriedades marginais ou o regime das águas, sob o ponto de vista da piscicultura e da agricultura. Declara-se (artigo 2.º § 4.º), porém, que ao Governô ficarâ sempre o direito de, em qualquer época, independentemente da classificação e demarcação das bacias hidrográficas e das principais correntes, mandar executar por conta do Estado, em quaisquer correntes de água e nos terrenos adjacentes, as obras que o interesse público reclamar.

Estando em princípio a cargo do Estado as obras nos reservatórios e correntes navegáveis e fluviáveis, tem elle directa ingerência nas obras e trabalhos que se façam nos reservatórios e correntes não navegáveis nem fluviáveis. Explica-se e justifica-se esta ingerência pela importância que, sob o ponto de vista da irrigação e da força hidráulica, ou do enxugo dos terrenos pantanosos, tem as obras que nessas correntes ou reservatórios se realizam, que não podiam nem deviam ficar entregues à mera iniciativa particular. Estão directamente relacionados com essas obras o desenvolvimento da agricultura e das

indústrias, as condições higiénicas e de segurança dos cidadãos, tornando-se assim necessário que a administração pública superintenda nessas obras, e até, sempre que o interesse público o reclame, que tome a iniciativa dessas obras ou as subvencione.

Nos casos em que a iniciativa das obras não é do Estado, torna-se necessária, em princípio, a autorização dele relativamente às obras que se façam nos reservatórios e correntes navegáveis e fluviáveis, e nos reservatórios e correntes não navegáveis nem fluviáveis, que sejam de uso comum.

No regulamento de 19 de dezembro de 1892 determina-se que não é permitida sem licença a execução de quaisquer obras, quer permanentes, quer temporárias: a) nas costas do mar e das baías, enseadas e interior dos portos sujeitos à jurisdição das autoridades marítimas (artigo 260.º); b) nas margens, leitos ou álveos das lagoas, rios, valas, canais e mais correntes de água navegáveis ou fluviáveis, ou nos seus cômodos, motas, valados, diques, e nos campos marginais inundados habitualmente pelas águas, quer ordinárias, quer de cheias (artigo 261.º n.º 1.º); c) nas margens, álveos ou leitos das lagoas, rios, valas, canais e mais correntes de água, quer públicas, quer comuns, e nos seus cômodos, motas, valados, diques, campos e terrenos marginais inundados habitualmente pelas águas, quer ordinárias, quer de cheias, sujeitos ao regime descrito na parte 1.ª do citado regulamento (artigo 261.º n.º 2.º); d) nas margens, álveos ou leitos das lagoas, ribeiros, lagos, pântanos e mais correntes de água não navegáveis nem fluviáveis, quando as obras tiverem por fim o uso industrial das águas ou forem feitas por indivíduos não proprietários dos prédios confinantes com o curso das águas, ou indivíduos proprietários de pré-

dios confinantes, mas em localidade diferente daquela onde se pretende construir as obras (artigo 261.º n.º 3.º).

Parece que as obras especificadas no n.º 3.º do artigo 261.º deveriam julgar-se compreendidas no n.º 2.º do mesmo artigo, visto que não se atende neste ao fim das obras. É todavia indubitável que pelo regulamento de 19 de dezembro se faz distinção entre as obras que tenham por fim o aproveitamento das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis facultado pelos artigos 434.º e 436.º do código civil, quando as águas sejam derivadas no tracto da corrente fronteiro aos prédios para cuja irrigação se destinam, e as obras que, tendo o mesmo fim, desviam as águas da corrente num ponto que fique superior ao prédio que se pretende irrigar, ou que tenham por fim o aproveitamento das águas para a irrigação de prédios não marginais ou para uso industrial.

É assim que no artigo 271.º se declara que os proprietários dos prédios confinantes com as lagoas, lagos, rios, valas, canais e mais correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, que quizerem executar quaisquer obras no leito ou margens das mesmas correntes, nos limites das suas propriedades, destinadas ao aproveitamento das águas para irrigação ou para benefício daqueles prédios, na conformidade dos artigos 434.º, 436.º e 463.º do código civil, poderão, por intermédio do mestre ou guarda mais próximo, dirigir uma comunicação por escrito à direcção da respectiva circunscrição hidráulica, em que participem quais as obras que pretendem fazer, o fim delas, e a disposição que pretendem dar a essas obras. Esta comunicação será logo remetida pelo mestre ao engenheiro chefe de secção, o qual, examinando o local e o projecto da obra, e se esta for de pequena

importância, tal como o concêrto dum pequeno muro, a colocação de leivas para a condução ou passagem das águas, e se não causar prejuízo algum ao curso das águas e seu regime, nem aos prédios superiores, nem lesão aos direitos de terceiro, não porá embargo à execução dela; se a obra for importante ou houver probabilidade de causar prejuízo ao regime e curso das águas, ou aos prédios superiores, ou lesão aos direitos de terceiro, o engenheiro chefe de secção assim o declarará por escrito ao pretendente, intimando-o logo na forma da lei a não executar a obra sob as penas do § único do artigo 277.º do regulamento, dando de tudo conta à direcção. Se o pretendente declarar que se sujeita a fazer a obra de sorte que se evitem os inconvenientes do primitivo projecto, o chefe de secção enviará a comunicação à direcção com a informação respectiva; e, por esta direcção, será passado o diploma de autorização para a feitura da obra, com todas as condições a que está ter de satisfazer e a que o pretendente se sujeitará por um termo de responsabilidade na forma do artigo 264.º

Combinando-se o citado artigo 271.º com o n.º 2.º do artigo 261.º, parece que, em relação às obras que sejam feitas pelos proprietários marginais nos limites das suas propriedades, nunca era necessário pelo regulamento de 19 de dezembro que se requeresse licença, requerimento que, nos termos do artigo 272.º, parece que era sempre necessário para as obras indicadas no n.º 3.º do artigo 261.º. A fórmula do artigo 271.º *poderão por intermédio do mestre ou guarda mais próximo dirigir uma comunicação por escrito* significaria, pois, que os proprietários marginais, em vez de pedirem, mediante requerimento, licença para a feitura das obras indicadas, em harmonia com o dis-

posto no n.º 2.º do artigo 261.º, podiam limitar-se a comunicar por escrito as obras que pretendiam fazer. Dada esta comunicação, o engenheiro chefe de secção ou o director da circumscrição hidráulica autorizavam a obra nos termos referidos.

No artigo 261.º n.º 2.º, em que se faz referência não só a águas comuns, mas também a águas públicas, trata-se, porém, de um regime especial estabelecido para essas águas e que é o da primeira parte do regulamento, regime que fica dependente não só da classificação e demarcação gerais das bacias hidrográficas, mas da demarcação e classificação de parte dessas bacias que for necessário estudar e cuja área ficará formando uma *zona*, com uma administração especial e independente. A classificação e demarcação parcial pode fazer-se sem que haja a classificação e demarcação geral, mas torna-se sempre necessária para que se constitua esta administração.

O estudo, a feitura e o custeio das obras hidráulicas são regulados neste caso pelos artigos 28.º e seguintes do regulamento de 19 de dezembro, e tanto nas águas públicas como comuns compreendidas na *zona* não é permitido fazer obras sem licença. O artigo 261.º n.º 2.º do regulamento refere-se, pois, a um regime especial, dependente da classificação e demarcação de parte de uma bacia hidrográfica, não se applicando emquanto essa classificação e demarcação não for decretada.

No decreto de 24 de setembro de 1898, artigo 2.º § 3.º, declarou-se todavia que devem, emquanto não forem decretadas a demarcação e a classificação a que se refere o § 2.º do mesmo artigo, ser isentas de licenças as plantações e a execução das obras, de que faz menção o n.º 2.º do artigo 261.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892.

Em face do que acabamos de expor, não se comprehende bem o alcance daquela disposição. Não há dúvida alguma de que pelo § citado apenas se suspendeu a execução do n.º 2.º do artigo 261.º, que aliás estava dependente da classificação e demarcação parciais das bacias hidrográficas. Ficaram, pois, em pleno vigor as disposições consignadas no artigo 260.º e nos n.ºs 1.º e 3.º do artigo 261.º, tornando-se assim sempre necessária licença para as obras nas águas públicas, e nas comuns quando essas obras não sejam feitas para a irrigação dos prédios marginaes e nos limites destes prédios. Para as obras feitas com este fim não se exigia, porém, no regulamento de 19 de dezembro de 1892, que se requeresse licença, sendo suficiente que os proprietários fizessem comunicação por escrito, e tornando-se apenas necessária autorização expressa do chefe de secção ou do director dos serviços fluviaes e marítimos nas condições dos §§ 2.º e 3.º do artigo 271.º¹.

Este artigo não foi suspenso pelo decreto de 24 de setembro de 1898, e, sendo facultado pelo artigo citado aos proprietários marginaes fazerem obras nas correntes não navegáveis nem flutuáveis que não estejam sujeitas ao regime da 1.ª parte do regulamento de 1892 mediante comunicação por escrito, mas não se admitindo, em face desse regulamento, que se fizessem obras em águas públicas ou comuns sem que as direcções dos serviços fluviaes e marítimos delas tivessem conhecimento, para que se pudesse exercer a devida fiscalização (regulamento de 19 de dezembro, artigo 277.º), afigura-se-nos que ainda hoje devem os proprietários confinantes fazer essa

¹ Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 41.º, páginas 340 a 343.

comunicação. Se a não fizerem, ou se, tendo-a feito, não fizerem as obras nas condições em que tiverem sido autorizadas, e com essas obras se prejudicar o regime ou o curso das águas ou os prédios vizinhos, ou se ofenderem os direitos de terceiro, os que executarem essas obras serão não só obrigados a desmanchá-las à sua custa, mas incorrerão na multa cominada no § único do artigo 277.º (regulamento de 19 de dezembro, artigo 279.º).

Do regime especial a que ficam sujeitas as obras feitas nas *zonas* trataremos no número seguinte.

No regulamento de 19 de dezembro de 1892 não se fazia distinção entre obras novas e obras de reconstrução ou simples reparação. Referia-se esse regulamento a *quaisquer obras*, quer temporárias, quer permanentes, parecendo assim que para todas elas era necessária licença, ou, pelo menos, que fosse dada comunicação por escrito.

Foram, porém, publicadas algumas portarias em que, quer em relação às águas públicas, quer às comuns, se manda aplicar o referido regulamento, fazendo a mencionada distinção. Em portaria de 31 de março de 1898, declarando-se que se haviam suscitado dúvidas com respeito ao processo a seguir na concessão de autorização para reconstruções e reparações de obras já existentes nos leitos e margens das correntes de água navegáveis e flutuáveis, determina-se que «para as reconstruções e reparações de que não resulte qualquer alteração na disposição e dimensões gerais da obra primitiva, não se torna necessária prévia licença do ministério das obras públicas, comércio e indústria, mas devem os proprietários que pretenderem executar essas reconstruções ou reparações prevenir a este respeito as

respectivas direcções das circunscrições hidráulicas, para que por elas seja fiscalizada a observância das leis e regulamentos para os serviços hidráulicos». Em portaria de 15 de setembro do mesmo ano, dizendo-se ser conveniente que «sejam desde já atendidas as reclamações que tem suscitado a aplicação dalgumas disposições do regulamento dos serviços hidráulicos no que respeita a reconstruções ou reparações de obras nos leitos e margens dos rios não navegáveis nem flutuáveis», fazendo-se referência à portaria de 31 de março e considerando-se óbvio que a mesma doutrina deve ser aplicada, quando se trate de rios não navegáveis nem flutuáveis, guardadas as formalidades exigidas no mencionado regulamento, determina-se «que seja dispensada nova licença para as reconstruções ou reparações de obras nos rios não navegáveis nem flutuáveis, ou para o assentamento de máquinas, para uso industrial ou agrícola, nos seus leitos ou margens, e cuja utilização deva ser temporária, sendo as referidas máquinas retiradas depois da sua laboração, uma vez que destes factos não resulte alteração na disposição e dimensões gerais da obra primitiva ou nas condições em que a primeira licença houver sido concedida». Em portaria de 31 de março de 1902 determina-se que, depois de publicada a portaria de 31 de março de 1898, não se pode exigir dos proprietários de azenhas que tirem licença na estação competente para poderem executar as obras temporárias de reparação e montagem anual das mesmas azenhas, quando, na época da estiagem, forem postas em andamento; que apenas pode exigir-se aviso prévio do comêço dessas obras, para as fiscalizar convenientemente e evitar que a disposição primitiva e as dimensões sejam alteradas, sem que, por estes

factos, sejam devidos quaisquer emolumentos: que da falta de observância dêste preceito deverá resultar o embargo da obra, o delicto de desobediência às intimações da autoridade, e, por ventura, as multas cominadas no artigo 248.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892, e mesmo o desmanchar-se da obra, como preceitua o artigo 279.º do mesmo regulamento.

Em matéria de obras hidráulicas, o princípio que domina a nossa legislação administrativa é, pois, que essas obras devem ser autorizadas sempre que se trate de obra nova que não seja feita pelos proprietários marginais dentro dos limites dos respectivos prédios e só para a sua irrigação; que neste caso e no de reparações ou reconstruções se deve comunicar por escrito às direcções dos serviços fluviais e marítimos, por intermédio dos mestres ou guardas das respectivas secções, as obras ou trabalhos que se pretende efectuar, a fim de que sobre essas obras seja exercida a devida fiscalização.

As licenças para obras permanentes nas costas do mar, baías, enseadas e interior dos portos, e nos álveos e leitos dos lagos, lagoas, rios, valas e mais correntes de água navegáveis ou flutuáveis, ou nos seus cômoros, margens, motas, valados, diques e campos marginais inundados habitualmente pelas águas, quer ordinárias, quer de cheias, serão concedidas pelo Governo (decreto de 1 de dezembro, artigo 27.º, e regulamento de 19 do mesmo mês, artigo 267.º).

As licenças para obras provisórias ou temporárias, que tenham por fim aplicação das águas como força motriz, à irrigação ou à indústria, tanto nos cursos de água navegáveis ou flutuáveis, como nos não navegáveis ou flutuáveis, são da competência dos direc-

tores dos serviços fluviais e marítimos, não podendo essas licenças exceder um ano (regulamento citado, artigo 268.º). Competem também aos directores dos serviços fluviais e marítimos nas águas públicas as licenças para obras urgentes destinadas já a evitar a acção corrosiva das águas ou as inundações, já a utilizar as águas em benefício da indústria ou da agricultura (regulamento citado, artigo 269.º e decreto de 24 de setembro, artigo 3.º). As licenças para as obras permanentes ou temporárias indicadas no n.º 3.º do artigo 261.º do citado regulamento de 19 de dezembro serão concedidas pelos directores dos serviços fluviais e marítimos (regulamento citado, artigo 270.º).

Estas licenças não podem ser concedidas quando delas resulte prejuízo de terceiro, ou ao regime da corrente e curso ou escoamento da água, ou quando o fim das respectivas obras seja contrário aos regulamentos administrativos. Para verificar se há ou não prejuízo de terceiros, deve fazer-se um inquérito nos termos preceituados no artigo 272.º do regulamento de 19 de dezembro e no artigo 4.º do decreto de 24 de setembro. Se apparecerem reclamações e não for possível compor os interessados amigavelmente, ou os reclamantes não desistirem, não poderá ser concedida a licença, e o pretendente terá de intentar perante os tribunais judiciais a competente acção para obter a concessão da licença (regulamento citado, artigo 272.º §§ 3.º a 5.º).

33. Zonas hidráulicas; grêmios. No conveniente aproveitamento e derivação das águas estão directamente interessados os proprietários dos terrenos que as águas banham, atravessam ou inundam. Ao lado

do interesse público pelo desenvolvimento agrícola, industrial e da navegação, pelas condições de segurança pública e de higiene, há o interesse privado pelo aumento de produtividade dos terrenos em virtude da irrigação, colmatagem, enateiramento ou enxugo dos terrenos. Ora, se é justo que sejam pagas pelo Estado ou pelas autarquias locais as obras que tenham por fim o interesse público ou dos habitantes de uma determinada circunscrição territorial, devem ficar a cargo dos proprietários as que para estes representam um benefício e parece que por elles deviam ser promovidas estas obras.

Obras hidráulicas há, porém, que não é possível realizar, embora nelas sejam principalmente interessados os proprietários de terrenos banhados ou inundados pelas águas, pela mera iniciativa de um ou outro proprietário. Para êsse efeito torna-se necessária a associação dos proprietários que nessas águas tem interesses comuns, não só para que as obras obedeçam a um determinado plano, mas para que se obtenham para elas os meios necessários.

Sabido é que, embora em algumas leis se tenha procurado promover essa associação, pouco se tem conseguido. Diz-se a êste respeito no relatório que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892: «Entre os nossos lavradores, o princípio da associação ainda não tem ganho raízes e assim consideram, às vezes, como gravame as medidas que os queiram compeler a executar qualquer trabalho donde possa resultar algum proveito aos outros, procurando resistir e acolher-se à protecção de pessoas cuja illustração e posição social, parece, os deveria levar, pelo contrário, a auxiliar o estabelecimento das disposições que, embora vão prejudicar um ou outro indivíduo, são em beneficio da comunidade. No entretanto, a

utilidade geral exige que o Estado não abandone os que, saindo da rotina, queiram melhorar os seus prédios e bem estar; estes servirão de exemplo aos outros, devendo haver a mais bem fundada esperança de que o princípio benéfico da associação agrícola irá com o tempo calando no ânimo de todos, e de que as prescrições agora preceituadas produzirão de futuro os mais benéficos resultados, contribuindo em grande parte para o levantamento da agricultura, de que o nosso país tanto carece».

As disposições tendentes a promover a associação dos proprietários a que se refere o relatório são as relativas aos grêmios ou juntas locais dos proprietários das zonas hidráulicas, cuja constituição os decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892 facultam. A contribuição dos proprietários para as obras hidráulicas pode dar-se, porém, independentemente da constituição dos grêmios, desde que sejam aprovadas as demarcações e classificações parciais das bacias hidrográficas. E como por estas demarcações e classificações se constituiu um regime especial para as obras hidráulicas, cumpre-nos determinar os princípios em que êle assenta.

Preceitua-se no decreto de 1 de dezembro (artigo 10.º § 1.º) que as classificações e demarcações parciais servirão de base para se estudarem as obras de melhoramento ou conservação que se devem executar, e que os terrenos por elas compreendidos formarão as zonas das bacias hidrográficas respectivas. No regulamento de 19 de dezembro declara-se (artigo 16.º) que cada uma das zonas de qualquer bacia hidrográfica terá uma administração própria e independente, e (artigo 17.º) que o Governo, sob pro-

posta do engenheiro director da respectiva circunscrição hidráulica, ou a requerimento na maioria dos proprietários interessados, ouvido o mesmo engenheiro, poderá de futuro decretar a reunião de zonas contíguas, ou a subdivisão de qualquer zona.

Fixada a superfície da zona, deve o director dos serviços fluviais e marítimos promover a organização do respectivo cadastro. Para êste efeito, o referido director remeterá à secretaria de finanças de cada concelho cópia da carta onde estejam designados os limites da zona ou da parte dela pertencente a êsse concelho, e juntamente um impresso da lista (modelo A) para ser preenchido pelo referido secretário de finanças dentro do prazo de sessenta dias. Essa lista contém o mapa das propriedades com a designação dos proprietários e respectivos rendimentos. O rendimento dos prédios que não puder ser conhecido pela matriz será mandado avaliar pelo director dos serviços fluviais e marítimos (regulamento citado, artigos 21.º e 22.º).

Formados os mapas, são os interessados convidados a apresentar por escrito quaisquer reclamações, e, resolvidas que sejam pelo director dos serviços fluviais e marítimos, os elementos respectivos serão inscritos em livro especial, no qual se irão lançando por averbamento todas as alterações que forem ocorrendo, em virtude de mudança de proprietário, de alteração de confrontações, etc. O cadastro deve ser reformado de dez em dez anos, ou em prazos mais curtos, quando o Governo decretar a sua revisão (regulamento citado, artigos 24.º a 27.º).

Sempre que se tenham de executar alguns trabalhos ou obras para o melhoramento, conservação ou aproveitamento na parte das bacias hidrográficas que digam respeito a águas comuns, ou quando as obras

e trabalhos nas águas públicas forem também de interesse particular, o director dos serviços fluviais e marítimos fará proceder à reunião dos interessados e dos grêmios ou juntas locais (decreto de 1 de dezembro, artigo 16.º e regulamento de 19 de dezembro, artigo 40.º). Para êste fim tem de proceder ao apuramento dos nomes dos proprietários que devem ser convocados e do número de votos de que cada proprietário poderá dispor, tendo cada proprietário cujo rendimento seja inferior a 50\$00 um voto, aquele cujo rendimento for de 50\$00 a 100\$00 dois votos e aumentando um voto por cada 100\$00, mas não podendo nenhum proprietário dispor de um número de votos superior ao correspondente a um têrço do rendimento total da zona segundo o cadastro (regulamento citado, artigo 41.º). Publicada a lista dos interessados e convocada a reunião por editais, será esta presidida pelo engenheiro director, ou por um seu delegado, só podendo funcionar quando estejam presentes ou representados proprietários com mais de metade do mínimo total dos votos da respectiva zona. Sómente serão admitidos a votar os proprietários inscritos no cadastro que estiverem no gozo dos seus direitos civis ou que se façam representar por procuração pública, sendo as mulheres casadas representadas por seus maridos, quando deles não estejam judicialmente separadas, e os menores ou interditos por seus pais, tutores ou curadores. Os corpos administrativos que, relativamente aos prédios de que sejam proprietários, são considerados como pessoas morais, tendo os mesmos direitos e obrigações dos outros proprietários, serão representados pelos seus presidentes (decreto de 1 de dezembro, artigo 16.º § 1.º e regulamento citado, artigos 35.º § 2.º, 42.º e 45.º).

Compete à reunião dos proprietários (regulamento citado, artigo 44.º): 1.º Resolver e designar quais as obras novas a empreender na zona, e providenciar sobre a conservação e reparo das existentes; 2.º resolver se devem ser tres ou cinco os vogais do grémio respectivo; 3.º proceder à eleição dos vogais do grémio; 4.º fazer a nomeação dos empregados e fixar os seus honorários e as gratificações extraordinárias aos vogais do grémio; 5.º resolver se deve ficar a cargo dos grémios, ou ser entregue à direcção da circunscricção hidráulica, a administração dos valados, valas, motas ou obras da zona, para aproveitamento das pastagens ou de quaisquer produtos das mesmas obras, ou para beneficio dos mesmos grémios; 6.º resolver se os projectos e obras deverão ser executadas pelos grémios ou pela circunscricção hidráulica; 7.º fixar as multas aos vogais do grémio; 8.º tomar as demais resoluções que interessem ao melhoramento agrícola da zona, não tendo de apreciar ou discutir as obras que o Governo, os distritos, os municípios ou os particulares tomarem a seu cargo.

Para que o processo relativo a obras novas possa ter seguimento, é necessário que elas sejam aprovadas por dois terços dos interessados, pelo menos, representando tres quartos do valor cadastral dos prédios da zona (regulamento citado, artigo 43.º, § 1.º).

Não se reunindo o número suficiente de votos para a assemblêa poder funcionar, ou não se realizando a eleição dos vogais do grémio, o director dos serviços fluviaes e marítimos resolverá todos os assuntos que nessa reunião se deviam tratar e nomeará os vogais do grémio (regulamento citado, artigo 43.º, § 2.º).

Todos os anos, e por todo o mês de novembro, terá lugar uma reunião ordinária dos proprietários, afim

*de se tratar das despesas e obras a fazer durante o ano seguinte, e dos mais assuntos que puderem interessar os proprietários da zona ou o regime e aproveitamento das águas. Além desta, haverá reuniões extraordinárias dos interessados, por deliberação do director dos serviços fluviaes e marítimos, ou a requerimento dos grémios, ou de mais de um terço dos interessados (regulamento citado, artigo 50.º).

Os grémios ou juntas locais são compostos de tres ou de cinco membros, sendo elegíveis para vogais todos os indivíduos mencionados nas listas dos interessados, ou ainda quaisquer outros que, embora não possuam propriedades na zona, sejam proprietários no concelho ou concelhos em que a zona estiver situada, não sendo estes obrigados a servir. O mandato dos vogais do grémio dura tres anos, devendo um dos vogais ser reconduzido para a administração seguinte e não podendo ser reeleito um dos outros. Ao director dos serviços fluviaes e marítimos pertence designar o vogal que deverá ser reconduzido e o que não poderá ser reeleito, recorrendo-se ao sorteio quando êle não queira usar desta faculdade. Só o vogal reconduzido é obrigado a servir no grémio mais de tres anos (decreto de 1 de dezembro, artigo 16.º e regulamento citado, artigos 51.º-53.º).

Os grémios eleitos não carecem de aprovação do Governo; mas este, em qualquer ocasião, sob proposta do engenheiro director da circunscricção hidráulica, ou a requerimento documentado dum terço, pelo menos, dos proprietários interessados, com informação daquele engenheiro, tem a faculdade de lhe mandar suspender as atribuições, e ordenar nova eleição dentro do prazo de trinta dias contados da data da suspensão efectiva,

assumindo o director as atribuições do grémio até se verificar a posse do novo grémio (decreto de 1 de dezembro, artigo 16.º, § 4.º e regulamento citado, artigo 56.º).

Ficarão a cargo do grémio debaixo da fiscalização da respectiva circunscrição hidráulica (decreto de 1 de dezembro, artigo 17.º e regulamento de 19 de dezembro, artigo 58.º): 1.º os estudos e projectos das obras que se fizerem na área a que pertencem aqueles grémios; 2.º a administração e execução dessas obras; 3.º a distribuição a cada um dos interessados da cota com que deve contribuir para as despesas a fazer; 4.º a cobrança das cotas dos interessados e o pagamento das despesas feitas com os estudos, obras e sua administração.

Quando os grémios expressamente e por escrito declararem que preferem que a direcção da respectiva circunscrição hidráulica execute as obras e o projecto delas, aquela direcção procederá a esses trabalhos, considerando o grémio como não existente, excepto para o que diz respeito à distribuição e cobrança das cotas e pagamento das despesas com os estudos, obras e sua administração (decreto de 1 de dezembro, artigo 16.º § 2.º e regulamento citado, artigo 58.º § único).

São receitas dos grémios (regulamento citado, artigo 59.º): 1.º as cotas com que cada um dos proprietários da zona deve contribuir para o pagamento das despesas a cargo dos grémios; 2.º a importância dos subsídios que forem concedidos ao grémio pelo Estado, distritos, municípios ou freguesias, ou qualquer outra colectividade ou particular; 3.º o produto de qualquer receita eventual, como venda ou arrendamento de madeiras, ervas, pastos, bunhos, etc., de terrenos a cargo dos grémios; 4.º o produto das

multas impostas nos casos dos artigos 26.º e 54.º do mesmo regulamento.

As cotas com que deve contribuir cada proprietário serão determinadas tomando por base o rendimento de cada propriedade e o grau de benefício que receber (regulamento citado, artigo 78.º § 1.º).

Os grémios, como administradores das obras, prestarão anualmente contas ao director da respectiva circunscrição hidráulica (regulamento citado, artigo 61.º).

Os projectos e orçamentos de obras teem de ser aprovados pelo director dos serviços fluviais e marítimos se não excederem a cinco contos ou não for concedido para elas subsídio pelo Estado, sendo nestes casos aprovadas pelo Governo. É também ao director dos serviços fluviais e marítimos que compete determinar a oportunidade da execução das obras (regulamento citado, artigos 32.º e 102.º).

As obras podem ser levadas a efeito não só pelos grémios ou pela administração das circunscrições hidráulicas, mas ainda pelos proprietários nos seus respectivos prédios, devendo os proprietários que as pretendam executar apresentar as suas declarações por escrito na secretaria do grémio, e, sendo-lhes deferida a pretensão, obrigar-se por termo ao pagamento da despesa respectiva e à execução dos trabalhos segundo o projecto aprovado, no prazo e pelo modo que lhes for marcado por escrito pelo empregado técnico do grémio ou da direcção dos serviços fluviais e marítimos (regulamento citado, artigos 103.º e 104.º).

Não poderão ser executadas, sem aprovação do director dos serviços fluviais e marítimos, quaisquer obras ou trabalhos imprevistos a que os grémios precisem de proceder com urgência (regulamento citado, artigo 110.º).

Para se determinar a importância e o carácter jurídico da organização administrativa relativa às zonas, necessário é distinguir o *consórcio* dos proprietários, do *grémio* ou *junta* que os representa.

A organização do cadastro, pelo qual se constitui o consórcio dos proprietários, é uma consequência da delimitação da zona, e esta delimitação resulta da classificação e demarcação de parte de uma bacia hidrográfica, que podem ser devidas à iniciativa do Governo, ou feitas a pedido da maioria dos proprietários. É assim que no regulamento de 19 de dezembro se preceitua (artigo 10.º) que, aprovadas que sejam as classificações parciais, as respectivas regiões hidráulicas serão consideradas *zonas*, e os proprietários dos terrenos nelas compreendidos terão, na execução das obras e aproveitamento agrícola ou industrial das águas, as obrigações e direitos consignados no decreto n.º 8 de 1 de dezembro e no referido regulamento.

Apesar de no relatório que precede o decreto n.º 1 de 1 de dezembro de 1892 se declarar que este não «impõe a constituição dos grêmios», vê-se que a formação das zonas e o consequente consórcio dos proprietários podem resultar da iniciativa do Governo, não representando este consórcio a vontade dos interessados. E, se é certo que nenhuma pena é imposta aos proprietários que se não reúnam para o exercício das funções que o decreto de 1 e o regulamento de 19 de dezembro lhes atribuem, não deixam eles por esse facto de ficar sujeitos às obrigações que lhes são impostas, visto que o director dos serviços fluviais e marítimos resolverá todos os assuntos que os proprietários deviam tratar na reunião e nomeará os vogais do grémio.

Em princípio, não são os proprietários obrigados a obras hidráulicas cuja execução não haja sido por eles requerida ou deliberada. Podendo ser feitas por iniciativa do Governo obras nas águas comuns e particulares quando o interesse público o exigir, essas obras serão pagas pelo Estado, não sendo os proprietários obrigados a contribuir para elas (regulamento de 19 de dezembro, artigo 33.º). Quando sejam, porém, requisitadas obras nas águas comuns, e nas águas públicas se forem de interesse particular, pelas autarquias locais, por qualquer associação de proprietários ou agricultores, por qualquer proprietário ou grupo de proprietários, os proprietários interessados terão de eleger o grémio, e, se o não elegerem, será este nomeado pelo director dos serviços fluviais e marítimos.

Os grêmios podem, pois, constituir-se independentemente da sua eleição pelos proprietários que formam o consórcio. E podem estes proprietários ser obrigados a contribuir para obras que não hajam requerido ou não tenham sido por eles deliberadas.

É assim que no decreto de 1 de dezembro de 1892 se preceitua (artigo 14.º § 1.º) que, em geral, as obras que disserem respeito a águas de uso comum serão executadas pelos proprietários marginais ou interessados, mas que serão feitas pelas direcções das circunscrições hidráulicas, quando aqueles proprietários se recusarem a fazê-las, não as executarem na conformidade dos projectos aprovados e condições estabelecidas, ou voluntariamente cometerem àquelas direcções a sua execução, devendo, porém, em todo o caso o pagamento do seu custo ser feito pelos proprietários marginais ou interessados na proporção do terreno interessado ou do grau de benefício que receberem.

Determina-se no regulamento de 19 de dezembro (artigo 43.º § 1.º) que, para ter seguimento o processo relativo a obras novas, é necessário que estas sejam aprovadas por dois terços dos interessados, pelo menos, representando três quartos do valor cadastral das propriedades da zona. Salva, porém, esta restrição, o director dos serviços fluviais e marítimos substituirá nas suas atribuições o consórcio dos proprietários, e os grêmios por aquele nomeados terão as mesmas atribuições e ficarão sujeitos às mesmas obrigações que se fossem eleitos em reunião dos proprietários.

Vê-se assim que, delimitadas as zonas hidráulicas, a constituição dos consórcios dos proprietários e dos grêmios podem ter lugar independentemente da vontade dos proprietários e que estes podem ser obrigados a contribuir para as obras que se façam nas águas de uso comum e até nas águas públicas.

A constituição dos consórcios hidráulicos não representa, pois, apenas a livre associação de proprietários para promoverem a efectivação de interesses comuns relativos a águas numa determinada circunscrição. O autor do decreto de 1 e do regulamento de 19 de dezembro de 1892 procurou estabelecer por esse meio a cooperação dos proprietários na realização de obras de interesse comum para elles e em que também é interessado o Estado, independentemente das condições de hygiene e de salubridade, pelo desenvolvimento da produção.

Assim se explica que possam constituir-se consórcios por mera iniciativa da administração pública e que, uma vez constituídos, os proprietários que os formam sejam obrigados a contribuir para obras contra as quais votem na sua reunião, ou, quando esta não tenha lugar, que sejam resolvidas pelos

grêmios de acôrdo com o director dos serviços fluviais e marítimos.

O decreto de 24 de setembro de 1898 apenas modificou as disposições do decreto de 1 e do regulamento de 19 de dezembro, em relação ao assunto de que estamos tratando, não permitindo que os directores dos serviços fluviais e marítimos executem obras nas águas não navegáveis nem flutuáveis enquanto não forem decretadas a demarcação e a classificação das bacias hidrográficas e das principais correntes do país. Decretadas que sejam a demarcação e a classificação, as disposições do decreto de 1 e do regulamento de 19 de dezembro devem considerar-se em pleno vigor.

Quando se executasse o que nestes diplômas se dispõe acerca das zonas hidráulicas, não só podia assegurar-se a conservação do regime dos reservatórios e correntes de água, mas podia promover-se o seu melhoramento, obrigando a contribuir para as obras respectivas os proprietários interessados. A verdade é, porém, que, não se tendo feito a demarcação e classificação das bacias hidrográficas, poucos grêmios se teem constituído. No Mondego sabemos nós que há apenas seis, não nos constando que se tenham constituído nas outras circunscrições hidráulicas.

A não execução das disposições relativas às zonas hidráulicas se deve atribuir a necessidade de para o rio Liz se constituir, por decreto de 24 de dezembro de 1901, a *Junta directora dos serviços de correcção do rio Liz*, que actualmente é regulada pelo decreto de 24 de fevereiro de 1911, sob a denominação de *Junta do rio Liz* e com as modificações da lei n.º 150 de 1 de maio de 1914. Pelos referidos decretos assegura-se a contribuição dos proprietários interes-

sados para as obras hidráulicas que tenham de fazer-se, que são representados na junta por vogais electivos eleitos entre os proprietários por cada freguesia em que haja obras de conservação, em execução ou estudo, e que pela sua situação recebam benefício dessas obras.

Na não execução do decreto de 1 e do regulamento de 19 de dezembro se pode filiar também o projecto de lei que está pendente de aprovação na Câmara dos deputados, tendo sido aprovado já no Senado, por que é criada uma junta, denominada *Junta do rio Mondego*, destinada à correcção do regime do rio Mondego e à defesa e melhoramento dos campos abrangidos na sua bacia, projecto que assenta nos mesmos princípios que o decreto de 24 de fevereiro de 1911¹.

Se houvessem sido decretadas as demarcações e classificações das bacias hidrográficas e tivessem sido constituídas zonas na parte dessas bacias onde se tornassem necessárias obras importantes para o conveniente aproveitamento das águas e defesa dos campos marginaes, teríamos, ao lado da administração pública, órgãos locais que com ela cooperariam na execução dessas obras, e assegurar-se-ia a contribuição para essas obras dos proprietários que nellas fossem interessados.

Em vez de se promover a execução de disposições legais e regulamentares, de que podiam resultar importantísimos benefícios para a economia nacional, reformam-se a cada passo tais disposições, tendo ordinariamente as reformas a mesma sorte.

34. *Concessões de águas.* Há sobre as águas públicas e comuns direitos de uso que se exercem independentemente de licença ou autorização; direitos que só podem ser exercidos mediante prévia licença ou autorização; e usos que estão dependentes de concessão.

Nos dois primeiros casos, é a própria lei que atribui direito ao uso das águas, e a licença ou autorização apenas representa uma condição necessária para o uso desse direito, verificando-se por esse meio se um determinado uso previsto na lei é ou não prejudicial ao regime das águas e ao seu aproveitamento para outros fins a que elas se destinam. Na concessão propriamente dita não há, anteriormente a ela, o direito ao uso da água; esse direito resulta da própria concessão. Nas nossas leis e regulamentos usa-se indiferentemente dos termos *autorização* e *concessão*. A própria significação das palavras impõe, porém, a distinção que acabamos de fazer.

Assim, nos lagos e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, os respectivos proprietários marginaes poderão extrair e empregar por meio de bombas, ou de qualquer outro aparelho de motor animal ou mecânico, a água necessária para a irrigação e uso dos seus prédios, tendo para esse fim de obter licença do director dos serviços fluviaes e marítimos ou do Governô, conforme a colocação dos aparelhos não dependa ou dependa de execução de obra que altere o *statu quo* das margens ou do leito (regulamento de 19 de dezembro, artigo 216.º e § 1.º). Se se pretender utilizar as mesmas águas, derivando-as da corrente, para o abastecimento de uma povoação, força motriz ou para a irrigação de prédios que não

¹ Veja-se esse projecto no *Diário das sessões da Câmara dos deputados*, sessão de 27 de abril de 1917.

sejam marginais, tornar-se há necessária a concessão dessas águas (regulamento citado, artigo 207.º e § 1.º).

Sobre a natureza jurídica da concessão de águas públicas ou comuns existem graves divergências entre os juristas.

Gianzana vê na concessão de águas públicas um contrato de direito privado, tendo por objecto uma cousa patrimonial.

Para chegar a esta conclusão, distingue-se nas correntes ou reservatórios públicos duas partes: uma que é pública e utilizada portanto directamente por todos os indivíduos; outra que é patrimonial, e que pode ceder-se portanto para uso exclusivo de determinadas pessoas. Assim, num rio navegável ou fluviável, a parte pública corresponderá ao uso do mesmo rio para a navegação ou flutuação, não sendo permitido, por causa desse uso, realizar no rio obras pelas quais se prejudique a sua navegabilidade ou fluviabilidade. A parte privada será representada pelo volume da água que, não se tornando necessária para a navegação ou flutuação, pode ser concedida para fins agrícolas ou industriais.

Em harmonia com esta doutrina, que foi ensinada por Romagnosi, há nos reservatórios ou cursos de águas públicas águas disponíveis, isto é, águas que podem ser applicadas a outros fins sem que se prejudique o fim a que os referidos reservatórios ou cursos principalmente se destinam. O destino público desses rios ou reservatórios não é de tal forma absorvente que não permita o uso privado das suas águas compatível com aquele destino.

A concessão de águas públicas, pela qual se atribuem direitos exclusivos a determinadas pessoas, será o título de aquisição de uma cousa patri-

monial, sendo-lhe applicáveis as normas de direito privado¹.

Outros juristas distinguiram nas concessões de águas públicas duas categorias: concessões unilaterais e concessões bilaterais, revestindo aquelas a natureza de simples actos administrativos e estas a de contratos. Assim, Mantellini afirma que, resultando das concessões obrigações recíprocas, o que se dá só nas que tem por objecto serviços públicos, haverá uma concessão bilateral, essas obrigações terão natureza contratual, por que o próprio Estado se vincula para o concessionário; se das concessões resultar apenas o direito de uso de bens dominiais, haverá um simples acto administrativo, uma concessão unilateral. Giorgi ensina que, sendo feita a concessão sob a forma de contrato ou mediante um acto por que se constituam direitos e obrigações recíprocos, haverá uma concessão bilateral; sendo feita por simples decreto, haverá uma concessão unilateral².

Em substituição destas teorias, desenvolve-se na Alemanha a doutrina de que as concessões, quaisquer que elas sejam, são actos administrativos, que excluem sempre o carácter contratual, e essa doutrina exerceu larga influência nos países latinos. Assim, Ranelletti declara que a concessão é um acto administrativo unilateral que resulta de dois momentos diversos: o acto da concessão, que produz obrigações para a entidade pública que faz a concessão e direitos para o particular, e o acto de obrigação do

¹ Veja-se Filippo Ratto, *Le acque pubbliche*, páginas 50 e 51 e Gianzana, *Le acque nel diritto civile italiano*, página 324 e seguintes e 518 e seguintes, citado por Mazza, *Dei diritti sulle acque*, página 521.

² Mantellini, *Lo Stato e il Codice Civile*; Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, citados pelo dr. Magalhães Collaço, *Concessões de serviços públicos*, página 44, e Mazza, *obra e lugar citados*.

particular que cria obrigações para este e direitos para o concedente. Estes dois momentos em que a concessão se desdobra são independentes um do outro, não podendo formar-se portanto por êles um negócio jurídico único, que seria o contrato bilateral ¹.

Pacelli vê pelo contrário na concessão um acto de natureza contratual, havendo o acôrdo de duas vontades, que se manifestam livremente dentro da sua esfera de acção, e determinam direitos e obrigações recíprocos. Esse contrato reveste, porém, uma natureza especial determinada por motivos de interesse público. E' assim que as concessões de águas públicas não podem considerar-se regidas pelo direito civil puro, visto que os poderes que o Estado exerce sobre as águas públicas não podem deixar de modificar as normas de direito comum ².

Fundando-se em que os bens do domínio público são insusceptíveis de apropriação individual, estando fora do comércio por disposição da lei, em que os direitos que sobre êsses bens são especialmente conferidos não se consideram resultantes de contrato, mas de licença, autorização ou concessão, e em que estes actos da administração pública não tem a sua causa jurídica em obrigações que assuma o concessionário, as quais são apenas condições ou pressupostos da concessão, Cammeo sustenta que as concessões são actos administrativos, cujos efeitos derivam unicamente da vontade da administração pública. A vontade do concessionário, as obrigações que este assume, apenas se tornam necessárias para que se

manifeste e torne eficaz a vontade da administração pública ¹.

Mazza afirma que «a concessão implica um acto de soberania que confere um privilégio precário a um particular» ², e Ratto diz «que é inútil a pretensão de incluir as concessões de águas nos institutos de direito privado, de as aproximar dos contratos regulados por este direito. Trata-se de bens que não estão no património particular e a que não podem aplicar-se portanto as normas que regulam os outros bens. Quando muito poder-se-há dizer que a concessão perpétua tem uma limitadíssima analogia com a compra e venda; que a concessão temporária se assemelha de algum modo a um contrato de locação. Mas nem a analogia nem a semelhança podem ser invocadas para se subordinarem aos mesmos princípios e serem tratadas do mesmo modo entidades que vivem em campos absolutamente diversos» ³.

Em nosso parecer, para se determinar a natureza jurídica das concessões de águas, necessário é ter em vista o fim dessas concessões e a lei que as regula. Os direitos que delas resultam não são igualmente garantidos, havendo casos em que pela concessão se constitui uma situação jurídica subjectiva, pela qual o concessionário fica tendo um direito real ou de obrigação, e casos em que a concessão tem carácter precário, não tendo o concessionário direitos alguns reais sobre as águas ou de obrigação contra a administração pública.

¹ Citado por Mazza, página 522.

² *Le acque pubbliche e i diritti dello Stato e dei privati*, página 116 e seguintes, citado por Mazza.

¹ *Natura giuridica delle concessioni*, no *Digesto italiano*, verbo *Demanio*, volume ix, parte 1.ª

² *Dei diritti sulle acque*, página 528.

³ *Le acque pubbliche*, página 55.

Em face das disposições do decreto de 1 e do regulamento de 19 de dezembro de 1892 relativas à concessão de águas públicas e de águas comuns, que visam propriamente a concessão do uso directo das águas, vê-se que esta não pode deixar de se considerar como um acto administrativo, pelo qual se confere o uso temporário e revogável das águas para o fim indicado na concessão, não correspondendo êsse uso a um direito real, nem a um vínculo de obrigação em que se constitua a administração pública.

Preceitua-se no decreto de 1 de dezembro (artigo 21.º § 1.º) que o uso e aproveitamento das águas dos lagos, lagoas, esteiros, valas, canais, rios ou correntes, quer navegáveis ou flutuáveis, quer de uso comum, para a navegação ou flutuação, para a irrigação ou para fins agrícolas ou industriais, fica sujeito às prescrições do citado decreto e do regulamento que dêle faz parte, sem prejuízo dos direitos garantidos pelo código civil e na conformidade dos artigos 380.º e 381.º do mesmo código. O aproveitamento das águas pode, em harmonia com os citados diplomas, ficar dependente de concessão.

Vejamos os casos em que esta é facultada à administração pública e se torna necessária.

Em relação às águas públicas navegáveis e flutuáveis, declara-se no regulamento de 19 de dezembro (artigo 207.º) que o indivíduo, associação, empresa ou corporação que pretender derivar essas águas e utilizá-las, com o fim de interesse particular ou colectivo, para a irrigação, força motriz, abastecimento ou qualquer outro fim, não o poderá fazer sem que obtenha a licença pelo ministério das obras públicas, comércio e indústria, actualmente ministério do fomento, precedendo informação do director da res-

pectiva circunscricção hidráulica e consulta do Conselho superior de obras públicas e minas. Em relação às águas comuns, declara-se no decreto de 1 de dezembro (artigo 5.º) que nas correntes de água comum, em que a água for sobeja, poderá ser permitido o emprêgo do excedente da água para usos gerais, industriais, agrícolas e de irrigação, depois de satisfeitos os direitos dos proprietários marginaes, e que esta concessão só será feita pelo Governo depois de se provar por um inquérito a utilidade da derivação, e que não serão prejudicados os legítimos direitos dos proprietários confinantes, pelo modo indicado no regulamento que faz parte do mesmo decreto. E declara-se neste regulamento (artigos 225.º e 226.º), que o aproveitamento das águas de uso comum para fins industriais em qualquer prédio, e para fins de irrigação em prédios que não sejam marginaes, depende de licença ou autorização do director dos serviços fluviaes e marítimos.

As licenças para o aproveitamento de águas públicas tornam-se, pois, sempre necessárias quando estas tenham de ser derivadas dos reservatórios ou correntes, exceptuando as derivações para a irrigação de prédios marginaes, e só êstes prédios teem direito às águas comuns para a irrigação, dependendo de licença o aproveitamento das águas derivadas das correntes para outros prédios ou fins.

Sendo as águas públicas destinadas especialmente à navegação ou flutuação e as comuns à irrigação dos prédios marginaes, a sua derivação para outros fins está dependente de um inquérito que tem por fim verificar se dessa derivação resulta ou não prejuízo para os fins a que as águas públicas e comuns especialmente se destinam e a utilidade do fim para que se faz a derivação. A autorização que, feito

êsse inquérito, é dada para a derivação da água, constitui uma verdadeira concessão, visto que o direito ao uso da água resulta dessa autorização e não da lei, que apenas faculta e não impõe à administração pública essa concessão. E que no decreto de 1 e no regulamento de 19 de dezembro se consideram as palavras *licença* ou *autorização* como sinónimas de *concessão*, fácil é de verificar lendo o artigo 5.º do decreto de 1 de dezembro e os artigos 207.º § 1.º, 208.º §§ 1.º, 2.º e 3.º, 209.º-211.º, 213.º e outros do regulamento de 19 de dezembro.

O direito às águas resulta da concessão, em que será claramente designada a natureza da utilização, o volume de águas concedido, e, sendo destinadas à irrigação, qual a área e situação do terreno que tem de ser irrigado, não podendo as águas ser aplicadas a fim diverso daquele para que foram concedidas, quer sejam públicas, quer comuns (regulamento de 19 de dezembro, artigos 212.º e 232.º). As concessões de águas públicas serão sempre por prazo limitado, e a sua duração, que variará conforme as circunstâncias, será sempre expressamente declarada, assim como o destino que terão as obras e águas depois de findo o prazo da concessão (regulamento de 19 de dezembro, artigo 211.º).

Estão as concessões subordinadas sempre à condição de não prejudicarem direitos de terceiro legitimamente adquiridos, quer conttenham, quer não, essa declaração (regulamento de 19 de dezembro, artigo 210.º), e ao conveniente aproveitamento das águas para o fim a que especialmente se destinam, não sendo o Estado responsável pela falta ou diminuição das águas que forem objecto de concessão, quer essa falta seja proveniente da diminuição na quantidade das águas do manancial, lago, lagoa, rio,

vala, canal ou corrente, quer da sua aplicação aos usos da navegação ou flutuação, quer de erro de cálculo, quer de qualquer outro motivo imprevisto (regulamento de 19 de dezembro, artigos 208.º, §§ 2.º e 3.º, e 213.º).

Feita uma concessão, o Estado apenas fica inibido de nova concessão por que seja prejudicada a primeira, enquanto esta não houver caducado (código civil, artigo 431.º e regulamento de 19 de dezembro, artigos 210.º e 262.º). É apenas neste sentido que se pode dizer que o concessionário fica tendo um direito legitimamente adquirido.

Do que acabamos de dizer vê-se que pelo regime das concessões de águas, estabelecido no decreto de 1 e no regulamento de 19 de dezembro de 1892, se constitui um direito de uso excepcional das mesmas águas compatível não só com os fins a que elas se destinam especialmente, mas com a sua natureza de águas públicas ou comuns. Por êsse uso não se dá a apropriação das águas enquanto não são derivadas do seu reservatório ou curso; o concessionário apenas tem o direito de derivar a água que lhe foi concedida, estando êsse direito dependente não só dos termos em que a concessão foi feita, mas ainda de não vir a causar qualquer prejuízo ao regime do reservatório ou corrente que se reconheça mais vantajoso para os fins a que as suas águas especialmente se destinam.

Não consideramos, pois, verdadeira a doutrina que vê nas concessões um contrato de direito privado que tem por objecto uma coisa patrimonial. As concessões de águas, até no caso em que o concessionário fique adstrito ao pagamento de determinadas prestações, não tem por objecto cousas patrimoniais.

As águas que são objecto da concessão continuam no domínio público, sendo a concessão feita em harmonia com o regime que para esse domínio se acha estabelecido na lei.

Não concordamos também com a doutrina que vê na concessão de águas um contrato entre a administração pública e o concessionário que directamente se aproveita dessas águas. O direito de uso da água resulta da vontade da administração pública e não de qualquer acôrdo entre essa administração e o concessionário, não podendo vêr-se de modo algum nas prestações e em quaisquer outras obrigações a que este fique sujeito pela concessão a causa jurídica do direito à água. As prestações podem representar uma compensação para o Estado das despesas que este faz com a conservação e defesa do regime das águas, ou com as obras para o seu aproveitamento (regulamento de 19 de dezembro, artigo 208.º e § 1.º); pode vêr-se nelas uma indemnização devida pela utilidade excepcional que das águas aufero o concessionário, mas não representam o preço da venda ou locação das águas ou de qualquer servidão que no domínio público se estabeleça. Quaisquer outras obrigações dirão principalmente respeito à manutenção do regime das águas, não representando um lucro para o Estado.

A concessão do uso de águas públicas ou comuns nunca pode, a nosso ver, ser objecto de um contrato; não pode constituir-se por ela uma relação de direito privado. Quando assim se considerasse, essas águas deixariam de ser públicas ou comuns.

A concessão das águas pode ser feita, porém, não para o seu aproveitamento directo pelo concessionário, mas para a sua exploração por um intermediário, que

terá de dar a essas águas uma aplicação determinada na própria concessão. E' assim que pode fazer-se a concessão de águas para o abastecimento de uma povoação, para a produção de energia electrica que tenha de ser aproveitada para iluminação ou força motriz, para a irrigação de prédios de determinada região, realizando em qualquer dos casos o concessionário as obras necessárias para o aproveitamento das águas para os fins indicados e ficando adstrito a ceder essas águas ao público ou aos proprietários nas condições determinadas na concessão.

Não se trata, em qualquer dos casos referidos, de uma mera concessão de águas; trata-se da organização de um serviço público que, em vez de ser directamente explorado pelo próprio Estado ou autarquia administrativa, o é por um particular ou empresa, que espera auferir lucros por essa exploração.

E' evidente que neste caso não se trata apenas da concessão da água, mas da exploração de um serviço público que tem por objecto o fornecimento da água em espécie ou da força electrica que dela resulta, tendo essa exploração um fim lucrativo.

Tudo o que respeita à organização do serviço público é matéria legislativa ou regulamentar, devendo estabelecer-se por esse meio as obrigações a que fica sujeito o concessionário e os direitos do público. O direito de explorar a concessão resulta de um contrato entre a administração pública e o concessionário.

O fim que o concessionário tem em vista na exploração da concessão imprime a esta um carácter patrimonial, representando a concessão, sob este ponto de vista, um direito do concessionário, que fica sujeito às normas do direito privado. E' assim que, nos termos da respectiva legislação, a conces-

são poderá ser alienada ou obrigada por meio de hipoteca.

A concessão das águas quando tenha por fim a sua exploração com fins lucrativos terá a mesma natureza jurídica que a concessão de caminhos de ferro e de outros serviços públicos ¹.

Como se vê do que acabamos de dizer sobre concessões de águas, estas não teem no direito actual o mesmo carácter que tinham no direito anterior ao código civil, em que se podia obter por êsse meio o direito perpétuo de derivação das águas públicas.

Num projecto que foi apresentado à câmara dos deputados sobre o aproveitamento das águas públicas, faz-se distincão entre concessões de utilidade pública e de interesse privado, e, em relação às concessões de interesse privado, declara-se (artigo 58.º) que as concessões para regas e melhoramentos agrícolas são de sua natureza perpétuas, considerando-se os direitos delas emergentes encorporados nos respectivos prédios ².

Pelo carácter que se atribui a estas concessões resultará delas um direito real sobre águas que estão no domínio público.

Pelo mesmo projecto, as concessões que tenham por fim as regas e outros melhoramentos agrícolas serão consideradas de utilidade pública se a área do terreno a beneficiar for superior a 200 hectares (artigo 4.º n.º 2.º), e estas concessões, se forem feitas directamente ao sindicato dos agricultores, serão também perpétuas, ficando o benefício encorporado

¹ Veja-se sobre esta matéria o dr. Magalhães Collaço, *Concessões de serviços públicos*.

² Veja-se o dr. J. A. Ferreira da Silva, *O aproveitamento das águas*, em que se acha publicado o referido projecto.

na propriedade (artigo 37.º), e, se forem feitas a entidades não proprietárias, terão o prazo máximo de 99 anos, findo o qual as terras ficarão isentas do pagamento das rendas estabelecidas, passando ao sindicato dos agricultores o domínio colectivo das obras exclusivamente necessárias para a beneficiação (artigo 38.º).

Se for convertido em lei o referido projecto, pela concessão de águas públicas e comuns constituir-se há uma situação subjectiva, resultando dela para o sindicato dos proprietários, se for êle o concessionário, o direito de propriedade da concessão, em que estarão compreendidas as obras que para o aproveitamento das águas se effectuarem, considerando-se o direito às águas um accessório dos prédios por elas beneficiados; e, se for feita a entidades não proprietárias, a concessão terá o prazo que pelo Governo for fixado em relação ao concessionário e que não poderá exceder a 99 anos, e, findo êsse prazo, as águas e obras ficarão pertencendo aos proprietários que as aproveitavam, representando as obras necessárias para a beneficiação dos prédios um domínio colectivo e considerando-se o direito às águas encorporado nos prédios a que pela concessão foram destinadas.

O projectado regime das concessões de águas para regas e outros melhoramentos agrícolas não se nos afigura harmónico com a natureza das águas públicas ou comuns e pode constituir de futuro um gravissimo obstáculo ao aproveitamento das mesmas águas para fins que se julguem mais úteis, designadamente pelas expropriações e indemnizações que se tornarão necessárias.

Pela concessão das águas, quer respeite ao uso, quer à exploração ou comércio das mesmas águas, atribui-se a estas um determinado destino, cuja utili-

dade tem de ser apreciada anteriormente à concessão. O destino atribuído às águas é não só compatível com o seu regime de águas públicas ou comuns, mas representa ou pode representar na própria concessão, quando esta tenha por fim o comércio das águas, a razão determinante da publicidade das mesmas águas. E' assim que se for adquirida por um município uma nascente para abastecimento de uma povoação e se fizer a concessão dessa nascente a uma empresa para efectivar êsse abastecimento, a água da nascente tornar-se há, pela concessão para o fim indicado, pública ou comum; tendo o mesmo carácter quaisquer obras que para o mesmo fim se façam.

Estando as águas no domínio público ou comum, é óbvio que êste regime exclui o direito de propriedade privada sobre essas águas, e que a concessão dessas águas apenas significa que o concessionário tem o direito de as explorar para o fim indicado. Êste não é proprietário das águas, como o não são também os que delas se aproveitam; a propriedade das águas continua no Estado ou na respectiva autarquia local, que, findo o prazo da concessão, pode fazer nova concessão ou administrar as águas de conta própria.

Esta doutrina está claramente formulada na lei de 2 de julho de 1867, em que se declara: que a Companhia das águas de Lisboa receberá do Governo a posse, administração e usufruição de todas as águas, obras e utensílios pertencentes à antiga companhia bem como das águas que o Governo adquiriu e obras que êle fez posteriormente ao decreto de rescisão desta empresa, e da Câmara municipal de Lisboa a posse, administração e usufruição das águas livres e quaisquer outras empregadas no abastecimento da capital, bem como dos seus aquedutos, reservatórios

e poços ou depósitos (condição 9.ª); que o Governo concede e garante à Companhia essa posse, administração e usufruição pelo espaço de 99 anos, contados da data do acto do Governo que a declarar definitivamente constituída (condição 9.ª); que fica entendido que todas as obras e águas pertencem em propriedade ao município de Lisboa e que a empresa não tem nestas obras senão a posse, administração e usufruição durante o prazo da concessão.

Afigura-se-nos que é êste o regime mais adequado à concessão de bens que, estando no domínio público ou comum, não podem ser individualmente apropriados. E foi êste o regime que, em relação à concessão da energia das correntes, se estabeleceu no decreto de 27 de maio de 1911.

Por êste decreto o aproveitamento da energia das correntes de água pode fazer-se em «oficinas concedidas» e «oficinas autorizadas». Atendendo-se ao disposto nos artigos 1.º e 2.º e ao regime das «oficinas concedidas», vê-se que esta distinção tem por base principal o fim da concessão: na «oficina autorizada» há o uso ou aproveitamento directo da energia da corrente, qualquer que seja a sua força motriz; na «oficina concedida» há o comércio da energia das correntes no interesse dos serviços públicos ou da indústria.

A palavra *concessão* é empregada no decreto citado em sentido muito restrito, compreendendo apenas às oficinas concedidas. E' assim que no artigo 2.º se declara: «Em particular podem continuar a ser criadas oficinas hidráulicas, qualquer que seja a importância da sua força motriz, sem necessidade de concessão, mas as licenças dadas para êsse efeito são essencialmente precárias e revogáveis.

Não há razão alguma que justifique a distinção que se faz entre *concessão* e *licença*, atendendo-se à terminologia geralmente adoptada. Embora o aproveitamento da energia das correntes seja directo, desde que a lei não faculte esse aproveitamento, tornando-se para esse efeito necessário um acto administrativo, não há uma mera licença, mas a concessão da água. Vê-se que no citado decreto se quis acentuar precisamente que pela concessão do uso das águas não se criava uma situação jurídica subjectiva para o concessionário, doutrina que, como já notámos, se acha sancionada no decreto de 1 e no regulamento de 19 de dezembro de 1892. Para se exprimir, porém, a diversidade do regime jurídico a que fica sujeita a exploração da energia das correntes e o uso directo desta energia, desnecessário era alterar a terminologia adoptada, que bem se harmonizava com a verdade das cousas. Pela determinação do fim da concessão e dos direitos e obrigações do concessionário nitidamente se estabeleceria a diferença.

E não é só nesta parte que merece reparos a técnica jurídica do decreto de 27 de maio. A terminologia desse decreto afigura-se-nos também inaceitável na parte em que define a natureza jurídica da «oficina concedida».

Declara-se nesse decreto (artigo 8.º) que «as oficinas concedidas compreendendo nesta designação todos os seus imóveis e mecanismos de utilização, transformação e transporte da energia, direitos e obrigações que lhes são atribuídas neste decreto com força de lei, constituem uma propriedade imobiliária submetida às disposições do direito comum em tudo que não for contrário à presente lei», e (artigo 9.º) que «as oficinas concedidas formam um todo indivisível não podendo nenhuma das suas dependências imobi-

liárias direitos ou obrigações ser alienado, ou de qualquer modo agravado independentemente do conjunto».

Ora é de notar que, tendo as «oficinas concedidas» por objecto o comércio da energia em benefício do público, representando conseqüentemente essas oficinas a organização de um serviço público, os bens que as constituem não estão nem podem estar sujeitos, em princípio, às normas do direito privado. As correntes que se aproveitam para a produção da energia não saem do domínio público, assegurando-se pela própria concessão o uso directo dessa energia pelos cidadãos em harmonia com as obrigações impostas ao concessionário. Não pode este, sem que se alterem as condições da concessão, dar outro destino à energia das correntes.

Segundo assim, o concessionário não fica sendo proprietário das oficinas concedidas, tendo apenas o direito de as explorar durante o prazo da concessão, se, antes de findar esse prazo, e nos termos da lei ou do respectivo contracto, o Estado não usar do direito de resgate ou a concessão não caducar.

O que na «oficina concedida» pode, pois, ser alienado ou onerado é a própria concessão, o direito de a explorar. E' este direito que fica garantido ao concessionário.

A propriedade das correntes e a dos bens imobiliários e mecanismos de utilização, transformação e transporte não pertencem ao concessionário, mas ao Estado. O direito de alienar e de onerar as oficinas concedidas fica assim restrito à concessão, sendo óbvio que esse direito só poderá ser exercido em harmonia com a lei e o contrato de concessão, desde que a exploração desta representa um serviço público e não podem deixar de exigir-se garantias ao concessionário.

As concessões de águas podem ter diversos fins. No regulamento de 19 de dezembro de 1892 fala-se (artigo 207.º) em «irrigação, força motriz, abastecimento ou qualquer outro fim». No decreto de 27 de maio regula-se a concessão da energia das correntes. No projecto que acaba de ser apresentado à Câmara dos deputados sobre o aproveitamento das águas, classificam-se as concessões de águas em concessões de utilidade pública e privada, incluindo-se (artigo 4.º) nas primeiras o abastecimento de povoações, as regas, enateiramentos ou colmatagens quando se destinem a beneficiar uma área de terreno superior a 200 hectares, e o aproveitamento da energia quando tenha por fim o seu comércio em espécie ou quando a energia bruta a utilizar exceda 100 quilovátios em estiagem média. Todas as outras concessões, entre as quais se especificam, quando se regula (artigo 5.º) a preferência nas concessões, os meios de viação e as piscinas e viveiros, se consideram de interesse privado.

Em face da legislação actual, o uso directo das águas pode ser concedido pelo Governo para qualquer fim útil, desde que não sejam prejudicados os fins a que as mesmas águas especialmente se destinam. A concessão a pessoas singulares ou colectivas que tenha por fim a exploração das águas em benefício do público só se acha facultada, em termos gerais, quanto à energia das correntes, tornando-se assim necessária uma lei que autorize uma concessão dessa natureza para quaisquer outros fins.

35. *Águas públicas e comuns cuja administração pertence às autarquias locais.* Quando tratámos da

ao Estado a propriedade e a administração de todas as águas que, nos termos do artigo 381.º do código civil, se deviam considerar comuns¹. É assim que demos como assente que havia águas comuns cuja propriedade e administração pertence às respectivas autarquias locais.

Na nossa legislação administrativa posterior ao código civil, ao determinar-se a competência destas autarquias, tem-se feito sempre referência às águas, considerando-as sob diferentes aspectos. É assim que no código administrativo aprovado por decreto de 21 de julho de 1870 se declarava (artigo 119.º n.ºs 1.º e 2.º) que à câmara municipal compete fazer posturas e regulamentos relativos à policia dos cais e das águas não navegáveis nem flutuáveis, e ao regime e policia das águas comuns. No código administrativo de 1878 declarava-se (artigo 104.º n.º 1.º) que à câmara, como autoridade policial do concelho, compete fazer posturas para a policia dos cais e das águas não navegáveis nem flutuáveis e para o regime e policia das águas comuns municipais. No código administrativo de 1886 declarava-se (artigo 120.º n.º 2.º) que à câmara municipal pertence fazer posturas e regulamentos para o regime e policia das águas comuns municipais. No código administrativo de 1896 declarava-se (artigo 50.º n.º 1.º) que compete à câmara, como administradora e promotora dos interesses do município, deliberar sobre a administração, fruição e exploração dos bens, pastos, águas e frutos do logradouro comum dos povos do município, ou pertencentes a moradores de mais de uma freguesia dêle, consignando-se no

artigo 176.º n.º 20.º uma disposição correspondente para as juntas de paróquia. Na lei de 7 de agosto de 1913 determina-se (artigo 94.º n.º 13.º) que pertence às câmaras municipais a atribuição de regular o modo de fruição e exploração dos bens, pastos, águas e frutos de logradouro comum dos povos do concelho ou de mais de uma freguesia, podendo estabelecer pelo seu uso taxas em benefício do cofre municipal. No artigo 146.º n.º 14.º contém-se disposição idêntica para as juntas de freguesia.

Vê-se destas disposições que há águas comuns cuja administração pertence às câmaras municipais.

As atribuições que, em relação às águas públicas e comuns, cuja propriedade pertence ao Estado, competem ao Governo e aos directores dos serviços fluviais e marítimos, competem às respectivas autarquias locais nas águas cuja propriedade e administração lhes pertencem, e que tanto podem ser públicas como comuns, visto que não é pelas pessoas a quem a propriedade das cousas pertence, mas pelo seu destino, que se distinguem as cousas públicas das comuns.

No projecto a que nos temos referido sobre o aproveitamento das águas, consigna-se expressamente (artigo 60.º) o princípio de que as águas públicas que estão na administração dos respectivos corpos administrativos podem ser objecto de concessão de interesse privado por deliberação das corporações que os representam.

Havendo águas públicas e comuns cuja propriedade e administração pertence às autarquias locais, é indubitável a competência destas autarquias para regulamentarem a policia e aproveitamento dessas águas. As dificuldades que a este respeito podem levantar-se dão-se unicamente, a nosso ver, na deter-

minação das águas públicas e comuns que devem considerar-se pertencentes aos municípios ou paróquias.

No volume 39.º, n.º 1671, página 41, a *Revista de legislação e de jurisprudência*, sustentou, fundando-se nos artigos 50.º n.º 1.º e 176.º n.º 20.º do código administrativo de 1896, que tanto as câmaras municipais como as juntas de paróquia podiam fazer regulamentos e posturas, as primeiras para a administração e exploração das águas dos povos do município ou pertencentes a moradores de mais de uma freguesia dele, e as segundas para a fruição das águas da paróquia ou dos moradores de parte dela; e que, emquanto não se fizessem essas posturas e regulamentos, não estavam as câmaras e as juntas inibidas de regular a administração e exploração das águas comuns, podendo nomear repartidores dessas águas para que o aproveitamento delas se fizesse conforme os usos e costumes, evitando-se assim as desordens que se dariam para esse aproveitamento. No volume 42.º, n.º 1800, página 200, atendendo a que no decreto de 19 de dezembro de 1892 está regulada a policia e administração de águas comuns e a que não é permitido às autarquias locais fazer posturas ou regulamentos sobre assuntos da competência de alguma outra autoridade ou repartição pública, ou acêrca dos quais providenciem as leis e regulamentos de administração geral, afirmou a mesma *Revista* que as câmaras municipais não podiam fazer regulamentos sobre cursos de água, visto que num regulamento de administração geral se havia estabelecido o regime policial destes cursos.

A doutrina exposta nos números citados, que pode parecer contraditória, não o é efectivamente, tornando-se apenas necessário completá-la pela determinação das águas cuja propriedade e administração

pertence aos municípios e freguesias, sendo sobre estas que se podem fazer posturas ou regulamentos locais.

Como vimos, nos códigos administrativos de 1870 e 1878 dava-se competência às câmaras municipais para fazerem posturas e regulamentos sobre a polícia das águas não navegáveis nem flutuáveis. Nos códigos que posteriormente foram publicados, compreendendo já o de 1886, não se atribui competência às câmaras municipais para regulamentar a polícia destas águas, fazendo-se neste código referência apenas às águas comuns municipais. Comentando o artigo 104.º, n.ºs 1.º e 2.º, do código administrativo de 1878, dizia a *Revista de legislação e de jurisprudência*¹: 1) que as águas não navegáveis nem flutuáveis, que não constituíssem propriedade particular, eram todas comuns, compreendendo as correntes não navegáveis nem flutuáveis, os lagos ou lagoas sitos em terrenos municipais ou paroquiais, e os reservatórios, fontes ou poços construídos à custa dos concelhos ou paróquias; 2) que não havia no código civil nem no administrativo disposição alguma que autorizasse a distinção, que da citada disposição do código de 1878 parecia inferir-se, entre águas comuns municipais e não municipais, sendo as águas ou públicas ou comuns ou particulares, e pertencendo exclusivamente às câmaras municipais o regime e polícia das águas comuns. Já então se notava, porém, que se deviam exceptuar da administração municipal ou paroquial as águas das valas e rios não navegáveis nem flutuáveis designados no decreto de 8 de outubro de 1880, situados dentro do perímetro sujeito à direcção das obras públicas do Mondego.

O decreto de 1 e o regulamento de 19 de dezembro de 1892 sujeitaram sem a mínima dúvida à administração do Estado as correntes não navegáveis nem flutuáveis, ampliando-se assim o que no citado decreto de 1880 se dispunha acerca das valas e rios não navegáveis nem flutuáveis da bacia do Mondego. Necessário era, pois, reconhecer, como já em relação a estes cursos de água se havia reconhecido, que havia águas comuns cuja administração pertencia ao Estado, e que assim se podia explicar a distinção que no código de 1878 se fazia, e que vem ainda reproduzida no código de 1886, entre águas comuns municipais e não municipais, pertencendo a administração destas ao Estado e as daquelas às respectivas autarquias locais.

Pelos critérios que estabelecemos acerca da distinção das águas públicas, comuns e particulares já se pode fazer a distinção entre as águas comuns do Estado e das autarquias locais. Em princípio, pertencem ao Estado as correntes de água não navegáveis nem flutuáveis de formação natural que não sejam particulares. Não pertencem ao Estado os canais, levadas ou aquedutos construídos por pessoas singulares ou pelas autarquias locais que tenham por fim a derivação dessas águas e das águas de correntes navegáveis e flutuáveis. Estas levadas serão municipais ou paroquiais se, tendo sido construídas pelos municípios ou paróquias, forem destinadas ao uso dos habitantes do município ou freguesia e ainda do público. Como pertencentes aos municípios ou paróquias devem considerar-se também as águas que, existindo em terrenos municipais ou paroquiais, sejam neles destinadas ou deles derivadas para o uso público ou comum.

¹ Veja-se o volume 15.º, n.ºs 757 e 762, páginas 449 e 529.

Não estão estas águas na administração do Estado. Sobre elas podem as câmaras municipais e as juntas de freguesia fazer regulamentos e posturas, determinando o modo por que devem ser usadas e regulando a distribuição dessas águas, em harmonia com os usos e costumes, nas que sejam especialmente destinadas para a irrigação ou força motriz.

Cumpre-nos notar que não podem considerar-se públicas ou comuns todas as águas que nasçam ou corram em terrenos municipais ou paroquiais de logradouro público ou comum. No domínio público ou comum só podem considerar-se incluídas as águas cujo uso pertence a todos ou aos habitantes de uma determinada circunscrição administrativa. Não abrange, pois, esse domínio as águas que, embora nasçam ou corram em terrenos públicos ou de logradouro comum municipais ou paroquiais, estejam individualmente apropriadas ou sejam susceptíveis desta apropriação.

No projecto para o aproveitamento das águas, a que já diferentes vezes nos referimos, faz-se distinção entre águas públicas e particulares, declarando-se quais as águas que são do domínio público (artigo 1.º) e as que são de domínio particular (artigo 2.º), e não se fazendo referência às águas comuns. Consideram-se como pertencendo ao domínio público tanto as águas públicas cuja propriedade e administração pertence ao Estado, como as águas públicas que pertencem às autarquias locais, e especificam-se (artigo 60.º § 1.º) como estando na administração do município ou da freguesia: as águas dos lagos, lagoas e pântanos situados em terrenos baldios e de logradouro comum, municipais ou paroquiais; as nascentes que nos mesmos terrenos brotam e as águas pluviais que neles caírem ou por elles correrem, emquanto

umas e outras não transpuserem abandonadas os limites do baldio ou logradouro; as águas subterrâneas que nos mesmos terrenos existam; as águas pluviais que correrem nas ruas da cidade ou vila sede do concelho e nas estradas e caminhos municipais, ou nas ruas da sede da freguesia e povoações rurais e caminhos vicinais; os reservatórios, fontes e poços construídos à custa do concelho ou da freguesia. Quanto a todas as outras águas públicas, declara-se (artigo 60.º § 2.º) que estão na administração do Estado, a quem pertencem.

Considerando exacta, em face da legislação actual e salva a distinção que nesta se faz entre águas públicas e comuns, a especificação das águas pertencentes aos municípios ou freguesias, notaremos desde já que nem todas as águas especificadas no citado artigo 60.º § 1.º se podem considerar pertencentes ao domínio público, seguindo a linguagem do projecto, ou ao domínio público ou comum, na linguagem do código civil e da nossa actual legislação administrativa.

Para o fim que temos em vista, cumpre-nos apenas fixar a doutrina de que há, em face da nossa actual legislação civil e administrativa, águas públicas e comuns cuja propriedade e administração pertence às autarquias locais; que, em relação a essas águas, podem estas fazer posturas e regulamentos; que, quanto às águas sobejas, isto é, que não se tornem necessárias para uso do público ou dos habitantes de uma determinada circunscrição territorial, podem as câmaras municipais ou as juntas de freguesia fazer concessões dessas águas, sendo estas concessões da mesma natureza jurídica das que são feitas pelo Estado; que, do mesmo modo que em relação às águas públicas pertencentes ao Estado, o uso das

águas pertencentes aos municípios e freguesias pode, para determinados fins, estar dependente de licença; que nem a concessão de águas, nem a licença para o uso das águas se podem considerar alienações de águas, recaindo estas sobre águas patrimoniais e estando sujeitas aos mesmos princípios que as alienações dos outros bens imobiliários, sendo assim que a nossa jurisprudência administrativa tem considerado os direitos sobre as águas ¹.

A ingerência dos municípios e freguesias na administração das águas e a determinação dos direitos que sobre estas teem os habitantes da circunscrição ou o público não raro se tornam necessárias para explicar não só a natureza jurídica dos actos relativos a essas águas, mas a das próprias águas.

Assim no artigo 452.º do código civil reconhece-se a todos o direito de exploração de águas em terrenos públicos ou comuns pertencentes aos municípios ou freguesias, precedendo licença. No direito de exploração dessas águas tem-se visto já uma servidão, já um direito imobiliário adquirido pela ocupação, já um direito da mesma natureza que o reconhecido a todos os proprietários pelo artigo 2321.º do código civil, tendo a licença que para êsse fim se torna necessária um alcance diverso e estando sujeita a normas diversas conforme a natureza dêsse direito ². Ora, a nosso ver, o direito de exploração de águas sobre terrenos públicos ou de logradouro comum significa apenas o direito de apropriação dessas águas, que, emquanto não forem exploradas, não

estão no domínio público nem comum, nem se podem considerar bens patrimoniais. São cousas *nullius* ou comuns, no sentido que a esta palavra se ligava no direito romano. No domínio comum está o terreno, de que as águas subterrâneas fazem parte, sendo facultada a todos, mediante prévia licença, a sua exploração, e ficando quem as explora com direito exclusivo às águas.

36. *As águas no direito internacional.* No território dos Estados entram as águas, como partes componentes dêsse território, havendo nos Estados que são limitados por mares, baías ou estreitos, e por lagos, rios ou canais, um domínio marítimo, lacustre ou fluvial determinado pelo direito internacional. Neste direito se determina também o regime a que ficam sujeitos os rios que, atravessando ou banhando os Estados, estão abertos à navegação internacional.

Na especificação das águas que constituem o domínio público do Estado procuraremos determinar os limites dêsse domínio sob o ponto de vista internacional, e os direitos que sobre as águas territoriais são exercidos pelo Estado em relação aos outros Estados.

¹ Veja-se o *Anuário da administração política e civil*, volume 3.º, página 288, volume 14.º, página 675 e volume 17.º, página 250.

² Veja-se o interessante acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de junho de 1900, nesta *Revista*, volume 38.º, n.º 1643, página 189.

CAPÍTULO II

DAS ÁGUAS PÚBLICAS

§ 6.º — Enumeração das águas públicas

37. *É exemplificativa a enumeração das águas públicas do artigo 380.º do código civil e do artigo 1.º do decreto de 1 de dezembro de 1892.* A especificação das águas públicas que se faz no artigo 380.º do código civil, n.ºs 2.º e 3.º, e no artigo 1.º do decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892 não é taxativa.

Como vimos, o que caracteriza as águas públicas é o pertencerem ao Estado e corporações públicas e serem destinadas para o gozo directo de todos. Quaisquer águas em que se dêem estas condições não podem deixar de se considerar públicas. E' assim que um reservatório de água existente num terreno público de que todos se possam utilizar deve considerar-se público, apesar de nos artigos citados não se fazer referência aos reservatórios, mas apenas às fontes públicas.

Não basta, porém, que um terreno seja público, para que a água nele existente se considere pública também. Essa água pode ser patrimonial, sendo permitido ao Estado ou à corporação a quem pertence o terreno dispor dela livremente, ou estar individualmente apropriada. O principio de que a água tem a mesma natureza do terreno onde brota ou

considerada como um acessório do terreno, constituindo de per si objecto de um direito. Em terrenos públicos pode haver, como já notámos, utilidades de carácter patrimonial.

E' assim que em terrenos públicos pode haver águas particulares, do mesmo modo que em prédios particulares pode haver águas que, sendo utilizadas por todos, se devem considerar públicas, ou em relação às quais há uma limitação ao direito de propriedade em virtude de um direito que está no domínio público.

No domínio público não há apenas águas que se considerem como constituindo cousas autónomas; esse domínio pode ser constituído por direitos que, denominando-se de um modo geral servidões, representam limitações ao direito de propriedade.

Na individualização das águas públicas devem determinar-se, pois, não só os elementos componentes e acessórios das águas que são como tais consideradas, mas ainda os direitos que, em virtude do uso público, se constituem sobre águas particulares.

As águas que no código civil e no decreto de 1 de dezembro se acham enumeradas como públicas são:

1) as águas salgadas das costas, enseadas, baías, portos artificiais, docas, fozes, rios e esteiros; 2) os lagos, lagoas, canais, valas e correntes de águas navegáveis e flutuáveis; 3) as fontes públicas.

Vamos determinar as águas que cada uma destas categorias abrange.

38. Águas que formam o domínio marítimo. As águas salgadas formam o chamado domínio marítimo, que no artigo 380.º n.º 2.º do código civil era assim definido: as águas salgadas das costas, enseadas, baías, fozes, rias e esteiros e o leito delas.

No decreto de 1 de dezembro especificam-se, além destas águas, não só os portos artificiais e docas, a que já se fazia referência no decreto de 31 de dezembro de 1864, mas os cais e praias, e declara-se que estão no domínio público «até onde alcançar o colo da máxima preamar das águas vivas». No decreto de 1864 declaravam-se também as praias no domínio público, mas não se fazia a sua delimitação.

Como se vê, os cais e praias só estão no domínio público na parte em que, sendo cobertas pelas mais altas marés ordinárias, se devem considerar leito do mar. Nenhuma razão havia, pois, para alterar nesta parte a redacção do código civil. O que não forma o leito das águas salgadas pode estar no domínio público, mas não como parte componente do domínio marítimo, tal como é definido no decreto de 1 de dezembro.

E' assim que, alargando-se a praia pelo afastamento do mar, a parte dela que deixar de ser cuberta pelas águas considerar-se há, quando não seja destinada para gozo de todos, terreno patrimonial do Estado, como patrimónias são as ilhas e mouchões que se formam nos mares adjacentes ao território português (código civil, artigo 2294.º). Sobre estes bens há o direito de livre disposição e podem ser adquiridos por prescrição.

No decreto n.º 952 de 15 de outubro de 1914 determina-se que a jurisdição marítima se estende em terrenos de domínio público a uma faixa de 50 metros de largura, a contar da linha do máximo preamar das águas vivas, nos seguintes casos: a) Para os efeitos da pesca, piscicultura, carnicultura, ostreicultura e micultura, por concessões só feitas pelo Ministério da Marinha, em conformidade com regulamentos especiais; b) Para o aproveitamento tem-

porário da referida faixa, em relação a serviços dependentes das capitánias dos portos, e para a fiscalização dos mesmos serviços. Os terrenos adjacentes ao mar considerar-se hão, pois, no domínio público, quando se destinam a qualquer dos fins referidos.

No decreto de 1 de dezembro determina-se até onde se estende o domínio público marítimo em relação ao território português; não se delimita, porém, este domínio em relação ao mar alto, determinando-se a parte do mar adjacente que forma o mar litoral e se considera pertencente ao território do Estado. No referido decreto de 1914 determina-se que a jurisdição dos chefes dos departamentos marítimos, capitães dos portos e seus delegados, exerce-se nas costas marítimas desde a linha do máximo preamar das águas vivas até o limite das águas territoriais. Não se declara, porém, qual é o limite destas águas.

Esta delimitação, que, sendo exigida pela conservação e segurança do Estado, pode representar sob o ponto de vista económico importantíssimos interesses, constitui objecto do direito internacional público, fixando-se por ela até onde se estende a soberania de cada Estado. Dentro dos limites em que se exerce esta soberania, a natureza jurídica das águas é determinada pelo direito interno, que regula os direitos que sobre elas podem ser exercidos, tanto pelos nacionais como pelos estrangeiros, em relação às diferentes utilidades que essas águas proporcionam, não podendo todavia o Estado respectivo deixar de ter em consideração os interesses internacionais, pelos quais e em harmonia com princípios de direito internacional se estabelecem limitações ao poder que exerce sobre as águas territoriais.

O princípio de que o Estado exerce o seu poder sobre o mar litoral é admitido sem contestação, como sem contestação se admite que nenhum Estado pode exercer esse poder no mar alto. As divergências dão-se apenas sobre os limites do mar litoral ou territorial, sobre os direitos que, dentro desses limites, podem ser exercidos pelo Estado quanto ao uso ou aproveitamento das águas, e sobre o fundamento desses direitos.

Sobre os limites do mar litoral o princípio que dominou nos autores e na prática internacional foi que a porção do mar submetida à jurisdição e ao poder de cada Estado termina no ponto em que acaba a força das armas, princípio que, tendo sido formulado nos princípios do século XVIII, foi sancionado entre nós no § 2.º do alvará de 5 de maio de 1805, pelo qual se consideram no domínio do Estado os «mares territoriais, e adjacentes, em tanta distância, quanta abranja o tiro de canhão, ainda que não haja bateria em frente da situação».

Ao limite assim determinado chamava-se *linha de respeito*, sendo até essa linha que, segundo o direito comum, deviam ser respeitados os direitos do Estado sobre o mar litoral. Sendo este o limite do mar territorial, e declarando-se no artigo 380.º n.º 2.º do código civil e no artigo 1.º n.º 1.º do decreto de 1 de dezembro que estão no domínio público as águas salgadas das costas, enseadas, baías, portos artificiais, docas, fozes, rios e esteiros, parece que todas essas águas estão no domínio público, pertencendo consequentemente ao Estado.

A doutrina da soberania do Estado sobre o mar territorial, que substituiu a teoria da propriedade, não se está considerando, porém, suficiente para

mar e designadamente do direito de apropriação, de forma que se declare no domínio público todo o mar litoral até onde chegue a força das armas, visto que os progressos da artilharia e dos meios de defesa dão a este mar uma extensão tal, que os interesses do Estado não reclamam essa apropriação, e, embora a reclamassem, não poderia dar-se de um modo efectivo e sem ofensa dos direitos dos outros Estados.

No princípio do século XVIII a distância que o canhão atingia era de cerca de três milhas, cinco quilómetros e meio. Esse alcance do canhão estava de harmonia com os interesses que os Estados podiam ter em relação ao mar litoral, circunstância que em grande parte explica o domínio da teoria da soberania.

A distância de três milhas foi a adoptada nas leis e nos tratados e por ela se dirimiam os litígios. Os progressos da artilharia não podiam, porém, deixar de ter como consequência, admitida a teoria da soberania, a modificação dessa medida, e foi assim que em 1894 o Instituto de direito internacional julgou que devia indicar a distância de seis milhas como a que se aproximava mais da realidade, ao mesmo tempo que alguns internacionalistas, como Martens, afirmavam que a soberania é absoluta e irrefutável nas águas territoriais dominadas pelo canhão, e que os limites desse mar não podem deixar de mudar com as modificações que se derem no alcance do canhão.

Perante o alcance que este actualmente tem e os meios de defesa do território que tem sido descobertos, a doutrina que fundava sobre a força o direito de soberania no mar litoral vai perdendo o carácter absoluto que tinha, procurando-se fixar os direitos de cada Estado sobre as águas territoriais na medida

em que os seus legítimos interesses o exijam, e admitindo-se que, em harmonia com a natureza desses interesses, possa variar a parte do mar sobre que se reconhece a cada Estado o direito de liberdade de acção, não só como meio de defesa, mas de aumentar a sua riqueza.

E' assim que em relação ao direito de neutralidade, de defesa, de pesca, de navegação e de jurisdição se procuram fixar os limites em que ao Estado se reconhecem direitos especiais ou um domínio exclusivo. O limite de três milhas pode considerar-se limite mínimo geralmente admitido, não tendo todavia carácter internacionalmente obrigatório, de forma que o Estado marginal pode, até o limite máximo, que é o determinado pelo alcance do canhão, fixar outro limite, já em leis internas, já em tratados internacionais¹.

Para a delimitação da parte do mar litoral que se compreende no domínio público do Estado e para se determinarem os direitos que, em relação a esse mar, são exercidos por cada Estado, necessário é, pois, ter em vista as medidas que especialmente se estabeleçam. Na fixação dessas medidas podem e devem ter-se em consideração determinadas sinuosidades do mar, como as baías e enseadas. Assim, na lei de 26 de outubro de 1909 determinou-se (artigo 1.º e § único) que nas águas territoriais portuguesas, no limite de três milhas marítimas, a contar da linha da máxima baixamar, é proibida a pesca às embarca-

¹ Veja-se o dr. Alvaro Villela, *Direito internacional*, lições de 1909-1910, n.º 76, páginas 228 e seguintes; Romée de Villeneuve, *La ligne séparative des eaux nationales et de la mer territoriale*; Despagnet, *Cours de droit international public*, 4.ª edição, n.º 402 a 407, páginas 608 e seguintes; Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 1912, páginas 176 e seguintes.

ções estrangeiras, e que, nas baías, a faixa de três milhas é contada segundo os princípios do direito internacional. Na lei n.º 185 de 5 de julho de 1914 declarou-se que o limite das águas territoriais portuguesas, exclusivamente para os efeitos da pesca e seu exclusivo para os nacionais, é determinado, em relação a pescadores estrangeiros, pela linha que, para os mesmos efeitos, esteja adoptada pela legislação do país a que esses pescadores pertençam. Esta lei foi esclarecida pela lei n.º 735 de 10 de julho de 1917 que no artigo 1.º preceitua que nas águas territoriais portuguesas é proibida a pesca às embarcações estrangeiras, e no artigo 2.º que os limites de tais águas, para os efeitos da pesca, é determinado, em relação aos pescadores estrangeiros, pela linha adoptada na legislação em vigor dos seus respectivos países à data da promulgação da presente lei.

Na enumeração das águas salgadas compreendem-se as rias, esteiros e portos, os quais não fazem parte das águas territoriais mas devem considerar-se águas nacionais, embora façam parte do domínio marítimo que, em relação aos portos, e para os efeitos de fiscalização e polícia, se acha determinado no decreto de 1 de dezembro de 1887, artigo 1.º, e no artigo 1.º do regulamento geral das capitánias, serviços e polícia dos portos do reino e ilhas adjacentes aprovado por decreto de 1 de dezembro de 1892, sendo os serviços dos departamentos marítimos, capitánias dos portos e respectivas delegações no continente e ilhas adjacentes reorganizados pela lei n.º 211 de 29 de junho de 1914 e pelo decreto n.º 952 de 15 de outubro do mesmo ano.

Nos termos do artigo 380.º n.º 2.º e do artigo 1.º, n.º 1.º, do decreto de 1 de dezembro, parece que deveriam considerar-se no domínio público as rias e

esteiros na parte em que sejam cobertos pela água no máximo preamar, e que, embora parte dessas rias e esteiros estivesse individualmente apropriada, entrou no domínio público logo que o código civil começou a vigorar.

A verdade, porém, é que, achando-se individualmente apropriados alguns terrenos que fazem parte das rias, o Estado tem reconhecido os respectivos direitos, não só para evitar conflitos, mas porque não seria justo que os proprietários fossem expropriados desses terrenos sem indemnização. E o que se dá com a ria de Aveiro, reconhecendo-se no decreto n.º 3003 de 27 de fevereiro de 1917 que há nessa ria terrenos sempre submersos e periodicamente alagados que estão sob o domínio particular. E na portaria de 16 de maio de 1892 reconhece-se que há muitos terrenos submergidos, banhados e atingidos pelas marés que tem estado sempre no domínio e posse, incontestada e pública, de indivíduos que os adquiriram por título gratuito ou oneroso, e determinou-se que esses direitos fossem respeitados ¹.

39. Águas que constituem o domínio público fluvial e lacustre. No artigo 380.º n.º 3.º do código civil enumeram-se como cousas públicas os lagos e lagoas, e os canais e correntes de água doce navegáveis ou

¹ Veja-se o acórdão da Relação do Porto de 19 de maio de 1896, na *Revista dos tribunais*, volume 15.º, página 89.

Num relatório oficial que, sob o título *A Ria de Aveiro*, foi publicado pela Imprensa Nacional em 1915, declara-se a página 9: «A ria pertence em parte ao domínio público e em parte a particulares, não estando os prédios balizados na sua quasi totalidade, nem se tendo procedido à sua «corografia em carta e em tombo, do que tem resultado os proprietários «alargarem os seus domínios à custa do leito da ria, cuja exalção provocam sempre que isso lhes é possível e convém, estreitando assim o «estuário».

flutuáveis, com os seus respectivos leitos ou álveos; nos §§ 1.º a 3.º do mesmo artigo define-se o que é corrente navegável e fluviável e leito ou álveo, e no § 4.º declara-se qual é a parte do solo marginal que, estando individualmente apropriada, não pertence ao leito ou álveo. No decreto de 1 de dezembro de 1892 enumeram-se como públicos os lagos, lagoas, canais, valas e correntes navegáveis e fluviáveis, com seus respectivos leitos e margens; diz-se nos §§ 1.º e 2.º do mesmo artigo o que se entende por corrente navegável e fluviável, e declara-se no artigo 4.º qual é a parte do terreno adjacente aos lagos, lagoas, canais, valas e correntes que forma as margens.

Tanto pelo código civil como pelo decreto de 1 de dezembro, o elemento característico dos reservatórios e cursos de água que se consideram no domínio público é a navegabilidade ou fluviabilidade, sendo indiferente que esses cursos sejam de formação natural, que se designam propriamente pela palavra rios, ou de formação artificial, como são os canais e valas, devendo considerar-se todos compreendidos nas *correntes*, embora esta palavra se aplique ordinariamente para designar os cursos de formação natural ou rios.

No código civil considera-se navegável a corrente que durante o decurso inteiro do ano é acomodada à navegação, com fins comerciais, de barcos de qualquer forma, construção e dimensões, e corrente fluviável aquela por onde estiver efectivamente em costume, no acto da publicação do código, fazer derivar objectos flutuantes, com fins comerciais, ou a que de futuro for declarada tal pela autoridade competente. Quando todo o rio não for navegável ou fluviável mas só parte dêle, a esta parte unicamente pertencerá a referida classificação. Como se

vê, no código civil exigia-se não só, em relação à corrente navegável, que fosse acomodada à navegação com fins comerciais, mas que tivesse esta aptidão durante o decurso inteiro do ano; em relação à corrente fluviável, não só se exigia este mesmo requisito, mas que houvesse efectivamente o costume de derivar por ela objectos flutuantes ao tempo em que o código civil começou a vigorar, ou que fosse declarada tal pela autoridade competente. Não bastava, pois, para que uma corrente se considerasse fluviável e consequentemente no domínio público, que fosse acomodada para a flutuação; exigia-se que houvesse o costume de derivar por ela objectos flutuantes ou que fosse declarada fluviável.

No decreto de 1 de dezembro define-se corrente navegável a que é ou vier a ser acomodada à navegação, com fins comerciais, de barcos de qualquer forma, construção e dimensões, e fluviável aquela por onde se faz derivar objectos flutuantes, ou que de futuro for declarada tal pela autoridade competente, não se exigindo por este decreto que a aptidão para a navegação ou a derivação de objectos flutuantes se dêem durante o decurso inteiro do ano, e reproduzindo-se textualmente a disposição relativa aos rios que só em parte sejam navegáveis e fluviáveis.

A alteração que na definição de correntes navegáveis e fluviáveis se fez ao código civil, suprimindo-se as palavras — *durante o decurso inteiro do ano*, não representa, como já notámos, a mínima modificação na jurisprudência e na prática seguidas ao tempo em que foi publicado o citado decreto. E' assim que no decreto de 8 de outubro de 1880 foram classificados como navegáveis e fluviáveis, na bacia do Mondego, rios e valas que não eram nem são aptos para a navegação e flutuação durante o decurso

inteiro do ano. Em relação às correntes fluviáveis não basta pelo decreto de 1 de dezembro, como não bastava pelo código civil, que, para assim serem consideradas, sejam aptas para a derivação de objectos flutuantes; é necessário que esta derivação esteja em uso ou que a corrente seja classificada como fluviável.

Desde que seja feita, nos termos do decreto de 1 de dezembro, a classificação geral das bacias hidrográficas, os lagos, lagoas, valas, canais, esteiros e correntes de água, ou a parte deles, que não forem classificados como navegáveis ou fluviáveis, serão considerados comuns ou particulares, conforme neles se verificarem as condições dos artigos 2.º ou 3.º, e, enquanto não estiver feita, ou aprovada, a classificação definitiva, terão a classificação de que gozavam à data do mesmo decreto (decreto citado, artigo 9.º e §§ 1.º e 2.º). Não tendo sido ainda publicada a classificação geral das bacias hidrográficas, é esta a situação actual pelo que respeita às correntes que se devem considerar navegáveis e fluviáveis.

Nos termos dos §§ 1.º e 2.º do artigo 381.º, a corrente navegável, que durante cinco anos consecutivos não servir à navegação, passará à categoria de corrente fluviável, e a corrente fluviável, que durante cinco anos consecutivos não servir à flutuação, ficará incluída na categoria das correntes de uso comum. No decreto de 1 de dezembro, tendo-se em vista estas disposições relativas à alteração da natureza das correntes, estabeleceu-se (artigo 12.º) que as classificações deviam ser revistas e de novo decretadas de cinco em cinco anos.

Se na definição das correntes navegáveis e fluviáveis o decreto de 1 de dezembro não modificou funda-

mentalmente o código civil, não sucede o mesmo relativamente às margens dos reservatórios e cursos de água que devem considerar-se no domínio público.

Pelo código civil, só estavam no domínio público os lagos e lagoas, canais e correntes com os seus leitos ou álveos. Pelo decreto de 1 de dezembro também estão no domínio público as margens, cuja largura por elle é delimitada numa extensão maior ou menor, conforme a importância dos lagos ou cursos de água.

Define o código civil leito ou álveo a porção de superfície que a corrente cobre sem trasbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto, e declara que as faces ou rampas e os capelos dos cômodos, valados, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento, erguidos artificialmente sobre a superfície natural do solo marginal, não pertencem ao leito ou álveo da corrente, nem estão no domínio público, se à data da promulgação do código civil não houverem entrado nesse domínio por modo legal. O decreto de 1 de dezembro, não dizendo o que se entende por leito ou álveo, declara no artigo 4.º que, nos lagos, lagoas, rios, valas e mais correntes de água, a margem, incluindo os cômodos, motas, valados e diques; consistirá em uma faixa do terreno adjacente, junto à linha de água, que se conserva ordinariamente enxuta, e é destinada aos serviços hidráulicos, de policia, ou acessórios da navegação e flutuação.

Nos termos do n.º 1.º do citado artigo, nos reservatórios e cursos navegáveis e fluviáveis as margens terão geralmente de três a trinta metros, e excepcionalmente até cinquenta metros de largura, a contar da linha que limita o leito ou álveo, conforme a importância e necessidades da via fluviável ou navegável. E nos §§ 1.º a 3.º preceitua-se: 1) que nas

lagoas e correntes de água de menos consideração poderão até ser suprimidas as margens, atendendo ao seu uso, antigos costumes e regimentos; não podendo, porém, neste caso, os respectivos proprietários opor-se ou impedir que pelo seu terreno junto à corrente de água em solo enxuto passem os agentes administrativos ou das direcções hidráulicas, em execução do serviço público a seu cargo; 2) que a superfície de terreno constitutivo de qualquer margem deverá conservar-se sempre livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietário do terreno, e que, junto dos lagos, lagoas, canais, esteiros e correntes de água navegáveis ou flutuáveis, o terreno das margens pertencerá ao Estado; 3.º) que os proprietários legais dos terrenos junto dos lagos, lagoas, valas, canais, esteiros e correntes de água serão previamente indemnizados, nos termos das leis de expropriação por utilidade pública, pela expropriação ou servidões impostas pelas disposições d'este artigo e seus parágrafos.

Para se determinar o alcance destas disposições, definindo-se precisamente o que nos reservatórios e cursos de água se compreende no domínio público, necessário é ver o que se intende por leito ou álveo dos lagos e correntes e por margens, pois certo é que a esta palavra não se liga sempre o mesmo sentido na nossa legislação.

Pelas palavras leito ou álveo dos lagos e correntes entende-se, desde o direito romano, a superfície de terreno em que a água é represada, ou corre, contida pelas ribas, ribanceiras ou bordas. No leito ou álveo não se compreende o terreno que, extraordinariamente, nas cheias ou inundações, a água ocupa, mas só o terreno por ela escavado naturalmente e que ordinariamente ocupa. As elevações do terreno que,

ficando aos lados das correntes ou formando o circuito dos lagos, conteem ordinariamente as águas, chamavam-se entre os romanos *ripæ*, que no *Digesto*¹ eram assim definidas: *Ripa autem ita recte definitur, id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens. Cæterum si quando vel imbribus, vel mari, vel qua alia ratione ad tempus excrevit: ripas non mutat. Nemo denique dixit, Nilum, qui incremento suo Aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare. Nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripæ alvei ejus muniendæ sunt. Si tamen naturaliter creverit, ut perpetuum incrementum nactus sit, vel alio flumine admixto, vel qua alia ratione: dubio procul dicendum est, ripas quoque eum mutasse; quemadmodum si, alveo mutato, alia cepit currere.*

Em harmonia com esta doutrina, Lobão compreendia no rio ou ribeiro público «igualmente a água, que aí corre, a ribanceira, e o álveo, ou leito» e dizia que *alveo* chama Morais a madre, o leito do rio, e *ribanceira* riba de rio talhada a pique².

No código civil não foram especificadas as ribas ou ribanceiras como formando um elemento distinto do álveo ou leito, e, sendo êste definido a porção de superfície que a corrente cobre sem trasbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto, compreendeu-se no leito ou álveo a própria ribanceira ou riba na parte em que esta é banhada pela água. Representando, porém, esta parte a linha que limita o terreno marginal, e podendo suscitar-se dúvidas sobre se êsse terreno estava no domínio público compreendendo-se no leito do rio, fez-se a declaração consignada

¹ Livro 43, título 12, lei 1.ª, § 5.º

² *Tratado prático e compendário das águas*, § 3.º

no § 4.º do artigo 380.º, excluindo dêsse domínio as faces ou rampas dos terrenos erguidos artificialmente na superfície natural do solo marginal, se essas faces ou rampas não estivessem no domínio público ao tempo em que o código civil foi publicado.

O decreto de 1 de dezembro não fala também em ribas ou ribanceiras, referindo-se, para definir as margens, a uma faixa do terreno adjacente junto à *linha de água*, sendo desde o limite dessa faixa, a que se segue a linha de água, que se forma a riba ou ribanceira. Nas margens compreendem-se, pois, as ribas ou ribanceiras, que representam o limite das margens do lado dos lagos ou das correntes, sendo essas margens constituídas por uma faixa mais ou menos larga nos termos do decreto citado.

Não declarando o código civil que as margens dos rios ou lagos estavam no domínio público, só podiam considerar-se neste domínio quando estivessem no gozo directo de todos, quer de per si, quer em relação aos serviços da navegação, da flutuação ou da pesca. Pelo decreto de 1 de dezembro, as margens consideram-se como acessórios dos lagos ou cursos de água e estão como tais no domínio público, sendo o respectivo terreno pertença do Estado.

Depende a largura das margens, nos termos do mesmo decreto, da classificação e demarcação das bacias hidrográficas, e, delimitadas nelas as margens, só podem considerar-se no domínio público os respectivos terrenos, desde que tenham sido expropriados nos termos das leis da expropriação por utilidade pública. Donde se conclui que não estão no domínio público as margens cujo terreno seja particular, não tendo sido revogada pelo decreto de 1 de dezembro a disposição consignada no § 4.º do artigo 380.º do código civil.

A declaração que se faz no § 2.º do artigo 4.º do decreto de 1 de dezembro de que o terreno das margens junto dos lagos, lagoas, canais, esteiros e correntes de água navegáveis ou flutuáveis pertencerá ao Estado, não significa, pois, que êsse terreno entrasse no domínio público e ficasse conseqüentemente pertencendo ao Estado desde a publicação do citado decreto, tornando-se necessário para êste efeito não só que êsse terreno seja delimitado, mas que, se estiver individualmente apropriado, se dê a expropriação por utilidade pública.

O decreto de 1 de dezembro não só dá o direito de indemnização prévia pela expropriação dos terrenos que devem constituir as margens dos lagos ou correntes, mas ainda pelas servidões impostas pelo mesmo decreto nesses terrenos. Estas servidões, que consistem especificadamente na obrigação de deixar passar os agentes administrativos ou das direcções hidráulicas junto à corrente de água em solo enxuto e em não se poder cultivar a superfície do terreno constitutivo de qualquer margem que deve conservar-se sempre livre e desembaraçada, representam limitações ao direito de propriedade que o interesse público impõe, pelas quais não há, em princípio, o direito de indemnização, pois que tais limitações entram na determinação do próprio conteúdo do direito de propriedade. Quando em virtude do estabelecimento dessas limitações haja, porém, em relação às utilidades que o proprietário estava auferindo, prejuízo efectivo, a equidade pede que êle seja indemnizado. É assim que no decreto de 27 de maio de 1911, attribuindo-se às oficinas concedidas (artigo 13.º) o direito de atravessar ou ocupar as propriedades particulares com fios ou cabos aéreos ou subterrâneos necessários para o transporte de

energia e os apoios e aparelhos necessários para o mesmo fim, com canais e condutos subterrâneos necessários ou impostos pela concessão e com os caminhos de circulação necessários para a exploração da concessão, se declara que sómente são devidas indemnizações aos proprietários por estas servidões, quando delas resulte diminuição do rendimento da propriedade ou redução da sua área.

Não se consignaram no decreto de 1 de dezembro estas restrições ao direito de indemnização pelas servidões impostas no terreno constitutivo das margens, mas o direito a essa indemnização não pode deixar de considerar-se dependente não só da verificação do prejuízo causado por essas servidões, mas ainda de, ao tempo em que foi publicado o decreto citado, não se considerarem legitimamente estabelecidas tais servidões pelo uso ou costume. Neste caso, a disposição consignada no decreto de 1 de dezembro, pelo que respeita às servidões, não alterou a situação em que ao tempo da sua publicação estavam os proprietários marginais.

Em virtude da acção das águas podem dar-se alterações no leito e nas margens dos lagos e designadamente das correntes. É assim que no código civil se previne não só o caso de aos prédios confinantes com os rios, ribeiros ou quaisquer correntes de água, se unir, ou neles se depositar, terra que lhes não pertence (artigos 2291.º e 2292.º), e de nos rios se formarem mouchões ou aterros (artigos 2294.º e 2295.º), mas de a corrente mudar de direcção, abandonando o antigo leito, ou se dividir em dois ramos ou braços, sem que o leito antigo seja abandonado (artigos 2293.º e 2295.º).

Para determinar o que nos lagos e correntes navegáveis ou flutuáveis se considera no domínio público,

desnecessário é expor os princípios relativos aos aumentos que, pela accessão natural, se dêem nos terrenos que confinam com as correntes e lagos, ou no próprio leito ou álveo da corrente. No domínio público só estão o leito ou álveo e as margens. As acumulações de terra que a corrente transporte e se elevem acima do nível ordinário das águas deixarão de fazer parte do leito e, conforme se incorporarem ou não nos terrenos marginais, pertencerão aos proprietários destes terrenos ou ao Estado, sendo considerados, neste último caso, bens patrimoniais e não do domínio público.

Nesta matéria não temos, porém, que aplicar só os princípios consignados no código civil sobre a accessão imobiliária.

No intuito de evitar que sejam prejudicados os prédios marginais, por não se realizarem as obras necessárias para a sua defesa, e de promover o desenvolvimento da agricultura, o decreto de 1 de dezembro autoriza (artigo 27.º) o Governo, pelo ministério do fomento, sob informação dos directores dos serviços fluviais e marítimos e ouvido o conselho superior de obras públicas e minas, a permitir que os proprietários marginais de pântanos, lagos, lagoas, esteiros, rios e seus afluentes, canais e valas, de que trata o n.º 1.º do artigo 7.º, que assim o requerem, construam, em frente dos mesmos prédios, os tapumes necessários para a conservação deles, ou outras obras para o desenvolvimento da agricultura, apropriando-se dos terrenos ou areais que em frente dos mesmos prédios tenham de ser conquistados às mencionadas águas pelas obras projectadas para o seu melhoramento, uma vez que se conformem com os planos superiormente aprovados e os cumpram, executando as obras sob a fiscalização e segundo as

instruções da direcção da respectiva circunscrição hidráulica, e que deixem para margem a faixa de terreno que for demarcada, em vista do n.º 2.º do mesmo artigo 7.º¹.

Esta disposição, que é sómente applicável aos leitos das águas navegáveis e flutuáveis pela referência que se faz ao n.º 1.º do artigo 7.º, mostra-nos que os leitos e margens destas correntes só se consideram no domínio público como partes componentes ou integrantes das correntes, e parece obedecer ao princípio de que, desde o momento em que se não tornem necessários para o conveniente regime das águas, os respectivos terrenos devem ser incorporados nos prédios marginais, sendo efectivamente por esta incorporação que esses terrenos podem ser devidamente utilizados. E d'este princípio derivaria que, sempre que o rio, afastando-se de uma das margens, fosse lentamente alargando o seu leito na margem oposta, ou, mudando de direcção, invadisisse novos terrenos, abandonando o antigo leito, o terreno que deixava, no primeiro caso, de ser occupado pela água se considerasse pertencente aos prédios marginais de cujo lado as águas se afastavam, e, no segundo, que o leito abandonado ficaria pertencendo aos prédios que as águas banhavam.

No primeiro caso tem de applicar-se os princípios da accessão e a disposição consignada no artigo 27.º do decreto de 1 de dezembro. No segundo caso, a doutrina exposta era a que o direito romano sancionou, mas sobre cuja applicação entre nós, anteriormente ao código civil, havia dúvidas na nossa jurisprudência, sustentando Coelho da Rocha que os donos da terra

¹ Na Coleção official de legislação diz-se — *em vista do n.º 5.º do mesmo artigo 6.º*, estando evidentemente errada esta referência.

do novo álveo deviam ser indemnizados pelo terreno do álveo antigo, e que, se não podia ter lugar esta indemnização, o álveo abandonado pertencia ao Estado¹; e foi esta a doutrina que o autor do código civil seguiu, declarando (artigo 2293.º) que, se a corrente mudar de direcção, os donos dos prédios invadidos adquirirão direito ao terreno, que occupava o álveo antigo, cada um em proporção do terreno perdido pela variação da corrente.

Atendeu-se sem dúvida, ao consignar no código civil esta disposição, que, como veremos quando tratarmos das águas comuns, é applicável sómente as águas públicas navegáveis e flutuáveis, ao prejuízo que os proprietários dos terrenos em que a corrente abriu um novo leito sofrem e a que o Estado, perdendo o seu direito sobre o leito abandonado pelas águas, o adquire no novo leito, que, pela mudança de direcção da corrente, entra immediatamente no domínio público.

Não é esta todavia a doutrina que consideramos mais aceitável. Se é certo que o legislador pode, por equidade, atenuar os prejuízos causados por accidentes naturais, não o deve fazer sempre que a reparação desses prejuízos não seja praticamente exequível ou seja contrária aos princípios em que deve assentar a organização da propriedade.

Ora a verdade é que, considerada sob qualquer destes aspectos, a disposição consignada no artigo 2293.º se nos afigura inadmissível.

Difícilimo será, na grande maioria dos casos, estabelecer praticamente a proporção que, segundo o disposto no artigo citado, deve ser observada na divisão do leito abandonado pela corrente, e desta

¹ Veja-se o n.º 8, página 50.

divisão resultará necessariamente não só um demasiado fraccionamento desse leito, mas a constituição de servidões nos antigos prédios marginais.

Para o conveniente aproveitamento do terreno naturalmente abandonado pela corrente necessário se torna, pois, que elle se considere pertencente aos prédios marginais.

O nosso domínio público fluvial comprehende os rios que nascem no território português e nele correm exclusivamente, a parte dos rios que, nascendo no território doutro Estado, atravessa o território português desde o ponto de entrada até o de saída, e a parte dos rios que, banhando apenas o nosso território e separando-o do território de outro Estado, vai até ao *Thalveg*, que é a linha de maior depressão e portanto da maior corrente, ou à linha média. Desde o principio do século XIX é o sistema do *Thalveg* o mais frequentemente adoptado e applicado, como nota Anzilotti, por ser o que assegura aos dois Estados fruição igual da via de comunicação; mas, segundo observa o mesmo escritor, é o sistema da linha média o que talvez deva ser observado sempre que nos tratados se não disponha o contrario ¹.

40. Fontes e reservatórios públicos. Entre as cousas públicas especifica o artigo 380.º n.º 3.º do código civil as fontes públicas, a que se refere também o decreto de 1 de dezembro de 1892 no artigo 1.º, n.º 2.º

¹ Veja-se a obra citada, página 174, e o dr. Machado Villela, *Estudos de direito internacional*, lições de 1909-1910, páginas 225 e 226.

A palavra *fonte* significa nos artigos citados o lugar onde as águas são aproveitadas, não se tomando em consideração a origem dessas águas. É assim que as águas da fonte pública podem provir de uma nascente, sendo aproveitadas no mesmo ponto em que brotam à superfície ou em ponto mais ou menos distante para o qual sejam conduzidas por um aqueduto. Podem as águas das fontes públicas ser derivadas de uma corrente navegável ou flutuável ou não navegável nem flutuável, por meio de um aqueduto ¹.

O que caracteriza as fontes públicas é o uso público das águas, num lugar determinado, para beber, para consumo doméstico ou para outros fins.

Pode haver, para uso público também, reservatórios de água, que sejam aproveitados para lavagem de roupas, para banhos, etc. Refere-se a esses reservatórios o artigo 451.º, não podendo deixar de considerar-se, pelo uso a que são destinados, como estando no domínio público. Como nas fontes, é também indiferente a origem das águas de que se formam esses reservatórios.

Vê-se dos artigos 380.º n.º 3.º e 381.º do código civil que há fontes públicas e fontes comuns, e do mesmo modo pode haver reservatórios públicos e reservatórios comuns.

Como já notámos, para distinguir as fontes e reservatórios públicos dos comuns não tem de se atender às entidades a quem pertencem, mas ao seu destino para uso de todos ou só dos habitantes de uma determinada circunscrição territorial. E, para se ver qual é esse destino, terá de se atender à natureza do lugar onde estão as fontes ou reservatórios. É assim que a fonte será do uso público se estiver numa estrada ou numa

¹ Lobão, *Tratado*, §§ 50 e 51.

rua pública, num jardim público, sendo completamente indiferente que a estrada, a rua, ou o jardim pertençam ao Estado ou a uma autarquia local. Será comum uma fonte ou um reservatório que se encontre num terreno de logradouro comum dos vizinhos de um determinado lugar ou freguesia.

Não se pode argumentar, para dizer que estas fontes são também públicas, com a afirmação de que, sendo as fontes destinadas à satisfação de necessidades primárias da vida, não pode estabelecer-se uma distinção entre fontes públicas e comuns pela qual seja inibida qualquer pessoa da satisfação dessas necessidades. Quando se considerasse precedente este modo de argumentar, necessário seria reconhecer que também não pode haver fontes ou nascentes particulares.

A verdade é que, se pode e deve considerar-se como sendo *nullius in aqua profluens* e portanto a própria água das fontes particulares, não o é a água que, existindo num lugar que seja vedado ao acesso público, não pode ser aproveitada por todos.

As águas das fontes e reservatórios são públicas apenas nos lugares em que essas águas se aproveitam. E' assim que as águas sobejas das fontes públicas podem ser individualmente apropriadas e que, em relação a essas águas, pode haver o direito de livre disposição.

O regime das fontes e reservatórios públicos recai sobre o lugar em que as águas são aproveitadas para uso público; e, salvas as restrições impostas por este uso, applicam-se as normas gerais às nascentes ou correntes de que se alimentam as fontes e os reservatórios e às águas sobejas, conforme a natureza daquelas nascentes ou correntes e destas águas.

§ 7.º — Regime das águas públicas

41. *Disposição geral relativa ao uso das águas públicas.* Da epígrafe da subsecção 1.ª da secção 2.ª do capítulo 4.º do título 3.º do livro 1.º da 2.ª parte do código civil vê-se que se trata, em geral, nessa subsecção, do regime de todas as águas públicas, que enumerámos no parágrafo anterior, e, em especial, das águas navegáveis e flutuáveis. E' efectivamente comum a todas as águas públicas a disposição exarada no artigo 431.º, em que se preceitua que é permitido a todos usar de quaisquer águas públicas, conformando-se com os regulamentos administrativos, sendo esta disposição uma mera applicação às águas públicas da noção de cousas públicas formulada no artigo 380.º

As outras disposições da referida subsecção respeitam aos lagos ou correntes navegáveis ou flutuáveis, de que o código se occupa especialmente, parecendo todavia que essas disposições não deviam ser apenas applicáveis ao domínio fluvial ou lacustre, mas abranger também o domínio marítimo. Tanto na epígrafe, como em cada um dos artigos, fala-se em *águas navegáveis e flutuáveis* e não em *correntes navegáveis* ou *flutuáveis*, podendo consequentemente julgar-se que essas disposições abrangem tanto as águas doces como as salgadas, visto que estas são também navegáveis.

A verdade, porém, é que, não sendo a navegabilidade ou flutuabilidade o elemento a que o legislador atendeu para considerar públicas as águas que formam o domínio marítimo, elle teve especialmente em vista, ao falar das águas navegáveis e flutuáveis, as

que formam o domínio fluvial e lacustre. E o conteúdo de cada um dos artigos mais nos convence de que foi esse efectivamente o pensamento do autor do código civil, regulando apenas especialmente, na subsecção a que nos estamos referindo, as correntes e reservatórios de água doce navegáveis e flutuáveis.

Formulando-se no artigo 431.º o princípio de que todos podem usar das águas públicas, declara-se que esse uso deve ser conforme com os regulamentos administrativos. Nestes regulamentos pode não só determinar-se o modo por que as águas podem ser utilizadas, mas limitar-se ou restringir-se esse uso a certos e determinados fins em harmonia com a natureza das mesmas águas. Não é, porém, matéria regulamentar, mas legislativa, a que apenas faculta o uso das águas públicas às pessoas que se encontrem em determinadas condições.

Em princípio, todos podem usar das águas públicas, quer sejam nacionais, quer estrangeiros. Como veremos, o direito de usar das águas públicas representa um poder legal, sendo a qualidade de pessoa a única condição necessária para o exercício desse direito.

Águas públicas há, porém, que, em relação a determinados fins, só podem ser usadas ou utilizadas por cidadãos portugueses, e outras que só podem ser aproveitadas por indivíduos que se encontrem em determinadas condições. Ao lado do uso ordinário e geral há usos especiais e até excepcionais, que de modo algum se podem considerar incompatíveis com a natureza das cousas públicas.

É assim que não concordamos com o conceituado anotador do código civil, quando considera caduco, pelo facto de o código civil declarar públicas as cor-

rentes de água doce navegáveis ou flutuáveis com os respectivos leitos, o sistema da lei de 29 de maio de 1843, que garante às municipalidades, exceptuando as cidades de Lisboa e Porto, o exclusivo das barcas de passagem sobre os rios que cortam as estradas de qualquer concelho e não estejam compreendidas no sistema geral de comunicações internas, fixando as tarifas, designando o local e estabelecendo os regulamentos do serviço. Por essa lei apenas se permite aos particulares passar em barcos próprios as suas famílias e os seus gados, ressaltando as barcas possuídas por particulares que as tivessem havido por legítimo título oneroso ou por qualquer outro, que legitimamente constituísse propriedade particular.

Entre o sistema do código civil e o da lei citada, há, na opinião do emérito jurista, tão completa incompatibilidade, que o levou até a considerar sem valor os contratos feitos e as decisões proferidas na vigência da lei anterior, contra uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça que julgou que as disposições consignadas no código civil não quebraram os contratos entre as câmaras municipais e os particulares celebrados no domínio da lei de 29 de maio. Referindo-se a este acórdão, diz: «Porém desde que não são susceptíveis de apropriação as águas, e que das águas navegáveis e flutuáveis todos podem aproveitar-se com a condição única de se conformarem com os regulamentos administrativos a fim de se conciliarem os interesses da navegação e da flutuação com os da agricultura e da indústria, não se compreende como hão de ser mantidos os contratos reconhecidos na vigência da lei anterior, e como o concessionário, privado do exclusivo dos rendimentos de passagem, há de pagar os encargos da concessão.

O código em matéria de águas apenas nos casos dos artigos 380.º § 4.º e 438.º respeitou os direitos adquiridos com relação ao passado»¹.

Transcrevemos estas passagens para signalar bem o conceito de cousas públicas a que respeita a doutrina nelas defendida e que esse conceito não corresponde à verdade.

As cousas públicas estão no gozo directo de todos. É esta a sua característica e o que, quando se considere o domínio público como compreendendo apenas as cousas públicas definidas no artigo 380.º do código civil, constitui o elemento específico deste domínio. Desde que uma cousa deixe de estar no gozo de todos, deixará de ser pública.

Sendo este o destino das cousas públicas, a consequência necessária que d'ele deriva é que a administração pública não tem sobre essas cousas, enquanto são consideradas como tais, o direito de livre disposição, não podendo constituir-se sobre elas quaisquer relações jurídicas facultadas pelo direito privado, em virtude das quais sejam subtraídas ao gozo público. É o que significa a fórmula que as cousas públicas estão fora do comércio, considerando-se assim (artigo 372.º) as que por sua própria natureza não podem ser possuídas por algum indivíduo exclusivamente, ou as que a lei declare irreduzíveis a propriedade particular. Ora a lei, declarando pública uma cousa, põe-na fora do comércio, não podendo adquirir-se sobre ela o direito de propriedade, quer em virtude de qualquer negócio jurídico realizado pela administração pública, quer em virtude da prescrição. Por outras palavras: as cousas públicas

¹ Código civil português anotado, tomo 1.º, 2.ª edição, página 302.

são inalienáveis e imprescritíveis, ou, para usarmos de uma palavra mais significativa, as cousas públicas são indisponíveis.

Não deve dar-se, porém, à indisponibilidade das cousas públicas um alcance que ela não tem. É assim que não só o Estado pode, dando às cousas públicas, por lei, outro destino, subtraí-las ao domínio público, mas pode, conservando as cousas neste domínio: a) fazer a concessão dessas cousas aos corpos administrativos ou a particulares, tornando-as objecto de um serviço público por elles explorado; b) dar, por meio de autorizações ou concessões, sobre as cousas públicas e em proveito de determinadas pessoas direitos de uso exceptionais, ou reconhecer os direitos que sobre elas tenham sido constituídos; c) utilizar-se não só dos fructos das cousas públicas sobre que não se estende o gozo público, mas tornar este uso dependente do pagamento de prestações ou taxas, que serão consideradas como tributos.

Em qualquer dos casos a que acabamos de nos referir, as cousas públicas não deixam de conservar o seu carácter, sendo compatíveis com elle quer a sua exploração mediante concessão quer os direitos exceptionais de uso por este meio estabelecidos.

Sendo assim, vê-se desde logo que o direito attribuído às câmaras municipais pela lei de 29 de maio de 1843 não pode de modo algum considerar-se incompatível com a natureza jurídica que o código civil attribui às correntes navegáveis e flutuáveis.

O estabelecimento de barcas de passagem por meio das quais se assegurem comunicações regulares, em vantagem do público, entre determinadas povoações, e a proibição, desde que se estabeleçam essas barcas de passagem, de que quaisquer particulares possam explorar esse serviço, não é de modo algum incom-

patível com o conceito do domínio público dessas correntes, que não deixam por esse facto de estar no domínio público. E tanto assim é que, ao tempo em que foi publicada a lei de 29 de maio, já estavam no domínio público e eram declaradas inalienáveis e imprescritíveis as correntes navegáveis pelo decreto de 13 de agosto de 1832.

Sob este ponto de vista, o código civil não introduziu a mínima alteração na nossa legislação anterior, não podendo assim considerar-se incompatível o sistema da lei de 29 de maio com elle, desde que o não era com a legislação anterior. E assim se entendeu, continuando as câmaras municipais a usar do direito de estabelecer barcas de passagem nos rios navegáveis e fluviáveis, direito que lhe foi expressamente reconhecido na lei administrativa de 7 de agosto de 1913, onde se declara (artigo 94.º n.º 6.º) que pertence às câmaras municipais a atribuição de estabelecer barcas de passagem nos rios que atravessam o concelho.

O estabelecimento de barcas de passagem pelas câmaras municipais, que ficam tendo, nos termos da lei de 29 de maio de 1843, o exclusivo do transporte no ponto em que elas existem, não pode, pois, considerar-se incompatível com a natureza jurídica dos rios navegáveis e fluviáveis.

O que acabamos de dizer em relação às barcas de passagem, pode aplicar-se a quaisquer outros serviços que, em benefício do público, sejam constituídos ou facultados sobre águas públicas.

Para se determinar qual o uso das águas e o modo por que elle deve ser exercido, necessário é ter em vista o fim a que as águas são destinadas. Não é o mesmo o uso das águas salgadas e das águas

doce, das correntes navegáveis e fluviáveis e das fontes públicas. Sendo, em qualquer destas águas, facultado a todos o seu gozo directo, este gozo não é o mesmo, dependendo da natureza ou modalidade dessas águas, e podem ser até, em relação a determinadas utilidades que as águas proporcionam ou podem proporcionar, limitados os usos que dessas águas podem fazer-se para que não seja prejudicado o fim a que as águas especialmente se destinam. É assim que no § 1.º do artigo 431.º se declara que, se as águas forem navegáveis ou fluviáveis, o uso público dessas águas deve ser exercido sem prejuízo dos interesses da navegação ou flutuação.

Para se tratar, pois, do regime das águas públicas, conveniente é atender à diferente natureza ou modalidades dessas águas, no que aliás não fazemos mais do que seguir a indicação que nos é dada pelo código civil, que no artigo 380.º especificou as águas salgadas, as águas doces navegáveis ou fluviáveis e as fontes públicas. Trataremos por esta ordem do regime de cada uma das categorias de águas públicas, limitando-nos a expor, em relação a cada uma delas, o que é fundamental.

42. Direitos de uso das águas que formam o domínio marítimo. São diversos os usos das águas salgadas, como a navegação, a pesca, a extracção do sal, banhos. Dêstes usos, os mais importantes são a navegação e a pesca, em relação às quais cumpre ter em vista que, das normas que as regulam, há algumas que consideram de per si estes ramos da actividade individual e colectiva, independentemente da natureza das águas sobre que essa actividade se exerce. No nosso estudo apenas entram a pesca e a

navegação como direitos que se exercem sobre as águas, em harmonia com o regime para estas estabelecido.

Quanto à pesca, os princípios applicáveis às águas salgadas são os formulados nos artigos 395.º e 398.º do código civil, pelos quais se permite a todos, sem distinção de pessoas, pescar nessas águas, salvas as restrições postas pelos regulamentos administrativos, nos quais se determina o modo e o tempo da pesca. Por estes princípios parece que a pesca nas águas territoriais é facultada a nacionais e estrangeiros, e no regulamento provisório da pesca marítima na enseada de entre os cabos Roca e Espichel, de 10 de setembro de 1892, declara-se (artigo 1.º) que na referida enseada é permitido a todos, sem distinção de pessoas, pescar com aparelhos que não sejam considerados nocivos.

Não é todavia permitido aos pescadores estrangeiros pescar nas águas territoriais.

No regulamento aprovado por decreto de 14 de dezembro de 1885 preceitua-se (artigo 1.º) que a pesca nas águas jurisdicionais marítimas de Portugal é só permitida aos pescadores nacionais. No decreto de 17 de março de 1906, em que se estabelecem várias providências relativas ao exercício da pesca em vapores a reboque, determina-se que a matrícula de vapores, na qualidade de barcos de pesca, só poderá ser concedida a cidadãos portugueses ou a sociedades comerciais constituídas por portugueses nos termos das leis em vigor, não podendo essas sociedades ter títulos ou acções ao portador, e não podendo a sua transmissão ser feita a favor de estrangeiros, salvo por doação pura e simples ou por sucessão legítima ou testamentária, sendo os donatários ou herdeiros obrigados a aliená-las dentro de 30 dias desde que tenham

entrado na sua posse efectiva. Na lei de 26 de outubro de 1909 declara-se (artigo 1.º) que nas águas territoriais portuguesas é proibida a pesca às embarcações estrangeiras, reproduzindo-se textualmente esta disposição no artigo 1.º da lei n.º 735, de 10 de julho de 1917. No regulamento da pesca e da apanha do molicho na ria de Aveiro, aprovado pelo decreto n.º 3003, de 27 de fevereiro de 1917, declarando-se (artigo 3.º) que na ria de Aveiro é livre o exercício da pesca e da apanha das algas, determina-se que as indústrias de exploração das águas na ria só podem ser exercidas por nacionais e nacionalizados.

Não pode, pois, a indústria da pesca ser exercida nas águas territoriais portuguesas por estrangeiros.

Quanto à regulamentação da pesca, há disposições gerais nos decretos de 14 de dezembro de 1885 e no regulamento geral das capitánias, serviço e policia dos portos, de 1 de dezembro de 1892, sendo regulamentada, em diplomas especiais, a pesca do atum, da sardinha, das lagostas e lavagantes, e a apanha das ameijoas e seus depósitos, dos limos e mexilhões, havendo ainda diplomas ou disposições particulares para determinadas águas, como o regulamento da ria de Aveiro.

Em diferentes regulamentos é autorizado o Governo a fazer concessões de locais para armações fixas de pesca e para depósitos de moluscos e crustáceos.

No regulamento da pesca de atum com armações fixas na costa de Portugal de 6 de abril de 1896, o capítulo 2.º contém disposições relativas às concessões de locais para lançamento das mencionadas armações e às obrigações dos concessionários. No regulamento geral da pesca da sardinha de 14 de maio de 1903, o título 2.º, em que se trata da pesca da sardinha

com aparelhos fixos, é dedicado à concessão de locais, à sua renovação e desvio, à transferência das concessões e sua caducidade, e à arrematação dos locais cuja caducidade seja confirmada. No decreto de 8 de fevereiro de 1913 determinou-se que fosse feita por concurso a concessão de locais para o exercício da pesca nas águas territoriais com armações fixas, e no decreto n.º 2175, de 8 de janeiro de 1916, estabeleceu-se o processo de concessões de locais de armações para a pesca de atum e sardinha, de harmonia com o disposto no n.º 1.º do citado decreto de 8 de fevereiro. No decreto n.º 2310 A, de 31 de março de 1916, publicado no *Diário do governo* de 4 de abril, contém-se ainda disposições relativas às concessões para a pesca em águas públicas, determinando-se que os requerimentos sejam autenticamente reconhecidos; que, se o concessionário não residir na localidade em que tenha a sua sede a capitania com jurisdição nas águas onde lhe for feita a concessão, constituirá um procurador, residente naquela localidade, que o represente, para todos os efeitos das leis e regulamentos da pesca, perante as respectivas autoridades marítimas, e que ao requerimento para a concessão se junte documento por que se prove que o pretendente está no gozo dos seus direitos civis.

No regulamento provisório para a exploração de ameijoas e seus depósitos na parte marítima das águas públicas, aprovado por decreto de 30 de dezembro de 1899, declara-se que, em cada capitania do porto, o respectivo capitão pode conceder para depósitos de ameijoas terrenos que nunca excedam a um têrço da superfície total dos terrenos onde estes moluscos se desenvolvem espontaneamente, entendendo-se por depósitos de ameijoas os terrenos delimitados por

estacas, rede ou caniçados, destinados a receber temporariamente ameijoas para exportação ou consumo (regulamento citado, artigos 10.º a 13.º).

No regulamento da pesca de lagosta e lavagantes, aprovado por decreto de 10 de maio de 1897, declara-se (artigo 5.º) que é permitido o estabelecimento de depósitos de lagostas e lavagantes vivos, para a conservação temporária destes crustáceos, podendo êsses depósitos ser flutuantes ou fixos no solo cuberto pelas águas marítimas, sendo as respectivas concessões feitas pelo Governo e determinando-se no referido regulamento as condições necessárias para essa concessão e as obrigações do concessionário.

A todas estas concessões são aplicáveis, em geral, os princípios relativos às concessões do domínio público, que já expuzemos, não podendo ser por elas lesados os direitos de terceiro e sendo revogáveis sempre que o interesse público o exija.

Quanto à navegação, o princípio formulado no artigo 431.º do código civil é o da liberdade da navegação nas águas territoriais, sendo, como é, permitido a todos, pelo referido artigo, o uso dessas águas. Êsse princípio está expressamente formulado no artigo 3.º do já citado regulamento da pesca e da apanha de molicho na ria de Aveiro, em que se declara que é livre nessa ria o exercício da navegação, observadas as disposições do regulamento geral das capitánias.

Do mesmo modo que em relação à pesca, o princípio de que todos podem exercer a navegação nas águas que constituem o domínio marítimo também tem restrições pelo que respeita aos estrangeiros. Essas restrições dão-se em relação ao comércio de cabotagem.

Este comércio foi exclusivamente atribuído aos navios portugueses pelo artigo 1315.º do código comercial de 1833, cuja execução pontual foi mandada observar por portaria de 3 de setembro de 1836, protegendo-se assim a marinha mercante nacional. Reconhecendo-se os inconvenientes económicos desta protecção, a disposição que inibia os navios estrangeiros de exercerem o comércio de cabotagem foi-se modificando sucessivamente pelos decretos de 30 de julho de 1877, de 21 de outubro de 1880, de 18 de agosto de 1881, de 20 de dezembro de 1888 e 4 de junho de 1902, e pela lei de 16 de abril de 1885, sendo o actual regime da cabotagem estabelecido no decreto de 23 de janeiro de 1905. Por este decreto (artigos 5.º e 6.º alinea a) continuam reservados à navegação portuguesa, quando esta se encontre única e exclusivamente nas condições que derivam do artigo 4.º do decreto de 8 de julho de 1863, para a completa nacionalização dos navios mercantes:

1.º O tráfego marítimo entre os portos do continente, entre estes e os portos do arquipélago dos Açores e entre estes últimos portos;

2.º O tráfego marítimo entre as possessões portuguesas do Atlântico e os portos do continente e das ilhas dos Açores e Madeira;

3.º O tráfego marítimo entre os portos de cada uma das possessões portuguesas do Atlântico.

Nos portos interiores da província de Moçambique, excluindo os de Zambeze, e entre elles e os demais portos oceânicos da mesma província, o tráfego marítimo fica reservado à cabotagem nacional da província.

São permitidos (decreto citado, artigos 5.º § 2.º, 6.º e § 1.º) a todos os navios nacionais e estrangeiros:

1.º O tráfego marítimo entre os portos da província de Angola ao norte da foz do Loge e os portos situados ao sul do paralelo 2º30", compreendendo os do estuário do rio Zaire;

2.º A navegação e o tráfego marítimo entre os portos das possessões portuguesas a leste do cabo da Boa Esperança e entre estes portos e qualquer dos portos das possessões portuguesas do Atlântico, das ilhas dos Açores e Madeira e do continente.

Os navios estrangeiros poderão também fazer o tráfego marítimo de grande e de pequena cabotagem entre os portos marítimos de cada uma das possessões portuguesas a leste do cabo da Boa Esperança.

Em relação à navegação marítima, que é regulada de um modo geral pelo já citado regulamento geral das capitánias, serviço e policia dos portos, de 1 de dezembro de 1892, tem importância especial os portos, acêrca dos quais há regulamentos especiais. Nos portos artificiais não só pode haver concessões relativas a serviços de navegação, mas podem ser objecto de concessão os próprios portos, para serem explorados pelo concessionário.

No regulamento para os portos artificiais de Ponta Delgada e Horta, aprovado pelo decreto n.º 255, de 30 de dezembro de 1913, determina-se (artigo 74.º) que, se o Estado entender conceder o estabelecimento de amarrações fixas, aluguer de amarras soltas, âncoras e espias e os serviços de amarras e desamarras, espisar e suspender no todo ou em parte, serão estas concessões feitas mediante concurso e por contrato válido por 40 anos.

Por contrato de 18 de abril de 1881 foi concedida a exploração do porto artificial de Mormugão.

Pela lei de 29 de agosto de 1889 e em harmonia com as bases anexas à mesma lei, foi o Governo autorizado a conceder a exploração comercial do pórtio de Leixões à companhia que fosse organizada pelo sindicato a que se refere a lei de 22 de julho de 1882.

Pela lei de 13 de junho de 1913 determinou-se que fosse nomeada uma comissão para estudar o local mais adequado para o estabelecimento de um pórtio franco em Lisboa e que, logo que essa comissão apresente os seus trabalhos e estes sejam aprovados em conselho de ministros, o Governo fará adjudicar por concurso a construção e exploração desse pórtio, não podendo a concessão, em caso algum, exceder o prazo de sessenta anos.

As concessões de portos aplicam-se os princípios que já expuzemos acêrca das concessões de exploração de serviços públicos.

43. Direitos de uso das águas do domínio público fluvial e lacustre. As águas doces que, tendo em consideração as suas modalidades, constituem o domínio público fluvial e lacustre, são as navegáveis e fluviáveis. A navegação e a flutuação são não só os principais fins a que se destina esta categoria de águas públicas, mas são eles que as caracterizam, sendo unicamente da navegabilidade e da fluviabilidade que deriva a natureza jurídica dessas águas, que, como já vimos, deixarão de ser públicas, passando à categoria de águas comuns, se durante cinco anos consecutivos não servirem à navegação ou flutuação (código civil, artigo 381.º §§ 1.º e 2.º).

A própria lei especifica e regula outros usos das águas navegáveis e fluviáveis, como a irrigação, força

motriz, abastecimento de povoações, maceração de plantas. Estes usos estão, porém, por expressa disposição da lei, subordinados aos da navegação e da flutuação. É assim que no artigo 205.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892, enunciando-se o princípio, em conformidade com o disposto no artigo 431.º do código civil, que é permitido a todos usar das águas dos lagos, lagoas, rios, canais, valas, esteiros e mais correntes navegáveis ou fluviáveis para a irrigação, indústria ou abastecimento de povoações, se declara que esse uso será exercido sem prejuízo da navegação e da flutuação. E a mesma doutrina estava já sancionada no código civil, em que se preceitua (artigo 431.º § 1.º) que o uso das águas públicas, se as ditas águas forem navegáveis ou fluviáveis, deve ser exercido sem prejuízo dos interesses da navegação ou flutuação.

Os interesses da navegação ou flutuação limitam, pois, de um modo geral, as concessões do uso de águas, quer directo, quer para a exploração de um serviço público, que o Governo pode fazer no domínio público fluvial e lacustre. É assim que no decreto de 19 de dezembro de 1892 se determina (artigo 219.º § 1.º, n.º 2.º e § 4.º) que o requerimento para a instalação de máquinas flutuantes nos cursos de água navegáveis ou fluviáveis devem ser instruídos com documentos por que se prove que a instalação não opõe obstáculos à navegação ou flutuação, e que a licença deverá ser cassada, sem indemnização alguma, quando a instalação cause esse obstáculo. E no artigo 213.º do mesmo regulamento, determina-se que o Estado não será responsável pela falta ou diminuição das águas que forem objecto de concessão, quando essa falta ou diminuição seja proveniente da sua aplicação aos usos da navegação ou flutuação.

Nos usos das águas do domínio público fluvial e marítimo que não dependem de concessão, mas de mera autorização ou licença, esta terá de ser concedida pelo Governo, sempre que para esses usos se tornem necessárias obras que modifiquem o regime das águas e possam consequentemente prejudicar de modo permanente a navegação ou flutuação, e, em todos os outros casos, as licenças deverão ser concedidas de modo que se não dê este prejuízo. É assim que, preceituando-se no regulamento de 19 de dezembro de 1892, artigo 216.º, que nos lagos e cursos de água navegáveis e fluviáveis, os respectivos proprietários marginais poderão extrair e empresar por meio de bombas ou de qualquer outro aparelho ou motor animal ou mecânico a água necessária para a irrigação e uso dos seus prédios, com licença concedida pelo director da respectiva circunscrição hidráulica, se declara no § 1.º do artigo citado que, se para a elevação da água houver de recorrer-se à construção de obras que modifiquem a margem ou leito, será precisa licença do Governo. Na escolha de locais para a maceração de linhos e outras plantas textis, os quais serão, a pedido dos interessados, marcados e fiscalizados pelos mestres, guardas ou outros agentes da circunscrição hidráulica, deverão estes fazer essa escolha de modo que não haja prejuízo para a navegação ou flutuação, nem para o regime e curso das águas, nem para a salubridade pública (regulamento citado, artigo 217.º).

A navegação e a flutuação no domínio público fluvial e lacustre são reguladas pelo decreto de 19 de dezembro de 1892, no qual se determina, relativamente à navegação, que é proibido: 1) empregar na navegação barcos que não estejam matriculados

(artigo 313.º); 2) amarrar as embarcações a árvores marginais ou cravar, para o mesmo fim, estacas nos taludes (artigo 331.º); 3) atracar as embarcações e fazer carregamentos ou descargas nos terrenos marginais do uso público fora dos portos e lugares para esse fim destinados (artigo 329.º). Quanto à flutuação, declara-se (artigo 353.º) que é proibido nos lagos, rios, canais, valas, esteiros e mais correntes de água, transportar madeiras soltas sem licença dos engenheiros directores das circunscrições hidráulicas, e (artigo 354.º) ocupar totalmente com o transporte de madeiras, quer soltas, quer em jangadas, toda a largura da via navegável ou fluviável de forma a impedir a passagem de embarcações ou de outros objectos flutuantes. E, quanto à navegação e à flutuação, determina-se (artigo 343.º) que é proibido depositar varas, mastros, remos e outros objectos nos cais, portos ou margens dos lagos e correntes públicas e lançar nas águas públicas lastros e outros objectos de forma que dificulte o acesso à via navegável e fluviável.

A derivação das águas públicas para irrigação, fins industriais ou abastecimento de povoações, só pode fazer-se, salva a irrigação dos prédios marginais a que já nos referimos e a dos prédios separados pelas margens marcadas na conformidade do artigo 4.º do decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892 que anteriormente a essa demarcação tinham direito ao uso das águas, mediante concessão, e, quando para esse uso se tornem necessárias obras ou construções permanentes, estas obras terão de ser superiormente autorizadas (código civil, artigo 432.º e regulamento de 19 de dezembro, artigos 206.º e 261.º). Uma vez effectuadas as obras e sempre que não se trate de um

uso que seja concedido por tempo determinado, este uso subsistirá enquanto não for revogada a concessão ou esta não caducar.

No artigo 433.º do código civil preceitua-se que, tornando-se necessário, para efectivar o direito de ocupação nas águas navegáveis ou flutuáveis, fazer obras permanentes, se o uso destas vier a ser depois abandonado por mais de cinco anos, prescreverá este direito em benefício de quem fizer obras análogas, incompatíveis com aquelas.

É fácil determinar o alcance desta disposição, quando se atenda a que, feita uma concessão para o uso das águas públicas, ficará o Estado, sempre que o interesse público não exija a revogação da concessão, imibido de fazer outra que seja incompatível com o uso já concedido, enquanto o direito a este uso não caducar. No caso em que se mantenham as obras destinadas para elle, esse uso só caduca quando deixe de se tornar efectivo por mais de cinco anos. Quando as obras tenham sido, porém, desfeitas pelo concessionário, ou, havendo-o sido casualmente, não tenham sido restauradas, poderá ser feita nova concessão, independentemente do não uso das águas durante o lapso de tempo fixado no artigo 433.º Nos direitos de terceiros, que se entendem sempre salvaguardados nas concessões de águas públicas, independentemente de declaração expressa, estão sem dúvida alguma compreendidos os direitos de uso resultantes de concessões, enquanto estas não forem revogadas ou não caducarem.

No artigo 433.º devem considerar-se compreendidas as obras que, para o uso das águas públicas, hajam sido feitas anteriormente à publicação do código civil. Como já vimos, não havia, pela legislação anterior a este código, direitos adquiridos pelo

que respeita aos usos das águas públicas navegáveis ou flutuáveis para fins agrícolas ou industriais, podendo ser destruídas as obras destinadas para esses usos, sempre que os interesses da navegação o reclamassem. Não sendo, porém, prejudicados estes interesses por tais obras, ou podendo effectuar-se nelas quaisquer modificações que as tornassem compatíveis com os interesses da navegação ou flutuação, deviam manter-se os usos das águas. É assim que no aviso inédito de 23 de fevereiro de 1796, que estava registado na direcção das obras do Mondego, se declarou que, não tendo sido bastantes as providências pelàs quais se mandou destruir no rio Mondego os açudes de moendas que impediam a navegação, em razão de obstarem a ella ainda outros açudes de regas, se determina: «Tendo atenção a que as regas são da maior utilidade à agricultura, e que podem construir-se os ditos açudes de maneira que sejam úteis para a rega sem obstarem à navegação, ordena, que o Professor hidráulico vá ver e observar esses açudes, e faça reformá-los de maneira que sem impedirem a navegação sirvam a agricultura».

O princípio de que todos teem o direito de usar das águas públicas torna-se assim efectivo, em relação às águas navegáveis e flutuáveis, pela utilização dessas águas para quaisquer fins que não prejudiquem a navegação ou flutuação, estando esses usos dependentes de licença ou concessão sempre que se trate da derivação dessas águas, mas não devendo ser recusada a licença ou a concessão, quando pelo uso a que respeitam não se prejudique a navegação ou flutuação.

Esses usos podem ser directos ou ter por fim a exploração de um serviço público. Estão neste último

caso as oficinas concedidas para o aproveitamento das quedas de água, a que se refere o decreto de 27 de maio de 1911.

Relativamente à pesca, o princípio formulado no código civil relativamente às águas do domínio público fluvial e lacustre é o do artigo 395.º, pelo qual é permitido a todos pescar nessas águas, salvas as restrições dos regulamentos administrativos. O regulamento geral da pesca nas referidas águas foi aprovado por decreto de 20 de abril de 1893, havendo diplomas especiais para alguns rios, como os decretos de 11 de junho de 1908 e de 11 de fevereiro de 1911 para os rios Ancora e Arda.

A pesca nas águas do domínio público fluvial e lacustre é permitida tanto a nacionais como a estrangeiros, estabelecendo-se nos regulamentos, pelo que respeita às épocas e ao modo por que deve fazer-se a pesca, as restrições que se julgam necessárias para o conveniente desenvolvimento da piscicultura.

O mesmo princípio que para a pesca se formula no artigo 395.º, é aplicado pelo artigo 468.º às substâncias vegetais de qualquer natureza produzidas nas águas públicas, ou se achem essas substâncias no seio das águas, ou venham arroladas às margens, podendo essas substâncias ser livremente ocupadas por qualquer pessoa que delas queira aproveitar-se, salvo o disposto nos regulamentos administrativos.

Em alguns rios, como o Mondego, é importante o uso das águas para a extracção das areias e outras matérias que são arrastadas pelas correntes e se depositam no seu leito. Para essa extracção é necessária licença (regulamento de 19 de dezembro, artigo 282.º), salvos os usos e costumes.

44. *Uso público das águas para alimentação e abastecimento de povoações.* Entre os usos públicos das águas, os da alimentação e abastecimento de povoações teem tido sempre especial protecção, adoptando-se não só as providências necessárias para a construção de fontes, mas também para assegurar, por meio de limitações e servidões impostas à propriedade particular, o abastecimento das povoações nos lugares em que não haja fontes públicas. É assim que o aproveitamento das águas para a alimentação e usos domésticos pode dar-se já em fontes ou reservatórios que tenham sido apropriados ou construídos pelo Estado ou pelas autarquias locais para esse fim, já em correntes ou nascentes que tenham outro destino ou estejam individualmente apropriadas.

As fontes públicas a que se refere o artigo 380.º n.º 3.º são as águas de nascentes ou correntes que, para uso público, hajam sido apropriadas, exploradas ou canalizadas pelo Estado ou pelas autarquias locais. Nessas fontes não se compreendem: a) as correntes não navegáveis nem flutuáveis de cujas águas os vizinhos se podem aproveitar para os seus gastos domésticos nos termos do artigo 440.º; b) as nascentes de que se costumam abastecer os habitantes de qualquer povoação ou casal nos termos do artigo 447.º No primeiro caso, a água das correntes não navegáveis nem flutuáveis, cujo destino ordinário é a irrigação dos prédios marginaes, pode considerar-se no domínio público desde que, estabelecida a servidão para que os vizinhos a aproveitem para os seus gastos domésticos, se faculta a todos o uso dessa água para a satisfação das mesmas necessidades a

que se destinam as fontes públicas, cuja construção pode fazer cessar aquela servidão em harmonia com o disposto no § 3.º do artigo 440.º; no segundo caso, há uma nascente individualmente apropriada cujo proprietário não pode desviá-la do seu curso costumeiro, ficando assim limitado o direito de livre disposição que pelo artigo 444.º lhe é atribuído. Essa água pode considerar-se também, como a das fontes públicas, de uso público, sendo facultado a todos o seu aproveitamento, desde que o acesso à nascente, estabelecido por caminho ou servidão de trânsito, é público.

Em qualquer dos casos, há uma limitação ao direito de propriedade, imposta pelo interesse público, em virtude da qual se dá o direito de uso público, como se fossem fontes públicas, sobre correntes não navegáveis nem flutuáveis ou sobre nascentes.

Em nosso parecer, os proprietários de nascentes podem ainda ser obrigados a franqueá-las ao uso público sempre que falte a água nas fontes públicas e os habitantes de qualquer povoação a não possam obter por outro meio. Trata-se da satisfação de necessidades primárias da vida, de um verdadeiro caso de necessidade, perante o qual é lícito à autoridade pública, sem prévia indemnização, obrigar qualquer proprietário a consentir que o público se abasteça da água do seu prédio. Esta hipótese é sem dúvida abrangida pelas disposições consignadas nos artigos 2396.º e 2397.º do código civil, pelos quais se legitima o dano causado na propriedade alheia, quando esse dano se torne necessário para evitar algum prejuízo iminente que por outro modo se não possa evitar, sendo obrigado a reparar o dano quem auferir o benefício.

Não são só as limitações ao direito de propriedade a que acabamos de nos referir as que a lei impõe para o uso das águas destinadas à alimentação e usos domésticos. Nos termos do artigo 451.º, será obrigado a repor as cousas no seu estado anterior aquele que por qualquer forma alterar ou diminuir as águas de fonte, ou de qualquer reservatório, destinadas a uso público. O direito de exploração de águas subterrâneas, que pertence aos proprietários nos respectivos prédios e a todos nos terrenos públicos, fica assim limitado pela protecção especial que às fontes e reservatórios públicos, atento o seu destino, é dada pela lei.

Como já notámos, as águas das fontes e reservatórios públicos só podem considerar-se no domínio público no lugar em que são aproveitadas como fontes ou reservatórios públicos. As águas sobejas, isto é, as que, abandonadas ao seu curso natural ou conduzidas por meio de aqueduto, deixam de ser aproveitadas para bebida, gastos domésticos ou outros fins de interesse público, não podem considerar-se sujeitas ao regime estabelecido para as fontes e reservatórios públicos.

Lobão, criticando a opinião de Arouca que afirmara que a ninguém era lícito, sem régia faculdade, extrair a água de fonte pública para o seu prédio, já estabelecia a distinção, que posteriormente ao código civil nem sempre se tem tomado na devida consideração, entre o caso de se pretender tirar água da fonte pública privativamente, em todo ou em parte, na fonte mesma ou no aqueduto que a ela conduz, e o de qualquer proprietário de prédios adjacentes à fonte pública se utilizar das águas que sobejam da mesma fonte. No primeiro caso, dizia Lobão que não

só era necessária a régia faculdade, mas que esta nunca se concedia, como tinha visto, sem ser ouvido o povo, «e sem um escrupuloso exame da causa pública em termos que o povo não fique com o mais leve prejuizo na minima falta de uma cousa tão necessária à vida». No segundo caso, não achava Lobão diferença entre as águas sobejas de uma fonte pública e as de um rio público¹.

Sobre águas sobejas pode haver não só direitos adquiridos nos termos do artigo 438.º do código civil, mas podem realizar-se contratos pelos quais seja transmitido o direito a essas águas. Assim, se for construída uma fonte junto a uma estrada pública e o proprietário da nascente tiver cedido essa água com a condição de que os sobejos da fonte serão por elle aproveitados, nenhuma dúvida pode haver sobre a validade deste contrato e de que sobre as águas sobejas fica tendo o proprietário da nascente o direito de livre disposição. Tendo uma câmara municipal explorado uma nascente em terreno municipal, e conduzido essa água por meio de um aqueduto para uma fonte numa praça pública, pode alienar as águas sobejas desta fonte, adquirindo assim a pessoa em favor de quem se haja dado a alienação direito a essas águas.

Sempre que haja direito adquirido aos sobejos da água de uma fonte pública, entendemos que essa fonte não pode ser mudada para outro lugar em que os sobejos não possam ser aproveitados pela pessoa a quem pertencem, sem que esta seja indemnizada do prejuizo que essa mudança lhe causa. Não há este direito, porém, pelo simples facto de se haver permi-

tido o aproveitamento das águas sobejas, seja qual for o tempo desse aproveitamento.

Direito adquirido só o pode haver, anteriormente à publicação do código civil, por algum dos factos especificados no artigo 438.º, e, posteriormente à publicação do código civil, tendo sido transmitido o direito à água por escritura ou auto público, nos termos dos artigos 439.º e 444.º § único.

45. *O direito de pesquisar e ocupar águas em terrenos publicos.* No artigo 1.º n.º 4.º do projecto sobre o aproveitamento das águas, apresentado à câmara dos deputados em 19 de abril de 1917 por J. A. Ferreira da Silva, declara-se que são do domínio público: «As águas nativas que brotarem em terrenos publicos, municipais ou de freguesia, as águas pluviais que neles caírem, as que por elles correrem abandonadas e as águas subterrâneas que nos mesmos terrenos existam».

Não nos referimos a estas águas na enumeração que fizemos das águas públicas, e, sendo para nós indubitável que ellas não podem considerar-se de per si, em face da actual legislação, como sendo águas públicas, só pelo facto de existírem, caírem ou correrem em terrenos publicos, municipais ou de freguesia, não o é menos que não se deve attribuir-lhes tal natureza em qualquer reforma da nossa legislação sobre águas.

Trata-se de terrenos que estão no domínio público ou que são de logradouro comum. Havendo sobre esses terrenos, nos termos dos artigos 380.º e 381.º, o gozo directo, dá-se este gozo em relação a determinados fins, que os caracterizam, e pode esse gozo estender-se a outras utilidades, recaindo sobre cousas

¹ *Tratado*, §§ 54 e 55.

que são partes componentes ou acessórias desses terrenos. Assim, estão no domínio público ou comum, para fins diversos, as estradas, os caminhos, os cemitérios, os jardins públicos, os baldios, sendo determinado pela natureza dos respectivos terrenos e pelos regulamentos administrativos o modo por que podem ser utilizados.

Podem esses terrenos ser atravessados ou banhados por correntes navegáveis ou flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis; pode haver e há nesses terrenos fontes e depósitos de uso público ou de uso comum. Estão estas águas, pelas modalidades que revestem ou pelos fins a que se destinam, no domínio público ou no domínio comum, estabelecendo-se para elas um regime que não depende da natureza do terreno. Esta apenas exerce a sua influência quanto ao modo por que a água pode ser aproveitada.

É assim que a água de uma corrente não navegável nem flutuável que atravessa ou banha um terreno público pode ser aproveitada para beber ou para gastos domésticos, sem que se constitua a servidão a que se refere o artigo 440.º

As águas nativas que brotam em terrenos públicos podem estar apropriadas individualmente; podem ter sobre elas o direito de livre disposição, se não estiverem no domínio público como fontes ou reservatórios, as entidades a quem esses terrenos pertencem. Para se ver que é assim, basta atender ao disposto no artigo 452.º do código civil.

Preceitua-se neste artigo que é permitido a todos fazer minas ou poços em terrenos públicos, municipais ou paroquiais, em busca de águas subterrâneas, precedendo licença da respectiva autoridade administrativa ou municipal.

O direito de pesquisar águas, que este artigo atribuiu a todos, não significa de modo algum um direito de gozo das mesmas águas, que, enquanto não forem exploradas, não podem estar no domínio público, nem no comum, nem considerar-se individualmente apropriadas. O direito de fazer minas ou poços em terrenos públicos representa apenas, como já notámos, o direito de apropriação das águas que por esse meio forem exploradas. Ora, se essas águas estivessem, como no projecto a que nos estamos referindo se declara, no domínio público, seriam inalienáveis e imprescritíveis, não podendo consequentemente ser individualmente apropriadas.

As águas subterrâneas dos terrenos públicos só podem, pois, considerar-se públicas como partes componentes ou acessórias dos terrenos em que circulam. Não podem, consideradas de per si, ter essa natureza, visto que sobre elas não pode recair o direito de gozo. Este recai sobre o terreno público e, quando nele se considere abrangido o direito de explorar as águas subterrâneas, uma vez exercido esse direito as águas exploradas ficarão constituindo uma coisa autónoma, sendo objecto de direito consideradas de per si.

Quanto às águas pluviais que caírem em terrenos públicos ou neles correrem abandonadas, é expressivo o artigo 453.º e § único do código civil, em que se declara que as águas pluviais das torrentes e enxurros, que correm por terrenos, estradas ou ruas públicas, podem ser *ocupadas*, na sua passagem, por qualquer proprietário confinante, na conformidade dos regulamentos administrativos, e que este direito pode ser prescrito nos termos do artigo 438.º

Trata-se de águas para que o legislador, atendendo ao seu carácter eventual, não estabeleceu um regime

especial, declarando-as apropriadas pelo Estado ou corporações públicas e dando-lhes um determinado destino. Tais águas podem ser ocupadas em harmonia com os regulamentos administrativos e o direito de livre ocupação só pode ser limitado por obras que, nos termos do § único do artigo 438.º, signifiquem o abandono desse direito.

Em relação às águas de que trata o artigo a que nos estamos referindo, preceitua-se no regulamento (artigo 227.º) de 19 de dezembro de 1892 que os donos dos prédios marginais ou inferiores a barrancos, torrentes ou enxurros de caudal descontínuo e cujo leito e margens, no ponto onde se construir a obra, sejam do domínio público ou comum, poderão construir barragens de terra, pedra ou açudes móveis ou automóveis para utilização dessas águas, sob a fiscalização das direcções das circunscrições hidráulicas, contanto que daí não resulte perigo ou prejuízo aos proprietários vizinhos e embaraço ao trânsito nos caminhos públicos, e que, se do aproveitamento daquelas águas, pelo modo indicado, resultarem os perigos ou danos no mesmo artigo mencionados, os autores dessas obras ficarão sujeitos às disposições dos artigos 279.º e 280.º

Não se trata, como é fácil de verificar, de obras em que se tenha em consideração o regime das águas e o seu conveniente aproveitamento. Atende-se unicamente aos perigos ou prejuízos que delas podem resultar para os proprietários vizinhos e ao embaraço ao trânsito nos caminhos públicos.

Isto basta para se ver que tais águas teem uma natureza jurídica diversa das correntes não navegáveis nem flutuáveis, não se considerando de per si no domínio público ou comum. E necessário se torna atender ao regime para este estabelecido, para se

determinar se podem ser aproveitadas e como as águas nele existentes. E' assim que no regulamento de 19 de setembro de 1900 se preceitua (artigo 60.º) que não poderá ser autorizada a pesquisa de águas sob o pavimento das vias públicas.

46. Natureza dos direitos de uso das águas que estão no domínio público. Determinados os direitos de uso das águas que estão no domínio público, vamos procurar determinar a natureza desses direitos.

Este assunto nenhuma particularidade nos oferece em matéria de águas. Os princípios a aplicar são os que informam o regime do domínio público, considerado em toda a sua complexidade.

Tendo demonstrado que a classificação das cousas em públicas, comuns e particulares é applicável às águas, que estas são susceptíveis de apropriação, e que esta pode dar-se individualmente e colectivamente, a natureza das relações jurídicas que se estabelecem sobre as águas que estão no domínio público, entre as entidades a quem essas águas pertencem e os individuos que delas se podem aproveitar, é a mesma que a das relações sobre quaisquer outras cousas do domínio público. As particularidades que há nos direitos sobre as águas dão-se nos próprios usos e no modo por que estes podem ser exercidos.

Sendo assim, pode parecer que não devíamos occupar-nos da natureza jurídica dos usos das águas públicas, visto não tratarmos da teoria geral do domínio público, limitando-nos a aplicar esta teoria às águas.

A verdade, porém, é que a teoria do domínio público ainda não está definitivamente constituída, sendo notáveis as divergências que há sobre a natu-

reza dos direitos de uso dessas cousas. Não podemos, pois, aplicar apenas princípios que não estão assentes; necessário é discutí-los.

Ao lado da teoria que defendemos de que a propriedade das cousas públicas pertence ao Estado ou às corporações públicas, há quem sustente que a propriedade das cousas públicas pertence aos indivíduos a quem é atribuído o direito de uso dessas cousas. Presuposta a apropriação colectiva das cousas públicas pelo Estado ou corporações públicas, há quem veja, nos direitos de uso dessas cousas, já limitações ao direito de propriedade, já servidões constituídas sobre este direito, já meros poderes objectivos. Complicando mais o problema, surge, ao lado do conceito da propriedade individual, a teoria de uma propriedade pública, cujos caracteres embalde se tem procurado precisar.

O facto que à técnica jurídica compete explicar é este: há cousas destinadas para o uso público; sobre essas cousas tem o Estado e as corporações públicas poderes de administração, de tutela, de vigilância; esses poderes tem por fim especialmente regular o seu uso, conservá-las em bom estado, impedir que sobre essas cousas se realizem quaisquer obras ou trabalhos que as danifiquem ou obstem ao seu conveniente aproveitamento, sendo assim o uso das cousas públicas, que é facultado por lei a todos ou às pessoas que estão em determinadas condições, regulado administrativamente.

Sendo este o facto, temos, para o explicar, de pôr imediatamente de lado o direito de compropriedade dos utentes. Este direito, fundando-se no próprio destino que às cousas que estão no domínio público é dado pela lei, não representa de modo algum uma

forma de apropriação dessas cousas. As cousas públicas não podem considerar-se como estando no património dos individuos que delas usam, não travendo lesão do direito de propriedade quando são inibidos arbitrariamente desse uso. Quem obsta a que um individuo se utilize de uma estrada para nela transitar com um carro, a que navegue num rio ou dêle tire água, não comete um atentado contra a propriedade, não ofende um direito de carácter patrimonial. Por esses actos impede-se ou perturba-se o exercício ou gozo dos direitos individuais de liberdade ou de apropriação. Se, em vez de um individuo ser inibido de tirar água de um rio, lhe for tirada a água que êle já houver extraído, cometer-se-há o crime de furto, visto que lhe será subtraída uma cousa de que êle já se havia apropriado pela occupação. Enquanto esta se não der, há apenas o direito de apropriação, e os atentados contra este direito não representam a subtracção de cousa alheia, mas uma ofensa a um direito individual.

E bastará atender a que o direito de propriedade é caracterizado pelo poder de dispor da cousa, dando a esta a applicação que se julgar mais conveniente, para que se veja que sobre as cousas públicas não há, em relação aos conteúdos, o direito de propriedade. Eles podem utilizar-se das cousas que estão no domínio público em harmonia com os respectivos regulamentos administrativos, mas não tem sobre essas cousas poderes alguns de disposição. E, logo que essas cousas saiam do domínio público, cessa não só o direito de gozo, mas deixa de existir, em relação aos individuos que delas podiam usar, qualquer poder sobre essas cousas.

O poder de livre disposição sobre as cousas que deixam de estar no domínio público pertence às

entidades a quem competia a sua administração. E quando uma coisa apropriada ou produzida pelo Estado ou por uma corporação pública é destinada para o gozo directo de todos, não se afirmará por parte do Estado ou da entidade a quem essa coisa pertence o poder de livre disposição sobre essa coisa? E este poder não se afirmará também no momento em que as cousas que estão no domínio público saem desse domínio, considerando-se patrimoniais?

A indisponibilidade das cousas públicas, a sua inalienabilidade e imprescritibilidade dão-se emquanto essas cousas como tais são consideradas. Estabelecem-se assim limitações quanto aos poderes da administração pública ou dos corpos e corporações administrativas sobre essas cousas. Essas limitações não existem, porém, em relação ao poder legislativo, que não só pode declarar as cousas que estão no domínio público, mas pode converter em patrimoniais as cousas que estão nesse domínio. E ninguém poderá dizer que, usando deste direito, o poder legislativo lesa um direito de propriedade dos que usavam dessas cousas.

O direito de propriedade existe no próprio Estado ou corporação pública, e por esse direito pode explicar-se, sem recorrermos ao nebuloso conceito da propriedade pública, o regime que para as cousas públicas é estabelecido.

Quer se caracterize este regime fundamentalmente por um interesse administrativo de que resulte o direito de gozo das cousas que elle abrange ou a sua aplicação para um serviço público, quer se veja no domínio público apenas o direito de gozo, consistindo neste gozo o interesse administrativo a que o domínio público é destinado, sobre as cousas que estão nesse domínio, e emquanto este subsistir, deixam de existir

os poderes de livre disposição que pelo direito privado são facultados sobre as cousas que estão no património das pessoas colectivas ou singulares.

É neste sentido que se pode dizer que há sobre as cousas que estão no domínio público limitações ao direito de propriedade. Essas limitações são estabelecidas, porém, pelos próprios representantes das pessoas colectivas a quem essas cousas pertencem, e se é certo que pelo regime que para essas cousas se estabelece estas entram nos domínios do direito público, não o é menos que o conceito do direito de propriedade não é incompatível com esse regime. Estabelecido tal regime, deixarão apenas de se aplicar as normas de direito privado relativas à livre disposição das cousas a elle sujeitas, sempre que essa aplicação seja incompatível com os usos a que são destinadas. Quando não haja esta incompatibilidade, o Estado ou as corporações a quem pertence a administração das cousas públicas poderão utilizar-se delas como se foram patrimoniais ou constituíssem propriedade particular.

Delineadas assim as relações que há entre o Estado ou corporações públicas e as cousas que estão no domínio público, afigura-se nos relativamente fácil determinar a natureza do direito de gozo dessas cousas.

Como vimos em relação às águas, os usos das cousas públicas podem ser gerais ou ordinários, especiais e excepcionais. Procurando determinar a natureza desses usos, referir-nos-hemos em primeiro lugar aos usos ordinários.

Estes usos derivam do próprio destino que às cousas públicas é dado, podendo ser exercidos livremente em conformidade com os regulamentos administrativos.

É a estes usos que se refere, especialmente o artigo 380.º, quando diz: «das quais é lícito a todos individual ou colectivamente utilizar-se com as restrições impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos».

Estes poderes de uso são facultados a todos os indivíduos, em princípio, quer sejam nacionais quer estrangeiros. E, se não se nos afigura fácil determinar o que o legislador quis significar pelas palavras — «é lícito a todos *colectivamente* utilizar-se», quando se não refiram estas palavras, como parece deverem referir-se, aos direitos que às pessoas colectivas são atribuídos como se fossem pessoas singulares (código civil, artigos 3.º, 32.º, 34.º e 37.º), o aproveitamento ou uso individual dessas cousas não pode deixar de considerar-se como um poder facultado pela própria lei em relação às cousas que estão no domínio público. Trata-se de um poder legal, e não de um direito subjectivo, quando a esta expressão se ligue a significação de um direito adquirido em virtude de um facto jurídico pelo qual se constitua uma situação subjectiva. O direito de uso recai sobre as cousas públicas, em virtude do próprio destino que a estas cousas é dado. E' por este destino e não propriamente pelo direito de uso que se limitam os direitos que o Estado ou as corporações públicas a quem as cousas públicas pertencem teem sobre estas. O direito de uso não presuppõe um facto acquisitivo, nem é condicionado, em princípio, por qualquer facto jurídico. Resulta directamente da lei.

Não pode, pois, dizer-se que os direitos de uso das cousas públicas sejam direitos reais ou pessoais constituídos sobre as cousas públicas, que representem limitações ao direito de propriedade dessas cousas ou servidões nelas constituídas.

Entre as cousas que estão no domínio público e as que se acham individualmente apropriadas podem estabelecer-se relações que se explicam pela teoria dos direitos reais e que subsistem mesmo depois que as cousas que estavam no domínio público deixam de estar nesse domínio. Não teem este carácter, porém, os usos das cousas públicas, consideradas como tais.

Estes usos representam sempre um direito individual, que, conforme o modo por que é exercido e o seu fim, pode ser o direito de liberdade ou o direito de apropriação. Corresponde ao direito de liberdade a faculdade de se utilizar das estradas e caminhos, de navegar nas correntes navegáveis e flutuáveis; corresponde ao direito de apropriação o direito de desviar as águas de uma corrente ou de tirar a água de uma fonte pública.

Estes direitos exercem-se sobre as cousas públicas, não representando uma relação de carácter patrimonial, mas uma manifestação do próprio direito de personalidade. São, na linguagem do nosso código civil, direitos originários, ou resultantes da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os direitos (artigo 359.º).

Há usos das cousas públicas para os quais se torna necessária autorização ou licença das entidades a quem essas cousas pertencem. Assim, em relação à pesquisa das águas em terrenos públicos, municipais ou de freguesia, o artigo 452.º, declarando que é permitido a todos fazer minas ou poços nesses terrenos, exige prévia licença da autoridade administrativa ou municipal.

Será facultativa esta licença, podendo assim ser recusada livremente, ou haverá o direito de pesquisa

das águas subterrâneas em terrenos públicos, só podendo negar-se portanto, por parte das entidades a quem esses terrenos pertencem, o exercício desse direito quando seja contrário ao interesse público?

Tem havido dúvidas na nossa jurisprudência a este respeito.

No direito anterior ao código civil era permitido occupar por meio de minas ou valas as águas subterrâneas de terrenos públicos, não se tornando necessária licença das entidades a quem competia a administração desses terrenos ¹.

No projecto primitivo do código civil reconhecia-se expressamente esse direito no artigo 478.º, mas o seu exercício ficava dependente de prévia licença da respectiva autoridade administrativa, declarando-se no § único do mesmo artigo: «Esta licença só poderá ser recusada, tornando-se a exploração prejudicial aos interesses públicos ou municipais».

E' evidente que nesta disposição se restringia a liberdade da administração pública, declarando-se expressamente quaes os motivos em que se podia fundar a recusa da licença. Esta tinha por fim verificar se havia prejuizo público na exploração das águas subterrâneas, podendo estabelecer-se quaisquer condições preventivas desse prejuizo. A licença não era, pois, segundo o projecto primitivo um acto discricionário da administração pública; não representava para esta um direito facultativo. Este direito era attribuído a quem pedia a licença, pois se dizia — *é permitido a todos*, e não podia deixar de considerar-se uma ofensa deste direito a recusa de licença que não tivesse por fundamento o interesse público.

¹ Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil*, tomo 2.º, § 414.º, e Lobão, *Dissertação II sobre as águas subterrâneas*, § 21.º

A recusa devia consequentemente ser motivada e da recusa da licença podia haver recurso, visto que, se não o houvesse, a administração pública ficaria tendo um poder discricionário. Não se tratava de um acto de autoridade em que a administração pública, apreciando soberanamente o interesse público, pudesse tomar a deliberação que julgasse mais conveniente ou oportuna; o interesse público tinha de ser apreciado apenas em relação ao exercício de um direito, o direito de apropriação das águas subterrâneas em terrenos públicos, cujo conteúdo a lei limitou por esse interesse.

E é óbvio que neste caso, como nos casos em que a lei estabelece como limites ao exercício dos direitos individuais a ordem pública e os bons costumes, compete aos tribunais verificar se há ofensa do interesse público no exercício desse direito.

A comissão revisora suprimiu o § único do artigo 478.º do projecto primitivo, não se dizendo nas *Actas* qual o motivo dessa supressão ¹. Julgá-lo-ia desnecessário? Ou pretenderia tornar discricionário o poder da administração pública pelo que respeita à concessão ou recusa das licenças para a abertura de minas ou poços em terrenos públicos?

O dr. Dias Ferreira pronunciou-se abertamente no primeiro sentido, dizendo: «Esta licença, como expressamente determinava o projecto primitivo no artigo correspondente (478.º), só pode ser recusada, tornando-se prejudicial aos interesses públicos ou municipais. A comissão revisora eliminou aquella disposição provavelmente por julgá-la desnecessária, e não porque não reconhecesse a verdade da sua doutrina».

¹ Veja-se as *Actas da comissão revisora*, página 468.

E na 2.^a edição, afirmando que a eliminou por desnecessária, acrescenta: «Está sujeita às disposições da lei administrativa a abertura de minas em terrenos públicos, ou os bens sejam do Estado, ou dos distritos, ou dos concelhos, ou das paróquias; mas é da competência do poder judicial a apreciação dos prejuízos causados com a exploração, ainda autorizada, de águas em terrenos do Estado, ou das corporações de existência necessária»¹.

A *Revista de legislação e de jurisprudência* sustentou, quanto à recusa da licença, a mesma doutrina, dizendo: «Dêste artigo (452.^o) conclui-se que, não havendo direitos adquiridos por um terceiro a minas ou poços em terreno municipal, e não havendo prejuízo na concessão de licença para a abertura destas minas ou poços, não deve a câmara recusar tais licenças a quem as solicitar. Pode êste corpo administrativo exigir todas as cautelas e seguranças necessárias ao interesse público; mas o que não pode é recusar sem motivo justificado a autorização que lhe foi pedida, quando ela não ofenda direitos de terceiro. . .

«Desde que a lei confere um direito, há de haver necessariamente recurso para os tribunais do contencioso administrativo de qualquer deliberação das câmaras ou das juntas gerais, que ofenda o mesmo direito»².

E apreciando a mesma matéria, mas sob outro ponto de vista, mostrou-se a mesma *Revista* inclinada a erer que a comissão revisora eliminasse o

¹ *Código civil português anotado*, 1.^o volume, 1.^a edição, página 431, e 2.^a edição, página 320.

² Volume 19.^o, n.^o 942, página 83.

§ único artigo 478.^o do projecto primitivo por desnecessário¹.

Doutrina contrária sustentou o douto publicista Joaquim António Perdigão, o qual, fundando-se na eliminação do referido § único, diz: «Resulta daí que a concessão ou recusa das licenças pedidas para a abertura de minas ou poços nos terrenos públicos, municipais ou paroquiais, é um acto facultativo que a lei entregou, sem reserva, ao critério e discrição das autoridades competentes e cuja prática significa, para elas, o exercício de um direito e não o cumprimento de um dever». E, apreciando as razões em que o dr. Dias Ferreira se fundava para sustentar doutrina contrária, diz que «a consideração em que o legislador teve os interesses da agricultura não pode autorizar-nos a transformar em obrigação exigível da administração o que o mesmo legislador lhe atribuiu como faculdade, confiando na sua discrição», e que, «para que o acto da comissão revisora pudesse ser explicado como o julgamento da desnecessidade de consignar expressamente na lei a disposição por ela eliminada, era mister que a sua doutrina, ou já estivesse consignada em lei anterior, ou se derivasse logicamente dos princípios gerais de direito, ou se achasse implícita na disposição que a substituiu, e nada disso se verifica». E conclui afirmando «que a administração tem pleno direito de conceder ou recusar as licenças, que lhe forem pedidas para a exploração de águas subterrâneas, e de determinar-se nas suas resoluções por quaisquer motivos derivados da oportunidade da concessão ou da capacidade do impetrante, independentemente de ser inofensiva aos inte-

¹ Volume 50.^o; n.^o 2056, página 43.

resses públicos a concessão solicitada, e que os impetrantes a quem esta for recusada não podem recorrer contenciosamente dêsse acto por não poder invocar-se contra êle, nem direito ofendido, nem lei violada, nem incompetência ou excesso de poder»¹.

Emitindo o nosso parecer sobre esta importante matéria, começaremos por notar que não se compreende apenas nela o direito de exploração de águas subterrâneas, mas o exercício de quaisquer outros direitos que a lei atribua sobre as cousas que estão no domínio público, quando para êsse exercício seja necessária prévia licença da administração pública ou das entidades a quem pertence a administração dêsse domínio e essa licença tenha apenas por fim verificar se tal exercício é contrário ao interesse público. Trata-se, neste caso, de um direito individual, isto é, de um poder que é directamente atribuído pela lei, representando a licença uma condição necessária para o seu exercício, mas não envolvendo de modo algum a concessão ou atribuição do direito, que deriva imediatamente da lei e não da licença.

Assim, quando o regulamento de 19 de dezembro de 1892 declara (artigo 216.º e § 1.º) que os proprietários marginais das correntes navegáveis e fluatáveis poderão irrigar os seus prédios derivando as águas dessas correntes, com licença concedida pelo director da respectiva circunscrição hidráulica, se para a derivação dessas águas não houver de executar-se qualquer obra que altere as margens ou leito, ou do Governo, se houver de recorrer-se à construção

de obras que modifiquem as margens ou o leito, atribui aos proprietários marginais o direito de derivarem essas águas, tornando-se apenas necessária a licença para o exercício dêsse direito, e tendo-se por essa licença em vista salvaguardar os interesses da navegação ou flutuação.

A fórmula do artigo citado «poderão extrair e empregar» corresponde à expressão do artigo 380.º do código civil relativa ao uso das cousas públicas «é lícito utilizar-se», reconhecendo-se nelas um poder ou faculdade, que tem de ser exercido com as restrições impostas por lei ou pelos regulamentos administrativos, como neste artigo se declara, sendo uma dessas restrições a necessidade de licença prévia, nos casos em que esta é exigida pela lei ou pelos regulamentos.

Tratando-se de um direito e tornando-se a licença necessária apenas para o seu exercício, afigura-se nos que se impõe logicamente a ilação de que a administração pública não tem atribuições discretionárias pelo que respeita à concessão dessa licença. Se as tivesse, não se trataria de uma condição necessária para o exercício de um direito, mas da atribuição do próprio direito.

A faculdade ou direito que a lei concede de usar da coisa pública, substituir-se ia a faculdade ou o direito da administração pública de conceder êsse uso, visto que essa administração não se limitaria a verificar as condições de que a lei faz depender o exercício do direito, podendo autorizar livremente ou não êsse uso. E não haveria então o princípio da igualdade, que domina o uso ordinário ou geral das cousas que estão no domínio público; êsse uso não corresponderia a um direito individual ou poder atribuído directamente pela lei. Seria apenas um inte-

¹ *Apontamentos de direito, legislação e jurisprudência administrativa e fiscal*, tomo 1.º, páginas 167 e 168.

resse que poderia legitimar uma pretensão, ficando dependente de concessão a satisfação desse interesse.

Posta a questão nestes termos, e declarando-se no artigo 452.º «é permitido a todos fazer minas ou poços nos terrenos públicos em busca de águas subterrâneas», parece-nos que podemos concluir que só pode recusar-se o exercício desse direito quando seja contrário ao interesse público, e que as entidades a quem compete a concessão da licença não apreciam soberanamente esse interesse, podendo recorrer-se da sua deliberação.

Doutrina contrária envolveria a negação do próprio direito que pelo artigo citado é atribuído a todos.

Consideramos, pois, como doutrina mais aceitável a que afirma que está sujeita a recurso a recusa de licença do uso de uma cousa pública, sempre que a lei reconheça esse direito de uso e apenas exija a licença como mera condição para o exercício desse direito.

Quando se trate de usos especiais ou excepcionais das cousas públicas, ou de usos que estejam dependentes de concessão, não pode seguir-se a mesma doutrina. Neste caso, não há um direito de uso que seja reconhecido pela própria lei. Esta autoriza a administração pública a conceder esse direito, e, sempre que por lei não sejam impostas restrições à mesma administração, entende-se que esta pode proceder discricionariamente nessa concessão, não sendo portanto susceptível de recurso, em princípio, a recusa da concessão.

Assim, quando a lei faculta a concessão de águas públicas para a irrigação, força motriz ou abastecimento de povoações, não reconhece o direito de uso dessas águas, não autoriza directamente esse uso,

mas apenas a sua concessão. A fórmula do artigo 5.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 «poderá ser permitido o emprêgo do excedente de água para usos gerais, industriais, agrícolas ou de irrigação», e a fórmula do artigo 1.º do decreto de 27 de maio de 1911 «a energia das correntes de água pode ser objecto de concessão feita em nome do Estado no interesse dos serviços públicos ou da indústria», significam que o poder ou faculdade de conceder esses usos das águas pertence à administração pública. Não se trata, como é óbvio, em relação às pessoas singulares ou colectivas a quem pode ser feita a concessão, do exercício de um direito individual; há neste caso um mero interesse, cuja satisfação a lei torna dependente de um acto administrativo. Este não representa uma condição necessária para o exercício de um direito atribuído por lei: o direito deriva da própria concessão.

A doutrina que acabamos de expor parece estar de harmonia com a ensinada por alguns publicistas que, para resolverem a questão se a administração pode conceder ou recusar arbitrariamente o uso de uma cousa pública, distinguem entre os pedidos que tem por fim exercer um direito individual sujeito a autorização, ou, por outras palavras, efectuar uma utilização individual do domínio público, e os pedidos cujo objecto é uma ocupação temporária deste domínio em proveito individual, ou um uso especial ou excepcional, e afirmam que, neste caso, há o exercício do direito de propriedade por parte da administração, tendo esta a liberdade de apreciação que o direito de propriedade comporta. A esta liberdade estabelecem, em princípio e como limite único, os fins ou interesses a que o domínio público é destinado, fins ou interesses que devem dirigir a administração pública em

todos os seus actos, sendo por isso admissível contra a recusa o recurso fundado no desvio do poder ¹.

Sendo discricionária a administração pública na autorização ou concessão de um uso especial ou excepcional do domínio público e derivando o direito a êsse uso da própria autorização ou concessão, segue-se que, para se determinar a natureza jurídica dos usos das cousas públicas quando êsses usos sejam especiais ou excepcionais, necessário se torna ter em vista a natureza do acto administrativo de que a lei torna dependentes êsses usos e os efeitos que, em harmonia com a mesma lei, dele derivam.

É assim que a concessão dêsse uso pode ter carácter precário ou resultar dessa concessão um direito subjectivo.

Ó que de um modo geral se nos afigura que se pode afirmar a êste respeito é que em todos os casos em que a lei não reconhece um direito de uso sôbre as cousas públicas, mas apenas faculta a concessão dêsse uso, não se trata do gózo de um direito individual, mas de um direito que deriva da própria concessão, e que, sempre que a lei não determine com maior ou menor precisão as condições em que a concessão pode ser feita, há a êsse respeito poderes discricionários por parte da administração pública.

Uma vez feita a concessão, os poderes de a revogar podem ser mais ou menos restritos, podendo a lei determinar os casos em que, no caso de revogação, há o direito de indemnização e aqueles em que êste direito não existe. É assim que, como já vimos, as concessões de uso das águas navegáveis ou flutuáveis

¹ Veja-se Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit politique*, 7.^a edit., págg. 733 e segg.

não dão direito a indemnização alguma, quando a falta ou diminuição da água seja devida a qualquer obra que se faça ou alteração que se dê no regime das correntes que tenham por fim os interesses da navegação ou flutuação.

47. Jurisdição e competência em matéria de águas públicas. Sendo as cousas que estão no domínio público propriedade do Estado ou das corporações públicas, uma das consequências que derivam do direito de propriedade e que, por sua vez, confirma a existência do mesmo direito, é que os conflitos que surgirem acêrca da delimitação do domínio público e da determinação das entidades a quem êste domínio pertence são da competência do poder judicial.

Pela delimitação do domínio público, determinam-se todas as dependências dêsse domínio, separando-as da propriedade privada ou patrimonial, representando assim essa delimitação uma questão de propriedade ou de posse, sempre que nesse domínio seja englobada propriedade privada ou que esta se estenda sôbre o domínio público. Contra o Estado ou respectiva corporação pública no primeiro caso e, no segundo, por estes contra os particulares, terá de ser proposta perante o poder judicial a competente acção de reivindicação ou de posse, visto que nas questões sôbre títulos de propriedade ou de posse é única a competência do poder judicial, não podendo ser julgadas essas questões no contencioso administrativo, principal ou incidentalmente (código administrativo de 4 de maio de 1896, artigo 326.^o).

Pelos poderes que à administração pública sejam atribuídos quanto à classificação e demarcação das cousas que estão no domínio público, pode essa

administração englobar no domínio público propriedade particular e ser vedado ao proprietário, que em tempo competente e graciosamente não reclamou perante a mesma administração, embargar quaisquer obras que, em virtude da demarcação feita, sejam ordenadas. É o que, como já vimos, se preceitua no artigo 11.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 relativamente às obras que resultem da classificação e demarcação das bacias hidrográficas, desde que estas se tornem definitivas. Quem por esse meio seja expropriado sem indemnização pode recorrer, porém, para o poder judicial, para que lhe seja reconhecido o direito a essa indemnização.

Em princípio, a expropriação por utilidade pública, cuja declaração é da competência do Governo (decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 19.º e lei de 26 de julho de 1912, artigos 4.º e 5.º), só pode dar-se mediante prévia indemnização, a qual é, na falta de acôrdo, fixada pelo poder judicial (decreto de 1 de dezembro, artigo 19.º § único, lei de 26 de julho de 1912, artigo 15.º, e regulamento de 15 de fevereiro de 1913, artigo 12.º).

A competência do poder judicial, quanto aos conflitos que se dêem sobre a delimitação do domínio público, abrange a aplicação das normas legislativas que fixam os limites naturais desse domínio, determinando o alcance dessas normas quanto aos direitos anteriormente adquiridos. E' assim que, considerando-se públicas as águas salgadas das costas, enseadas, baías, fozes, rias e esteiros e o leito delas (código civil, artigo 380.º n.º 2.º), e havendo-se dado, anteriormente ao código civil, a exclusiva apropriação de algumas dessas águas ou leitões, compete ao poder judicial verificar se foram ou não ressalvados os direitos assim adquiridos.

E' o que se tem dado em relação à ria de Aveiro, sobre a qual teem sido reconhecidos judicialmente direitos adquiridos anteriormente ao código civil e demarcados os respectivos tractos. No relatório oficial do regulamento dessa ria de 28 de dezembro de 1912, declarando-se que é necessário proceder à classificação e demarcação dos terrenos alagados que estão no domínio público, organizando-se o seu cadastro e fixando-lhes os contornos em carta corográfica, lê-se esta interessante nota: «A esta medida não devem fazer excepção os prédios alagados já demarcados por sentenças judiciais, porque nunca a repartição marítima foi ouvida em tais decisões, como perito, por parte do domínio público, nem tão pouco nas demarcações, do que tem resultado meterem-se muitas estacas na ria, cuja existência a capitania só vem a conhecer muito depois de elas lá estarem (por exemplo, a praia do Amoroso), e que constituem embaraço e perigo para a navegação»¹.

Sendo discutível se, em terrenos que naturalmente fazem parte de uma ria que pela lei é declarada pública, podem subsistir direitos adquiridos anteriormente ao código civil e que este não ressalvou expressamente, o que não é susceptível de discussão é a competência do poder judicial para decidir qualquer conflito que a esse respeito se levante, visto respeitar a uma questão de propriedade ou de posse².

A determinação das entidades a quem pertencem as cousas públicas é também da competência do poder judicial. Por essa determinação verifica-se quem pode dispor dessas cousas, destinando-as para

¹ *A ria de Aveiro*, página 10, nota 1.

² Veja-se esta *Revista*, volume 32.º, n.º 1431, página 170, em que se sustentou a doutrina que na ria de Aveiro não pode haver propriedade particular.

certos fins, e auferir delas as utilidades que sejam compatíveis com esse destino; o que representa fundamentalmente uma questão de propriedade. É assim que, discutindo-se se uma determinada fonte é do Estado, do município ou da freguesia, compete ao poder judicial e não ao contencioso administrativo dirimir essa questão. Ao poder judicial compete decidir se, em face do direito vigente, uma determinada corrente é pública ou comum e, sendo comum, se pertence ao Estado ou à respectiva autarquia local.

A solução de qualquer conflito que a este respeito se levante envolve não só a determinação do sujeito a quem pertencem os poderes de regulamentação e de administração sobre essas fontes ou correntes, mas ainda poderes de disposição, quer por outro destino que se dê às respectivas águas, quer pela alienação das águas sobejas, quer pela apropriação de utilidades que não sejam do gozo comum, tratando-se evidentemente de uma questão de propriedade.

Delimitado o domínio público e determinado o sujeito desse domínio, a este pertencerá exclusivamente, pelos órgãos competentes, não só regular o modo por que devem ser exercidos os direitos de uso desse domínio, mas resolver quaisquer conflitos que a esse respeito se levantem, sempre que se trate de interesses gerais e não do gozo de um direito individual dentro dos limites fixados pela lei e pelos regulamentos administrativos. É assim que no artigo 431.º § 2.º do código civil se preceitua que os conflitos, que se levantarem entre os interesses gerais da navegação ou da flutuação e os interesses da agricultura e da indústria, serão resolvidos administrativamente.

A competência administrativa, a que este artigo se refere, pode ser graciosa, pertencendo à entidade a

cuja superintendência estejam sujeitas as águas de que se trata, ou contenciosa, sendo da competência dos tribunais administrativos¹.

Trata-se de conflitos que se levantem entre *interesses gerais*, e, portanto, quer do modo por que esses interesses se acham administrativamente regulamentados, quer de obras ou actos administrativos por que se dê qualquer alteração no regime das águas, ofendendo-se os interesses gerais da navegação ou flutuação ou os da agricultura e da indústria.

Dado o conflito e tendo de ser resolvido graciosamente, aos interesses da agricultura e da indústria tem de ser preferidos, em harmonia com o disposto no § 1.º do artigo 431.º, os interesses da navegação ou flutuação. Quando ao conflito seja dada graciosamente solução que contrarie esta disposição de lei, efectuando-se, por exemplo, uma obra num rio navegável ou flutuável, com prejuízo da navegação ou da flutuação, para a derivação de águas concedidas para a irrigação ou para fins industriais, haverá ofensa de lei, e, neste caso, poderá reclamar-se para o contencioso administrativo. E' o que resulta do disposto nos artigos 325.º n.ºs 1.º e 2.º do código administrativo de 4 de maio de 1896 e na lei de 9 de setembro de 1908, artigo 89.º *tres*.

Em qualquer dos casos, trata-se de competência administrativa, não tendo havido ofensa de direitos individuais ou do exercício de direitos civis, mas violação de uma lei ou regulamento em que se determina o modo por que devem efectivar-se os interesses gerais relativos ao gozo de cousas que estão no domínio público.

¹ O dr. Dias Ferreira, anotando o artigo 431.º, diz: «As questões entre os interesses agrícolas ou industriais, e os interesses da flutuação ou navegação, ou por ser prejudicada com o aproveitamento das águas a

Sempre que se trate, porém, não da ofensa de interesses ou de direitos que, fundando-se nas leis e regulamentos administrativos, sejam considerados de um modo geral, mas da ofensa de um direito individual ou de um direito adquirido, tendo havido ou não danos, o reconhecimento do direito e a indemnização destes danos não poderá ser decidida pelo contencioso administrativo.

Trata-se neste caso de direitos privados, não há interesses colectivos mas individuais, e, para resolver as questões relativas a direitos privados não tem competência os tribunais do contencioso administrativo.

No código administrativo de 17 de julho de 1886 determinava-se expressamente que não é permitido ao tribunal administrativo julgar, principal ou incidentalmente, questões sobre títulos de propriedade ou

passagem dos barcos e dos objectos flutuantes, ou por outro qualquer motivo, como representam litígios entre interesses *gerais* e interesses *particulares*, são da competência da administração graciosa, e hoje resolvidas pelas circunscrições hidráulicas, a quem pertencem todas as atribuições que as leis administrativas conferiam aos agentes da administração em matéria de águas, decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 45.º *Código civil português anotado*, tomo 1.º, 2.ª edição, página 299.

Na competência que pelo decreto citado de 1 de dezembro é dada aos chefes das divisões hidráulicas (decreto n.º 3519, de 5 de novembro de 1917, que reorganizou os serviços fluviais e marítimos e de hidráulica agrícola) não entra a solução dos conflitos que se dêem entre os interesses gerais da navegação ou flutuação e os da agricultura ou indústria. Nos precisos termos do n.º 1.º do artigo 45.º deste decreto, as atribuições que pertencem a esses chefes são: «As que pelo Código administrativo competem aos diversos agentes da administração *para os efeitos do melhoramento, conservação e policia* dos lagos, lagoas, valas, canais, esteiros, rios e mais correntes de água de uso público ou comum, suas margens, álveos ou leitos, na conformidade dos preceitos dos artigos 380.º e 381.º, e mais disposições do código civil, deste decreto e do regulamento respectivo».

Na solução dos conflitos que, em virtude das providências adoptadas, se dêem, tem de observar-se as normas gerais da legislação administrativa, e é a estas normas que o código civil se refere quando diz que esses conflitos serão resolvidos administrativamente.

de posse, ou outras quaisquer relativas ao exercício de direitos civis, e o mesmo alcance se deve atribuir à disposição consignada no artigo 326.º do código de 1896, apesar de este se referir *apenas á validade de contratos ou de direitos civis deles emergentes*¹.

A competência dos tribunais administrativos é especial, não abrangendo, salva disposição expressa, as questões sobre direitos e obrigações que, nos termos do artigo 3.º do código civil, respeitam às relações dos cidadãos entre si como meros particulares, ou às relações entre o Estado e os cidadãos em questões de propriedade ou de direitos meramente individuais. Quando haja, pois, ofensa destes direitos, tem de recorrer-se ao poder judicial, único competente, em princípio, para verificar se houve ou não a violação do direito e, no caso afirmativo, determinar a restituição ou a devida indemnização.

Sempre que por qualquer acto administrativo ou obra realizada em águas públicas sejam ofendidos direitos civis, embora possa pedir-se ou reclamar-se administrativamente a anulação daqueles actos ou que se desmanche a obra, quando esse pedido ou reclamação não seja atendido terá de recorrer-se ao poder judicial, para que ordene que o acto seja anulado ou a obra demolida.

Assim, tendo sido concedida licença para minar num terreno público em que há direito adquirido às águas por mina aberta anteriormente, pode o proprietário desta mina, cujo direito seja lesado, recorrer para o poder judicial, se, tendo reclamado contra a licença, não for atendido. Trata-se de uma água que, nascendo em terreno público, está individualmente

¹ Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 32.º, n.º 1410-1412, páginas 369, 387 e 401.

apropriada, e a pesquisa de águas no mesmo terreno ofenderá este direito se, em virtude dessa pesquisa, o seu titular for privado da água que legitimamente adquiriu.

E julgamos que também poderá recorrer para o poder judicial o indivíduo a quem seja arbitrariamente recusada licença para pesquisa de águas em terreno público. Trata-se, como já vimos, do gozo de um direito que é facultado pela lei a todos, não podendo ser recusado o exercício desse direito senão no caso em que o interesse público o exija. Esse direito tem por conteúdo um interesse particular, sendo um dos direitos puramente individuais a que se refere o artigo 3.º do código civil.

No exercício destes direitos há para todas as pessoas, quer singulares, quer colectivas, o princípio da igualdade, e, sempre que esses direitos sejam ofendidos, pode, intentando-se a competente acção perante os tribunais ordinários, obter-se o seu reconhecimento e a devida indemnização.

Nos casos em que, pelas obras que se effectuem nas águas públicas, sejam lesados os proprietários marginaes, estes poderão recorrer ao poder judicial para que, verificada a lesão, sejam indemnizados dos danos causados.

Ao poder judicial compete também, sempre que se pratique algum acto por que se ofendam ou violem as leis e regulamentos relativos às águas públicas, aplicar as penas que para essas transgressões hajam sido cominadas nas mesmas leis ou regulamentos e, quando haja responsabilidade civil e criminal, tornar efectiva esta responsabilidade. E' este o princípio formulado no decreto de 1 de dezembro de 1892 em que se preceitua (artigo 24.º) que serão julgados em

policia correccional os que transgredirem os preceitos do mesmo decreto e do regulamento que dele faz parte, pagando as multas impostas e ficando mais os transgressores obrigados a reparar à sua custa os danos causados, e a pagar as despesas a que derem causa, tudo sem prejuizo da responsabilidade civil e criminal, em que segundo as leis tenham incorrido.

CAPÍTULO III

DAS ÁGUAS COMUNS

§ 8.º — Enumeração e especificação das águas comuns

48. *Enumeração das águas comuns; seu carácter.*

As águas comuns estão enumeradas no n.º 2.º do artigo 381.º do código civil e no decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 2.º, sendo esta enumeração exemplificativa.

Como águas comuns devem ser consideradas todas aquelas em que se dêem os requisitos necessários para que, em harmonia com a definição formulada no artigo 381.º do código civil, se possam incluir na categoria das cousas comuns. As palavras deste artigo — *pertencem a esta categoria* — mostram-nos iniludivelmente o carácter exemplificativo da enumeração das cousas comuns que nele se faz, e o autor do decreto de 1 de dezembro, substituindo essas palavras por — *são comuns*, não teve a intenção de especificar taxativamente as águas que assim deviam ser consideradas.

Nesta especificação tiveram-se em vista os caracteres que às cousas comuns se atribuem no artigo 381.º do código civil, devendo considerar-se subordinadas ao regime para elas estabelecido quaisquer águas em que se verifiquem êsses caracteres. Todas as correntes, fontes ou depósitos, naturais ou artificiais, que não estejam individualmente apropriados e dos quais

só seja permitido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos indivíduos compreendidos em certa circunscricção administrativa, ou que fazem parte de certa corporação pública, devem ser considerados comuns.

É indiferente, para este efeito, que essas águas estejam apropriadas pelo Estado ou pelas autarquias locais. Do mesmo modo que em relação às cousas públicas, o código civil não atendeu, na definição das cousas comuns, à entidade a quem pertence a propriedade dessas cousas e a sua administração, tendo apenas em vista quem delas se pode aproveitar.

Declara-se que as cousas comuns não estão individualmente apropriadas e, presupondo-se assim a sua apropriação colectiva, não se determina por quem estão apropriadas, tendo de atender-se, para esta determinação, ao regime que para essas cousas se estabeleceu.

Este regime é da mesma natureza jurídica que o das cousas públicas.

Insusceptíveis de apropriação individual, tendo por destino o seu gozo directo pelos habitantes duma determinada circunscricção territorial ou pelos membros duma corporação pública, as cousas comuns são, enquanto conservarem esse destino, inalienáveis e imprescritíveis, ou, considerando-se especialmente em relação aos poderes que por parte das entidades a quem pertencem podem sobre elas ser exercidos, indisponíveis.

Tendo a mesma natureza jurídica as cousas públicas e as comuns, numa técnica jurídica rigorosa parece que deveria admitir-se, ao lado do domínio do Estado, um domínio distrital, municipal e paroquial, e, considerando-se o gozo público em relação a cada

um desses agregados, dividir-se o domínio público em domínio público do Estado, distrital, municipal ou paroquial. Nesta orientação foi elaborado, seguindo legislações e tratadistas estrangeiros, o projecto sobre o aproveitamento das águas que à câmara dos deputados apresentou o sr. Ferreira da Silva em 19 de abril de 1917, em que se consideram (artigo 1.º) como sendo do domínio público tanto as águas que pelo código civil e pelo decreto de 1 de dezembro são públicas, como as que são comuns.

É óbvio, porém, que uma reforma desta natureza não pode fazer-se fragmentariamente, devendo ser remodelada a classificação que das cousas em públicas, comuns e particulares se faz no código civil.

Emquanto se não fizer essa remodelação, teremos de considerar como pertencentes ao domínio comum as cousas que, sendo destinadas para o gozo directo dos indivíduos compreendidos numa determinada circunscricção territorial ou que sejam membros duma corporação pública, não podem ser individualmente apropriadas. E o que nos cumpre aqui acentuar, porque para a aplicação das normas legais tem a maior importância, é que a enumeração das cousas comuns feita pelo código civil é exemplificativa, e que também o é a especificação que das águas comuns se faz no decreto de 1 de dezembro de 1892.

No código civil enumeravam-se (artigo 381.º n.º 2.º) como águas comuns as correntes de água não navegáveis nem fluviáveis que, atravessando terrenos municipais ou paroquiais, ou prédios particulares, vão lançar-se no mar em alguma corrente navegável ou fluviável, os lagos ou lagoas sitos em terrenos municipais ou paroquiais, e os reservatórios, fontes ou poços construídos à custa dos concelhos ou paró-

quias. No § 7.º do mesmo artigo declarava-se que aos lagos naturais de água doce circundados de prédios particulares, ou de prédios particulares e terrenos incultos públicos, municipais ou paroquiais, são applicáveis as disposições de todos os §§ antecedentes, que forem compatíveis com a natureza das suas águas não correntias.

Considerando-se no n.º 2.º comuns os lagos ou lagoas sitos em terrenos municipais ou paroquiais, terrenos que não podem deixar de ser de logradouro comum, visto que, se forem patrimoniais, não estão no gozo directo dos munícipes, e, se forem públicos, estão no gozo de todos os cidadãos, não podendo consequentemente as águas que neles existirem ou correrem e cuja natureza jurídica seja determinada pela natureza do terreno, ser consideradas comuns, mas particulares ou públicas, parece notar-se uma certa antinomia entre o que se dispunha no número citado e o que estava preceituado no § 7.º do mesmo artigo. Atendendo-se apenas ao texto d'êste §, parece que também deviam ser considerados comuns tanto os lagos ou lagoas que fossem apenas circundados por prédios particulares, como os que fossem circundados por terrenos públicos, visto que nos §§ antecedentes do artigo 381.º se determina, já o caso em que as correntes públicas passam à categoria de comuns, já os direitos que sobre os leitos ou álveos das correntes comuns teem os proprietários marginaes.

Não existe, porém, esta antinomia, não sendo pelo código civil declarados comuns os lagos e lagoas só pelo facto de serem circundados por diferentes prédios particulares, como também o não eram os que fossem só circundados por terrenos públicos. Tendo-se especificado como comuns os lagos e lagoas circundados por terrenos municipais ou paroquiais, prevê-se no

§ citado a hipótese de estarem circundados por prédios particulares lagos que estejam no gozo comum e applicam-se a estes lagos as disposições relativas às correntes comuns, determinando-se os direitos que aos respectivos leitos teem os proprietários marginaes; previne-se também a hipótese de estarem circundados os lagos por terrenos públicos e ao mesmo tempo por prédios particulares, para determinar, em relação ao leito d'esses lagos, os direitos dos respectivos proprietários.

Tratava-se, em qualquer das hipóteses, de lagos ou lagoas que só podiam e deviam considerar-se comuns, quando satisfizessem aos requisitos do artigo 381.º Lagos comuns, pela natureza dos terrenos em que se achavam situados, eram apenas, pelo código civil, os circundados por terrenos municipais ou paroquiais de logradouro comum.

No decreto de 1 de dezembro de 1892 declarou-se, porém, que são comuns os canais, valas e correntes de água não navegáveis nem flutuáveis, que, atravessando terrenos públicos municipais ou paroquiais, ou prédios particulares, vão lançar-se no mar ou em alguma outra corrente de água pública ou comum; os lagos, lagoas ou pântanos sitos em terrenos municipais ou paroquiais, ou circundados por diferentes prédios particulares, ou por terrenos incultos públicos, municipais ou paroquiais; e os reservatórios, fontes e poços construídos à custa dos concelhos ou paróquias.

Como já notámos ¹, não podem considerar-se comuns os lagos, lagoas ou pântanos só pelo facto de estarem circundados por diferentes prédios particula-

¹ Veja-se o n.º 12, páginas 86 e 87.

res. Desde que esses lagos, lagoas ou pântanos estejam individualmente apropriados, não podem deixar de considerar-se particulares. Tais lagos não estão, só por esse facto, no gózo directo dos habitantes duma circunscrição territorial, deixando assim de verificar-se o requisito que para as cousas comuns se exige no artigo 381.º, que não foi modificado pelo decreto de 1 de dezembro de 1892.

O domínio comum não é de modo algum compatível com a apropriação individual. O destino para gózo comum exclui o direito de livre disposição.

Sendo assim, como se nos afigura incontestável que é, os lagos circundados por prédios particulares que estiverem apropriados não estão nem podem estar no domínio comum, tanto mais que, em relação às águas que se declaram pertencentes a este domínio, foram, como já vimos, ressalvados os direitos adquiridos nos termos do artigo 438.º do código civil, e este artigo não foi alterado pelo decreto de 1 de dezembro.

Não basta, pois, verificar, em relação às águas que no decreto de 1 de dezembro se declaram comuns, se há ou não os elementos a que neste decreto se atendeu para a especificação dessas águas. É necessário ver se essas águas estão no domínio comum, tal como este é definido no artigo 381.º do código civil.

Por outro lado, quando os lagos ou lagoas e as fontes ou reservatórios construídos à custa dos concelhos ou paróquias estejam circundados por terrenos públicos ou nestes tenham sido construídos, como estes terrenos podem ser directamente aproveitados por todos, não se excluirão dêsse aproveitamento as águas que neles existam, salvo se houver o direito de as derivar para fins agrícolas, industriais ou abastecimento de povoações, estando assim individualmente

apropriadas ou no domínio comum. Pela natureza dos terrenos essas águas são públicas, mas pode ter-se dado esta apropriação individual ou colectiva.

49. *Crêterios para a distinção entre as águas comuns e as particulares.* Em harmonia com o critério que acabamos de formular terão de ser resolvidas as dúvidas que se levantem sobre a distinção entre águas públicas, águas comuns e águas particulares relativamente às correntes, valas, canais e depósitos naturais ou artificiais de água em que não se dêem precisamente os elementos por que, segundo o decreto citado, são especificadas essas categorias de águas, ou em que, verificando-se esses elementos, não haja o gózo comum.

Não temos, pois, que atender só às qualidades naturais das correntes, nascentes ou depósitos de águas e à natureza dos terrenos em que elas brotam, correm ou se acham estancadas, para esse efeito, e designadamente para a distinção entre as águas comuns e as águas particulares. Necessário se torna atender a outros elementos, sendo assim muito complexas as questões sobre estas águas, já pelo carácter que tem a enumeração que delas se faz, já pelo facto da sua apropriação anteriormente à lei que as declarou comuns e para elas estabeleceu um regime especial, ocupando nessas questões um lugar importantíssimo a matéria de facto.

Em resposta a uma consulta, notou-se na *Revista de legislação e de jurisprudência*¹ que, em virtude do carácter exemplificativo da enumeração das cousas comuns feita pelo código civil e de o decreto de 1 de

¹ Volume 48.º, n.º 1999, páginas 171 e 172.

dezembro de 1892 definir tanto as águas comuns como as águas particulares, para decidir se tem uma ou outra qualidade as águas a respeito das quais se duvida se são comuns ou particulares, devemos verificar se as circunstâncias em que a água se apresenta autorizam, por interpretação extensiva do texto legal, a incluí-la nas águas comuns ou nas particulares.

Posta de lado a questão de facto, não se tendo em vista a apropriação individual ou o destino das águas para gozo comum, nenhuma dúvida há de que esta doutrina é verdadeira, e que, como no mesmo lugar se salienta, é autorizada pelos trabalhos preparatórios do código civil. Com efeito a comissão revisora deliberou, em sessão de 25 de janeiro de 1864, que «as correntes não navegáveis nem flutuáveis, que não constituem propriedade particular, são de uso comum», deliberação que não foi posteriormente modificada e da qual resulta que, sendo, em regra, de uso comum as correntes não navegáveis nem flutuáveis, mas podendo haver correntes não navegáveis nem flutuáveis que sejam particulares, se deve, no caso de dúvida, considerar águas comuns aquelas cujas características as aproximam das que assim são consideradas pela lei.

Não basta, porém, atender a essas características, não podendo emitir-se um parecer devidamente fundamentado acerca de qualquer questão que se levante sobre a distinção entre águas comuns ou particulares, sem que se verifique concretamente, pela posse ou apropriação dessas águas, qual é a sua situação jurídica.

E tanto mais necessário é atender a esta situação, quanto é certo que há águas comuns em que, se atendermos às suas qualidades naturais ou modos de

ser, se dão os mesmos requisitos que nas águas particulares, sendo só pela sua apropriação que se pode determinar o seu carácter.

As correntes comuns distinguem-se das correntes públicas por um carácter negativo — não serem navegáveis nem flutuáveis. Em relação às águas particulares, os caracteres formulados no artigo 2.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 para a distinção das correntes comuns são: 1.º atravessarem terrenos públicos municipais ou paroquiais, ou prédios particulares; 2.º irem lançar-se no mar ou em alguma corrente de água pública ou comum.

Considerando o decreto citado, artigo 3.º, sempre particular a água que brota num prédio emquanto não ultrapassa os limites desse prédio, declara que são também particulares os cursos de água que, ultrapassando esses limites e correndo por prédios particulares, são consumidos antes de se lançarem em alguma corrente pública ou comum.

No decreto citado fala-se em canais, valas e correntes de água, compreendendo-se assim nas correntes comuns tanto os cursos de água naturais como os artificiais, donde parece dever concluir-se que, embora a água seja derivada por um aqueduto, deverá considerar-se comum, logo que ultrapasse os limites do prédio onde nasce, se esse aqueduto se for lançar em alguma corrente pública ou comum. O artigo 444.º do código civil faculta, porém, ao proprietário do prédio onde houver alguma fonte ou nascente de água servir-se dela e dispor do seu uso livremente, podendo assim conduzir essa água para fora do seu prédio sem que, por este facto, se torne comum, desde que ultrapasse os limites do mesmo prédio.

Não deixa a mínima dúvida a este respeito o artigo citado, já pelo modo como está formulado, já

pelos trabalhos preparatórios, pois a comissão revisora alterou os artigos 25.º a 28.º da proposta de Alexandre Herculano, em que não se reconhecia o direito de transferir o uso das águas nativas que brotassem espontaneamente e se estabeleciam restrições quanto à condução das águas procedentes de nascentes, abertas artificialmente, através de prédios alheios.

Sendo assim, nas correntes comuns a que se refere o artigo 2.º do decreto de 1 de dezembro só entram os cursos de água naturais, sendo no momento em que entram neste curso as fontes ou nascentes de prédios particulares que as suas águas se tornam comuns. Não é, pois, o facto de ultrapassar o prédio onde nasce, mas o de ultrapassar esse prédio abandonada ao seu curso natural, que torna a água comum.

Por outro lado, tanto das correntes públicas como das comuns podem ser derivadas águas por meio de canais ou aquedutos para a irrigação de prédios, fins industriais, ou abastecimento de povoações. Ora, desde o ponto em que as águas são derivadas da corrente, seguindo um curso artificial, deixam de ser consideradas correntes não navegáveis nem flutuáveis para o efeito do regime que para estas correntes se estabelece nos artigos 434.º e seguintes do código civil.

Essas águas, assim derivadas, podem ser públicas, comuns ou particulares, conforme o seu destino ou a sua apropriação individual. Não é, pois, pelo facto de atravessarem terrenos públicos, municipais ou paroquiais, ou prédios particulares, e de irem lançar-se em alguma corrente pública ou comum, que esses canais ou aquedutos terão de ser considerados comuns.

Nos bem elaborados acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de maio de 1905 e de 26 de janeiro de 1906¹, julgou-se que é particular a água que, embora derivada de águas comuns, se dirige por uma vala ou rigueira, desde tempos muito antigos, através de diversos prédios particulares, para determinada quinta. Pode ser também particular a água assim derivada para diferentes prédios, e, embora com o mesmo destino, essa água deverá ser considerada comum, se a derivação tiver sido feita pelo município ou pela freguesia para uso dos habitantes das respectivas circunscrições. Indiferente é a natureza dos terrenos que a água assim derivada atravessa, devendo atender-se, para determinar a natureza jurídica dessa água, ao modo por que se deu a sua apropriação derivando-a da corrente pública ou comum.

O princípio que sobre esta importantíssima matéria se nos afigura que se pode formular é que devem considerar-se comuns, salvos os direitos adquiridos que pelo artigo 438.º do código civil foram ressalvados, as correntes naturais não navegáveis nem flutuáveis em que se verifiquem os caracteres formulados no artigo 2.º, do decreto de 1 de dezembro, seja qual for a origem dessas correntes, isto é, quer elas derivem de fontes ou nascentes, quer de águas vertentes. Quanto aos cursos artificiais, o princípio é que essas águas estão apropriadas, colectivamente ou individualmente, por quem as derivou ou canalizou, tendo de respeitar-se também os direitos adquiridos sobre essas águas que foram ressalvados pelos artigos 438.º e 444.º § único do código civil.

¹ Revista citada, vol. 38.º, n.º 1648 e 1663, páginas 265 e 500.

Não nos é dado ir mais longe na determinação dos critérios por que devem distinguir-se as águas comuns das particulares.

50. Especificação das águas comuns. Tendo em vista o regime que para as águas comuns se estabelece, e presupondo os requisitos do artigo 381.º, parece-nos que as águas comuns se devem especificar do seguinte modo:

- a) Correntes naturais de água não navegáveis nem flutuáveis;
- b) Canais ou valas não navegáveis nem flutuáveis;
- c) Lagos e lagoas não navegáveis nem flutuáveis;
- d) Fontes e reservatórios.

Entre estas categorias de águas comuns ocupam lugar primacial as correntes não navegáveis nem flutuáveis, sendo o regime destas águas objecto duma subsecção do código civil. Para as outras águas comuns, exceptuados os lagos ou lagoas a que devem aplicar-se, em vista do disposto no artigo 381.º § 7.º do código civil, as normas relativas às correntes não navegáveis nem flutuáveis que sejam compatíveis com a sua natureza de águas não correntias, não se determina especialmente no código civil o seu regime. Terão, pois, de aplicar-se a essas águas as disposições do código civil em que, de um modo geral, se determina o regime das cousas comuns, e designadamente as relativas às águas.

Pertencendo ao Estado as correntes não navegáveis nem flutuáveis, pertencem, em geral, às autarquias locais os canais e valas comuns por que se faz a derivação das águas dessas correntes e das correntes públicas para a irrigação, fins industriais, ou abastecimento de povoações.

As estas autarquias pertencem também os lagos ou lagoas existentes em terrenos municipais ou paroquiais e as fontes ou reservatórios por elas construídos para uso comum.

Trataremos em separado das águas comuns que pertencem ao Estado e das que pertencem às autarquias locais, pois é diverso, quanto à sua administração e uso, o regime a que essas águas estão sujeitas.

51. Propriedade do leito e margens das águas comuns. Antes de tratarmos do regime das águas comuns, conveniente é que determinemos a condição jurídica do leito e das margens dessas águas.

No artigo 381.º §§ 3.º a 5.º do código civil declara-se que o leito ou álveo da torrente ou corrente de uso comum, que atravessa um prédio particular, ou nele se ajunta ou nasce, forma parte integrante do dito prédio, e que a propriedade do leito ou álveo de qualquer torrente ou corrente de uso comum, que passa entre dois ou mais prédios, é atribuída aos mesmos prédios com as limitações e servidões expressas no código, pertencendo a cada prédio o tracto de leito ou álveo compreendido entre a linha marginal e a linha média do dito leito ou álveo, terminando superiormente e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas caindo perpendicularmente da extremidade da linha marginal do prédio sobre a linha média. No § 7.º do mesmo artigo aplicam-se os §§ referidos aos leitões dos lagos naturais de água doce, circundados de prédios particulares, ou de prédios particulares e terrenos incultos públicos, municipais ou paroquiais.

No decreto de 1 de dezembro de 1892 preceitua-se (artigo 4.º e n.º 2.º) que nos lagos, lagoas, rios, valas,

esteiros e mais correntes de água de uso comum haverá margens que terão de 1 a 3 metros de largura, a contar da linha que limita o álveo ou leito, tendo em consideração a sua importância e usos que teem, ou de que forem susceptíveis. No § 3.º do mesmo artigo determina-se que os proprietários legais dos terrenos junto dos lagos, lagoas, valas, canais, esteiros e correntes de água serão previamente indemnizados, nos termos das leis de expropriação por utilidade pública, pela expropriação ou servidões impostas pelas disposições do mesmo artigo e seus parágrafos.

A propriedade das margens a que se refere o citado decreto continua pertencendo aos proprietários marginais, não havendo a expropriação do terreno respectivo, mas apenas a indemnização pela servidão imposta, e que consiste designadamente, nos termos do § 2.º, em a superfície do terreno constitutivo das margens ter de conservar-se sempre livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietário do terreno.

Que a propriedade das margens continua a pertencer aos proprietários, inferia-se já do disposto neste §, que, declarando que o terreno junto dos lagos, lagoas, canais, esteiros e correntes de água navegáveis ou flutuáveis, pertencerá ao Estado, nada diz acêrca da propriedade das margens junto das águas comuns. E, embora pudesse dizer-se que o facto de se não declarar a quem pertenciam estas margens seria devido a não se considerarem pertencentes ao Estado todas as águas comuns, podendo assim as margens ser do Estado ou das autarquias locais, conforme daquele ou destas fosse a propriedade das águas, vê-se do que acêrca da propriedade do leito das águas comuns se dispõe no código civil

que as margens não podem deixar de considerar-se pertencentes aos prédios.

Se se desse a expropriação do terreno das margens, não haveria relação de continuidade entre o prédio e o leito da corrente ou lago. Esse leito deixaria assim de ser considerado parte integrante do prédio. Ora a verdade é que a disposição do código civil que atribui a propriedade do leito ou álveo das correntes não navegáveis nem flutuáveis aos prédios que essas correntes atravessam ou banham não foi modificada pelo decreto de 1 de dezembro, e que a expropriação e indemnização a que este decreto dá direito respeitam apenas ao terreno necessário para as margens e não ao leito ou álveo ¹.

Nos leitos ou álveos das correntes e lagos comuns há, pois, segundo a doutrina sancionada no código civil, uma servidão, e sendo esses lagos ou leitos de formação natural, nenhuma indemnização por ela receberam nem recebem os proprietários marginais, quando as águas, abandonando o antigo leito, seguiram ou seguem outra direcção, abrindo novo álveo.

No artigo 2293.º preceitua-se que, se a corrente mudar de direcção, os donos dos prédios invadidos adquirirão direito ao terreno, que occupava o álveo antigo, cada um em proporção do terreno perdido pela variação da corrente.

Não se faz neste artigo distincção entre correntes navegáveis e flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis, tendo-se sustentado que a disposição nele consi-

¹ Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 35.º, n.º 1548, página 403.

gnada é aplicável tanto aos leitos dumas como de outras ¹.

Aproximando, porém, o artigo 2293.º dos §§ 3.º a 5.º do artigo 381.º, parece que não pode deixar de se fazer distinção entre correntes navegáveis e flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis.

Sendo os leitos destas correntes partes integrantes dos prédios por elas banhados ou atravessados, não formando êsses leitos ou álveos parte da corrente, a consequência que logicamente se impõe é que, no momento em que a corrente abandona o leito, êsse terreno continua pertencendo aos prédios marginaes, que se libertam de uma servidão.

O facto de no artigo 2293.º se não fazer distinção entre correntes navegáveis e flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis é devido a que, sendo as disposições dos §§ 3.º a 5.º do artigo 381.º introduzidas pela comissão revisora, esta não teve em vista a doutrina neles sancionada quando examinou o artigo 2469.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2293.º

Os leitos dos canais ou valas de águas comuns pertencem, quando êsses canais ou valas atravessarem ou banhem prédios particulares, aos respectivos proprietários, sempre que não haja sido expropriado o terreno em que os canais ou valas são construídos. Em geral, êsses canais ou valas, do mesmo modo que os aquedutos, constituem servidões, sendo por estas que os proprietários são indemnizados.

¹ Veja-se a mesma *Revista*, volume 7.º, n.º 332, página 308 e dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 74.

§ 9.º — Das correntes não navegáveis nem flutuáveis

52. *Legislação que regula o uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis.* O sistema relativo aos usos das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis é o estabelecido nos artigos 434.º a 443.º do código civil e no decreto de 27 de maio de 1911. Na outra legislação posterior ao código civil, compreendendo designadamente o decreto de 1 e o regulamento de 19 de dezembro de 1892, não se modificou o código civil, esclarecendo-se apenas algumas dúvidas que êle havia suscitado.

Pelo código civil e pelo decreto e regulamento citados as águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis podiam ser aproveitadas para a irrigação, para fins industriais e para usos domésticos. O que caracteriza, porém, fundamentalmente o sistema relativo ao aproveitamento dessas águas são os direitos atribuídos aos prédios atravessados ou banhados por essas correntes, direitos que, pela legislação referida, eram limitados apenas pelo direito que tinham os vizinhos de aproveitar a necessária para os seus usos domésticos (artigo 440.º). Não podiam êsses direitos, anteriormente ao decreto de 27 de maio de 1911, ser prejudicados pelo aproveitamento das águas para outros fins. É assim que, preceituando-se no decreto de 1 de dezembro, artigo 5.º, que nas correntes de água de uso comum, em que a água for sobeja, poderá ser permitido o emprêgo do excedente da água para usos gerais, industriais, agrícolas e de irrigação, depois de satisfeitos os direitos dos proprietários marginaes, se declarava, no § único do mesmo artigo, que esta concessão só seria feita pelo

Governo depois de se provar por um inquérito a utilidade da derivação, e que não seriam prejudicados os legítimos direitos dos proprietários confinantes.

Pelo decreto de 27 de maio a energia das correntes de água não navegáveis nem flutuáveis pode ser objecto de concessão, embora com esta sejam prejudicados os prédios marginaes.

Salva esta modificação, o uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis é fundamentalmente o que foi sancionado pelo código civil.

53. *Princípios em que assenta o sistema do código civil quanto ao aproveitamento das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis.* E' nos artigos 434.º a 437.º que o código civil regula os direitos dos donos ou possuidores de prédios que são atravessados ou banhados por correntes não navegáveis nem flutuáveis, achando-se esses artigos assim redigidos:

«Artigo 434.º Os donos ou possuidores de prédios, que são atravessados por quaisquer águas correntes, não navegáveis nem flutuáveis, teem o direito de usar delas em proveito dos mesmos prédios, contanto que do refluxo das ditas águas não resulte prejuízo aos prédios que ficam superiormente situados, e que inferiormente se não altere o ponto de saída das águas remanescentes.

«§ único. Entende-se por ponto de saída aquele onde uma das margens do álveo deixa primeiramente de pertencer ao prédio.

«Artigo 435.º O dono do prédio atravessado pela corrente tem o direito de alterar ou mudar o leito ou álveo dela, sob as mesmas condições estabelecidas no artigo antecedente para o uso das águas.

«Artigo 436.º Quando as correntes passarem por entre dois ou mais prédios, o uso das águas será regulado pelo modo seguinte:

«§ 1.º Se a água for sobeja, cada um dos donos ou possuidores dos prédios adjacentes à corrente, de um e de outro lado, poderá usar da porção dela que lhe convier.

«§ 2.º Se a água não for sobeja, cada um dos donos ou possuidores dos prédios fronteiros terá o direito de usar de uma parte das águas proporcional à extensão e precisões do seu prédio.

«§ 3.º Cada um dos donos ou possuidores dos prédios, de que trata o § antecedente, poderá derivar a porção de água que lhe couber em qualquer ponto da sua linha marginal, sem que o outro, com o pretexto de a derivar superiormente, haja de privá-lo dessa porção, no todo ou em parte.

«§ 4.º À saída das águas remanescentes, se as houver, é applicável o que fica disposto no artigo 434.º

«Artigo 437.º Os donos ou possuidores dos prédios adjacentes ou atravessados pelas correntes, quando ajuntarem aos ditos prédios outros que não tivessem o mesmo direito, não poderão empregar nestes as sobreditas águas, em prejuízo do direito que sobre elas tiverem os seus vizinhos».

Os artigos que, atenta a sua importância e as questões a que teem dado lugar, deixamos transcritos mostram-nos, sem a menor sombra de dúvida:

a) Que só aos prédios confinantes das correntes não navegáveis nem flutuáveis foi attribuído direito ao uso das águas dessas correntes, fundando-se assim esse direito na contiguidade dos prédios, de que é parte integrante, como já vimos, o leito das mesmas correntes, e que esse direito é limitado pelas preci-

sões dos prédios, não podendo os respectivos donos ou possuidores dar outro destino às águas. Aos prédios que não sejam marginais das correntes não é atribuído direito algum ao uso das águas, podendo todavia ser-lhe concedido esse uso se não houver prejuízo para os prédios confinantes (código civil, artigo 437.º, e decreto de 1 de dezembro, artigo 5.º).

b) Que o direito dos prédios confinantes é sucessivo, tendo assim, em relação aos que fiquem inferiormente situados, carácter eventual. E' assim que, quer em relação aos prédios que são atravessados pela corrente (artigo 434.º), quer em relação aos prédios que simplesmente são banhados por ela (artigo 436.º), o direito ao uso das águas deve ser exercido de modo que: 1.º do refluxo das águas não resulte prejuízo aos prédios que ficam superiormente situados; 2.º não se altere o ponto de saída das águas remanescentes.

Não tem, pois, os donos ou possuidores dos prédios inferiores outro direito ao uso das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis que não seja o de que se restituam à corrente as águas remanescentes. Quando as águas não sejam sobejas, não podem exercer o seu direito de uso simultaneamente com o dono do prédio superior, nem com prejuízo deste prédio.

Consideramos indiscutíveis os princípios que deixamos formulados, apesar de se ter afirmado que o nosso código civil ainda admite o sistema da preocupação ao lado do sistema da contiguidade¹ e que o direito ao uso das águas é igual para todos os prédios que confinarem com as correntes².

¹ Abel de Andrade, *Comentário ao código civil português*, tomo 1.º, páginas 224 a 226.

² *Direito*, tomo 2.º, página 322.

O sistema da preocupação, admitido no direito anterior ao código civil e que por este foi completamente posto de lado, respeitandose apenas os direitos adquiridos por esse meio, consistia na apropriação do direito às águas por quem primeiro e de um modo permanente as utilizasse, quer em proveito de prédios marginais, quer em proveito de prédios não marginais, e tanto para a irrigação, como para fins industriais ou abastecimento de povoações.

Estando no domínio público, segundo o nosso antigo direito, as correntes de que se formavam os rios navegáveis e fluviáveis, facultava-se a exclusiva apropriação do direito ao uso das águas dessas correntes. Este direito não é evidentemente admitido pelo código civil, que atribui aos donos ou possuidores de prédios marginais, independentemente de qualquer facto material tendente à sua apropriação, o direito ao uso das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis.

O sistema da contiguidade, admitido pelo código civil, e o sistema da preocupação, admitido no direito anterior, são, pois, incompatíveis. Este presunha um facto aquisitivo do direito de uso das águas; aquele atribui o direito às águas, fundandose exclusivamente no facto da contiguidade dos prédios. Do sistema da preocupação resultava um direito adquirido; no sistema da contiguidade há apenas um direito objectivo ou poder legal.

O direito simultâneo ao uso das águas por todos os prédios marginais das correntes, que se pretendeu derivar das palavras *prédios adjacentes* à corrente do § 1.º do artigo 436.º, não tem o mínimo apoio nas disposições do código civil.

O § citado, falando em *prédios adjacentes*, refere-se às águas sobejas, e é evidente que, havendo-as, todos

os prédios banhados pelas correntes se poderão utilizar das águas, visto que a todos eles se atribuiu direito a elas. Quando as águas não sejam sobejas e tenha portanto de decidir-se quem tem direito ao aproveitamento delas, já se não atribui tal direito a todos os prédios adjacentes às correntes, mas apenas aos *prédios fronteiros* e proporcionalmente á extensão e precisões de cada prédio (artigo 436.º § 2.º). E, para que nenhuma dúvida pudesse haver de que o direito dos prédios, fundando-se na contiguidade, não pode ser exercido pelos donos dos prédios inferiores com prejuízo dos donos dos prédios superiores, e que é exercido por estes, sendo fronteiros, em igualdade de condições, determina-se no § 3.º do mesmo artigo que cada um dos donos ou possuidores dos prédios fronteiros poderá derivar a porção de água que lhe couber em qualquer ponto da sua linha marginal, sem que o outro, com o pretexto de a derivar superiormente, haja de privá-lo dessa porção no todo ou em parte.

Assentes estes princípios relativos ao uso das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis pelos proprietários ou possuidores dos prédios marginaes, vejamos as dúvidas que os artigos 434.º a 437.º teem suscitado na nossa jurisprudência.

54. *Os direitos attribuidos aos prédios marginaes atravessados e banhados pelas correntes respeitam á irrigação.* Referir-nos hemos em primeiro lugar aos fins para que podem ser utilizadas as águas pelos proprietários ou possuidores dos prédios marginaes.

No artigo 434.º declara-se que elles teem o direito

uma parte das águas proporcional à *extensão e precisões dos seus prédios*. Fundando-se em que o proveito dos prédios pode resultar tanto da sua applicação a fins agrícolas como a fins industriais, e que as precisões dos prédios podem ser consequentemente agrícolas e industriais; em que o aproveitamento das águas para fins industriais pode dar-se sem que seja prejudicado o direito dos donos dos prédios inferiores ao aproveitamento das águas remanescentes, e em que o código civil faculta (artigo 456.º) a adjudicação de aqueduto tanto em beneficio da agricultura como da indústria, sustentava-se, anteriormente ao decreto de 1 de dezembro de 1892, que o aproveitamento das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis podia dar-se tanto para fins agrícolas como industriais ¹. O dr. Dias Ferreira seguia doutrina contrária, fundando-se especialmente no § 2.º do artigo 436.º ².

Já depois de publicado o decreto de 1 de dezembro se seguiu a mesma doutrina, invocando-se em abôno dela também o elemento histórico ³.

Por mais valiosos que pudessem julgar-se os argumentos que se aduziam em favor da doutrina de que os direitos de uso, attribuidos aos prédios atravessados ou banhados pelas correntes nos artigos 434.º e 436.º do código civil, podiam respeitar tanto ao uso agrícola como industrial, afigura-se nos que, em face do disposto no decreto de 1 e no regulamento de 19 de dezembro, não pode sustentar-se essa doutrina, sendo resolvidas por êsses diplomas as dúvidas que

¹ Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 9.º, n.º 418, página 24, e o dr. Assis Teixeira, *Das correntes não navegáveis e aquedutos*, páginas 161 e seguintes.

o código civil suscitava no sentido de que o aproveitamento das águas só pode ter por fim a satisfação de necessidades agrícolas.

No decreto de 1 de dezembro trata-se do excedente das águas para usos gerais, industriais, agrícolas e de irrigação, depois de *satisfeitos os direitos dos proprietários marginais*, declarando-se que *pode ser permitido o emprêgo desse excedente*, e no § único determina-se que por esse emprêgo *não serão prejudicados os legítimos direitos dos proprietários confinantes, pelo modo indicado no regulamento*, que faz parte do mesmo decreto.

Ora este regulamento, que é o de 19 de dezembro, tratando da divisão das águas entre os prédios fronteiros, determina que essa divisão será feita na conformidade da doutrina do artigo 436.º do código civil e seus §§, *tendo atenção à superfície, necessidades e natureza de cultura dos prédios interessados* (artigo 222.º § 1.º).

Destas palavras inferia-se já claramente que as expressões do código civil — *proveito dos prédios marginais e extensão e precisões do seu prédio*, por que se exprimiam os *direitos dos prédios marginais* a que o decreto de 1 de dezembro se refere, respeitavam aos usos agrícolas, não compreendendo os industriais. Quando alguma dúvida restasse, porém, a este respeito, seria completamente desfeita pelo artigo 225.º, em que se declara que os indivíduos, quer sejam ou não possuidores de prédios confinantes com os cursos de águas não navegáveis nem flutuáveis, que pretendam aproveitar essas águas para usos industriais, não o poderão fazer sem autorização do dono da circunscrição hidráulica respectiva, e que na concessão seguir-se há o processo designado no artigo 272.º e seus parágrafos.

O artigo refere-se expressamente aos possuidores de prédios confinantes, que tem de pedir autorização para o uso das águas para fins industriais, o qual não lhes poderá ser concedido se forem prejudicados os direitos dos proprietários confinantes, direitos que são, pois, relativos apenas aos usos agrícolas.

55. *O que são prédios adjacentes e fronteiros às correntes e como se determina o direito destes às águas dessas correntes.* Atribuindo o direito às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis aos prédios adjacentes às correntes e estabelecendo a preferência, quanto às águas não sobejas, dos prédios superiores em relação aos inferiores, o código civil, para regular esta preferência, figurou, em artigos diferentes, as hipóteses de os prédios serem *atravessados* pela corrente e de serem *fronteiros* uns aos outros.

Condição fundamental para o direito de utilizar a água é que o prédio seja contíguo à corrente, contiguidade que no código civil se exprime pelas palavras *atravessado* pela corrente, quando esta não determine a solução de continuidade do prédio, e *adjacente* à corrente, quando esta seja o limite do prédio. No decreto de 1 (artigos 5.º e § único e 22.º) e regulamento de 19 de dezembro de 1892 (artigos 222.º, 224.º, 226.º e 227.º) fala-se em *proprietários marginais, proprietários confinantes, prédios marginais e prédios confinantes*. Os *predios marginais e confinantes* são os prédios *atravessados* pela corrente ou *adjacentes* à corrente.

Desde que entre a corrente e o prédio haja solução de continuidade, não sendo o prédio contíguo à corrente em qualquer ponto da linha marginal, esse prédio não terá direito à água da corrente. É assim

que, se o prédio estiver separado da corrente por uma estrada ou caminho público de forma que a linha marginal e o leito não sejam parte integrante do prédio, este não terá direito à água da corrente. Tal prédio não será marginal, não confinará com a corrente.

Não sucederá o mesmo com os prédios em que haja as *margens* a que se refere o artigo 4.º do decreto de 1 de dezembro, visto que, como já demonstrámos, o terreno das margens das correntes não navegáveis nem fluviáveis continua a pertencer aos prédios, constituindo-se apenas, na superfície respectiva, uma servidão. Consideramos, pois, completamente descabido o que no regulamento de 19 de dezembro se dispõe a este respeito, ressaltando-se (artigo 206.º) apenas o direito dos donos dos prédios que forem separados pelas margens, se, anteriormente à demarcação, estivessem no uso das águas referidas, e determinando-se que «continuarão a poder usar dessas águas em benefício daqueles prédios, não podendo, porém, executar obras novas, nem alterar a quantidade de água a empregar, sem nova concessão».

Em relação às correntes navegáveis ou fluviáveis, esta doutrina é aceitável, visto que há a expropriação do terreno constitutivo das margens, que fica pertencendo ao Estado, como se declara no artigo 4.º § 2.º do decreto de 1 de dezembro, deixando assim os prédios de ser contíguos dessas correntes desde que foram demarcadas as margens. Em relação às correntes não navegáveis nem fluviáveis, como o terreno das margens continua a pertencer aos prédios, estes não deixam de ser contíguos às correntes ou a elas adjacentes, devendo consequentemente ter o mesmo direito às águas que tinham anteriormente à demar-

Não pode, a nosso ver, argumentar-se contra esta doutrina, dizendo que, desde que a parte cultivável do prédio seja separada da corrente pelas margens, deixam de dar-se, em relação ao prédio, os prejuízos que podem resultar da corrente e a que o legislador sem dúvida atendeu para conceder o direito às águas. Embora tivesse em vista os danos que pelas correntes podem ser causados aos prédios marginais, é certo que o legislador atribuiu a todos os prédios que fossem contíguos à corrente o direito às águas e que, sendo as margens dos prédios que confinam com as correntes não navegáveis nem fluviáveis pertencentes aos mesmos prédios, estes se devem considerar para todos os efeitos como prédios adjacentes às correntes. E é para nós indubitável que o regulamento de 19 de dezembro não podia alterar a este respeito os princípios sancionados no código civil e no decreto de 1 de dezembro.

Na aplicação das disposições do código civil relativas ao uso das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis necessário é ter em vista que, alterando-se por ele o nosso direito anterior, foram atribuídos direitos aos prédios marginais, no estado em que estes se achavam ao tempo em que o código civil começou a vigorar. Sendo *prédio* uma determinada superfície de solo ou terreno e reconhecendo-se apenas aos donos ou possuidores dos *prédios* atravessados pelas correntes ou a elas adjacentes o direito às águas, segue-se que o direito dos proprietários dos *prédios* marginais, ao tempo em que o código civil foi publicado, não pode ser prejudicado pelo facto de se incorporarem num prédio que era marginal prédios que o não eram. E para que nenhuma dúvida houvesse a este respeito, declarou-se no

adjacentes ou atravessados pelas correntes, quando juntarem aos ditos prédios outros que não tivessem o mesmo direito, não poderão empregar nestes as sobreditas águas, em prejuízo dos direitos que sobre elas tiverem os seus vizinhos.

O dono de um prédio confinante com a corrente não pode, pois, em prejuízo dos prédios adjacentes à corrente, derivar as águas para outros prédios seus. O uso das águas para estes prédios está dependente de autorização, dispondo a êste respeito o regulamento de 19 de dezembro (artigo 226.º) que os indivíduos, possuidores ¹ de prédios confinantes com as águas e correntes não navegáveis nem fluviáveis, não poderão derivar e empregar as águas destas correntes para a irrigação de outros prédios ou terrenos, sem licença requerida pela direcção da circumscrição hidráulica respectiva e sem que se prove que tais derivações não irão prejudicar os legítimos direitos dos prédios confinantes, para o que se fará um inquérito, nos termos do artigo 4.º do decreto de 24 de setembro de 1898.

Devendo atender-se, para a aplicação dos artigos 434.º e 436.º do código civil, aos prédios marginais tais como existiam ao tempo em que o código civil foi publicado, afigura-se nos que a divisão desses prédios, posteriormente a essa publicação, e de forma que algum ou alguns não fiquem adjacentes à corrente, não os faz perder o direito às águas, salvo o caso em que haja a renúncia dêsse direito em benefício do prédio que, posteriormente à divisão, fica sendo marginal. A divisão do prédio, não prejudicando os

¹ No artigo citado diz-se — *não possuidores*, o que é erro manifesto, visto que os não possuidores de prédios marginais não podem derivar águas da corrente para prédio algum e portanto não as podiam derivar para outros prédios ou terrenos.

prédios adjacentes à corrente, também lhes não deve aproveitar. O prédio tinha direito à água anteriormente à divisão e, como a lei teve em consideração os prédios e não os proprietários e atendeu aos prédios tais como existiam ao tempo em que começou a vigorar, parece-nos que, em relação ao uso das águas, o prédio dividido se deverá considerar como se formasse um só prédio ¹.

A mesma consideração nos leva a admitir a doutrina de que os proprietários dos prédios marginais de que seja expropriado, posteriormente à publicação do código civil, o terreno marginal para a abertura de estradas ou de outras vias públicas de comunicação não devem perder o direito às águas. Se perdessem êsse direito, deveriam ser indemnizados, não só do valor do terreno expropriado, mas também da diminuição de valor que para o terreno não expropriado resultasse da perda do direito à água, o que representaria, numa expropriação que se faz por utilidade pública, um encargo para o expropriante em benefício de prédios marginais que ficavam tendo pela expropriação direito a águas que anteriormente não tinham.

A nosso ver, os prédios que tinham, ao tempo em que foi publicado o código civil, direito às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, e designadamente os que estavam exercendo êsse direito ao tempo em que foi expropriado o terreno por que confinavam com a corrente, continuam a ter direito à água, salvo

¹ O dr. Assis Teixeira, dando-nos conta das correntes da jurisprudência franceza sobre êste assunto, opina que em face do nosso código não pode haver dúvida alguma de que, fraccionado um prédio marginal, os não marginais não teem direito a água, considerando decisivo e perentório o texto do artigo 434.º Dêste artigo combinado com o artigo 437.º vê-se, porém, que o legislador atendeu aos prédios no estado em que se achavam ao tempo em que foi publicado o código civil, o que faz mudar de aspecto a questão. *Das correntes não navegáveis nem fluviáveis*, páginas 225-229.

o caso de a expropriação haver sido feita em condições tais que esses prédios não possam usar da água, tendo sido indemnizados da perda deste direito. A disposição consignada no artigo 206.º do regulamento de 19 de dezembro, a que atrás nos referimos, é mais um argumento em favor desta doutrina.

O código civil atribui aos prédios *atravessados* pela corrente direito a toda a água não sobeja, com as condições estabelecidas no artigo 434.º, e determina, em relação aos prédios *fronteiros*, no artigo 434.º § 2.º, que cada um dos donos ou possuidores destes prédios terá o direito de usar de uma parte da água proporcional à extensão e precisões do seu prédio, aplicando à saída das águas remanescentes, se as houver, o que a este respeito se dispõe no artigo 434.º Entre os prédios *fronteiros* tem, pois, de ser partilhada a água, estando esses prédios, pertencentes a diversos proprietários ou ao mesmo proprietário, em relação aos prédios inferiores, na mesma situação em que se acha o prédio *atravessado* pela corrente, isto é, os proprietários dos prédios inferiores só teem direito às águas sobejas ou remanescentes.

Não podem suscitar-se dúvidas sobre o que sejam prédios *fronteiros*, devendo assim ser considerados aqueles cujas linhas, prolongando-se, caíam perpendicularmente no todo ou em parte sobre a linha marginal do outro prédio. *Fronteiro* significa — que está *defronte* de outro, em *frente* de outro. E só estão *defronte* ou em *frente* os prédios que estejam nas condições referidas.

Para que os prédios se considerem *fronteiros* não é necessário que pelas suas extremas coincidam as linhas que de um se tirem sobre outro; basta que

que se tomava a palavra *fronteiro* na proposta de Alexandre Herculano e o mesmo sentido lhe ligou a comissão revisora.

Na proposta de Herculano, o artigo 10.º, que tratava do direito dos prédios *fronteiros*, estava assim redigido:

«Quando as torrentes e correntes de uso comum passarem por entre dois ou mais prédios, o uso das águas será assim regulado:

«§ 1.º Se os limites ou extremos dos dois primeiros prédios pelo lado superior do curso das águas forem *fronteiros*, cada um dos donos dos ditos prédios poderá desviar para o seu terreno a porção da corrente que lhe convier, quando for sobeja, não traspassando, aliás, nenhuma quantidade dela para outro prédio. Se não for sobeja, cada um deles terá direito a metade da água transeunte. As posturas e regulamentos municipais proverão ao modo de verificar e assegurar a igual partilha da água entre os dois vizinhos, que, aliás, poderão dispensar a intervenção da autoridade municipal quando nisso concordarem.

«§ 2.º Cada um dos donos dos prédios de que trata o § antecedente poderá derivar a porção de água que lhe couber em qualquer ponto da sua linha marginal, sem que o outro possa, com o pretexto de a derivar superiormente, privá-lo dessa porção no todo ou em parte.

«§ 3.º Na hipótese de haver águas remanescentes depois de derivadas, a saída destas águas estará sujeita às disposições do artigo 9.º

«§ 4.º Quando o limite ou extremo de um prédio marginal for superior ao do prédio *fronteiro*, em relação ao curso das águas, o dono do primeiro poderá derivar toda a porção de corrente de que

contanto que a não derive no todo ou em parte para outro prédio. Se porêem essa porção produzir remanescentes, que venham a sair ao álveo, a câmara municipal, procedendo a vistoria, sôbre requerimento do dono do prédio imediatamente inferior, obrigará o do superior a restringir-se à porção necessária na derivação da água.»

Como se vê, na proposta de Herculano tanto eram *fronteiros* os prédios cujos limites ou extremos pelo lado superior do curso das águas fossem *fronteiros*, como aqueles cujo limite ou extremo fosse superior ao do prédio *fronteiro*. Para que o prédio assim fosse considerado, não era necessário que os *limites* ou *extremos* fossem *fronteiros*.

A comissão revisora, na sessão de 25 de janeiro de 1864, resolveu substituir as palavras — *se os limites ou extremos dos dois primeiros prédios pelo lado superior forem fronteiros*, por — *se os primeiros prédios pelo lado superior forem fronteiros*, e suprimir o § 4.º. A comissão incumbida de organizar a matéria das águas, tendo em vista o projecto do código e a parte aprovada da proposta de Herculano, substituiu ainda as palavras referidas pelas seguintes: *cada um dos donos ou possuidores dos prédios fronteiros* ¹.

Considerando-se na proposta de Herculano *fronteiros* os prédios cujos extremos o não eram, deve ligar-se o mesmo sentido à expressão *prédios fronteiros* que se lê no código civil, não tendo, a nosso ver, sido suprimido o § 4.º da proposta de Herculano, como opina o dr. Assis Teixeira, «certamente por se julgar que não são rigorosamente *fronteiros* os prédios cujos limites pelo lado superior se não correspondam

com exactidão» ¹, mas para se estabelecer relativamente ao direito dos prédios *fronteiros* doutrina diversa da do referido § 4.º Se a comissão apenas considerasse *fronteiros* os prédios cujos limites se correspondam pelo lado superior e quisesse seguir o sistema da proposta de Herculano, não alteraria a redacção desta proposta, tanto mais que a significação que Herculano dava à palavra *fronteiro* é a que usualmente lhe é dada.

Efectivamente, se considerássemos apenas *fronteiros* os prédios cujos limites ou extremos o fossem pelo lado superior, a comissão revisora teria seguido, quanto ao direito à água, o mesmo sistema da proposta de Herculano, salvo o critério estabelecido para a partilha, tendo, segundo a proposta, cada um dos prédios direito a metade da água transeunte, e, pelo código, a uma parte proporcional à extensão e precíções do prédio. Determinando-se o direito à água pelos limites ou extremos superiores dos prédios em relação à corrente, seguir-se hia que, se o limite ou extremo dum prédio marginal fosse superior ao do prédio *fronteiro*, aquele teria direito a toda a água da corrente de que carecesse, e êste só teria direito às águas remanescentes, se, pelo extremo inferior em relação ao curso de água, o primeiro prédio ficasse superior ao segundo. Na hipótese contrária, não teria êste prédio direito às águas remanescentes, visto que o ponto de saída para estas águas era aquele em que a margem do álveo deixasse de pertencer ao prédio. Assim, havendo um prédio adjacente à corrente cuja linha marginal tenha quinhentos metros e, *fronteiros* a êsse prédio, três prédios, adjacentes também à corrente, cuja linha marginal é de quatrocentos

¹ Veja-se as *Actas*, páginas 429 e 466.

¹ *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 160.

e noventa metros e cujos extremos ficam, pelo lado superior e pelo inferior, distantes cinco metros dos extremos do prédio fronteiro, não teria nenhum dos três prédios o direito de usar da água não sobeja, e as águas remanescentes teriam de voltar à corrente num ponto da linha marginal inferior ao extremo de qualquer dos três prédios.

Era esta a doutrina da proposta de Herculano, consignada nos §§ 1.º e 4.º do artigo 10.º, estabelecendo-se todavia, em relação ao prédio marginal cujo limite ou extremo fosse superior ao do prédio fronteiro, duas restrições ao direito de usar da água: a) não a derivar no todo ou em parte para outro prédio; b) não derivar uma porção de água que produzisse remanescentes que viessem sair ao álveo, pois, se procedesse de outro modo, a câmara municipal, mediante vistoria e a requerimento do dono do prédio imediatamente inferior, obrigaria o do superior a restringir-se à porção necessária na derivação da água.

No sistema seguido pela proposta de Herculano, esta restrição era justa e necessária, para evitar que o prédio fronteiro fosse prejudicado em benefício dos prédios adjacentes inferiores, e a comissão revisora, que manteve a mesma doutrina da proposta quanto ao ponto de saída das águas remanescentes dos prédios fronteiros, não suprimiria essa restrição, se quisesse adoptar o mesmo sistema.

Lendo-se atentamente as modificações que na proposta de Herculano fez a comissão revisora e confrontando-se essas modificações com as disposições do projecto primitivo, a que a comissão incumbida de organizar a matéria das águas devia atender, pois devia fazer essa organização «tendo em vista o projecto do código e a parte aprovada da

proposta de Herculano», chegamos à conclusão de que o sistema que a comissão revisora quis adoptar é diverso do da proposta de Herculano. Pelo sistema da comissão revisora, teem direito às águas não sobejas das correntes não navegáveis nem flutuáveis os prédios fronteiros, em proporção da extensão e das precisões de cada um, quer coincidam quer não os extremos dèsses prédios pelo lado superior:

Como vimos, nas primeiras alterações que a comissão revisora fez na proposta de Herculano dizia-se ainda — *se os primeiros prédios pelo lado superior forem fronteiros*. Eram os primeiros prédios em relação ao curso da água e que fossem fronteiros pelo lado superior os que tinham direito a partilhar a água não sobeja. A comissão incumbida de organizar a matéria das águas substituiu aquela redacção por — *cada um dos donos ou possuidores dos prédios fronteiros*, exigindo assim apenas, para a partilha da água, que os prédios sejam fronteiros, e podem sê-lo em qualquer ponto das suas linhas marginaes. Quis essa comissão seguir, fazendo tal alteração na proposta de Herculano, a doutrina do projecto primitivo, que estava assim formulada:

«Artigo 459.º Os donos ou possuidores dos prédios que são atravessados por quaisquer águas correntes não navegáveis, teem direito a dispor delas em seu proveito, desde que entrarem no seu prédio, contanto que as não desviem, ao sair, do seu leito e direcção costumada; excepto se o consentirem os vizinhos, que com isso possam ser prejudicados.

«Artigo 460.º Os donos ou possuidores dos prédios adjacentes, dum e de outro lado, às sobreditas correntes, gozarão do mesmo direito, em proporção dos seus prédios; e havendo contestação entre elles, serão estas resolvidas arbitrariamente».

Atendia-se aos prédios adjacentes dum e de outro lado das correntes e esses prédios tinham, como os que fossem atravessados pelas correntes, direito às águas, desde que neles entrassem. Os prédios adjacentes podiam ser ou não fronteiros, mas a contestação, a que o artigo 460.º se referia, só podia dar-se, visto que cada um dos prédios apenas podia usar da água desde que esta entrasse na sua linha marginal, entre prédios fronteiros, sendo estes os prédios adjacentes à corrente que estavam nas mesmas condições e tinham o mesmo direito que os prédios atravessados pelas correntes. Os donos dos prédios inferiores só tinham direito às águas sobejas, que não podiam ser desviadas do seu leito e direcção costumada.

Havendo, porém prédios, que não fossem fronteiros em toda a extensão da sua linha marginal, não coincidindo os seus extremos pelo lado superior, esses prédios eram em parte atravessados pela corrente e tinham direito à água em proporção dos mesmos prédios, visto que tinha de atender-se, para a partilha da água, aos prédios adjacentes de um e de outro lado da corrente. Isto é, só havendo direito à água depois de entrar no prédio, tinha de atender-se, para a porção da água a derivar, ao prédio fronteiro, visto que os prédios adjacentes do outro lado também tinham direito à água, embora esta entrasse nos mesmos prédios num ponto inferior.

O sistema da contiguidade e do direito sucessivo e eventual, adoptado no projecto primitivo, era organizado de forma que os prédios adjacentes, sendo fronteiros às correntes, tinham direito a partilhar da água, embora não fossem fronteiros os seus extremos pelo lado superior. E, adoptado o sistema da contiguidade, só assim podia atender-se às necessidades dos prédios marginaes, pois que, sendo raros os casos

em que os prédios sejam fronteiros pelo lado superior, podiam os prédios dum dos lados da corrente ser privados das águas em beneficio exclusivo dos prédios do outro lado, quando é certo que, sendo igualmente contíguos, estavam sujeitos aos mesmos danos causados pela corrente.

A comissão incumbida de organizar a matéria das águas tornou ainda mais clara a doutrina formulada no projecto primitivo, substituindo a palavra — *adjacentes* — por — *fronteiros*, e declarando expressamente, no § 3.º do artigo 436.º, que cada um dos donos ou possuidores dos prédios fronteiros poderá derivar a porção de água que lhe couber em qualquer ponto da sua linha marginal, sem que o outro, com pretexto de a derivar superiormente, haja de privá-lo dessa porção no todo ou em parte.

Este § tem no código, atentas as modificações que a comissão revisora fez na proposta de Herculano, um alcance muito diverso do que tinha nesta proposta o § 2.º do artigo 10.º, que estava aliás redigido do mesmo modo. Por este §, só os donos de prédios que fossem fronteiros pelo lado superior é que, tendo igual direito à água, não podiam ser prejudicados pelo facto de um deles derivar a água superiormente. Era o que resultava do disposto nesse §, combinado com o § 1.º do mesmo artigo.

Pelo § 3.º do artigo 436.º, combinado com o § 2.º, vê-se que o dono ou possuidor dum prédio fronteiro, mas cujo extremo seja inferior ao do outro prédio, não pode ser prejudicado pelo facto de o dono ou possuidor deste prédio derivar a água superiormente. Desde que os prédios são fronteiros, teem direito à água, e o dono do prédio cujo extremo é superior só pode derivar a água que lhe couber.

E' éste, a nosso ver, o sistema que foi sancionado no código civil pelo que respeita aos prédios fronteiros à corrente, e é o único com que se podia efectivar o sistema da contiguidade sem injustiças revoltantes.

56. *Em que parte da linha marginal podem ser derivadas as águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis.* Tem havido divergências na nossa jurisprudência sobre o ponto em que para os prédios atravessados ou banhados pelas correntes não navegáveis nem fluviáveis podem ser derivadas as águas para os mesmos prédios. Poderá ser feita essa derivação só desde que as águas entram no prédio, ou poderá sê-lo num ponto superior, estabelecendo-se a servidão de aqueduto através dos prédios intermédios?

O dr. Assis Teixeira, tratando largamente da questão, pronunciou-se pela afirmativa quanto à derivação da água num ponto superior ao prédio.

Funda-se em que o artigo 434.º, determinando que os donos ou possuidores de prédios, atravessados por quaisquer águas correntes não navegáveis nem fluviáveis, *tem o direito de usar delas em proveito dos mesmos prédios*, não limitou esse uso à passagem da água pelo prédio, como se exprime o código Napoleão, ou *emquanto percorre* o álveo ao longo do prédio, como semelhantemente diz o código italiano. A condição essencial que naquele artigo se estabelece para o aproveitamento das águas é que os prédios sejam {marginais e, se o proprietário, derivando a água num ponto que não é marginal, só se utiliza dela em beneficio de um prédio marginal, exerce o direito que o artigo 434.º lhe reconhece.

Reconhecido o direito às águas no artigo 434.º, o artigo 456.º confere o direito de as encanar através dos prédios superiores. Os donos destes prédios não podem opor-se a essa servidão, tendo apenas o direito de exigir a indemnização dos prejuízos resultantes do aqueduto, da infiltração ou erupção das águas ou da deterioração das obras feitas para a condução destas, nos termos deste artigo e do seu § único.

E, atendendo aos trabalhos preparatórios do código civil, diz que estes reforçam terminantemente a sua opinião. No projecto primitivo concedia-se (artigo 459.º) aos proprietários marginais o direito de dispor das águas da corrente em seu proveito, desde que *entrassem no seu prédio*. Na proposta de Herculano, era mantida a mesma doutrina, tendo os prédios marginais, quando a água não fosse sobeja, direito a metade do volume da *água transeunte*. Na última proposta da comissão revisora, os proprietários tinham igualmente direito a usar das águas da corrente em proveito dos prédios marginais, *logo que neles entrassem*.

«Ora, diz o dr. Assis Teixeira, esta restrição dos diferentes projectos, que introduzia claramente entre nós a doutrina dos escritores a que nos temos referido (escritores franceses e italianos que sustentavam que a água só podia ser derivada na linha marginal do prédio que se utilizava dela), foi eliminada e suprimida na última revisão geral do código, o que nos autoriza a concluir que essa doutrina foi rejeitada aberta e deliberadamente pela comissão revisora»¹.

Na *Revista de legislação e de jurisprudência* foi sustentada a mesma doutrina, e, referindo-se ao § 3.º do artigo 436.º, disse que nele o legislador só teve

¹ *Das correntes não navegáveis nem fluviáveis*, páginas 135 a 145.

em vista «o caso mais frequente de ser possível extrair a água na linha marginal da corrente, mas não regulou a hipótese de não poder a água ser derivada em qualquer ponto da mesma linha marginal do prédio. Ora reconhecendo a lei neste artigo (436.º) aos donos dos prédios confinantes com as ditas correntes o direito ao uso das águas delas, e permitindo, no artigo 456.º, a qualquer encanar subterraneamente ou a descoberto as águas a que tenha direito, através dos prédios alheios, em proveito da agricultura ou da *indústria*, devemos concluir que a água pode ser extraída superiormente, e que, para ser conduzida, poderá ser legalmente estabelecido um aqueduto»¹.

Os drs. Dias Ferreira² e Abel de Andrade³ seguiram doutrina contrária, sustentando que os donos dos prédios atravessados ou banhados pelas correntes não navegáveis nem flutuáveis só teem direito à água desde que esta entra nos limites dos seus prédios, não podendo assim invocar-se a disposição consignada no artigo 456.º para impor ao dono do prédio superior a servidão de aqueduto.

Ao tempo em que emitimos o nosso parecer, não havia sido publicado o decreto de 1 e o regulamento de 19 de dezembro de 1892, e necessário é ter em vista as disposições neles consignadas para que se possa formar juízo seguro.

No decreto de 1 de dezembro, artigo 5.º e § único, mandando-se respeitar os direitos dos proprietários marginais ou confinantes com as correntes não navegáveis nem flutuáveis, nenhuma distinção se faz entre

prédios atravessados e banhados por essas correntes, e o regulamento de 19 de dezembro apenas faz referência expressa aos prédios atravessados pelas correntes para determinar (artigo 278.º) as condições em que pode ser feita a mudança do álveo ou leito permitida pelo artigo 435.º do código civil.

O direito à água e o modo por que se pode fazer a sua derivação são os mesmos, quer se trate de prédios atravessados, quer de prédios banhados pelas correntes, salvo, com relação a estes, a partilha das águas, sendo fronteiros, e o direito de travamento da presa, açude ou obra semelhante para a derivação da água, de que adiante trataremos. Sendo assim e determinando-se no § 3.º do artigo 436.º que cada um dos donos ou possuidores dos prédios fronteiros poderá derivar a porção de água que lhe couber *em qualquer ponto da sua linha marginal*, parece que os donos ou possuidores de prédios atravessados pelas correntes também só em qualquer ponto da sua linha marginal podem derivar as águas a que teem direito. E, em face do disposto no artigo 434.º, estas águas são as que atravessam os seus prédios, são as que decorrem dentro dos limites desses prédios.

Se atendermos, porém, ao que no regulamento de 19 de dezembro se dispõe relativamente às obras que no leito ou margens das correntes se podem fazer para a derivação das águas, teremos de reconhecer que casos há em que, independentemente de acôrdo de todos os interessados, os proprietários de prédios confinantes com as correntes não navegáveis podem derivar, mediante prévia licença, as águas para esses prédios num ponto da linha marginal que lhes fique superior. A determinação das condições em que o podem fazer dar-nos há o verdadeiro alcance das disposições consignadas nos artigos 434.º e 436.º

¹ Volume 9.º, n.º 419, página 25.

² *Código civil português anotado*, 1.º volume, 2.ª edição, página 305.

³ *Comentário ao Código civil português*, 1.º volume, páginas 237-244.

§ 3.º relativamente ao ponto da linha marginal em que as águas podem ser derivadas.

Já notámos, quando expusemos a matéria relativa às obras hidráulicas ¹, que os donos ou possuidores dos prédios banhados ou atravessados pelas correntes podiam fazer obras para a derivação das águas dentro dos limites dos seus prédios sem prévia licença dos directores das circunscrições hidráulicas, que apenas teem a obrigação de fiscalizar essas obras no intuito de evitar que se altere o regime da corrente ou se causem prejuízos a terceiros. Para que, alterando-se o regime das correntes ou sendo lesados os prédios vizinhos, os referidos donos ou possuidores não tenham de desmanchar as obras à sua custa nos termos dos artigos 279.º e 280.º do regulamento e pagar a multa que lhes é imposta no § único do artigo 277.º, podem dirigir à direcção da respectiva circunscrição hidráulica uma comunicação por escrito em que declarem as obras que pretendem fazer para serem autorizados por essa direcção, nos termos do artigo 271.º e respectivos §§. Esta autorização só se torna, porém, necessária para os referidos efeitos, podendo os proprietários marginaes efetuar as obras sem autorização e não incorrendo por esse motivo em responsabilidade alguma, sempre que não alterem a largura e disposição do leito ou margens, não prejudiquem o curso e regime das águas ou os prédios dos vizinhos e não ofendam os direitos de terceiros.

Não sucede o mesmo com os proprietários marginaes que pretendam derivar as águas num ponto da linha marginal que seja superior aos seus prédios,

¹ Veja-se páginas 200 e seguintes.

tornando-se necessária licença da direcção das circunscrições hidráulicas para as obras que tenham por fim essa derivação.

É expressa a este respeito a disposição consignada no artigo 261.º n.º 3.º do regulamento de 19 de dezembro, em que se declara que não é permitida sem licença a execução de quaisquer obras, quer permanentes, quer temporárias, nas margens, álveos ou leitos das correntes de água não navegáveis nem fluviáveis quando forem feitas por indivíduos proprietários de prédios confinantes, mas em localidades diferentes daquela onde se pretendem construir as obras. E estabelecendo no artigo 272.º e respectivos §§, actualmente modificados, pelo que respeita às plantas e ao inquérito, pelo decreto de 24 de setembro de 1898, artigos 4.º e 5.º, o processo para a concessão dessa licença, determina que, se da certidão do resultado do inquérito constar que foram apresentadas reclamações, o engenheiro chefe da secção requisitará a presença do administrador do concelho, e, com o mestre de valas do lanço respectivo e um perito nomeado pelo administrador, examinarão as reclamações e julgarão do seu valor, procurando compor os interessados amigavelmente, lavrando-se um auto que será junto ao processo. Se o pretendente, dentro de quinze dias da data do auto, apresentar documentos comprovativos de que os reclamantes desistem da sua pretensão ou se acham devidamente indemnizados, e se não forem prejudicados os direitos consignados nos artigos 434.º e 436.º do código civil, será concedida a licença.

Se a licença não puder ser concedida, será indeferido o requerimento, ficando salvo aos pretendentes intentar perante os tribunais judiciais a acção competente para a concessão da licença.

Vê-se destas disposições que não só se torna necessária licença para a derivação das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis num ponto da linha marginal que fique superior ao prédio para onde se pretende fazer a derivação, mas que essa licença só pode ser concedida pela direcção da circunscricção hidráulica respectiva quando haja acôrdo dos interessados. Se não houver acôrdo, torna-se necessário intentar para êsse fim a competente acção perante o tribunal judicial. É o que resulta do citado artigo 272.º § 4.º e do artigo 244.º, em que se preceitua que, se os proprietários de certo número de prédios confinantes com as correntes não navegáveis nem fluviáveis, contíguos uns aos outros, quer de um, quer de ambos os lados da corrente, combinarem aproveitar para a irrigação de todos os prédios as águas da respectiva corrente derivada em frente do prédio superior, podê-lo hão fazer, entregando ao agente ou guarda da circunscricção hidráulica da localidade essa declaração por escrito, na qual se obriguem a dar pelos seus prédios conveniente servidão para a passagem da água, requerendo logo para se fazer a divisão das águas na conformidade do artigo 223.º e §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do artigo 272.º Não procedendo dêsse modo, ficam sujeitos às disposições do § 5.º do mesmo artigo 272.º, isto é, a licença para a derivação da água só pode ser concedida judicialmente.

Poderá, porém, o poder judicial conceder esta licença? A que terá êle de atender para êsse efeito?

Trata-se de uma questão em que pode haver interesses já pelo direito de uso da água, quando tal direito seja prejudicado pela derivação da água em qualquer ponto que fique superior ao do prédio que

se pretende irrigar, já pelos danos que com essa derivação podem ser causados aos prédios superiores. Bastará, porém, que da derivação resultem danos para que não possa ser concedida a licença, ou admitir-se há que, embora os haja, possa fazer-se a derivação, desde que o proprietário do prédio inferior dê a devida indemnização?

Em relação aos proprietários dos prédios superiores a questão resume-se, pois, a verificar se nesses prédios pode ser imposta a servidão para a derivação das águas.

Não pode, a nosso ver, recorrer-se ao artigo 456.º para a resolver. Êste artigo presuppõe o direito à água, e o proprietário marginal só tem êsse direito, independentemente de licença ou concessão, dentro dos limites do seu prédio. E não há nenhuma disposição do código civil ou de lei posterior em que tal servidão seja imposta, o que, em face do disposto no artigo 2170.º do código civil, era necessário para que, contra a vontade do proprietário do prédio superior, o proprietário do prédio inferior pudesse derivar através daquele as águas para êste prédio. O artigo 463.º faculta a constituição da servidão de travamento da presa, açude ou qualquer obra, mas restringe essa constituição ao *prédio de outro vizinho* e portanto ao prédio que fica fronteiro ou contíguo ao ponto da linha marginal onde se faz a derivação. Por êsse artigo não se autoriza a constituição de servidão em qualquer prédio superior para a derivação das águas para um prédio inferior.

Nos termos do artigo 434.º, o proprietário do prédio atravessado pela corrente nem sequer pode derivar as águas nos limites do seu prédio sempre que, pelo represamento dessas águas, seja causado prejuizo ao prédio superior, embora pretendesse indemnizar o

prejuízo causado pelo represamento, que pode ser muito inferior ao proveito que elle auferiria, derivando as águas.

Do que acabamos de dizer parece dever concluir-se que o poder judicial não pode autorizar a derivação das águas para um prédio adjacente à corrente, ou por esta atravessado, em qualquer ponto superior à sua linha marginal, quando o proprietário do prédio respectivo recuse para esse efeito a constituição da respectiva servidão de aqueduto no seu prédio.

Suponhamos, porém, que o proprietário do prédio superior consente em que se constitua a servidão de aqueduto, ou que esse prédio pertence ao próprio dono do prédio marginal para onde se pretende fazer a derivação da água, e vejamos se, neste caso, pode fazer-se essa derivação.

Os interessados que a ela podem opor-se são os proprietários dos prédios adjacentes à corrente que fiquem colocados superiormente ou sejam fronteiros ao prédio que se pretende irrigar, e é óbvio que, se forem prejudicados no direito que teem à água, a derivação não poderá fazer-se. Quando não se dê, porém, tal prejuízo, sendo a derivação feita de modo que elles podem usar da água a que teem direito, entendemos que não podem legitimamente opor-se a que se faça a derivação.

O interesse é a medida do direito. Desde que o interesse dos proprietários marginaes fique completamente salvaguardado, não podem esses proprietários considerar-se partes legítimas para se oporem à concessão da licença.

Quando, pois, verifique o poder judicial que, na derivação das águas de uma corrente não navegável

nal do prédio que delas se pretende aproveitar, não há prejuízo para os outros prédios marginaes, entendemos que pode conceder a licença para essa derivação. Assim se explica que o decreto de 19 de dezembro faculta o recurso para o poder judicial sempre que entre os interessados não haja acôrdo. Se não fosse possível fazer-se a derivação, num ponto da margem da corrente que fique superior ao prédio marginal que se pretende irrigar, quando houvesse opposição dos outros interessados, o regulamento de 19 de dezembro não facultaria esse recurso. Faculta-o, reconhecendo assim no poder judicial competência, que as direcções das circunscricões hidráulicas não teem, para verificar se são ou não procedentes as reclamações que no inquérito a que se procedeu para a concessão da licença foram apresentadas. Ora essas reclamações devem considerar-se improcedentes, sempre que os proprietários dos prédios adjacentes às correntes não sejam prejudicados. Se o forem, não pode ser concedida autorização para a derivação das águas.

Do que deixamos dito conclui-se:

1.º Que os proprietários dos prédios que sejam atravessados ou banhados pelas correntes não navegáveis nem flutuáveis teem o direito de derivar a água em qualquer ponto da linha marginal desde que entra nos limites do seu prédio, não se tornando necessária licença para quaisquer obras que no leito ou nas margens sejam necessárias para essa derivação;

2.º Que a licença para a derivação das águas antes de entrarem nos limites do prédio pode ser concedida pela direcção da respectiva circunscricão hidráulica, quando haja acôrdo entre os interessados, e que, na falta desse acôrdo, a licença só pode ser

3.º Que o poder judicial não pode conceder essa licença, quando se torne necessária para a derivação a constituição de qualquer servidão no prédio superior e o respectivo proprietário a não autorize, mas que pode e deve concedê-la, embora haja opposição por parte dos proprietários dos prédios adjacentes, sempre que estes não sejam prejudicados no seu direito à água.

57. *Obras que podem fazer-se no leito e nas margens para a derivação das águas.* Podendo ser derivada a água para os prédios confinantes com as correntes não navegáveis nem fluviáveis em qualquer ponto da linha marginal dos respectivos prédios, cumpre-nos determinar as obras que para esse fim podem ser feitas no álveo ou leito e nas margens.

O código civil faz distinção entre os prédios atravessados pelas correntes e os prédios por estas banhados.

Quanto aos prédios atravessados pelas correntes, declarando-se no artigo 434.º que os respectivos donos ou possuidores têm o direito de usar das águas em proveito dos mesmos prédios, contanto que do refluxo delas não resulte prejuízo aos prédios que ficam superiormente situados e que inferiormente se não altere o ponto de saída das águas remanescentes, faculta-se ainda no artigo 435.º o direito de alterar ou mudar o leito da corrente, sob as mesmas condições estabelecidas para o uso das águas.

Destas disposições resulta que os donos dos prédios atravessados pelas correntes podem:

1.º Fazer no álveo todas as obras em que se proponham levantar ou baixar o nível das águas com o fim de as represarem e conseguirem assim a derivação

delas para os seus prédios, independentemente da sua elevação por meio de engenhos adequados, ou facilitarem essa derivação por este meio, colocando os engenhos no leito;

2.º Travar em qualquer das margens os açudes ou presas necessários para o aproveitamento das águas;

3.º Deslocar o leito da corrente, fazendo-o descrever as curvas necessárias para o melhor aproveitamento das águas, ou fazendo desaparecer as sinuosidades que a corrente tenha para o melhor aproveitamento do prédio.

Os limites que pelo código civil se estabeleciam às alterações que as obras referidas podiam determinar no regime das correntes eram: 1) não prejudicar os prédios superiores pelo refluxo das águas; 2) não alterar o ponto de saída das águas remanescentes.

No regulamento de 19 de dezembro de 1892 determina-se a este respeito o seguinte:

«Artigo 277.º As obras que os proprietários dos prédios confinantes com as lagoas, lagos, rios, valas, canais e mais correntes de água, não navegáveis nem fluviáveis, executarem nas respectivas margens, álveos ou leitões, ficam sujeitas à fiscalização das direcções das circunscrições hidráulicas, em conformidade com a doutrina do § 6.º do artigo 381.º do código civil.

«§ único. Os que executarem obras ou trabalhos que alterem a largura e disposição do leito ou margens das lagoas, lagos, rios, valas e mais correntes de água de que trata este artigo, ou que prejudiquem o regime e curso das águas, ou os prédios vizinhos, ou ofendam direitos de terceiro, incorrerão nas penalidades impostas nos artigos 279.º e 280.º, e serão mais condenados no pagamento da multa de 2\$000 réis a 20\$000 réis.

«Artigo 278.º As mudanças do álveo ou leito permitidas pelo artigo 435.º do código civil aos proprietários dos prédios atravessados pelas correntes de água, não navegáveis nem fluviáveis, serão igualmente sujeitas à fiscalização das direcções das circunscricções hidráulicas, que verificarão se o nôvo leito tem as dimensões próprias, e prejudica ou não o regime e curso das águas, ou ofende os direitos de terceiro, e farão corrigir as irregularidades cometidas.

«§ único. Os que não executarem as correcções que por aquelas direcções, ou seus agentes, forem indicadas, incorrerão na multa de 2\$000 réis a 20\$000 réis; e as correcções serão então executadas pelas direcções hidráulicas, por conta e à custa dos donos dos prédios, seguindo-se processo idêntico ao descrito no artigo 279.º e seus parágrafos».

A disposição consignada no artigo 277.º applica-se tanto aos proprietários ou possuidores dos prédios atravessados pelas correntes como aos dos prédios que por estas sejam apenas banhados, e, em harmonia com essa disposição, não tem de atender-se, nas obras que no leito ou nas margens das correntes se façam, unicamente ao prejuízo que para os prédios superiores possam derivar do refluxo das águas e ao que para os prédios inferiores resulte da alteração do ponto de saída das águas remanescentes. Nos precisos termos do § único do artigo citado, não pode alterar-se por essas obras ou trabalhos a largura e disposição do leito ou margens das correntes, nem prejudicar-se o regime e curso das águas, ou os prédios vizinhos, nem ofender direitos de terceiro.

Trata-se de correntes de água com que são beneficiadas ou o podem ser vastas regiões, devendo consequentemente ter-se em consideração não só os

interesses dos proprietários dos prédios que se aproveitam das águas num determinado ponto e os dos proprietários que fiquem superiormente situados, mas ainda os de todos os proprietários inferiores, que podem ser prejudicados com as alterações que no leito ou nas margens das correntes se façam para a derivação das águas para os prédios marginais, embora se não altere o ponto de saída das águas remanescentes.

Acresce que nas correntes não navegáveis nem fluviáveis há o direito de pesca para todos (código civil, artigo 395.º), e para os vizinhos do município ou da freguesia o de se aproveitarem das substâncias vegetais de qualquer natureza que se achem no seio das águas comuns ou venham arroladas às suas margens (código civil, artigo 469.º), devendo-se ter em vista a produção destas riquezas em quaisquer obras no leito ou nas margens dessas águas.

Não interessando o regime das correntes não navegáveis nem fluviáveis só aos proprietários marginais, é óbvio que ao Estado deve competir a fiscalização de quaisquer obras nessas correntes e que não deve ser permitida qualquer alteração que prejudique o seu regime, sob qualquer aspecto que este se considere.

Pelo modo como se acha redigido o § único do artigo 279.º do regulamento, parece que deverão sempre ser mantidas, em quaisquer obras ou trabalhos que se façam, a largura e disposição do leito ou margens das correntes. Não pode, porém, nem deve dar-se este alcance ao referido §. O que se torna necessário é que não se altere o regime da corrente prejudicando o aproveitamento das águas, devendo a largura da corrente ter as dimensões próprias para o conveniente escoamento das águas. E o que no

artigo 278.º se preceitua quanto à mudança do leito, e o que, combinando-se o artigo 276.º com o § único do artigo 277.º, se deve entender que é estabelecido quer para os proprietários de prédios atravessados quer para os de prédios banhados pelas correntes, sempre que nas respectivas margens elles realizem quaisquer obras que tenham por fim a defesa dos seus prédios. O estreitamento do leito de uma corrente, sempre que não seja prejudicial ao regime das águas, pode ser permitido pela direcção dos serviços fluviaes e marítimos.

Nos termos do § único do artigo 22.º do decreto de 1 de dezembro de 1892, teem de ser desmanchadas por conta e à custa dos contraventores todas as obras que forem feitas com prejuízo da conservação, regularização e regime dos rios, lagos, lagoas, pântanos e mais correntes de água, ou com prejuízo de terceiros. Desde que não se dê nenhum destes factos, os proprietários de prédios marginaes das correntes não navegáveis nem flutuáveis não terão de desmanchar as obras que façam no leito ou nas margens dessas correntes.

Os proprietários ou possuidores de prédios marginaes que apenas sejam banhados pelas correntes teem os mesmos direitos que os proprietários ou possuidores de prédios atravessados pelas correntes, salvo no que respeita à deslocação do leito, sempre que entre elles haja acôrdo para a construção de quaisquer obras no leito ou nas margens dessas correntes. Na falta dêsse acôrdo, pode qualquer dos proprietários fazer, nas margens dos seus prédios e no leito que lhe pertence, as obras necessárias para a derivação das águas, desde que não prejudique o regime da corrente e os prédios superiores e fronteiros.

Em relação a estes prédios pode, contra a vontade dos respectivos proprietários, travar nas suas margens qualquer presa, açude ou obra semelhante, indemnizando-os, préviamente do prejuízo que daí lhes provenha. É o que se preceitua no artigo 463.º, cuja disposição, atentos os termos em que está formulada, não pode deixar de se considerar applicável às correntes não navegáveis nem flutuáveis. Refere-se esse artigo ao possuidor de um prédio sito na margem de *qualquer corrente, ao uso de cujas águas tenha direito*, e nenhuma dúvida há de que os prédios adjacentes às correntes não navegáveis nem flutuáveis teem direito às águas dessas correntes.

Não estão sujeitos à servidão cuja constituição o artigo 463.º faculta os prédios urbanos (artigo 463.º § único), e o dono do prédio sujeito à servidão pode, querendo, aproveitar-se da presa, ou açude, tornando-a comum, desde que pague uma parte da despesa proporcional ao beneficio que receber (artigo 463.º).

58. Partilha da água entre os prédios fronteiros.
Os donos ou possuidores dos prédios fronteiros às correntes não navegáveis nem flutuáveis teem direito, quando a água não for sobeja, a usar de uma parte das águas proporcional à extensão e precisões dos seus prédios. É o que se preceitua no artigo 436.º § 2.º do código civil. No artigo 222.º § 1.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892 determina-se que a divisão será feita na conformidade da doutrina do artigo 436.º do código civil e seus parágrafos, tendo atenção à superfície, necessidades e natureza da cultura dos prédios interessados.

Como se faz esta partilha?

No citado artigo 222.º declara-se que os proprietários dos prédios confinantes com as águas e correntes, não navegáveis nem flutuáveis, poderão requerer à direcção da respectiva circunscrição hidráulica, que por ela seja feita a divisão das águas entre aqueles prédios, divisão que será executada por ordem do director da circunscrição. E nos §§ 2.º a 4.º preceitua-se que, feito o cadastro dos prédios, a divisão da água pelos mesmos prédios, e o regulamento para a sua execução, será este regulamento, depois de homologado pelo director, intimado aos interessados, lavrando-se na presença do chefe da secção e do mestre de valas do lanço respectivo um termo em que tudo fique consignado, termo que será assinado por aqueles funcionários e por todos os interessados. A cada um desses interessados será entregue uma cópia do regulamento e do termo, ficando o original arquivado na secretaria da direcção hidráulica. Se algum dos interessados se não conformar com a divisão feita, assim o declarará no termo atrás mencionado, e ficar-lhe há o direito de intentar a respectiva acção ordinária perante os tribunais judiciais, para fazer valer os seus direitos à modificação da distribuição feita. Esta acção, na qual intervirá sempre o ministério público, não alterará nem invalidará a distribuição e regulamento feitos, os quais serão executados e cumpridos até sentença final, exequível em contrário, debaixo da fiscalização dos agentes da circunscrição hidráulica.

Referindo-se a estas disposições, diz o dr. Dias Ferreira: «São porém insustentáveis semelhantes disposições, já como atentatórias dos princípios que cometem às justiças ordinárias, e não aos agentes do Governo, e agentes muito subalternos, o conhecimento das questões relativas a direitos privados, já porque

não há director de circunscrição hidráulica, chefe de secção e mestre de valas em todas as localidades, e muito menos nas terras sertanejas, onde mais frequentes são as questões de águas.

«Felizmente que no citado artigo 222.º § 3.º ficou reconhecido aos interessados o direito de intentar acção ordinária perante os tribunais judiciais para fazerem valer os seus direitos, desde que no termo declarem que se não conformam com a distribuição feita, e que assim é lícito ao interessado recorrer logo à justiça, alegando a falta de funcionários hidráulicos, a que o regulamento se refere, no território do juízo, e recusando-se em todo o caso a estar por qualquer distribuição que a circunscrição hidráulica haja de fazer.

«Nestes termos poderá desde logo recorrer à acção especial prescrita no artigo 566.º do código de processo, posto que o regulamento remeta os interessados para a acção ordinária, porque elle toma a acção ordinária pela acção de direito comum.

«Além disso, os decretos de 1 e de 19 de dezembro de 1892, na parte em que excedem as faculdades do poder executivo, não obrigam o poder judicial, emquanto não forem confirmados pelo poder legislativo»¹.

Julgamos completamente injustificadas e descabidas estas considerações.

Em primeiro lugar, o regulamento de 19 de dezembro, facultando aos interessados requererem aos directores dos serviços fluviais e marítimos para que entre elles seja feita a distribuição das águas, não os

¹ Código civil português anotado, tomo 1.º, 2.ª edição, páginas 308 e 309.

inibe ¹, quando entre elles surja qualquer conflito, de recorrerem ao poder judicial, em vez de requererem à referida direcção a distribuição da água. Não é necessário para esse fim que haja sido feita esta distribuição e com ela se não conforme o interessado, ou que não haja no juízo os funcionários hidráulicos a que o regulamento se refere.

O regulamento não impõe aos interessados que requeiram a distribuição; dá-lhes a faculdade de o fazerem, que elles podem exercer ou não como melhor lhes convier.

Á direcção dos serviços fluviaes e marítimos é que o regulamento de 19 de dezembro impõe a obrigação de fazer a distribuição da água, sempre que os interessados a requeiram, e o regulamento dessa distribuição. E compreende-se bem as vantagens que os interessados podem ter em procederem assim, desde que na direcção dos serviços fluviaes e marítimos há pessoal devidamente habilitado para fazer a distribuição da água. Pela obrigação imposta aos funcionários hidráulicos não se restringiu, pois, nenhuma das garantias que aos proprietários ou possuidores de prédios que confinam com as correntes não navegáveis nem flutuáveis são reconhecidas por lei, para tornarem effectivos os seus direitos às águas dessas correntes; proporcionou-se-lhes mais um meio para conseguirem a distribuição da água, sem grande dispêndio.

Sendo assim, no regulamento de 19 de dezembro não exorbitou o poder executivo das faculdades que

¹ Pelo decreto n.º 3:717, de 27 de dezembro de 1917, foi suspensa a execução do decreto n.º 3:519, de 5 de novembro do mesmo ano, que reorganizou os serviços hidráulicos.

lhe eram atribuídas por lei, dando aos interessados o direito de requerer à direcção dos serviços fluviaes e marítimos que por ela seja feita a distribuição da água e o respectivo regulamento.

Dispõe-se, porém, nesse regulamento que, se algum dos interessados se não conformar com a divisão feita, assim o declarará no termo em que se consignar essa divisão, e ficar-lhe há o direito de intentar a respectiva acção perante os tribunais ordinários. Desta disposição parece concluir-se que, conformando-se os interessados com a divisão feita, não podem intentar perante o poder judicial qualquer acção que tenha por fim modificar essa divisão.

Será assim? E poderia, neste caso, impor-se tal restrição ao direito de recorrer para o poder judicial?

Para responder a estas perguntas necessário é atender, por um lado, à natureza do direito que às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis tem os proprietários dos prédios marginaes, e, por outro, ao carácter jurídico do termo em que é consignada a divisão da água.

Não temos dúvida alguma sobre a natureza jurídica do direito às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis: é um direito objectivo ou poder legal. Assim se explica que não possa constituir-se, pelo não exercício desse poder ou direito, uma situação subjectiva em virtude da qual elle se extinga, declarando-se no artigo 439.º do código civil que o direito que tem os proprietários ao uso das águas que atravessam ou banham os seus prédios será de futuro imprescritível.

Não poderá, porém, renunciar-se ao exercício desse direito?

Entendem alguns publicistas que um dos caracteres dos poderes legais é não poderem ser objecto duma renúncia absoluta ¹.

Esta doutrina, formulada em termos tão genéricos, é inaceitável em princípio e contrária às normas sancionadas nas diferentes legislações. Em princípio, a renúncia tanto pode ter por objecto os direitos que resultem de uma situação subjectiva, como os que representam poderes directamente atribuídos por lei, sempre que estes não tenham um conteúdo indeterminado ou indeterminável, sendo verdadeiros pressupostos ou condições do direito de personalidade, ou não tenham deveres inerentes. Os poderes ou faculdades cujo exercício depende da vontade e que recaem sobre objectos determinados são susceptíveis de renúncia, excepto nos casos em que a lei dispuser o contrário.

E' assim que, em relação ao direito que os proprietários dos prédios que confinam com as correntes não navegáveis nem fluviáveis tem às respectivas águas, deveria entender-se que elles podiam renunciar a esse direito, se a lei não o proibisse. E se o código civil no artigo 439.º declara que elle pode ser alienado, não o fez, a nosso ver, para resolver as dúvidas que poderiam suscitar-se sobre a validade da renúncia a esse direito, mas para determinar as condições em que essa renúncia podia ser feita. Para se ver que foi este o pensamento do legislador, basta atender à fórmula do artigo citado — e só poderá ser alienado por escritura ou auto público.

Pela alienação a que o artigo citado se refere, não se dá a transmissão do direito à água do patri-

¹ Veja-se o professor Fesas Vital, *Do acto jurídico*, página 65, e Gaston Jèze, *Les principes généraux de droit administratif*, 2.ª edição, página 13.

mónio de um dos proprietários marginais para o património de outro proprietário, conservando o direito à água a mesma natureza que tinha anteriormente à renúncia. Pela alienação deste direito renuncia-se apenas ao seu exercício, podendo esta renúncia dar-se em condições diversas. É assim que, não podendo aproveitar-se da renúncia quem não tenha direito à água da corrente, pode ela ser feita em benefício exclusivo de um ou de outro proprietário marginal; pode dar-se essa renúncia por tempo limitado ou ilimitado; pode condicionar-se a renúncia de modo que o renunciante fique com direito à água desde que se dêem determinados factos previstos no título por que se faz a renúncia.

Como limite ao direito de renúncia há, quando ela seja feita em benefício de outro proprietário, os direitos à água dos outros proprietários marginais, que de modo algum podem ser prejudicados por ela. É assim que por essa renúncia não pode ser prejudicado um prédio fronteiro em benefício de um prédio inferior, consumindo-se neste água de que o prédio fronteiro necessita. O direito do proprietário deste prédio à água não sobeja só é limitado pelo direito dos proprietários dos prédios fronteiros, e, quando estes não se utilizem da água, pode aquele aproveitar no seu prédio toda a água de que este necessitar e os proprietários dos prédios inferiores só terão direito às águas remanescentes. A renúncia inibe apenas o proprietário de usar da água, não podendo alterar-se por ela o direito dos outros proprietários marginais, que usarão da água do mesmo modo que dela usariam, se não se houvera dado a renúncia.

A verdade da doutrina exposta tornar-se há óbvia, quando se atenda a que um proprietário marginal não pode aplicar num prédio seu que não seja mar-

ginal, ou que, sendo-o, esteja situado inferiormente, a água a que tenha direito para a irrigação de um prédio superior. Não tendo êle êste direito, pela renúncia que faça ao direito de se utilizar da água de nenhum modo pode constituir-se em beneficio de um terceiro uma situação jurídica diversa daquela em que se encontrava o renunciante.

Podendo dar-se a renúncia do direito à água das correntes não navegáveis nem flutuáveis, segue-se que será válido qualquer acôrdo que os proprietários marginaes façam pelo que respeita à divisão dessa água, embora por êsse acôrdo não fiquem tendo a quantidade de água que seja proporcional à extensão e necessidades dos seus prédios, desde que êsse acôrdo seja feito com as formalidades estabelecidas na lei. Êsse acôrdo envolverá em tal caso uma renúncia, facultada pelo artigo 439.º do código civil, que para ela exige escritura ou auto público.

Ora o termo em que, conforme o preceituado no regulamento de 19 de dezembro, deve ser consignada a divisão das águas, não pode deixar de considerar-se como um auto público, sendo, como é, feito numa repartição pública e perante funcionários que, pelo citado regulamento, teem competência para regular a distribuição da água. Nesse termo devem intervir todos os interessados na distribuição da água, e, desde que o assinem sem a declaração de que não concordam com a divisão da água dele constante, entender-se há que renunciaram ao direito de recorrer ao poder judicial para que essa divisão seja por êle modificada.

O termo de que estamos tratando tem a mesma força que uma escritura pública em que os interessados façam a partilha da água. Feito êste acôrdo, fica tendo força obrigatória entre as partes, não

podendo qualquer delas deixar por seu arbítrio de o observar, e não podendo conseqüentemente propor em juízo uma acção em que peça a divisão da água, como se não existisse tal acôrdo.

Não resulta, pois, de uma disposição do regulamento de 19 de dezembro o não poderem os interessados, que assinem o termo em que se consigna a distribuição da água sem a declaração de que não se conformam com ela, propor em juízo a competente acção, mas da força obrigatória que para êles fica tendo o mesmo termo.

Não poderá, porém, modificar-se a divisão da água, tendo os interessados o direito de recorrer ao poder judicial para êsse fim, sempre que, pela substituição de cultura dos prédios ou por qualquer outra circunstância, qualquer dos interessados necessite de mais água do que a que lhe ficar pertencendo pela divisão?

Para responder a esta pergunta necessário é atender, por um lado, aos termos em que foi feita a partilha da água, e, por outro, às circunstâncias que vierem modificar as condições em que a partilha se fez.

No acôrdo sobre a divisão da água podem presumir-se expressamente certos factos que alterem essa divisão. Assim, havendo proprietários marginaes cujos prédios não teem sido cultivados e que, por êste facto, não se utilizavam da água, pode prever-se o caso da cultura dêsses prédios, determinando-se que a divisão da água será alterada, e os termos em que se dará essa alteração. Pode prever-se também o caso de ser substituído o sistema de cultura dos prédios e determinar-se, em harmonia com essa substituição, a quantidade de água de que cada prédio se pode aproveitar.

Quando no acôrdo sôbre a divisão da água não se prevejam quaisquer circunstâncias que venham, de futuro, a alterar a quantidade da água ou as precisões dos prédios, afigura-se nos que a doutrina que se deve assentar quanto a modificações na divisão da água é a seguinte.

Os proprietários não podem, só pelo facto de mudarem o sistema de cultura do prédio, requerer que seja feita nova divisão da água. Se é verdade que, por esta divisão, não se restringem de modo algum os direitos dos proprietários pelo que respeita á cultura dos seus prédios e que depende do sistema de cultura a quantidade de água de que os mesmos proprietários se podem utilizar, pela divisão que, por acôrdo dos interessados, se fez, estes ficaram com direito a uma determinada porção de água e não podem, por seu mero arbitrio, alterar êsse acôrdo. Êste envolve a renúncia à plena efectivação do direito que aos proprietários marginaes é atribuído pelo código civil, não tendo os proprietários direito a mais água do que a que lhe foi dada por êsse acôrdo, só pelo facto de virem a reconhecer que um determinado sistema de cultura será para êles mais vantajoso.

No caso de aumentar ou diminuir a água por circunstâncias independentes da vontade dos interessados, entendemos que estes poderão requerer nova distribuição da água, recorrendo para êsse fim à direcção dos serviços fluviais e marítimos ou ao poder judicial, como julguem mais conveniente aos seus interesses. Assim, havendo prédios superiores que não se aproveitavam das águas, ao tempo em que se fez a divisão, porque estavam incultos e que, sendo, posteriormente à divisão, reduzidos a cultura, venham a consumir uma parte importante da água com que eram irrigados os prédios entre os quais a água foi

dividida, poderão os proprietários dêstes prédios exigir que se faça uma nova divisão. Se, pelo contrário, deixarem de ser cultivados e de se utilizarem da água prédios que, ao tempo em que se fez a partilha, eram irrigados, aumentando assim a quantidade da água, também poderá ser feita uma nova divisão.

Qualquer acôrdo dos interessados pode envolver a renúncia ao direito à água, nos termos em que êsse direito é facultado pelo código civil, mas não, sempre que a êste respeito não haja uma declaração expressa da vontade, ao direito de exigir que no acôrdo se façam as alterações que circunstâncias posteriores reclamem para que, em vista destas circunstâncias e das condições em que foi feito o acôrdo, seja regulada de nôvo a distribuição da água.

Quando não haja acôrdo entre os interessados acerca da partilha da água e não possa conseguir-se êsse acôrdo pela intervenção da direcção dos serviços fluviais e marítimos, terão êles de recorrer ao poder judicial para que êste fixe a porção de água de que cada um dos interessados se poderá aproveitar.

No código de processo civil estabeleceu-se para êste fim um processo especial, preceituando-se no artigo 566.º e § único e no artigo 567.º que o dono ou possuidor de prédio adjacente à corrente, que pretender fazer regular o uso da água que não for sobeja, nos termos do artigo 436.º do código civil, requererá que os outros interessados sejam citados para na terceira audiência depois de acusada a citação contestarem o pedido. Havendo contestação, seguir-se hão sem mais articulados os termos do processo ordinário. Não havendo contestação, ou sendo esta julgada improcedente, as partes louvar-se hão em peritos que procedam à distribuição da

água, conforme a extensão e as precisões de cada prédio.

No artigo 25.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 preceitua-se que, em todas as vistorias judiciais, nas questões e processos sobre águas e obras correlativas, o perito de desempate será sempre um dos engenheiros da circunscrição hidráulica onde a comarca estiver situada, o qual será previamente requisitado pelo respectivo juiz ao director daquela circunscrição. Nas vistorias em processos sobre as mesmas correntes, requeridos pelo ministério público, o perito por parte da fazenda será sempre um dos engenheiros do Estado. Nos termos do § único do mesmo artigo, será julgada nula e de nenhum efeito a vistoria que não satisfizer a estas condições.

59. Limitações ao direito atribuído aos proprietários marginais. Os proprietários confinantes das correntes não navegáveis nem fluviáveis só podem aproveitar as águas dessas correntes nos prédios por elas atravessados ou banhados, quer tenha sido feita, quer não, a distribuição ou partilha dessas águas. Esta distribuição ou partilha não altera a natureza do direito às águas; apenas se determina por ela o modo por que esse direito pode ser exercido.

E' assim que não há o direito de livre disposição sobre as águas divididas, não podendo o proprietário ceder ou alienar, quer temporária, quer perpetuamente, o direito a essas águas em benefício de prédios que não sejam marginais, e, até quanto a estes, com prejuízo de outros prédios aos quais pela lei é atribuída preferência no uso dessas águas.

Como já notámos, a alienação a que se refere o artigo 439.º do Código civil representa uma renúncia

a um direito objectivo ou poder legal, pelo qual apenas o renunciante pode ficar privado, de modo absoluto ou relativo, do exercício desse poder, não sendo prejudicados por ela os outros proprietários marginais. E' assim que, renunciando um proprietário ao seu direito à água em benefício de outro que tem um prédio fronteiro, mas cujo extremo, por onde saem as águas remanescentes, é inferior ao do prédio do renunciante, não poderá ser prejudicado por essa renúncia o proprietário cujo prédio fique situado inferiormente ao prédio do renunciante, tendo o direito de partilha da água como se não se houvesse dado a renúncia e as águas remanescentes voltassem à corrente no extremo deste prédio.

A limitação imposta pelos artigos 434.º e 436.º § 4.º aos proprietários marginais pelo que respeita à saída das águas remanescentes applica-se, tanto no caso em que as águas não hajam sido partilhadas, como no de o haverem sido, salva a renúncia dos proprietários inferiores ao direito às águas.

O ponto de saída das águas é, como se declara no § único do artigo 434.º, aquele onde uma das margens do alveo deixa primeiramente de pertencer ao prédio. Quando este seja atravessado pela corrente, e não sejam fronteiros os extremos inferiores das duas margens, o ponto de saída das águas remanescentes será, de um e de outro lado, aquele em que a margem do alveo deixa primeiramente de pertencer ao prédio.

As águas *remanescentes*, a que se referem os artigos citados, são as que sobram da irrigação dos prédios e que ficam no alveo e as que, tendo sido desviadas da corrente, não se infiltram nos prédios ou são embebidas pelo terreno.

Nas águas remanescentes compreendem-se não só as sobejas, a que se refere o artigo 436.º § 1.º, mas ainda as águas que Lobão chamava *superfluas* ou *trahordantes*. E' assim que, como já vimos, no artigo 6.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 e no artigo 28.º do regulamento de 19 de dezembro do mesmo ano se consideram águas *remanescentes* as que, depois de servirem nos prédios para que foram derivadas, voltam ao curso da água de que se fez a derivação ¹.

Estas águas sobram da irrigação, conservam a sua qualidade de águas correntes, tendo uma causa perene de movimento, e devem ser restituídas à corrente no ponto em que a linha marginal deixa de pertencer ao prédio para que foram derivadas.

Nas águas remanescentes não se compreendem, pois, as águas *coláticas* ou *escorreduras*, que, tendo-se infiltrado nos poros e meatos da terra, correm, em virtude da depressão do terreno, dos prédios superiores para os inferiores.

A estas águas não pode dar-se a denominação de águas remanescentes e ficam, pela própria natureza das coisas, fora do alcance da disposição consignada no artigo 434.º e no § 4.º do artigo 436.º Em relação a estas águas, cuja maior ou menor quantidade depende, além da natureza do terreno, do sistema de irrigação e género de cultura para que esta se faz, tem de aplicar-se a disposição consignada no artigo 462.º relativa às águas *vertentes*.

Não pode pensar-se sequer, para uma aplicação equitativa das disposições relativas às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, em impor ao

¹ Veja-se o n.º 24 e designadamente a página 161 e as seguintes.

proprietário a obrigação de, por meio de regos ou valas, canalizar as águas coláticas para a corrente.

O dr. Assis Teixeira, que expôs a verdadeira doutrina pelo que respeita à significação das palavras *águas remanescentes*, e notou que «se ao utente das águas corresse a obrigação de restituir ao curso ordinário tanto as escorreduras como as remanescentes, não seria admitida na maior parte dos casos a irrigação dos prédios marginaes das correntes, pela impossibilidade absoluta, em que estão, de realizarem aquela restituição; e seriam inteiramente banidas as benéficas vantagens das correntes comuns em sua aplicação às regas de inverno ou limas, visto que nestas regas a absorção das águas é tão considerável, que produz necessariamente importantes escorreduras», acrescenta:

«Esta consideração põe em clara evidência a legitimidade da nossa doutrina; mas, como esta matéria não comporta soluções absolutas, às quais falta quasi sempre o espírito prático, que as deve dominar, é justo ter em vista que, sendo possível, devem praticar-se na extremidade do prédio irrigável regos ou fossos aptos para recolher as águas absorvidas e infiltradas, e dirigi-las ao leito da corrente, desviando-as dos prédios inferiores, aos quais só em última extremidade deverá ser imposta a servidão de receber as vertentes do prédio superior, ou dar-lhes passagem» ¹.

Não tratamos aqui das servidões que, em matéria de águas, são impostas por lei, nem de determinar as relações de vizinhança entre os prédios, e não podemos por isso fixar os limites que, sob este ponto de vista, são impostos ao direito de propriedade.

¹ Das correntes não navegáveis nem flutuáveis, páginas 171 e 172.

O que nos cumpre acentuar é que, relativamente ao direito que aos proprietários marginais é atribuído às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, não há a obrigação de restituir ao álveo da corrente as águas que sejam embebidas pelo terreno, seja qual for a quantidade dessas águas. Essas águas nunca podem considerar-se águas remanescentes e só para estas é que a lei estabelece o ponto de saída.

Quando as águas coláticas ou vertentes sejam em quantidade superior às que devem resultar da irrigação de que o prédio necessita em harmonia com a natureza do seu terreno e o género de cultura, derivando-se para essa irrigação mais água do que a que se devia derivar, os proprietários marginais podem compellir o proprietário, promovendo a distribuição ou divisão da água, a derivar só a que lhe seja necessária. Uma vez feita, porém, a derivação, o proprietário só é obrigado a restituir à corrente as águas remanescentes, e estas são as que superabundam, não tendo sido embebidas pelo terreno.

60. *Direito às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis para gastos domésticos.* No artigo 460.º preceitua-se que os proprietários marginais de quaisquer correntes de água não podem impedir os vizinhos de aproveitar a necessária para os seus gastos domésticos, contanto que sejam indemnizados do prejuízo que padecerem com o trânsito pelos seus prédios.

Impõe-se neste artigo uma servidão para um determinado uso das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, e, estabelecendo-se o direito a prévia indemnização, esta respeita apenas à servidão.

As condições que se estabelecem para o referido uso das águas, nos §§ 1.º e 3.º do citado artigo, referem-se também à servidão. E' assim que no § 1.º se determina que esta servidão só se dará verificando-se que os ditos vizinhos não podem haver água de outra parte sem grande incómodo ou dificuldade, e que no § 3.º se declara que o direito de uso das águas, a que este artigo se refere, não prescreve, mas cessa logo que, pela construção de alguma fonte pública, as pessoas a quem é concedido possam haver sem grande dificuldade ou incómodo a água de que carecerem.

Estas condições, restringindo o direito de trânsito sobre os prédios marginais para extrair águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis para usos domésticos, não limitam o direito a estes usos, sempre que para esse fim não seja necessário estabelecer a servidão de trânsito. E' assim que qualquer proprietário marginal poderá aproveitar para usos domésticos a água que lhe seja necessária, embora possa, sem grande incómodo ou dificuldade, recorrer para esse fim a uma fonte pública. Nos pontos em que as correntes não navegáveis nem fluviáveis confinam com terrenos incultos públicos ou de logradouro comum e com estradas ou vias públicas, quaisquer pessoas e não apenas os vizinhos poderão aproveitar-se das águas para usos domésticos, sem que legitimamente se possam opor os proprietários marginais.

Na proposta de Alexandre Herculano dispunha-se a este respeito o seguinte, no artigo 14.º:

«Quando a margem da corrente de uso comum pertença por um ou por ambos os lados a terrenos incultos, públicos, municipais ou paroquiais, é lícito a todos tirarem em qualquer espécie de vasilha a quantidade de água de que carecerem, ou applicarem

no próprio leito ou álveo as águas correntes aos usos ordinários da vida»

Este artigo foi aprovado pela comissão revisora e incluído na coordenação que a comissão especial incumbida de organizar a matéria das águas, tendo em vista o projecto do Código e a parte aprovada da proposta de Herculano, apresentou com a seguinte redacção:

«Quando a margem da corrente pertença por um ou ambos os lados a terrenos incultos, de logradouro público, municipais ou paroquiais, é lícito a todos tirar em qualquer espécie de vasilha a quantidade de água de que carecerem ou aplicar no próprio leito ou álveo as águas correntes aos usos ordinários da vida, salvo o disposto nos regulamentos e posturas municipais»¹.

Não foi este artigo inserido no projecto da comissão revisora de 1864, não constando das *Actas* o motivo por que se deu a eliminação. A supressão do artigo não representa, porém, a mínima alteração na doutrina.

O direito de uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis deriva de que essas águas, sendo, como águas correntes, *nullius*, na parte em que confinam com terrenos públicos ou de logradouro comum podem ser apropriadas ou aproveitadas pelas pessoas que se podem utilizar dos mesmos terrenos.

Para este efeito, essas águas, formando um determinado volume, devem considerar-se, conforme a natureza dos terrenos com os quais confinam, como sendo públicas ou comuns. É, pois, completamente indiferente que haja ou não fontes públicas de que possam aproveitar-se os vizinhos ou quaisquer outras pessoas para usos domésticos. Todos podem tirar a

água dessas fontes ou das correntes não navegáveis, servir-se daquelas fontes ou destas águas, como melhor lhes aprouver.

Quando haja fontes públicas de que possam utilizar-se os vizinhos sem grande incómodo ou dificuldade, não pode estabelecer-se servidão de trânsito pelos prédios marginais para o uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis. Atendeu-se neste caso a que a servidão legal de trânsito representava uma limitação do direito de propriedade, que só podia legitimar-se por motivo de interesse público, e não o há sempre que os vizinhos possam utilizar-se sem grave incómodo das águas de fontes ou depósitos públicos.

Na expressão *gastos domésticos* comprehendem-se todas as necessidades primárias da vida para cuja satisfação se destina a água. E' assim que a água das correntes pode ser aproveitada para beber e dar a beber aos animais, para lavagem de roupas, no próprio leito ou álveo, e pode ser extraída em vasilhas para quaisquer usos domésticos, como preparação de comidas, lavagem de roupas, utensílios e casas, para beber e dar a beber aos animais, para regar vasos com plantas que se tenham em casa¹.

Para fins de irrigação de prédios ou usos industriais é que essas águas não poderão ser aproveitadas. Tais usos não podem considerar-se gastos domésticos, limitando-se estes às necessidades ordinárias da vida das pessoas e das cousas que directamente estão relacionadas com as pessoas no lar doméstico.

¹ Veja-se esta a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 32.º, n.º 1429, página 135, e dr. Assis Teixeira, obra citada, página 315.

¹ Veja-se as *Actas*, página 467.

A matéria relativa às condições em que se pode estabelecer a servidão de trânsito, ao modo por que deve ser estabelecida e fixada a indemnização, e aos casos em que cessa a servidão, será desenvolvida na parte em que tratarmos das servidões de águas. Aqui apenas pretendemos consignar o direito às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis para usos domésticos.

61. *Outros usos das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis.* Além dos usos das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis a que nos temos referido, outras utilidades há que estas águas podem proporcionar e cujo aproveitamento está regulado no código civil, no decreto de 1 de dezembro de 1892, no decreto de 27 de maio de 1911 e em outros diplomas.

No artigo 395.º do código civil declara-se que é permitido a todos, sem distinção de pessoas, pescar nas águas comuns, salvas as restrições postas pelos regulamentos administrativos, e preceitua-se no artigo 398.º que a pescaria, emquanto ao modo, tempo e multas correccionais, será regulada administrativamente no que respeita às águas públicas, e, relativamente às águas concelhias ou particulares, pelas câmaras municipais. Sendo as águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis consideradas comuns, parece que a regulamentação da pesca nestas águas deveria considerar-se, em harmonia com o código civil, atribuição das câmaras municipais. E a disposição consignada no artigo 442.º confirmava esta doutrina.

No decreto de 1 de dezembro de 1892 preceitua-se (artigo 23.º § 2.º), porém, que a caça e a pesca nas

águas e correntes de uso comum e nos terrenos inundados das bacias hidrográficas ficam sujeitas às prescrições do mesmo decreto e do regulamento que dele faz parte, e no regulamento geral dos serviços aquícolas das águas interiores do país de 20 de abril de 1893, artigo 62.º, declara-se que a polícia da pesca nas águas não navegáveis nem fluviáveis será exercida, na conformidade da doutrina do § 2.º do artigo 23.º do decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892 e do artigo 395.º do código civil, pelas direcções das circunscrições hidráulicas e seus agentes, segundo as disposições do regulamento de 19 de dezembro de 1892, observadas as prescrições do mesmo regulamento.

Pelo direito de pesca nas águas não navegáveis nem fluviáveis se explicam algumas limitações e obrigações impostas aos proprietários marginais quanto ao uso dessas águas e à conservação do seu regime.

As águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis podem ser, do mesmo modo que as águas públicas, aproveitadas para a maceração de linhos e mais plantas textis. Preceitua-se a este respeito no regulamento de 19 de dezembro, artigo 229.º e § único, que a maceração será feita nos lugares onde não cause prejuízo ao regime e curso das águas, aos prédios vizinhos e à salubridade pública, escolhendo-se, sempre que seja possível, para aquele fim, os lugares onde as águas apresentem remanso e o leito tenha maior largura, preferindo-se a execução de pequenas derivações, sempre que isso seja exequível. Tirados os objectos depois de macerados, serão pelos donos deles cheias todas as cavidades, e arrancados e removidos todos os ramos, estacas e quaisquer outros objectos que provisoriamente tenham sido colo-

cados para evitar a dispersão dos linhos ou plantas imergidas.

No artigo 355.º e § único do citado regulamento de 19 de dezembro preceitua-se que o transporte de lenhas ou madeiras soltas, nos rios e correntes não navegáveis nem flutuáveis, sómente será permitido com licença dos directores das circunscrições hidráulicas, sob pêne de 5\$00 a 9\$00, e indemnização pelos danos, não podendo ser concedida essa licença, sem que o pretendente declare no requerimento que se responsabiliza, por sua pessoa e bens, pelo pagamento integral dos danos ou prejuízos que causar ao leito, margens e obras existentes, tanto públicas, como particulares.

A concessão destas licenças só poderá ser dada quando o transporte das lenhas ou madeiras não prejudique a derivação das águas para a irrigação, para abastecimento das povoações, e fins industriais, ou não obste à sua derivação. São estes os principais usos a que se destinam as águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, sendo portanto o uso delas para a flutuação não só excepcional, mas não podendo tais águas ser aproveitadas para êsse fim quando êste aproveitamento seja incompatível com a sua aplicação aos outros usos que deixamos indicados. Não se trata, neste caso, de prejuízos que dêem direito a indemnização, mas de prejuízos que obstem à concessão de licenças para o transporte de lenhas ou madeiras soltas.

Pelo decreto de 27 de maio de 1911, a energia das correntes de água, em que se comprehendem as não navegáveis nem flutuáveis, pode ser objecto de con-

tria. Essa concessão será, nos termos do artigo 4.º do decreto citado, precedida de um inquérito público nos concelhos interessados acêrca da utilidade da concessão e dos prejuízos de terceiros que acarreta, e nestes prejuízos comprehendem-se os que para os prédios marginaes resultam da impossibilidade do aproveitamento das águas.

Pela privação dêste uso, do mesmo modo que pela privação do uso das águas para fins industriais ou para quaisquer outros, reconhece-se no decreto citado (artigo 11.º) o direito de indemnização, e declara-se (artigo 12.º) que as indemnizações devidas pelo uso das águas são estabelecidas pela quantidade de água ou energia rialmente utilizada pelos proprietários de terrenos ou oficinas para a irrigação ou para a indústria.

Pelo aproveitamento da energia das correntes não navegáveis nem flutuáveis podem os proprietários marginaes ser privados não só do uso mas do próprio direito às águas dessas correntes pela mudança do leito e obras que nele ou nas margens se façam. E' êste um dos factos que determina a cessação dêsse direito, e, sendo certo que êste representa um poder legal, o exercício dêste poder, ao tempo em que se faz a concessão, é havido como título suficiente para a indemnização, considerando-se o proprietário expropriado do seu direito, nos termos do decreto citado.

Sempre que o direito à água não representa um direito adquirido, e êste direito só existe em relação às águas que, nos termos do artigo 438.º, hajam sido apropriadas anteriormente à publicação do código civil, não se trata própriomente de uma expropriação, sendo todavia equitativo que os proprietários marginaes, que estavam usando das águas e cujos terrenos ficam desvalorizados desde que não se possam aprovei-

62. *Obrigações dos utentes das águas e dos proprietários marginais, relativas à salubridade e limpeza das águas e à remoção dos obstáculos que embarcem o seu curso.* No artigo 441.º do código civil preceitua-se: «Os que têm direito a servir-se de quaisquer águas correntes não podem alterar ou corromper as que não consomem, de forma que as tornem insalubres, inúteis ou prejudiciais àqueles que igualmente têm direito ao seu uso».

A disposição exarada neste artigo respeita a quaisquer utentes das águas e tanto ao uso das águas no próprio leito como ao seu uso pela derivação para fins agrícolas ou industriais, referindo-se neste caso a disposição citada aos remanescentes das águas empregadas. E' assim que no artigo 6.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 se preceitua que os remanescentes das águas empregadas nos usos agrícolas ou industriais, que tiverem de voltar à corrente principal, na conformidade das disposições do artigo 434.º do código civil, não poderão ser inquinados de substâncias nocivas à agricultura, à hygiene, ou à criação e vida do peixe. No regulamento de 19 de dezembro do mesmo ano, reproduzindo-se (artigo 228.º) a disposição citada, faz-se também referência ao artigo 441.º do código civil, e no decreto de 21 de janeiro de 1897, que alterou os artigos 219.º e 231.º do regulamento para os serviços hidráulicos, preceitua-se que, se um estabelecimento industrial, localizado na proximidade de águas ou correntes não navegáveis nem flutuáveis, ou o exercício de qualquer indústria, ou ainda a prática de quaisquer actos alterem ou corrompam as águas que não consomem, de forma que as tornem insalubres e inúteis ou prejudiciais

àqueles que igualmente têm direito ao seu uso, o director da respectiva circunscrição hidráulica ou um seu delegado, ouvidos os interessados, procederá com o administrador do respectivo concelho a uma vistoria técnica, e sendo fundadas as queixas, e verificados os factos aludidos, o mesmo administrador mandará suspender o exercício da indústria, ou fará cessar as causas da alteração, até que se dê remédio aos males ocasionados, devendo neste caso o dono do estabelecimento industrial ou o causador da alteração pagar as despesas da vistoria, ficando, porém, salvo o disposto no § único do artigo 6.º do decreto de 1 de dezembro de 1892.

Neste § exceptua-se o caso em que o Governo, atendendo à excepcional importância de uma indústria, conceda licença, com as restrições que julgar convenientes, para que as águas sigam o seu esgôto natural, ficando sempre a cargo dos industriais o indemnizar o Estado, corporações ou particulares que por esta concessão forem considerados lesados.

Como se vê das disposições citadas, a obrigação imposta aos utentes das águas tem não só por fim o seu conveniente aproveitamento para quaisquer dos fins que já indicámos, mas ainda a hygiene pública, podendo até ser este motivo de proibição para a irrigação dos prédios. Assim se explica a proibição, a que se refere o artigo 231.º do regulamento de 19 de dezembro, de se aplicar a água das correntes não navegáveis nem flutuáveis à irrigação de arrozais cuja cultura não esteja legalmente autorizada.

No artigo 442.º do código civil preceitua-se que os donos dos prédios atravessados ou banhados por quaisquer águas correntes são obrigados a abster-se de factos que embarcem o livre curso das ditas

águas, e a remover os obstáculos a este livre curso quando tiverem origem nos seus prédios, de forma que desses factos e obstáculos não resulte prejuízo a seus vizinhos, quer pela estagnação e refluxo das águas, quer pelo seu retardamento e perda, a não ser, nestes dois últimos casos, por causa da sua legítima aplicação. E no § único do mesmo artigo declara-se que, se o obstáculo ao livre curso das águas não tiver origem em certo prédio marginal ou em falta do dono dele, o modo da sua remoção será regulado pela legislação administrativa.

No regulamento de 19 de dezembro declara-se, artigo 286.º, que, nos termos dos artigos 442.º e 443.º do código civil, os proprietários ou rendeiros dos prédios confinantes com as correntes não navegáveis nem fluviáveis são obrigados a aparar as árvores e plantas existentes nos seus prédios, e a remover os objectos que causem prejuízo ao regime da corrente, embaraço ao curso das águas, ou prejuízo de terceiro, excepto se este for proveniente de legítima aplicação das águas, quando para isso forem intimados pelos agentes das direcções das circunscrições hidráulicas. E no artigo 276.º impõe aos proprietários a obrigação de defenderem os seus prédios de modo que nem a força do vento, nem a das águas, possam destacar porções de terreno ou arvoredos que possam prejudicar o regime e curso das águas ou causar danos a terceiros. No artigo 287.º preceitua-se que, se o obstáculo ao curso da água e ao regime do rio, não navegável nem fluviável, não tiver origem no prédio em que se encontrar, mas for devido a acidente ou à acção do próprio curso da água, será removido pelos proprietários ou rendeiros de todos os prédios prejudicados, e, não havendo prejuízo de terceiro, pelos proprietários ou rendeiros dos prédios

fronteiros ao ponto onde tal obstáculo existir, preceitando intimação dos agentes das circunscrições hidráulicas.

No modo por que se regula administrativamente a remoção dos obstáculos ao curso das águas que não tenham origem em algum prédio marginal, impôs-se aos proprietários marginaes a obrigação de remover esses obstáculos, que pelo código civil não lhes era imposta. Essa obrigação impende sobre os proprietários que sejam prejudicados, e, quando nenhum o seja, sobre os proprietários fronteiros.

No artigo 443.º do código civil preceitua-se que, faltando os proprietários, com prejuízo de terceiros, às obrigações que lhes são impostas nos dois artigos precedentes, os trabalhos tanto de salubridade como de conservação serão executados à sua custa, e elles responderão também por perdas e danos, além das multas em que sejam condenados.

Esta disposição do código civil acha-se regulamentada nos artigos 22.º, § único, e 24.º do decreto de 1 de dezembro de 1892, e no regulamento de 19 de dezembro do mesmo ano, artigos 205.º §§ 1.º a 4.º, 239.º § único, 276.º, 280.º, §§ 1.º e 2.º, 286.º § único e 287.º § único, concluindo-se dos artigos citados que os utentes das águas ou os proprietários marginaes que pratiquem quaisquer factos por que tornem as águas insalubres ou inúteis para o consumo, embaraçam o livre curso das águas ou não removam os obstáculos a esse curso são obrigados: a) a pagar as despesas necessárias para tornar as águas salubres e para desembaraçar o seu curso; b) a indemnizar os vizinhos ou o público dos prejuízos sofridos; c) a pagar as multas impostas pelas transgressões das disposições dos regulamentos.

Nos termos do artigo 251.º § 2.º n.º 1.º do código penal, o facto de se lançar nas águas que servem para beber qualquer cousa que as torne impuras ou nocivas à saúde é considerado crime.

63. *Os direitos adquiridos às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis.* Temos tratado do regime das correntes de águas não navegáveis nem flutuáveis de formação natural, desprendendo-nos da aplicação do artigo 438.º do código civil, pelo qual foram salvaguardados os direitos adquiridos a essas águas.

A doutrina sancionada neste artigo já foi por nós exposta com o devido desenvolvimento, determinando quais os factos por que, no direito anterior ao código civil, se apropriavam as águas, e, desses factos, os que foram respeitados pelo código¹.

Resta-nos apenas aplicar essa doutrina às correntes não navegáveis nem flutuáveis, precisando as modificações que, em virtude dessa aplicação, se dão no regime destas correntes.

A apropriação do direito às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis dava-se, em geral, por meio da preocupação, sendo derivadas as águas dessas correntes, mediante presas nelas feitas, por aquedutos, canais ou levadas para a irrigação de prédios, que tanto podiam ser marginais das correntes, como ficarem a grande distância delas, e para fins industriais ou abastecimento de povoações. Dessas derivações trataremos no parágrafo seguinte, procurando determinar os direitos que há sobre as respectivas

águas, desde que estas entram no aqueduto ou canal.

Necessário é, porém, verificar se o direito de presa numa corrente não navegável nem flutuável, pelo qual são evidentemente cerceados os direitos dos proprietários marginais inferiores, pode restringir também os direitos dos proprietários superiores ao ponto em que a água é derivada. No caso afirmativo, deverão ter-se em consideração, na aplicação dos artigos 434.º e 436.º, os direitos assim adquiridos.

Mais. Na própria corrente não navegável nem flutuável, independentemente da derivação da água por meio de canais, aquedutos ou levadas, já para fins agrícolas, já para fins industriais, podem ter-se estabelecido, anteriormente à publicação do código civil, certos usos ou costumes, e ter-se adquirido, por concessão ou sentença, o direito a determinada água. Trata-se neste caso, não de um direito de presa ou de derivação da água, mas de um direito de uso, por meio do qual podem ser alterados os direitos que, segundo as disposições dos artigos 434.º e 436.º, tem os proprietários dos prédios atravessados ou banhados pelas correntes.

As derivações de águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis eram reguladas, anteriormente à publicação do código civil, pelo alvará de 27 de novembro de 1804.

Estatuía-se neste alvará, §§ 11.º e 12.º, que em qualquer provincia do país, em que alguma povoação em comum, ou algum proprietário em particular, empreendesse o tirar de algum rio, ribeiro, paúl ou nascente de água algum canal ou levada para regar as suas terras, requereria para que se lhe demarcasse ou assinasse o lugar ou sítio mais cómodo por onde

¹ Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 49.º, n.º 2043 e seguintes.

ela pudesse ser construída e, concedida que fosse a licença, não poderiam as obras ser embaraçadas pelos proprietários dos terrenos por onde elas passassem, sendo obrigados a deixar construir o aqueduto e passar a água. Exceptuavam-se as quintas nobres e muradas, e os quintais dos prédios urbanos nas cidades ou vilas, pelos quais seria de grande prejuízo a construção de levadas ou canais para as regas, pois a respeito dêsses só podia obter-se licença por expressa resolução régia, tomada em consulta da Mesa do Desembargo do Paço, quando se verificasse um grande interêsse na construção do canal. E exceptuava-se também o caso em que a levada prejudicasse outra já construída, ou fosse para a rega de terras, ou para alguns engenhos, porque então sómente seria permitida a licença quando houvesse cómoda divisão da água, de forma que não ficasse inútil, ou a cultura já feita, ou o engenho já construído.

Por êste alvará, não era, pois, permitida a construção de obras para a derivação das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, quando por essa derivação se fosse prejudicar qualquer obra já construída ou engenho já feito.

Lobão faz uma análise interessante desta disposição do alvará de 1804, especificando três modos por que «pode haver encontro do nôvo pretendido aqueduto com o antigo do dono do prédio serviente», e as precauções com que «em todos estes casos se podem mutuamente bem lograr um, e outro aqueduto, o antigo, e o nôvo, e compativelmente». Os três casos eram: 1) «por ser preciso conforme o plano ou declive da terra, que o segundo aqueduto atravessasse sobre o antigo por canal, ou ponte»; 2) «que atravessasse por baixo do antigo»; 3) «que corra ao longo do antigo»;

ou mesmo em toda a parte da sua longitude por baixo dele».

Não nos interessam estas questões em que, pondo-se de lado a derivação da água, apenas se atende ao canal, aqueduto ou vala que a conduz. Afigura-se-nos até que não estava na mente do autor do alvará de 1804, ao determinar que não se pudesse derivar a água quando a nova levada prejudicasse outra já construída, qualquer dos casos previstos por Lobão, mas o de se tirar a água que já estivesse sendo utilizada para fins agrícolas ou industriais. As palavras do alvará — «porque então sómente será permitida a licença quando possa haver cómoda divisão da água, de forma que não fique inútil, ou a cultura já feita, ou o engenho já construído» — mostram que era êsse o pensamento do legislador.

Pelo alvará de 1804 não podia, pois, exercer-se o direito de preocupação das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, derivando-as por meio de presas ou açudes para canais, aquedutos ou valas, sempre que, inferiormente ao ponto em que se pretendia fazer a derivação, já houvesse obras para a derivação das águas, tendo sido por meio delas adquirido o direito de presa, e a derivação assim feita fosse prejudicada pela nova derivação que se pretendia efectuar.

A efectivação do direito de preocupação produzia efeitos, pois, não só em relação aos proprietários inferiores, mas ainda em relação aos proprietários superiores, que não podiam utilizar-se das águas com prejuízo do uso que, para fins agrícolas ou industriais, e por meio de obras adequadas realiza-

¹ *Colecção de dissertações*, dissertação v, §§ 60 a 64.

das na corrente, estivesse sendo exercido pelos proprietários inferiores.

Sendo respeitados os direitos assim adquiridos pelo alvará de 1804, seriam também respeitados pelo código civil? Quere dizer: o direito adquirido à derivação das águas num determinado ponto de uma corrente não navegável nem fluatável representará um direito que, pela aplicação do artigo 438.º do código civil, se deva considerar um direito adquirido, de forma que os proprietários marginaes superiores não possam derivar as águas para a irrigação dos seus prédios com prejuizo dos usos agricolas ou industriais a que são destinadas as águas da levada?

Na resolução desta questão, deve pôr-se completamente de lado o direito às águas adquirido pela prescrição por meio de obras realizadas em prédio superior. Não é dèste facto acquisitivo dos direitos às águas, salvaguardado também no artigo 438.º e regulado no § único do mesmo artigo, que se trata. Na prescrição presuppõe-se que já havia sido apropriado o direito às águas, perdendo-se êsse direito pelo facto de não haver sido exercido e de se estabelecer, pela posse, nas condições determinadas pela lei, uma situação subjectiva, incompatível com o exercicio do direito sobre as águas que haviam sido apropriadas. A derivação das águas, facultada pelo alvará de 1804, dava-se sobre águas públicas, e não sobre águas particulares.

O facto acquisitivo em relação ao direito de presa era o da preocupação, e os efeitos que desta derivavam davam-se não só em relação aos proprietários inferiores, mas também em relação aos proprietários superiores, nos termos do § 12.º do alvará de 27 de novembro.

Feitas as obras para a derivação das águas, preocupavam-se as águas assim derivadas, e não podia exercer-se o direito de preocupação na corrente com prejuizo da derivação já feita. O direito de preocupação era um poder legal, da mesma natureza que o dos proprietários marginaes, mas subjectivava-se êsse poder pelo facto material da occupação da água, mediante obras adequadas.

Sendo estes os efeitos que, pela legislação em vigor ao tempo em que o código civil foi publicado, derivavam da preocupação, parece-nos que, tendo êste respeitado os direitos adquiridos, se deve entender que os proprietários marginaes não podem exercer os direitos que pelos artigos 434.º e 436.º lhes são attribuidos, com prejuizo dos usos agricolas ou industriais a que são destinadas as águas das levadas derivadas dessas correntes.

Quando, em relação aos usos agricolas ou industriais, compreendendo nesses usos as derivações que das correntes se façam por meio de canais ou aqueductos, a distribuição das águas das correntes não navegáveis nem fluatáveis estivesse sendo regulada por determinados costumes ao tempo em que o código civil foi publicado, não há para nós dúvida alguma de que êsses costumes devem ser mantidos. Assim, se as águas das correntes não navegáveis nem fluatáveis forem destinadas, em certos dias, para os engenhos, e, noutros dias, para a irrigação, não podendo ser utilizadas para êste fim, nos dias em que devem correr para os moinhos, terão de ser mantidos êsses usos e costumes, que, como dissemos, foram respeitados pelo código civil.

Do mesmo modo devem ser respeitados os usos e costumes que houvesse relativamente ao modo por que se fazia a distribuição das águas para a irrigação

dos prédios e qualquer concessão ou sentença por que, ao tempo em que o código civil foi publicado, se houvesse atribuído ou reconhecido o direito a determinadas águas.

A disposição consignada no artigo 438.º applica-se tanto às correntes não navegáveis nem flutuáveis, como às águas delas derivadas. Por esse artigo tem de determinar-se consequentemente o direito de uso das águas das próprias correntes, podendo, por meio de derivações já feitas ao tempo em que o código civil foi publicado, ou pelos usos e costumes, concessão ou sentença, restringir-se os direitos dos proprietários atravessados ou banhados pelas correntes. Os direitos atribuídos a estes proprietários tem, pois, de ser determinados pelos artigos 434.º e 436.º combinados com o artigo 438.º

Da doutrina exposta vê-se que, em relação aos usos das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, pode haver costumes que tenham de ser mantidos por força do artigo 438.º do código civil, já pela derivação das águas por meio de canais, aquedutos ou levadas, já pelo uso das águas derivadas directamente da própria corrente para os fins a que se destinam e que, pelos direitos assim adquiridos às águas, são limitados não só os direitos dos proprietários inferiores, mas também os dos proprietários superiores.

Tendo sido, em geral, derivadas por meio de canais, aquedutos ou levadas as águas dos rios para a conveniente irrigação das terras e para fins industriais, é em relação às águas desses canais, levadas ou aquedutos que mais interessa a disposição consignada no artigo 438.º pelo que respeita ao modo por que se acha regulado o direito ao uso dessas águas. Não há, porém, dúvida para nós de que a applicação

dêsse artigo pode restringir o direito dos proprietários marginaes das correntes e cumpria-nos por isso indicar o modo por que se pode dar essa restrição.

64. *Como se perde o direito às águas.* No artigo 439.º declara-se que o direito que tem os proprietários marginaes ao uso das águas que atravessam os seus prédios será de futuro imprescritivel, e só poderá ser alienado por escritura ou auto público.

Trata-se do direito dos proprietários marginaes a que se referem os artigos 434.º e 436.º, e, portanto, de um poder legal, cujo exercício é facultativo, não podendo estabelecer-se, em relação ao exercício dêsse poder, qualquer situação jurídica que, em resultado da posse, faça perder esse direito. Do facto de, posteriormente à publicação do código civil, um proprietário marginal não ter utilizado a água para a irrigação e de o haver sido pelos proprietários inferiores, não resulta para estes direito algum em relação àquele proprietário, sejam quais forem as obras que tenham effectuado na corrente e ainda que para esse fim se tenham constituído servidões nos prédios superiores.

A alienação a que se refere o mesmo artigo significa, como já notámos mais de uma vez, a renúncia ao poder legal e não a transferência de um direito adquirido. Por meio da renúncia não podem ser prejudicados os direitos dos outros proprietários marginaes.

As águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis pode haver, porém, direitos adquiridos, e, em relação a estes direitos, parece que não podem applicar-se os mesmos princípios. Desde que há um direito adquirido, este direito, em harmonia com os

princípios gerais, não só pode perder-se pela prescrição, mas pode ser transmitido. E, restringindo o artigo 439.º a disposição nele consignada aos proprietários marginais das correntes, e portanto ao direito que lhes facultam os artigos 434.º e 436.º, parece que não pode aplicar-se tal disposição aos direitos adquiridos por força do artigo 438.º, visto que neste artigo se trata de águas que estão apropriadas e que portanto se devem considerar particulares.

A verdade, porém, é que o artigo 439.º é aplicável também às águas particulares pelo § único do artigo 444.º, parecendo assim que tem aplicação a quaisquer águas, quer sejam comuns, quer sejam particulares.

Nesta matéria necessário é ter em vista que a disposição consignada no § único do artigo 444.º, em virtude da qual o direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes é imprescritível, tem carácter excepcional. O princípio é que todas as cousas, quer sejam móveis quer imóveis, se podem adquirir pela prescrição, sendo susceptíveis de posse.

Se é certo que, em relação às águas, não pode formular-se este princípio nos termos em que o fez o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de maio de 1912¹, não o é menos que as disposições em que se declaram imprescritíveis e consequentemente insusceptíveis de posse os direitos a águas particulares devem, como excepcionais que são, aplicar-se restritivamente.

Por outro lado, o uso do direito às águas pode dar-se pela constituição de servidões, e, em relação a estas, não há, quer pelo que respeita à sua adquisi-

ção, quer à sua extinção, disposições especiais, salvas as limitações ao direito de propriedade, determinadas pelas águas, que na técnica jurídica do nosso código civil são denominadas servidões.

Sendo assim, não pode invocar-se a disposição consignada no § único do artigo 444.º para sustentar que os direitos adquiridos a determinadas águas por virtude do artigo 438.º do código civil são imprescritíveis. O direito a estas águas não é declarado imprescritível pelo artigo 439.º do código civil, e, sendo aplicado este artigo só às fontes e nascentes no § único do artigo 444.º, não pode ampliar-se a disposição neste consignada a outras águas particulares.

Como se perderá, porém, pela prescrição o direito adquirido às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis?

Não trataremos aqui desta questão em toda a sua complexidade, determinando não só as condições em que se perde esse direito pelo facto de não ser exercido, independentemente da sua aquisição por outrem, mas em que se adquira, pela prescrição positiva, o direito a essas águas. Em relação às águas de que estamos tratando, postas de lado as derivações dessas águas por meio de canais, aquedutos ou levadas, não pode suscitar-se esta questão, visto que o direito a essas águas não pode adquirir-se pela posse, como já não podia ser adquirido no direito anterior ao código civil, e os proprietários marginais não podem perder os direitos que por lei lhes são atribuídos pela prescrição.

Podem perder-se, porém, por este meio os direitos adquiridos a essas águas, e, perdido que seja o direito, os proprietários marginais exercerão sobre as águas que estavam apropriadas os direitos que o código

¹ Na *Colecção oficial de 1911-1912*, página 173.

civil lhes faculta. Quere dizer: sempre que pelo não exercício dos direitos a determinadas águas, ressaltados pelo artigo 438.º do código civil, se dê a extinção desses direitos, aos prédios marginais ficarão pertencendo integralmente os direitos que, segundo o disposto nos artigos 434.º e 436.º, teem a essas águas.

É esta a consequência que iniludivelmente deriva da prescrição dos direitos adquiridos, a que se refere o artigo 438.º, podendo assim considerar-se esta prescrição meramente extintiva, visto que por ela se normalizam os direitos dos proprietários marginais, cessando as situações subjectivas que, em virtude de uma disposição de carácter transitório, limitavam esses direitos.

A perda do direito às águas das correntes de que estamos tratando dá-se, pois, pelo seu não exercício, independentemente da sua aquisição por outrem. As dúvidas que a este respeito se podem suscitar não respeitam à extinção do direito, mas às condições que para essa extinção se tornam necessárias.

Lobão tratava desenvolvidamente dos casos em que se perdia o direito adquirido às águas públicas pela preocupação, referindo-se ao abandono da obra começada e ao facto de se arruinar a obra que se concluiu¹. O código civil, ressaltando os direitos adquiridos pela preocupação, não tratou, em relação às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, de determinar os casos em que os direitos assim adquiridos se perdiam.

Conveniente era que, em relação aos direitos adquiridos às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, se consignasse no código uma dispo-

sição correspondente à do artigo 433.º, declarando-se que o não uso das águas durante um certo tempo ou o abandono das obras para o seu aproveitamento determinavam, decorrido que fosse um certo prazo, a extinção do direito. O artigo citado não pode, a nosso ver, aplicar-se ao uso destas águas, sendo, como é, diverso o regime a que estão sujeitas as águas públicas e as águas não navegáveis nem flutuáveis.

Em relação ao uso e à derivação das águas destas correntes que, em virtude do disposto no artigo 438.º, estão sendo exercidos, talvez devam aplicar-se os princípios relativos à prescrição, considerando-se esse direito extinto pelo seu não uso durante o tempo que para a prescrição se exige. É este o princípio que, no artigo 2279.º, se manda aplicar às servidões, em que não há também, como condição necessária para a extinção do direito, a sua aquisição pela posse.

Sendo assim, as normas a aplicar são as da prescrição negativa e não as da prescrição positiva.

Não julgamos necessário, para que se dê a prescrição, que hajam sido inutilizadas as obras por meio das quais se fazia a derivação das águas. O não uso é suficiente para que se dê a extinção das servidões e também o deve ser para a extinção de quaisquer outros direitos imobiliários, que, como as servidões, representem limitações ou restrições ao direito de propriedade.

A destruição das obras permanentes destinadas à derivação das águas, sempre que não se haja manifestado a intenção de as substituir por outras mais adequadas ao seu aproveitamento, significará o abandono do direito, não se tornando em tal caso necessária a prescrição para que se dê a extinção do mesmo direito. A corrente não navegável nem flutuável será então regulada pelos artigos 434.º e 436.º

tendo os proprietários marginais direito às águas sobre que havia o direito adquirido que por esse meio se extinguiu.

As correntes não navegáveis nem fluviáveis podem mudar de direcção, já naturalmente, já artificialmente, e pode uma corrente não navegável nem fluviável ser classificada como navegável ou fluviável.

No primeiro caso, que está previsto, pelo que respeita à aquisição, nas correntes navegáveis e fluviáveis, da propriedade do terreno do leito respectivo, os antigos proprietários marginais das correntes cujos prédios eram por ela atravessados ou banhados não poderão exercer os direitos que pela lei lhes eram atribuídos, os quais ficarão pertencendo aos proprietários que, pela nova direcção que a corrente tomar, forem por esta atravessados ou banhados.

A mudança de direcção da corrente, que é facultada aos proprietários dos prédios por ela atravessados pelo artigo 435.º, com a condição de não alterarem o ponto de saída das águas, não está regulada no código civil nem no decreto de 1 e no regulamento de 19 de dezembro de 1892. Supomos, porém, que essa mudança poderá ser autorizada pela direcção dos serviços fluviais e marítimos sempre que nela concordem, tendo sido feito prévio inquérito, todos os interessados, reconhecendo-se assim que há vantagens para estes, se da mudança não resultar prejuízo algum para o regime da corrente.

Neste caso afigura-se nos que os proprietários que eram marginais da corrente poderão conservar o direito que tinham às águas e que estavam exercendo, desde que declarem que só concordam na mudança com a condição de que os seus prédios,

ser irrigados e se estabeleçam as servidões necessárias para esse fim. Não vemos na lei disposição alguma que obste a que entre os interessados se faça este acôrdo, desde que por elle não sejam prejudicados os proprietários marginais inferiores. O direito de renúncia às águas que o artigo 439.º lhes faculta pode exercer-se também, sem indemnização ou mediante indemnização, pela mudança da corrente, concordando elles na mudança sem a condição de continuarem a usar da água.

No decreto de 27 de maio de 1911 declara-se (artigo 11.º § 3.º) que a indemnização pelo uso das águas para irrigação pode ser transformada em indemnização em espécie, sendo fornecida uma quantidade de água igual àquela de que os proprietários estavam fazendo uso. Neste caso, os proprietários marginais continuarão a ter direito à água das correntes não navegáveis nem fluviáveis, e, desde que tenham esse direito, poderão estabelecer-se, nos termos do artigo 456.º, as servidões necessárias, através de prédios alheios, para a condução dessas águas, sendo as indemnizações necessárias para esse fim pagas pela companhia concessionária.

Quando sejam feitas quaisquer obras no leito ou margens de qualquer corrente não navegável nem fluviável em virtude das quais todas as águas ou parte delas sejam desviadas do seu curso natural, os proprietários marginais inferiores teem o direito de fazer voltar essas águas ao seu curso costumado. Nem os proprietários marginais nem quaisquer terceiros podem alterar o regime da corrente, devendo os proprietários marginais, pelo que respeita às águas remanescentes, fazê-las voltar ao leito da corrente até ao ponto em que terminam inferiormente os res-

Na classificação das correntes podem dar-se, em virtude da classificação e demarcação das bacias hidrográficas, alterações, passando uma corrente da categoria de navegável ou flutuável à de não navegável nem flutuável e vice-versa. Alterada a classificação da corrente, alteram-se consequentemente os direitos sobre as águas da mesma corrente.

É assim que, se uma corrente passar de navegável ou flutuável a não navegável nem flutuável, os proprietários marginais ficarão tendo, no próprio momento em que essa classificação se tornar definitiva, os direitos que nos artigos 434.º e 436.º lhes são atribuídos. Entendemos, porém, que, se houver concessões dessas águas, estas devem manter-se durante o tempo que nelas se prefixou, não podendo os proprietários marginais usar das águas com prejuízo do concessionário, cujos direitos não se extinguem pelo facto de se alterar a classificação da corrente. Sendo a classificação e demarcação das bacias hidrográficas um acto administrativo, não pode por virtude dele considerarse destituído de eficácia um acto administrativo pelo qual se fez a concessão de determinadas águas.

Desde que a classificação e demarcação da bacia hidrográfica produza os seus efeitos, as concessões só poderão fazer-se em relação às águas sobejas e só nas mesmas condições se poderão fazer as renovações das concessões anteriores.

Nos termos do artigo 213.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892, o Estado não será responsável pela falta ou diminuição das águas que forem objecto das concessões, quer essa falta ou diminuição seja proveniente da diminuição da quantidade das águas do manancial, lago, lagoa, rio, vala, canal ou corrente, quer da sua aplicação aos usos da nave-

gação ou flutuação, quer por erro de cálculo, quer por qualquer motivo imprevisto.

Neste motivo imprevisto não poderá julgar-se compreendida a diminuição ou falta das águas da corrente que, pelo direito que a elas ficam tendo os proprietários marginais, sejam destinadas à irrigação. O direito dos proprietários marginais resulta da alteração que se deu na classificação da corrente, e esta alteração não pode considerar-se um motivo imprevisto, significando estas palavras, como significam, um caso fortuito ou de força maior.

Se, pelo contrário, a corrente passar da categoria de não navegável nem flutuável a navegável ou flutuável, deixará de lhes ser aplicável o regime dos artigos 434.º e seguintes, não tendo os proprietários marginais o direito às águas das correntes com prejuízo da navegação ou flutuação, embora, como já notámos, possam derivar essas águas independentemente de concessão.

Terão esses proprietários direito a indemnização quando sejam, pela classificação da corrente, privados das águas ou só possam usar delas com mais dispêndio, tendo de ser inutilizadas as obras feitas para a sua derivação?

No projecto primitivo, prevendo-se a hipótese de se alterar a classificação da corrente, declarava-se (artigo 417.º § 5.º) que, em tal caso, o Governó não seria obrigado a indemnização alguma pela cessação do direito privativo da pesca. Na comissão revisora propós-se que, se o Estado tornasse navegável uma corrente que o não era, os que a tivessem empregado na irrigação, ou como motor, teriam direito a indemnização.

Este assunto não tornou a ser discutido, não sendo inserida no código disposição alguma a elle relativa.

Teem, pois, applicação os princípios gerais, e, em harmonia com elles, afigura-se nos que os proprietários marginaes não terão direito a indemnização. Em relação a elles, o direito às águas é um poder legal, e, pela privação destes poderes, não há direito a indemnização, sempre que a lei o não reconheça, como reconheceu a lei de 27 de abril de 1911 em relação aos proprietários que estivessem usando das águas.

O contrário succede em relação aos direitos adquiridos às águas dessas correntes. Quanto a estes direitos, a alteração na classificação da corrente representa uma verdadeira expropriação.

65. Jurisdição e competência relativas às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis. Consideramos as águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis como pertencendo em propriedade ao Estado, e é indubitável que o regime dessas águas, em que compreendemos a sua conservação, melhoramento e policia, é matéria de regulamentos administrativos gerais, cuja execução compete às direcções dos serviços fluviaes e marítimos. E' assim que no n.º 1.º do artigo 45.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 se determina que os directores das circumscrições hidráulicas teem por attribuições as que pelo código administrativo competem aos diversos agentes da administração para os efeitos do melhoramento, conservação e policia dos lagos, lagoas, valas, canais, esteiros, rios e mais correntes de água de uso público ou comum, suas margens, álveos ou leitos, na conformidade dos preceitos dos artigos 380.º e 381.º, e mais disposições do código civil, desse decreto e do regulamento respectivo.

A competência administrativa em matéria de águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis tem por fim a effectivação dos interesses gerais ou comuns, para cuja satisfação essas águas se destinam, promovendo a realização das obras adequadas para esse fim e obstando a que nos leitos das correntes ou nas suas margens se façam quaisquer obras pelas quais esses interesses sejam prejudicados. As providências que, para esse efeito, sejam adoptadas pelas direcções dos serviços fluviaes e marítimos, e bem assim as concessões e licenças que, para uso das águas ou para a realização de obras, sejam dadas por estas direcções ou pelo Governo, não admitem recurso para o poder judicial, sempre que por elas não se ofendam direitos individuais, nos quais comprehendemos tanto os direitos de propriedade como os poderes legais relativos às águas directamente attribuidos por lei tanto a pessoas singulares como a pessoas colectivas, individualmente consideradas.

Estes direitos constituem uma limitação aos poderes da administração pública, não podendo ser alterados ou modificados senão por lei; e, quando a administração pública os ofenda ou lese, compete ao poder judicial torná-los effectivos, já pela anulação dos respectivos actos, restabelecendo-se a situação jurídica anterior, já pela correspondente indemnização, quando se dê a expropriação ou desses actos tenham resultado danos.

No decreto de 1 e no regulamento de 19 de dezembro de 1892 foram respeitadas estes princípios. E' assim que nas concessões de águas e licenças para obras se consideram sempre ressalvados os direitos dos proprietários marginaes e de terceiros que com elas possam ser prejudicados ou se reconhece direito a indemnização pelo prejuizo causado

(decreto de 1 de dezembro, artigos 5.º § único e 6.º § único, regulamento de 19 de dezembro, artigo 262.º), declarando-se até neste artigo que fica livre aos interessados a faculdade de interpor judicialmente as acções competentes para fazer valer os seus direitos. Vê-se também dos mesmos diplomas que, reque-rendo-se qualquer concessão ou licença e tendo de fazer-se prévio inquérito, não pode a administração pública, quando haja opposição por parte de qualquer dos interessados e não seja possível harmonizá-los, deferir o requerimento, tendo os pretendentes de intentar perante os tribunais judiciais a acção competente para obterem a licença (regulamento de 19 de dezembro, artigos 224.º e 272.º § 5.º).

Em relação à distribuição da água pelos prédios fronteiros feita pela direcção dos serviços fluviais e marítimos a requerimento dos interessados, declara-se também (reg. cit., artigo 222.º § 3.º) livre para o interessado, que não se conforme com a divisão e haja feito consignar a sua divergência no competente termo, o direito de intentar a respectiva acção ordinária perante os tribunais judiciais, para fazer valer os seus direitos à modificação da distribuição.

Vê-se, pois, que, nos termos dos regulamentos relativos às correntes não navegáveis nem flutuáveis, a administração pública é incompetente para resolver quaisquer questões respeitantes aos direitos a essas águas e aos direitos dos proprietários marginais ou de terceiros que pelas obras nessas correntes feitas sejam prejudicados.

Quem por essas obras seja prejudicado pode requerer à direcção dos serviços fluviais e marítimos que sejam desmanchadas aquelas que, com infracção dos regulamentos respectivos, tenham sido feitas nessas correntes. E' assim que no regulamento de 19 de

dezembro se declara, artigo 279.º, que serão desmanchadas pelos donos ou autores à sua custa, além do pagamento da multa: 1.º todas as obras feitas em prejuízo da conservação, regularização e regime dos lagos, lagoas, rios e mais correntes de água, ou que embarquem as servidões públicas ou particulares; 2.º todas as obras feitas sem licença, quando esta deva ser pedida, nas margens, álveos ou leitos dos lagos, lagoas, rios, e mais correntes de água, e nos campos inundados, ou quando essas obras sejam feitas por modo diferente das condições com que a licença foi concedida. Por este meio, poderão os proprietários marginais ou quaisquer terceiros cujos direitos tenham sido lesados fazer valer esses direitos, independentemente do recurso ao poder judicial. Nos termos do regulamento de 19 de dezembro (artigo 239.º), os agentes hidráulicos procurarão, no desempenho dos serviços de policia, fazer executar os preceitos da lei civil e penal, que são garantias das pessoas e da propriedade.

Sempre que, porém, sejam controvertidos os direitos às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, e quando, em relação a uma determinada obra no leito ou nas margens da corrente, se discuta se tem ou não o direito de a fazer quem a efectuou ou pretende efectuar, as direcções dos serviços fluviais e marítimos são incompetentes para decidir essas questões. Trata-se de direitos privados, cuja efectivação, no caso de não serem reconhecidos ou de serem contestados esses direitos, é da competência do poder judicial.

Essas direcções são competentes apenas para executar e promover a execução dos regulamentos administrativos relativos às águas, e para levantar os autos pelas infracções desses regulamentos. Os

infractores terão, porém, de ser julgados em polícia correccional (decreto de 1 de dezembro, artigo 24.º), tendo o poder judicial competência para verificar se houve ou não infracção dos regulamentos administrativos e se as disposições neles exaradas são contrárias à lei, caso em que não é obrigatória a sua observância.

66. *Acções por que podem tornar-se efectivos os direitos de uso destas águas.* As acções competentes para tornar efectivos os direitos às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis podem ser de processo ordinário e especial, tendo de observar-se a este respeito as disposições consignadas no código de processo civil e mais legislação applicável.

Vimos já que havia um processo especial para a divisão das águas dessas correntes, e são também admitidas, em relação a estas águas, as acções possessórias.

O princípio formulado no artigo 439.º do código civil, pelo qual se declaram imprescritíveis os direitos dos proprietários marginais ao uso das águas dessas correntes, não obsta, a nosso ver, a que recorram às acções possessórias os utentes dessas águas, com prejuízo dos prédios marginais, sempre que tenham estado na posse delas há mais de um ano e essa posse tenha os requisitos que por lei são exigidos para esse fim, e, conseqüentemente, não poderão os proprietários marginais usar dessas acções para tornarem efectivos os direitos que aos seus prédios são atribuídos pelos artigos 434.º e 436.º, sempre que, contrária a esse direito, haja a posse de mais de um ano, tendo de recorrer para esse fim à acção petitoria.

Poderá parecer, quando se tenha apenas em vista a disposição consignada no artigo 439.º, que não é exacta esta doutrina, visto que a posse que, em princípio, é fundamento das acções possessórias, é a posse que representa o exercício do respectivo direito, e, nos termos dos artigos 434.º e 436.º, o direito às águas das correntes não navegáveis é atribuído aos proprietários dos prédios por elas banhados e atravessados, sendo esse direito declarado imprescritível e não podendo haver posse portanto que represente, em relação aos mesmos proprietários, o exercício dum direito, sendo o uso das águas devido a mera tolerância por parte dos mesmos proprietários.

O direito às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis não é regulado só pelos artigos 434.º e 436.º; é applicável também a essas águas a disposição consignada no artigo 438.º, que ressaltou os direitos adquiridos ao tempo em que foi publicado o código civil.

Pode haver, pois, em relação às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis direitos cujo exercício se manifesta pela posse e que devem ser mantidos contra os proprietários marginais, quando se dê qualquer turbação ou esbulho por parte deles. Quere dizer: o uso das águas das correntes não navegáveis por parte de proprietários não marginais, ou de proprietários marginais, mas fora das condições prescritas nos artigos 434.º e 436.º, pode corresponder ao exercício de um direito, não sendo, em relação aos proprietários marginais, um acto de tolerância, por não usarem (o que para elles é facultativo) dos direitos a essas águas que por lei lhes são atribuídos.

Sendo assim e tendo o juiz nas acções possessórias de verificar apenas se há a posse de mais de um ano nas condições exigidas pela lei, não podendo nessa acção

indagar se à posse questionada corresponde ou não o direito cujo exercício ela representa, segue-se que o proprietário marginal, que por meio de uma acção possessória pretenda tornar efectivo o direito às águas da corrente não navegável nem fluviável, decairá nessa acção, se o utente da água, contra quem elle a propuser, provar que está há mais de um ano na posse dessa água, pública, pacífica e continuamente.

E' verdade que esta posse, sendo posterior ao código civil, não confere direito algum ao utente, salvo o caso de o proprietário respectivo ter renunciado, nos termos do artigo 439.º, ao direito à água. No juízo possessório não poderá, porém, a nosso ver, verificar-se, produzindo-se a respectiva prova, se o utente já estava ou não na posse da água ao tempo em que o código civil foi publicado. A produção e apreciação dessa prova é já uma questão de propriedade, uma questão relativa à existência do direito que pela posse se exerce, e esta questão só no juízo peitório poderá ser decidida.

Contra a doutrina que acabamos de expor não poderá argumentar-se com o modo por que a nossa jurisprudência tem aplicado o artigo 2273.º e § único do código civil, julgando que não pode recorrer às acções possessórias para se manter no uso das servidões a que esse artigo respeita quem as haja adquirido anteriormente à publicação do código civil, tendo de recorrer para esse fim à acção ordinária.

Essa jurisprudência, que é aliás discutível, não se funda em que essas servidões não podem ser adquiridas por prescrição, para sustentar que não podem manter-se pelas acções possessórias as que tenham sido adquiridas anteriormente ao código civil.

Funda-se no artigo 490.º d'este código, em que se declara que as disposições relativas às acções possessórias não são applicáveis às servidões contínuas não aparentes, nem às descontínuas, salvo fundando-se a posse em título provindo do proprietário do prédio serviente ou daqueles de quem este o houver.

Na restrição feita por este artigo ao principio nele formulado quanto ao uso das acções possessórias, restrição que se funda no título referido, pelo qual se tira à servidão o carácter equívoco que tem, pois pode representar uma tolerância por parte do proprietário do prédio que se pretende que seja serviente, não se faz referência às servidões constituídas pela prescrição anteriormente ao código civil, podendo assim sustentar-se que estas servidões se não podem manter pelas acções possessórias.

Não há, porém, em relação ao direito às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis uma disposição correspondente à do artigo 490.º Esta disposição só poderá applicar-se, pois, no caso em que o direito a essas águas se realiza por meio de uma servidão contínua não aparente ou descontínua, não estando neste caso, como veremos quando tratarmos das servidões, as servidões de aqueduto e as de presa, sempre que haja obras permanentes.

O principio que a posse, sempre que represente o exercício de um direito, pode ser fundamento das acções possessórias de prevenção, de manutenção e de restituição, deve applicar-se, a nosso ver, tanto nos casos em que a posse represente o exercício normal de um direito, como naqueles em que represente um exercício de carácter excepcional, sempre que, em relação a este, a lei não iniba o possuidor, como o fez o artigo 490.º em relação às servidões a que se refere adquiridas pela prescrição anteriormente à

publicação do código civil, quando não se entenda restringido o alcance daquele artigo pela disposição consignada no § único do artigo 2273.º

No uso das acções possessórias por parte dos utentes das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis tem de observar-se as prescrições estabelecidas no código civil e no código de processo civil, em virtude das quais as acções possessórias só tem cabimento quando haja actos de turbação ou esbulho, pelos quais se pretende exercer um direito contrário ao que, segundo se manifesta pela posse, pertence ao utente das águas. Em quaisquer outros casos, não é às acções possessórias, mas à de indemnização de perdas e danos, que se deve recorrer.

As acções possessórias relativas a águas poderão ser precedidas de embargo de obra nova, que o código de processo civil admite como acto preventivo e preparatório para algumas causas, quando a obra prejudique ou venha a prejudicar um direito, em que se deve compreender também o direito de posse¹.

§ 10.º — Das levadas, fontes e reservatórios

67. *Determinação das águas comuns cuja administração pertence às autarquias locais.* A lei administrativa de 7 de agosto de 1913 dispõe (artigo 94.º n.º 13.º) que às câmaras municipais pertence regular o modo de fruição e exploração dos bens, pastos, águas e frutos de logradouro comum dos povos do concelho ou de mais duma freguesia, podendo estabelecer pelo seu uso taxas em benefício do cofre municipal, e (artigo 97.º n.º 2.º) que no exercício da

atribuição conferida pelo artigo 94.º n.º 32.º da mesma lei, lhes compete fazer posturas e regulamentos para policia da pesca nas águas comuns e nas particulares onde o peixe tenha saída livre. No artigo 146.º n.º 14.º preceitua a lei citada que às juntas de freguesia compete deliberar sobre o modo de fruição dos bens, pastos, águas e quaisquer frutos de logradouro comum e exclusivo das freguesias ou de parte delas e sobre o lançamento de taxas pelo seu uso, e (artigo citado, n.º 17.º) sobre a construção, reparação e conservação das fontes para abastecimento dos moradores das freguesias.

Salva esta referência às fontes, não se especificam na lei de 7 de agosto as águas comuns municipais e paroquiais. Adoptou-se nesta lei o mesmo sistema que no código administrativo de 1896, em que também se atribuía competência às câmaras municipais e às juntas de paróquia para deliberar sobre a administração, fruição e exploração das águas de logradouro comum dos povos do município ou da paróquia, não se determinando quais eram essas águas.

Reconheceu sem dúvida o legislador que esta matéria pertence ao direito civil e não ao direito administrativo, sendo naquele que devem consignar-se as normas por que se delimita o domínio público, o domínio comum e a propriedade privada, visto que essas normas respeitam à organização da propriedade.

É, pois, pelos princípios formulados no código civil e na legislação que o tem modificado ou alterado, que se deve determinar quais são as águas de logradouro comum cuja propriedade ou administração pertence aos municípios e freguesias. Sendo graves as dúvidas que sobre esta importante matéria se suscitam, conveniente era que fossem esclarecidas

¹ Veja-se o dr. Dias da Silva, *Processos civis especiais*, página 394.

em diploma legislativo, sendo louvável a iniciativa do autor do projecto sobre o aproveitamento das águas, apresentado à câmara dos deputados em 19 de abril de 1917, e a que já nos referimos, em cujo artigo 60.º § 1.º se determinam as águas que estão na administração do município ou da freguesia.

Segundo o referido projecto, estas águas são:

1) As águas dos lagos, lagoas e pântanos situados em terrenos baldios e de logradouro comum, municipais ou paroquiais;

2) As nascentes que nos mesmos terrenos brotarem e as águas pluviais que neles caírem ou por elles correrem, enquanto umas e outras não transpuserem abandonadas os limites do baldio ou logradouro;

3) As águas subterrâneas que nos mesmos terrenos existam;

4) As águas pluviais que correrem nas ruas da cidade ou vila, sede do concelho, e nas estradas e caminhos municipais, ou nas ruas da sede da freguesia e povoações rurais e caminhos vicinais;

5) Os reservatórios, fontes e poços construídos à custa do concelho ou da freguesia.

Fácil é de ver que nesta enumeração há uma manifesta confusão entre águas de logradouro comum ou público e terrenos de logradouro comum ou público, considerando no domínio do concelho ou da freguesia, como águas de logradouro comum ou público, águas que não são, nem podem ser, consideradas pelo direito como cousas autónomas e cujo aproveitamento não está subordinado às mesmas normas que o aproveitamento das águas que pela actual legislação assim se consideram. E' o que se dá com as águas subterrâneas e com as nascentes que brotam e as águas pluviais que correm em terrenos de logradouro comum, e com as águas pluviais

que correm nas ruas das cidades ou vilas e nas estradas ou caminhos municipais e vicinais.

Na administração dos municípios e das freguesias estão os terrenos de logradouro comum, mas não as águas subterrâneas desses terrenos, competindo apenas às câmaras municipais autorizar a exploração dessas águas, que, brotando por essa forma à superfície desses terrenos, não ficam pertencendo ao município ou freguesia respectiva, mas a quem as explorou. Dado que seja o próprio município ou freguesia que as explorem, não ficam essas águas, só pelo facto de estarem num terreno de logradouro comum, sujeitas ao mesmo regime que o terreno, podendo as câmaras ou as juntas dar a essas águas o destino que julgarem mais conveniente.

E certo é que, antes e depois da publicação do código civil, se pode adquirir direito exclusivo às águas que brotem em terrenos municipais ou paroquiais de logradouro comum, não pertencendo essas águas, desde que sobre elas haja esse direito, ao município ou paróquia, nem estando conseqüentemente na sua administração.

No domínio público ou comum estão as águas que, pertencendo aos municípios ou paróquias, são destinadas para uso directo de todos ou dos povos duma determinada circunscrição territorial. Tais águas consideram-se como formando bens autónomos, estabelecendo-se para elas um regime adequado. São apenas estas as águas que, nos termos dos artigos 380.º e 381.º do código civil, se podem considerar públicas ou comuns. As águas que, não estando apropriadas pelo município ou freguesia, nem sob a sua administração, corram em terrenos municipais ou paroquiais, ou são particulares ou são cousas *nullius*, sendo lícito a qualquer pessoa apro-

veitar-se das águas *nullius* com as limitações que, em virtude da natureza dos terrenos em que correm, se estabelecem nos respectivos regulamentos.

Como águas concelhias ou paroquiais que, segundo a actual legislação, se devem considerar no domínio comum, afigura-se nos que há as seguintes:

1) As derivações de correntes navegáveis ou fluviáveis ou não navegáveis nem fluviáveis e de fontes ou nascentes que, para uso dos habitantes do município ou da freguesia, tenham sido feitas pelas câmaras municipais e pelas juntas de freguesia, ou por alguma povoação em comum;

2) As fontes e reservatórios de logradouro comum.

Quanto às derivações de águas de rios, ribeiros, paúis ou nascentes, no alvará de 27 de novembro de 1804 declarava-se que uma *povoação em comum* podia fazer essas derivações para regar as suas terras. Os canais ou levadas por que essas águas são conduzidas podem, pois, ter sido construídos por iniciativa e a expensas duma determinada circunscrição, já por acôrdo entre os interessados, já pelos seus representantes, câmaras municipais ou juntas de paróquia.

Em qualquer destas hipóteses, não podem as obras por que as águas foram derivadas considerar-se individualmente apropriadas, sendo o canal ou aqueduto feito a expensas comuns e para proveito comum. E podendo êsses canais, valas ou aquedutos percorrer grandes extensões, havendo alguns que teem uns poucos de quilómetros de comprimento, é óbvio que a sua regulamentação e administração não pode ser confiada a um ou outro proprietário, tornando-se necessário que os representantes das respectivas circunscrições tenham nesses canais, valas ou aquedutos

ingerência, a qual deverá considerar-se da mesma natureza que a exercida pelo Estado nas correntes navegáveis e fluviáveis e não navegáveis nem fluviáveis, para que se tornem efectivos, sem graves conflitos, os interesses ou direitos relativos a essas águas e possam realizar-se nos respectivos aquedutos as obras necessárias para a sua conservação.

No regulamento de 19 de dezembro de 1892, prevendo-se (artigo 223.º) o caso de não estarem divididas as águas provenientes de derivações, nascentes ou levadas, com destino à irrigação, pelos prédios que àquelas águas tiverem direito, determina-se que essa divisão será feita pelas direcções dos serviços fluviais e marítimos, seguindo-se nesse serviço as prescrições que se estabelecem para a divisão das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, mas devendo ser, quando a levada ou derivação for de grande extensão, convidada a respectiva junta de paróquia ou paroquias, que a levada atravessar e irrigar, a assistir àquela divisão. No artigo 117.º do mesmo regulamento declara-se que os proprietários, usufrutuários ou rendeiros dos prédios por onde passarem os aquedutos, valas ou levadas podem aproveitar-se deles, pagando a parte do custo da obra ou da sua conservação, proporcionalmente ao benefício que receberem e sem prejuízo do fim para que o canal foi estabelecido.

Destas disposições parece depreender-se que as levadas estão sujeitas ao mesmo regime que as correntes não navegáveis nem fluviáveis, pertencendo a sua administração às direcções dos serviços fluviais e marítimos.

Por outro lado, lendo-se as disposições consignadas nos artigos 456.º e seguintes do código civil, parece que os canais, valas ou levadas constituem sempre

propriedade privada. É assim que no artigo 460.º se declara que no caso de, construído o aqueduto, não serem todas as águas necessárias a seus donos e outro proprietário querer ter parte no excedente, ser-lhe há concedida essa parte mediante indemnização e pagando além disso a quota proporcional à despesa feita com a condução delas até o ponto donde se pretendem derivar.

A verdade é que os canais, valas ou levadas serão administrados pelas direcções dos serviços fluviais e marítimos, quando as obras respectivas tenham sido ou sejam feitas pelo Estado. Pertencerá a particulares, quando por estes tenham sido feitas essas obras em seu proveito exclusivo.

As levadas que tenham sido feitas, porém, a expensas dos municípios ou freguesias ou por qualquer povoação não podem considerar-se pertencentes nem ao Estado nem aos particulares que delas se aproveitam. Nem o decreto de 1 nem o regulamento de 19 de dezembro de 1892 fizeram qualquer alteração, em relação a estas levadas, na legislação anterior, em harmonia com a qual e a prática seguida compete às câmaras municipais e às juntas das freguesias a administração dos canais, valas ou levadas, destinadas à irrigação dos prédios numa determinada circunscrição territorial.

É assim que na *Revista de legislação e de jurisprudência* se¹ sustenta, baseando-se nos artigos 50.º n.º 1.º e 176.º n.º 20.º do código administrativo de 1896, que «as câmaras municipais regulam a administração e exploração das águas dos povos do município ou pertencentes a moradores de mais duma freguesia dela e as juntas de paróquia o modo de

fruição das águas da paróquia ou dos moradores de parte dela; e para isto devem tanto as câmaras como as juntas fazer as posturas e regulamentos necessários».

No artigo 438.º do código civil, pelo qual foram ressaltados os direitos adquiridos sobre certas e determinadas águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, compreendem-se também os que o tenham sido pelas autarquias locais para a irrigação de prédios, fins industriais e abastecimento de povoações; e sobre as águas que a estas autarquias pertencem exercem elas os mesmos poderes que o Estado sobre as águas públicas e sobre as correntes não navegáveis nem fluviáveis.

As autarquias locais podem adquirir também, como concessionárias, direito a determinadas águas para serem exploradas, em espécie ou energia, como um serviço das mesmas autarquias. Neste caso terão elas, quando não se estabeleça por lei um regime excepcional, os mesmos direitos e obrigações que os outros concessionários.

68. *Regime das levadas comuns destinadas à irrigação e fins industriais.* As derivações de águas que tenham por fim a irrigação ou fins industriais não estão sujeitas ao mesmo regime que as correntes de formação natural, onde para elas se estabeleceram as presas. Quando essas derivações tenham sido feitas anteriormente ao código civil, deve atender-se, para a determinação dos direitos a essas águas, aos mesmos títulos a que, pelo disposto no artigo 438.º, se deve atender, exceptuada a preocupação, para determinar os direitos adquiridos às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis. Tendo sido feitas poste-

¹ Veja-se o volume 39.º, n.º 1611, página 41.

riormente à publicação do código civil, necessário é verificar a quem e em que termos a concessão foi feita.

As águas que tenham sido derivadas por meio de canais ou levadas anteriormente à publicação do código civil, tanto podem ter direito os proprietários marginais como os proprietários não marginais, não sendo pela contiguidade do prédio, mas pelo uso que dessa água tenham feito, pelo direito que a ela tenha sido reconhecido por sentença ou adquirido por prescrição, que se deve determinar quais os prédios que tem direito de ser irrigados por essas águas e, a porção que a cada um pertence.

A preocupação, que no artigo 438.º se designa pela palavra *lei*, não é título para a aquisição do direito a estas águas. A preocupação dava-se nas águas que estavam no domínio público, e, desde que a água era derivada, deixava de ser considerada como água pública.

As águas das levadas tinham originariamente direito os proprietários marginais ou não marginais dessas levadas que houvessem contribuído para as obras respectivas, e, quando essas águas excedessem as necessidades desses prédios, podiam outros proprietários adquirir direito a essas águas, pagando a sua quota parte da despesa. É assim que no § 13.º do alvará de 27 de maio se preceituava: «É aquele proprietário que pretender regar de novo as suas terras será admitido a ter parte na divisão da água, pagando a sua quota parte da despesa aos mais interessados que o fizeram construir (o aqueduto); e quando esses se não possam individuar, a depositará no cofre do concelho».

Lobão, interpretando esta parte do alvará, diz que devem considerar-se coisas diversas a água e o aque-

duto, e, suposta esta distinção, afirma que na permissão concedida a qualquer proprietário de ser admitido à divisão da água depois de feito o aqueduto se deve necessariamente presumir que a água: 1) seja derivada de um rio público e superabundante; 2) de ribeiro ou nascente particular comum, sendo um dos consortes o pretendente da divisão.

«Ora: se figuramos a hipótese, diz êle, de ser uma água aliás extraída de ribeiro, ou nascente particular comum a muitos, e uns deles para a passarem a outros seus prédios fazem aqueduto, e pagaram ao vizinho o terreno ocupado, neste sentido fica própria-mente aplicável a lei para ser admitido a ter divisão na água (comum) o consócio nela, pagando aos consócios, que fizeram o aqueduto, a sua quota parte da despesa: e neste sentido não há dúvida alguma. Também não, se figuramos outra hipótese de ser a água extraída de rio público, e superabundante para todos, porque qualquer, ainda que não concorresse para a construção do açude, levada, e aqueduto, pode requerer divisão na água comum do rio público, pagando a sua quota parte da despesa do açude, e levada, ou aqueduto; não tendo também nesta hipótese dúvida a aplicação da lei».

Figurando em seguida as hipóteses — a) de haverem sido preocupadas as águas dum rio público e de os indivíduos que as preocuparam fazerem obras para as conduzirem para os seus prédios, sendo as águas preocupadas apenas suficientes para os mesmos prédios, b) de as águas cuja divisão se pretende serem próprias e privativas de outra pessoa — diz, quanto à primeira hipótese, que os preocupantes adquiriram um direito exclusivo de que ninguém os pode privar, obrigando-os a ceder as águas que lhes são necessárias. e em relação à segunda, que não pensa «que a

lei obrigue facultar graciosamente a divisão ao pretendente, sem que pague, além da despesa do aqueduto, o seu justo valor ao proprietário das águas»¹.

Dos termos em que está formulada a disposição do alvará — «aquele proprietário que pretender regar de novo as suas terras será admitido a ter parte na divisão da água» — parece depreender-se que o legislador teve em vista apenas a hipótese de águas em que não havia o direito de comunhão em relação ao proprietário que pretendia irrigar de novo as suas terras. Pelo deferimento da sua pretensão, seria êle «admitido a ter parte na divisão da água». Não se tratava, pois, de uma água de que êle fosse comproprietário no ribeiro ou fonte de que essa água era derivada. Neste caso não teria de requerer para ser admitido à divisão da água, mas de requerer para que pudesse utilizar-se do mesmo aqueduto para conduzir a água que lhe pertencia para prédios seus em que a não tivesse utilizado.

Por outro lado, quando a água, embora derivada de um rio público, apenas fosse suficiente para a irrigação dos prédios pertencentes aos proprietários que construíram o aqueduto, como estes, derivando a água, a preocuparam, é óbvio que não podiam outros proprietários, com prejuízo deles, obter divisão nessa água. Dessa água eram comproprietários, desde que ela entrasse na levada, os individuos que houvessem contribuído para o aqueduto, e a sua divisão só entre êles podia ter lugar, não sendo admitido a ela qualquer outro proprietário dos prédios que pelo aqueduto fossem atravessados ou banhados.

¹ Coleção de dissertações, dissertação v, §§ 70-74.

Sendo, porém, sobejas as águas assim derivadas, poderiam outros proprietários participar na sua divisão desde que pagassem a sua quota parte das despesas feitas com o aqueduto. As águas sobejas não se consideravam apropriadas, não sendo pois devida indemnização alguma por essas águas. Podiam essas águas ser preocupadas no rio que era público e podia também adquirir-se direito a elas na levada, desde que se desse a indemnização pelas despesas que com a construção desta se tivessem feito. Era expresso a êste respeito o alvará no § 12.º, facultando a derivação da água quando não prejudicasse levada já construída para rega de terras ou para engenhos e pudesse ser dividida sem que ficasse inútil a cultura já feita e o engenho construído, e a essa disposição não podia deixar de considerar-se subordinado o § 13.º na parte em que se refere à divisão da água da levada.

No alvará de 1804, em que se trata da derivação das águas tanto de algum rio ou ribeiro como de paúl ou nascente, e, portanto, quer de águas públicas, quer de águas particulares, nenhuma distinção se fazia quanto ao direito de ser admitido à divisão da água quem com ela pretendesse irrigar de novo prédios seus. Parece, pois, que êste direito era reconhecido também quando pelo aqueduto fossem conduzidas águas particulares.

E notaremos desde já que êste mesmo direito é admitido pelo código civil no artigo 460.º Neste artigo declara-se, porém, que a concessão dessas águas será feita «mediante prévia indemnização, e pagando além disso a quota proporcional à despesa feita com a condução delas até o ponto donde se pretendem derivar».

A indemnização a que o artigo citado se refere não pode deixar de respeitar à própria água, de que assim se considera expropriado quem fez o aqueduto. Ora o alvará de 1804 parece que não reconhecia direito a essa indemnização, obrigando apenas quem pretendia ser admitido à divisão das águas a pagar a sua quota parte nas despesas do aqueduto.

Lobão, não contestando que houvesse, no caso de se tratar de águas particulares, direito ao aproveitamento do excedente dessas águas, opinava que a lei não obrigava o proprietário das águas a dar comunhão nelas, sem que o pretendente a essa comunhão pagasse, além da despesa do aqueduto, o seu justo valor ao proprietário das águas. E razão tinha o célebre praxista para assim opinar, visto que, pelo direito que à água ficava tendo o proprietário que requeria a divisão dela, se limitava o direito do antigo proprietário quanto à livre disposição dessa água.

Se é certo que, num dado momento, elle não aproveitava essa água em prédios seus, poderia de futuro tornar-se conveniente para elle esse aproveitamento, e, em todo o caso, sendo-lhe facultada a alienação da água, não devia ser privado, sem indemnização, d'este direito.

Da doutrina exposta vê-se que às águas das levadas tinham direito, até onde o exigiam as necessidades dos prédios para que se havia feito essa derivação, os proprietários que houvessem construído os respectivos aquedutos, e que, sendo as águas superabundantes, podiam outros proprietários ser admitidos à divisão dessas águas, pagando só uma quota parte das despesas feitas com o aqueduto, ou também o valor da água, conforme eram públicas ou particulares, no ponto em que se fazia a derivação, as águas das levadas.

Sendo este o direito em vigor ao tempo em que foi publicado o código civil, vejamos se nele fez alterações este código e a legislação posterior.

As águas das levadas podem estar divididas pelos prédios que elas atravessam ou banham, tendo os respectivos proprietários direito a uma porção certa dessas águas, ou podem não estar divididas, havendo ou não águas excedentes.

Quando as águas estejam divididas, terão os proprietários o direito de livre disposição sobre as que pela distribuição lhes foram atribuídas, podendo aproveitar essas águas em quaisquer prédios e para quaisquer fins. Trata-se, para todos os efeitos, de águas particulares, às quais os respectivos proprietários podem dar o destino que lhes for mais conveniente, tendo até o direito de as alienar. É comum a levada ou aqueduto no sentido de que há vários consortes ou comproprietários. Pode, pelos usos e costumes estabelecidos, ter ingerência a câmara municipal ou a junta de freguesia nessa levada, superintendendo no seu regime e nas obras que nessa levada pretendam fazer-se. Os direitos às águas dessas levadas, desde que foram adquiridos por título legítimo, teem de ser respeitados, e sobre as águas assim adquiridas há o direito de livre disposição, podendo ser irrigados com essas águas quaisquer prédios e podendo ser alienadas ¹.

Quando as águas não tenham sido partilhadas e só determinados proprietários tenham o direito de irrigar os seus prédios com essas águas ou de as aproveitar para fins industriais, só esses proprietários

¹ Veja-se o acórdão da Relação do Pôrto de 2 de agosto de 1904, na *Revista dos tribunais*, volume 23.º, página 197.

terão, quando as mesmas águas não sejam sobejas, o direito de ter parte na sua divisão. Essas águas não estão subordinadas ao regime que para as correntes não navegáveis nem fluviáveis se estabeleceu no código civil. Não tem direito a tais águas, sucessiva e eventualmente, os proprietários dos prédios que as levadas atravessam ou banham. Semelhantes águas são comuns dos proprietários que as derivaram ou que, posteriormente à sua derivação, a elas adquiriram direito.

Quando se trate, pois, de águas que não sejam sobejas, deverá, na sua divisão, atender-se aos prédios que delas se tem aproveitado, não podendo ser admitidos a essa divisão quaisquer outros proprietários.

Embora essas águas estejam na administração dos municípios ou freguesias, não podem as respectivas câmaras ou juntas fazer concessão delas. Esta concessão só pode admitir-se quando, tendo sido derivadas as águas pelo município ou freguesia, não haja proprietários que às águas tenham direito exclusivo. Desde que haja este direito, a partilha só pode fazer-se entre os respectivos proprietários.

Essas águas só podem considerar-se comuns no sentido de que estão indivisas e não no sentido de que pertença ao município ou freguesia a sua propriedade. Estes apenas terão ingerência na administração das águas, para o fim de tornarem efectivos os direitos dos proprietários.

É assim que os repartidores das águas das levadas que sejam nomeados pelas câmaras municipais ou pelas juntas de freguesia terão de se conformar com os usos e costumes que tenham sido observados relativamente à distribuição daquelas águas, não podendo beneficiar nessa distribuição proprietários

que a elas não tenham direito. E quando as câmaras municipais ou as juntas de freguesia pretendam fazer posturas ou regulamentos em que sejam alterados os direitos dos proprietários que se tenham utilizado dessas águas, poderão estes recorrer para o poder judicial, a fim de que sejam mantidos nos direitos que legitimamente adquiriram.

No regulamento de 19 de dezembro de 1892, em que se atribui competência às direcções dos serviços fluviais e marítimos para a divisão das águas das levadas, declara-se que nesse serviço se observarão as prescrições que se estabelecem para a divisão das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis. Pode parecer assim que devem aplicar-se nessa distribuição as disposições do artigo 436.º do código civil. É de notar, porém, que no artigo 223.º, em que se mandam atender as prescrições relativas à divisão das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, se diz expressamente entre quem deve ser feita essa divisão, prevenindo-se o « caso de não estarem divididas as águas provenientes de derivações, nascentes ou levadas, com destino à irrigação, pelos prédios que aquelas águas tiverem direito ». Não se tem, pois, de distribuir essas águas pelos prédios fronteiros, mas pelos prédios que às águas tiverem direito. Em relação a estes prédios é que tem de se observar a disposição do artigo 436.º § 2.º do código civil e do artigo 222.º § 1.º do regulamento de 19 de dezembro. Quere dizer: tratando-se de águas que são comuns a diversos proprietários e que ainda não estão divididas entre elles, tem de se atender à extensão e necessidades de cada prédio, e é depois de partilhada a água que sobre esta fica havendo, ao contrário do que se dá com as águas

tribunais competentes, visto que o alvará reconhecia o direito à divisão da água, não se tratando consequentemente de uma concessão em que essa entidade exercesse poderes discricionários. Quando houvesse águas sobejas, o proprietário que pretendesse de novo irrigar os seus prédios seria admitido à divisão, desde que pagasse a quota parte da despesa feita com o aqueduto.

Este direito subsiste, a nosso ver. Se o proprietário que tem um aqueduto pode ser forçado, nos termos do artigo 460.º do código civil, a ceder a água que lhe não seja necessária, com mais razão o deve ser o município ou a freguesia, quando a estes pertença o aqueduto. E os termos em que está formulado o artigo 117.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892 não deixam a mínima dúvida de que os proprietários, usufrutuários ou rendeiros dos prédios por onde passam os aquedutos, valas ou levadas, têm o direito de se aproveitar deles. Trata-se de um direito individual, e, sendo assim, a recusa por parte da entidade a quem pertence a concessão da água, bem como qualquer questão que se levante sobre a fixação da parte do custo da obra e da sua conservação que deve ser paga, podem ser sujeitas à apreciação do poder judicial. É expresso, quanto à avaliação da indemnização, o § 7.º do citado artigo 117.º

Estas disposições evidenciam-nos que, sempre que se trate de quaisquer valas cuja administração pertença às câmaras municipais ou juntas de freguesia e em que haja águas sobejas, terão elas de fazer a concessão de tais águas aos prédios que delas necessitem e que, recusando-se arbitrariamente essa concessão, os interessados poderão recorrer para o poder judicial.

Escusado será notar que, sendo as águas derivadas de uma corrente não navegável nem fluviável, a concessão dessas águas não poderá fazer-se com prejuízo dos prédios atravessados ou banhados por aquela corrente. Pelo artigo 438.º do código civil apenas foram ressalvados os direitos adquiridos ao tempo da sua publicação a certas e determinadas águas, não podendo pois, independentemente de concessão, ser derivadas águas a que então não havia direito adquirido, e, quando sejam sobejas, poderão os proprietários dos prédios confinantes com as correntes não navegáveis nem fluviáveis obrigar os utentes das águas das levadas a derivar apenas as necessárias para a irrigação dos seus prédios ou para usos industriais conforme o direito que houverem adquirido.

Uma vez divididas as águas, tendo direito a elas durante certos dias ou horas em giros estabelecidos para o seu uso sucessivo, ou a uma determinada medida para uso simultâneo, é às águas assim divididas que os utentes têm direito. Quando as águas não estejam divididas, terão direito às que sejam necessárias para os prédios que eram irrigados ou para os fins industriais a que se applicavam quando foi publicado o código civil, devendo ter-se em consideração no primeiro caso as necessidades e precisões de cada prédio, como se se tratasse da partilha de águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis entre prédios fronteiros.

As águas sobejas, quando seja facultada a sua derivação da corrente não navegável nem fluviável em que a levada tenha a sua origem, poderão as câmaras municipais ou as juntas de freguesia que administrem a levada dar o destino que julgarem mais conveniente para os interesses da respectiva circumscrição,

e terão de fazer concessão dessas águas aos proprietários dos prédios por elas atravessados ou banhados desde que estes requeiram essa concessão.

Temos suposto que a levada tem a sua origem numa corrente não navegável nem flutuável. Mas a levada pode também ter origem em fontes ou nascentes ou em águas estagnadas, sendo este um dos meios por que podem enxugar-se os terrenos pantanosos. É para nós evidente que não pode estabelecer-se para estas levadas o mesmo regime que para as derivadas de correntes não navegáveis nem flutuáveis. Basta atender a que não há sobre as águas de que as levadas se formam os direitos que são atribuídos aos proprietários marginais quanto às águas daquelas correntes.

Sendo as águas derivadas, por meio de canais ou aquedutos, de fontes ou nascentes que brotem em terrenos públicos ou de logradouro comum, como essas águas podiam ser adquiridas por ocupação anteriormente à publicação do código civil, podem estar individualmente apropriadas. Os canais ou aquedutos para a condução dessas águas podiam ser construídos por um só ou diversos proprietários, entre os quais elas estejam partilhadas, e podiam ser construídos a expensas do município, da freguesia ou duma povoação, destinando-se para a irrigação ou para fins industriais duma determinada região. Pode haver nessas águas fontes ou reservatórios de uso comum ou público, ficando, quando tal hipótese se verifique, sujeitas a um regime especial, em virtude do qual só podem aplicar-se para fins agrícolas ou industriais as águas sobejas.

As levadas que com estas águas se formam, e, quando se não destinem para fontes ou reservatórios

de uso público ou comum, às levadas derivadas de fontes ou nascentes em terrenos públicos ou comuns, aplicar-se hão as normas que regulam as águas particulares ou as águas comuns, conforme tenham ou não sobre elas o direito de livre disposição os proprietários ou comproprietários a quem essas levadas pertencem ou a sua administração pertença às câmaras municipais ou juntas de freguesia.

A mesma doutrina deve ser seguida, a nosso ver, quando se trate de levadas por que sejam conduzidas águas vertentes, devendo atender-se, em princípio, a quem construiu a vala, aqueduto ou canal para se determinar o direito às águas emquanto por êle são conduzidas, tendo-se em consideração, pelo que respeita às águas sobejas, o disposto no artigo 460.º do código civil e no regulamento de 19 de dezembro, artigo 117.º

Quando as obras tenham sido feitas pelo Estado ou pelas autarquias locais, a êles pertencerá a administração dessas águas, cujo uso deverá ser concedido, para fins de irrigação, desde que seja paga uma parte da despesa feita com as obras e sua conservação por quem delas se pretende aproveitar.

Estas águas não ficam sujeitas ao regime das correntes não navegáveis nem flutuáveis emquanto não saírem, abandonadas, do canal ou aqueduto, entrando naquelas correntes.

Os donos dos prédios por elas atravessados ou banhados que não hajam contribuído para o aqueduto ou canal ou não estejam no uso das águas não têm direito a elas, mas têm o direito de que lhes sejam concedidas as sobejas desde que contribuam para as despesas feitas com a sua condução. Quando o proprietário de um prédio inferior haja adquirido direito às águas que lhe sejam necessárias, não pode

o dono de um prédio que esteja colocado superiormente privá-lo delas.

O direito a estas águas não representa um direito objectivo ou poder legal. É, para todos os efeitos, um direito adquirido. As águas que a cada proprietário pertencam poderá êle dar o destino que julgar mais conveniente.

Para determinar quem deve pagar as despesas que tenham de se fazer com a conservação do aqueduto, vala ou canal e quem pode ou deve realizar as respectivas obras ou ter superintendência nelas, deve ter-se em vista quem o construiu ou administra e quem dele aufere proveito utilizando-se das águas. Tratando-se de levadas que pertençam a determinados proprietários, devem considerar-se como sendo uma coisa comum, applicando-se as normas que a regulam, de forma que todos os comproprietários serão obrigados a contribuir para as despesas de conservação, de que só poderão libertar-se abandonando o direito que tem às águas (código civil, artigo 2178.º).

Quando se trate de levadas que tenham sido construídas pelo Estado ou pelas autarquias locais ou de que êles sejam administradores, se as águas forem exclusivamente destinadas para fins agrícolas ou industriais, serão os indivíduos que dessas águas se aproveitam que devem contribuir para as despesas com as levadas em harmonia com os respectivos regulamentos ou posturas.

No regulamento de 19 de dezembro preceitua-se (artigo 288.º) que os proprietários ou interessados dos prédios confinantes com os ribeiros, valas, aquedutos e quaisquer obras destinadas ao esgôto de terrenos pantanosos ou inundados, ou ao benefício

daqueles prédios e da agricultura, quer as valas, aquedutos e obras tenham sido feitas pelo Estado, quer pelos proprietários interessados, são obrigados a proceder à sua custa em todos os anos, na época que, com a antecipação necessária, for marcada pelos directores das circunscrições hidráulicas, à limpeza, desobstrução e concerto dos ditos ribeiros, valas, aquedutos ou obras, na extensão correspondente à testada dos seus prédios, ou na proporção dos benefícios recebidos, debaixo da fiscalização dos agentes das respectivas circunscrições. No § 1.º do citado artigo é obrigado cada proprietário a limpar toda a vala ou até o meio da sua largura conforme o seu prédio for atravessado ou apenas banhado, e no § 2.º impõe-se essa obrigação ao Estado e às autarquias locais relativamente à parte da vala que confinar com estradas ou caminhos municipais ou vicinaes.

Presupõe-se nestas disposições que a administração das valas pertence ao Estado, o que só se verifica em casos restritos. Na falta de posturas, deverá observar-se, porém, a disposição referida nas levadas cuja administração pertença às autarquias locais quanto às obrigações dos proprietários interessados.

Cumpre-nos notar ainda que, em relação aos obstáculos que tenham origem nos prédios que confinam com as levadas, são os proprietários desses prédios que os devem remover, e que se applicam também aos comproprietários das levadas as disposições em que se estabelecem as obrigações dos proprietários marginaes das correntes não navegáveis nem fluviáveis quanto a conservarem livres e desembaraçados os leitos e margens das levadas. Se estas forem estabelecidas como servidão num prédio e o dono dêste prédio não se aproveitar das águas, terão de applicar-se as normas que regulam as servidões.

69. *Como se adquire e perde o direito às águas das levadas.* As águas das levadas há, por parte dos proprietários que delas se aproveitam e desde que estejam divididas, o direito de livre disposição. O direito que elles teem é um direito adquirido e não um poder legal.

A essas águas aplicar-se hão consequentemente as disposições que regulam a propriedade privada, salvas as disposições especiais que se acham consignadas na lei.

Ora já vimos que, em relação às águas particulares, as restrições que se estabelecem, quanto ao modo por que podem ser adquiridas, são as do § único do artigo 444.º, relativo às fontes e nascentes. Não podem, pois, considerar-se imprescritíveis as águas das levadas.

Sendo assim, um proprietário que tenha adquirido direito a essas águas pode, quando não use dêsse direito e outro proprietário se aproveite das águas mediante uma posse com as condições estabelecidas na mesma lei, perder o seu direito.

Assim, havendo um cano pelo qual são conduzidas as águas de uma levada através de um prédio confinante para outro prédio que não o é, sendo este irrigado com as águas da levada e não o sendo o prédio confinante, entendemos que o proprietário daquele prédio terá, desde que esteja na posse das águas há dez, quinze, vinte ou trinta anos, conforme as condições da posse, adquirido pela prescrição o direito às mesmas águas.

O direito do proprietário marginal ter-se há assim perdido pela prescrição, constituindo-se por este meio o direito do outro proprietário.

Esta doutrina é uma mera aplicação dos princípios gerais, que deverão ser observados sempre que não haja disposição de carácter excepcional, como o é evidentemente a do § único do artigo 444.º, que não poderá ser ampliada por analogia.

Os princípios gerais levar-nos hão a considerar também como válidas as alienações do direito às águas duma levada quando, em relação à transmissão dessas águas, tenham sido observadas as formalidades que se exigem para a transmissão dos bens imobiliários. A restrição que a este respeito se estabelece no § único do artigo 444.º tem também carácter excepcional, sendo só para a transmissão das águas de fontes ou nascentes que se exigia sempre escritura ou auto público.

A disposição consignada no § único do artigo 444.º só é applicável à transmissão das águas das fontes e nascentes, quando estas águas se consideram em separado do prédio onde brotam ou em que se aproveitam. Sempre que essas águas sejam parte componente ou integrante dum prédio, as formalidades que para a sua transmissão se exigem são as mesmas por que deve effectuar-se a alienação do prédio. Esta doutrina não é mais do que uma mera aplicação do princípio que as cousas accessórias estão subordinadas ao mesmo regime que as principais.

Nesta parte, as normas que se applicam às águas das levadas são as mesmas que devem aplicar-se às águas das fontes e nascentes.

E entendemos que na alienação dum prédio que tem direito às águas de uma levada se compreenderá este direito, embora no titulo da transmissão não haja expressa referência a essas águas. No prédio compreender-se hão, como formando um todo, os seus

elementos componentes e partes acessórias, devendo ter-se em vista para a sua determinação, na falta de qualquer cláusula, o estado em que o prédio se encontra no momento em que se efetua a sua transmissão.

É assim que, vendendo um proprietário um prédio que era irrigado com a água duma levada para ele conduzida através de outro prédio pertencente ao mesmo proprietário, entender-se há que este prédio ficará com o direito à água da levada, se no título de venda se não declarar que este direito lhe não ficará pertencendo.

Na nossa jurisprudência tem-se aplicado o artigo 2274.º do código civil, em que se admite como título constitutivo de servidões a *destinação do pai de famílias*, tanto ao aqueduto como ao direito à água¹.

Esta doutrina afigura-se nos inadmissível nos termos em que tem sido formulada, embora praticamente conduzisse aos mesmos resultados que se houvessem sido aplicados os verdadeiros princípios.

Preceitua-se no artigo citado que, se em dois prédios do mesmo dono houver sinal ou sinais aparentes e permanentes, postos por ele, em um ou em ambos, que atestem servidão de um para outro, esses sinais serão havidos como prova de servidão, quando, em relação ao domínio, os dois prédios vierem a separar-se, salvo se, ao tempo da separação do domínio dos dois prédios, outra coisa se houver declarado no respectivo documento. Trata-se, como se vê, da subsistência das servidões que num prédio estejam constituídas em benefício de outro e de que haja

sinais aparentes e permanentes. Ora o direito a determinadas águas não pode considerar-se uma servidão, não sendo apenas um encargo imposto em qualquer prédio, em proveito ou benefício de outro prédio, encargo inseparável dos prédios a que activa ou passivamente pertence.

O direito a determinadas águas pode e deve ser considerado de per si, sendo as próprias-águas e não o prédio onde brotam ou através do qual são conduzidas o objecto dêsse direito. Assim, sendo irrigados dois prédios com a água duma levada que para um deles é conduzida através do outro, os dois proprietários dos prédios serão comproprietários das águas da levada, não estando o direito à água que é conduzida por um dos prédios compreendido evidentemente no direito à servidão que para êsse fim se constituiu. Tendo qualquer dos comproprietários o direito de livre disposição da água, poderá dar a esta o destino que melhor lhe aprouver. O direito à água não poderá ser considerado como um acessório da servidão; esta é que deve considerar-se um acessório do direito à água, extinguindo-se a servidão logo que deixe de existir êste direito.

Sendo assim, vê-se que o direito às águas se não pode adquirir por destinação do pai de famílias. Pode adquirir-se, porém, e adquire-se efectivamente o direito às águas que pertencem a um prédio juntamente com êste, embora no título por que êste se aliena se não faça referência às águas. Sendo estas utilizadas no prédio ao tempo em que se efetua a sua transmissão, o direito às águas deverá considerar-se como um direito inerente ao prédio, e, se num prédio do transmitente houver a servidão de aqueduto para a condução dessas águas, entender-se há que subsiste o direito a êsse aqueduto, embora a êle

¹ Vejam-se os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de novembro de 1906, 24 de junho de 1908 e 25 de novembro de 1913, na *Colecção oficial*, volume 7.º, página 26, volume 13.º, página 22, e na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 22.º, página 478.

não se faça referência alguma no título da transmissão.

O princípio que, em relação às águas, se deve aplicar, não é, pois, o formulado no artigo 2274.º, mas o de que a coisa transmitida fica pertencendo ao adquirente com todos os seus acessórios. A servidão de aqueduto que num prédio esteja constituída em benefício de outro prédio servirá apenas para provar o direito à água que a este prédio pertence, e se, pelo facto de o prédio por onde a água era conduzida pertencer ao transmitente não havia nele servidão, esta entender-se há constituída, quando haja sinais aparentes e permanentes, no próprio momento em que se verifica a transmissão do prédio que tem direito à água, provando-se também este direito pelos mesmos sinais¹.

Para que pudesse transmitir-se o direito às águas das levadas em separado dos prédios a que essas águas pertencem, era suficiente, em face do código civil, um título particular com as formalidades que, de um modo geral, para tais títulos terem força probatória se exigiam nos artigos 2432.º e 2433.º

Actualmente, porém, o direito a essas águas só poderá ser transmitido por meio de documento autêntico.

Segundo o disposto no artigo 4.º n.º 1.º do decreto n.º 4170.º de 26 de abril de 1918, só poderá provar-se por estes documentos qualquer transmissão de bens ou direitos imobiliários, excluídas os imobilizados de que trata o artigo 375.º do código civil. E pelo § 1.º do artigo citado é obrigatória a escritura

pública para os actos e contratos a que o mesmo artigo se refere, de valor excedente a 50\$. Todos os outros actos e contratos poderão ser celebrados fora das notas, devendo ser registados por extrato no competente livro.

Não sendo a disposição consignada no § único do artigo 444.º aplicável às águas das levadas, nenhuma dúvida há, em relação a estas águas, que a sua transmissão se poderá verificar por meio de escritura pública ou de instrumento lavrado pelo notário fora da nota, conforme o seu valor seja ou não superior a 50\$.

Era óbvia a incoerência entre o que no parágrafo citado se dispunha relativamente às águas das fontes e nascentes e as normas gerais que deviam aplicar-se às águas das levadas. Tendo os direitos às águas particulares a mesma natureza que quaisquer outros direitos sobre bens imobiliários, nenhuma razão havia para que se estabelecessem formalidades diversas para a sua transmissão.

Desapareceria esta incoerência pelo citado decreto?

A resposta a esta pergunta depende do sentido que se deva ligar à expressão *auto público*. Se a palavra *auto* significa o mesmo que *acto* e pela palavra *público* se quer significar que é exarado por *oficial público* ou com a sua intervenção exigida por lei; os instrumentos lavrados fora da nota deverão também considerar-se autos públicos e suficientes portanto para a transmissão do direito às águas das fontes e nascentes, quando o valor dessas águas seja inferior a 50\$. Se a expressão *auto público* se refere a documentos autênticos oficiais, exarados em repartições públicas e com as formalidades exigidas por lei, por funcionários que não exerçam funções nota-

¹ Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 50.º, n.º 2059, página 92.

riais, mas tenham competência para, em casos determinados na mesma lei, verificarem a declaração da vontade das partes relativas à conservação ou transmissão de direitos, como são os autos de conciliação, os termos de transacção, os autos de arrematação, o documento autêntico extra-oficial não poderá considerar-se auto público.

Para se ligar este sentido à expressão *auto público*, poderá dizer-se que, sendo este auto equivalente à escritura pública e não podendo julgar-se compreendidos nele os documentos particulares nos casos em que, sendo autenticamente reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente como reconhecidos, tenham a mesma força probatória que a escritura pública, não podem considerar-se autos públicos os instrumentos públicos lavrados fora da nota, visto que estes documentos só podem admitir-se nos casos em que para a transmissão de bens imóveis se não exigia escritura pública, mas documento particular. E, se auto público devesse considerar-se este instrumento, dir-se há ainda, a transmissão do direito às águas das fontes e nascentes poderia provar-se, fosse qual fosse o seu valor, por este instrumento, visto que pelo código civil o auto público equivalia à escritura pública e o decreto de 26 de abril de 1918 não derogou aquele artigo.

Outro é o nosso parecer.

Em face do código civil, afigura-se nos que a expressão *auto público* compreende quaisquer documentos autênticos, e, portanto, os documentos autênticos extra-oficiais. É assim que na nossa jurisprudência se tem julgado que uma procuração pública se deve considerar como um auto público para o efeito do artigo 123.º do código civil. Na expressão *acto autên-*

sinónima de *auto público*, compreendem-se tanto os documentos oficiais como extraoficiais.

Sendo este o sentido que se devia ligar à expressão referida, não poderá deixar de considerar-se assim o documento lavrado por um notário fora da nota. Este documento não poderá servir, porém, para a transmissão do direito a águas de valor superior a 50\$. Em relação a estas águas, tornar-se há necessária a escritura pública ou um auto ou termo judicial. Nos termos do § 1.º do artigo 4.º do decreto n.º 4170, a escritura pública é obrigatória para os actos e contratos de valor superior a 50\$, e, anteriormente a este decreto, a transmissão do direito às águas das fontes e nascentes não podia efectuar-se por documentos particulares, embora estes fossem autenticamente reconhecidos, pois que tais documentos eram insuficientes para a prova dessa transmissão e o reconhecimento não lhes daria portanto força probatória (código civil, artigo 2432.º). Segundo o decreto citado, pode provar-se portanto por instrumentos lavrados pelo notário fora das notas a transmissão do direito às águas das fontes e nascentes, mas apenas no caso em que o valor dessas águas não exceda de 50\$.

Desapareceu assim a diversidade notada nas formalidades que se exigiam para a transmissão do direito a águas particulares, conforme se tratasse de fontes e nascentes ou de levadas. Diremos, porém, de passagem, que outras incoerências subsistem, que o decreto poderia ter suprimido, assim como poderia ter resolvido as graves dúvidas que se tem suscitado sobre a nulidade dos documentos autênticos extra-oficiais, em que faltem algumas das formalidades que

70. Fontes e reservatórios comuns; regime das águas sobejas. Sabemos já como se distinguem as fontes e reservatórios de uso público das fontes e reservatórios de logradouro comum. Essa distinção resulta da natureza dos terrenos em que existem ou são construídos êsses reservatórios, sendo pela natureza do terreno que se determina quais as pessoas que deles podem aproveitar-se.

Em relação às fontes e reservatórios, quer estes sejam públicos, quer de logradouro comum, é às competentes autarquias locais ou às entidades a quem êles pertencem que compete a sua administração e conseqüentemente a elaboração dos regulamentos respeitantes ao aproveitamento das águas.

Em princípio, afigura-se nos que as entidades a quem pertencem as fontes e reservatórios públicos ou de logradouro comum poderão conduzir as suas águas, sempre que o julguem conveniente, para outro local, em que tenham o mesmo ou outro destino. As pessoas que dessas águas se aproveitam não têm a elas direito adquirido, mas apenas um poder legal.

A entidade a quem essas águas pertencem e que as destinou para uso público ou de logradouro comum pode dar-lhes outro destino, desde que para isso tenha competência e sejam observadas as condições que a lei exija.

Se é êste, porém, o princípio que deve aplicar-se no caso sujeito, as condições em que é adquirido o direito às águas de fontes ou reservatórios que estão no domínio público ou comum e os direitos que tenham sido adquiridos às águas sobejas podem restringir os poderes que, em relação a essas águas, fica tendo a

entidade a quem elas pertencem. É assim que, se forem doadas ou deixadas a um município ou freguesia as águas de um prédio para que essas águas sejam aproveitadas, em local determinado, pelos habitantes de uma povoação, a câmara municipal ou a junta de freguesia não poderão conduzir essas águas para outra localidade em prejuízo dos habitantes daquela povoação. Os destinatários das águas são, pelo próprio título da aquisição dessas águas, os que foram determinados por quem as doou ou deixou; os poderes sobre as águas ficaram assim limitados por êsse título, não podendo ser aplicadas para outro fim.

Sucedirá o mesmo se, havendo as águas sido adquiridas por título oneroso, neste título houver sido limitado também o direito de livre disposição das águas.

É diversa a doutrina que tem sido seguida na nossa jurisprudência administrativa.

Jacinto António Perdigão, citando o decreto do Supremo Tribunal Administrativo de 3 de maio de 1882, em que se resolveu que não é permitido às camaras municipais, com as obras de construção ou reparação das fontes, despojar os moradores de uma localidade de todas ou parte das águas, em cujo gôzo e posse estão, para as levar a outros lugares, diz: «A doutrina d'êste decreto justifica-se com o disposto no artigo 447.º do código civil, segundo o qual “o proprietário de qualquer nascente não pode mudar o seu curso costumado, se dela se abastecerem os habitantes de qualquer povoação ou casal”; e no artigo 451.º onde se estabelece em absoluto e sem distinção de qualidade de pessoa, “que todo aquele que por qualquer forma alterar ou diminuir as águas da fonte ou de qualquer reservatório, destinadas ao

uso público, será obrigado a repor as cousas no seu estado anterior»¹.

Em officio do antigo Ministério do Reino de 20 de junho de 1906, a propósito da deliberação de uma câmara que havia autorizado a exploração de águas num baldio para abastecimento de uma estação ferro-viária, contra a qual haviam reclamado alguns municípios com o fundamento de que a captagem da nascente, que se pretendia explorar, deixaria sem água um tanque que, há trinta anos, era destinado a bebedouro de animais, declara-se: «Segundo o preceito expresso do artigo 452.º do código civil, a todos é licita a exploração de águas em terrenos municipais, precedendo a competente licença, a qual, como se advertiu nos despachos de 25 de fevereiro e de 24 de maio de 1905, publicados no *Anuário* desta Direcção geral, só é exigida para salvaguarda de cláusulas preventivas de quaisquer prejuizos públicos, pois de contrário seria a negação do próprio direito consignado naquele artigo.

«Por isso, e porque a condição posta pela câmara não se mostra suficiente, aprovou nesta parte S. Ex.^a o Ministro do Reino o deliberado sómente sob a cláusula resolutive de que a sobredita exploração não prive das águas, que o abastecem, o referido tanque, nem lhes diminua a quantidade; o que é tanto mais prudente que, nos termos do artigo 447.º do citado código, nem ainda o proprietário de qualquer nascente lhe pode mudar o curso, quando dela se abastecerem os moradores de alguma povoação ou casal»².

¹ *Apontamentos de direito, legislação e jurisprudência administrativa*, volume 1.º, página 222.

² *Anuário da direcção geral de administração política e civil*, 1877, p. 100.

Como se vê, as disposições invocadas, para restringir os direitos das antarquias locais quanto à mudança de qualquer fonte ou reservatório de logradouro público ou comum e à aplicação das águas para outros fins, são os artigos do código civil em que se limitam, já os direitos dos proprietários de fontes ou nascentes quanto à mudança do seu curso costumado quando delas se abastecem os habitantes de alguma povoação ou casal, já os direitos dos proprietários de prédios quanto à exploração de águas que por qualquer forma altere ou diminua as águas da fonte ou de qualquer reservatório.

Será legítima a aplicação destas disposições para definir o regime do domínio público e do domínio comum?

E' indiscutível que o conteúdo da propriedade privada pode ser e é limitado pelo interesse público. Essas limitações impõem-se designadamente quando tem por fim a satisfação de necessidades primárias da vida. Assim se explicam as disposições consignadas nos artigos 447.º e 452.º do código civil.

Garantem-se por estas disposições bens que estão no domínio público ou no comum, não se permitindo que sejam subtraídos a esse domínio. Não se limitam, porém, por elas os poderes que competem às antarquias locais sobre as águas que estão no domínio público ou comum, devendo ser determinados tais poderes pela própria natureza desses domínios.

Ora, como já temos notado, é o destino para o gozo directo, ou de todos ou dos habitantes de uma determinada circunscrição territorial, dos bens que os constituem que caracteriza esses domínios. Dêsse destino resulta a indisponibilidade dos bens, não havendo o direito de livre disposição ou estando este direito limitado, por tal destino.

Fixado este destino por lei ou por deliberação dum corpo administrativo, é óbvio que, enquanto se mantiver, se dá a indisponibilidade. Não ficam, porém, inibidas as entidades competentes de, por nova lei ou por nova deliberação, darem outro destino às cousas que estão no domínio público ou comum. É a elas que compete verificar se o interesse público exige ou não que tal destino se mantenha e, quando se trata de uma medida desta natureza, qualquer questão que surja e que tenha apenas por fim verificar se há ou não tal interesse, não pode ser sujeita à apreciação do poder judicial.

Se, por exemplo, uma câmara municipal, entendendo que uma fonte pública poderá ser utilizada mais convenientemente num lugar diverso daquele em que o tem sido, resolver canalizar as águas para outro local, não poderão alguns moradores, com o fundamento de que serão prejudicados com essa mudança, opor-se a ela por outro meio que não seja a reclamação ou recurso perante as entidades administrativas a quem compita verificar se o interesse público reclama ou não a mudança. Se uma câmara municipal ou junta de freguesia julgar que a salubridade pública exige que um reservatório de água destinado para lavagem de roupas não seja utilizado para este fim, poderá destruir esse reservatório, mudando-o ou não para local mais conveniente.

A indisponibilidade dos bens que estão no domínio público ou no domínio comum funda-se, em última análise, no interesse público, e é óbvio que, sendo assim, não pode tal indisponibilidade opor-se a qualquer alteração nesse domínio quando seja o próprio interesse público que a reclame.

Posta a questão nestes termos, entendemos que o artigo 447.º não pode aplicar-se à mudança das

fontes e reservatórios de logradouro público ou comum. Pelo artigo 451.º deve considerar-se, porém, restringido o direito que a todos é facultado pelo artigo 452.º para a exploração de minas ou poços nos terrenos públicos, municipais ou paroquiais, não devendo ser concedida licença para essa exploração sempre que possa ser alterada ou diminuída a água de qualquer fonte ou reservatório, destinados para uso público ou comum.

O exercício de tal direito, tendo por fim o interesse privado, não pode deixar de ter, pelo menos, as mesmas limitações que à exploração de águas em prédios particulares são impostas em nome do interesse público. E é exactamente para verificar se com a exploração das águas pode ser ofendido este interesse, que se exige prévia licença para a exploração das águas em terrenos públicos ou de logradouro comum.

Quando a exploração das águas nestes terrenos seja feita pelas próprias entidades a quem elles pertencem e por essa exploração se tenha em vista uma mais ampla satisfação das necessidades públicas, não poderão os habitantes de uma localidade opor-se a ela com o fundamento de que possa ser diminuída a água da fonte de que se costumam abastecer. E não poderão opor-se também a essa exploração quando na concessão da licença a qualquer outra entidade se acautelem devidamente os direitos de uso das águas já existentes, embora o seu aproveitamento tenha de fazer-se em outro local.

Das considerações que acabamos de fazer vê-se qual o modo por que deve ser resolvida a questão, já ventilada entre nós, se as autarquias locais podem alienar as águas das fontes e reservatórios públicos ou de logradouro comum.

Jacinto António Perdigão, reproduzindo a opinião do *Direito*, em que se sustentou a afirmativa com o fundamento de que «as fontes são propriedade municipal e de que não há lei que as declare fora do comércio ou irreduzíveis a propriedade particular, como acontece a respeito de estradas, portos de mar e rios navegáveis ou flutuáveis, que são declarados do domínio público pela lei de 6 de junho de 1864, artigo 14.º, e pelo decreto de 31 de dezembro do mesmo ano, artigo 2.º», considera inaceitável esta doutrina, fundando-se nos artigos 380.º, 381.º, 447.º e 451.º do código civil. «As cousas comuns ou do domínio comum, diz êle, fazem parte do domínio público e são, portanto, imprescritíveis e inalienáveis enquanto se conservarem adstritas ao uso a que são destinadas».

Este princípio, que pode considerar-se indiscutível, não comporta a solução absoluta que o emérito publicista parece haver dado à questão enunciada.

Do facto de as fontes e reservatórios de logradouro público ou comum serem, como bens públicos ou comuns, inalienáveis e imprescritíveis, não pode concluir-se que não possam ser alienadas as águas dessas fontes ou reservatórios. O que não pode é dar-se essa alienação em prejuízo do uso público, compreendendo-se portanto nela apenas as águas sobejas.

Parece que Jacinto Perdigão nem esta alienação admitia, como se deprende das palavras: «E não se diga que a fonte passaria para o domínio particular do terceiro com o ónus do uso público ou comum, como o prédio serviente passa com a servidão que o onera para o poder do nOVO proprietário; porque nem aqui são aplicáveis os princípios que regulam a matéria das servidões, nem o direito ao gozo de coisa comum pode subsistir, desde que esta deixou de ser

tal, visto como o efeito acaba logo que a causa cessa»¹.

A indisponibilidade das cousas públicas ou comuns, que resulta do seu gozo directo, é limitada por este gozo. Dentro, pois, dos limites em que seja compatível com esse gozo, há sobre as cousas públicas e comuns o poder de livre disposição, como se elas estivessem no património das entidades a quem pertencem.

Sendo assim, as autarquias locais não podem considerar-se inibidas de dispor das águas das fontes e reservatórios de logradouro comum, desde que, com a disposição dessas águas, não ofendam os direitos de gozo que sobre elas há. Afigura-se nos que podem, pois, alienar as águas sobejas, do mesmo modo que podem alienar o terreno em que haja uma fonte pública e as águas sobejas desta fonte quando ao adquirente seja imposta a obrigação de conservar a fonte e de permitir a todos o uso das suas águas.

E é esta a doutrina que se tem aplicado.

Em officio do antigo Ministério do Reino de 5 de agosto de 1904 declarou-se, fundamentando a recusa a umas deliberações de uma câmara municipal em que haviam sido concedidas licenças para o encanamento das águas de uma fonte pública, o seguinte:

«Sendo a fonte destinada ao consumo do público, expressamente se deve a alienação restringir aos sobejos e condicionar com as cláusulas de revogação ou redução, conforme as necessidades municipais o exigirem, tornando-se também indispensável precisar o preço da cedência, para que superiormente se possa ajuizar da sua conveniência»².

¹ *Obra e volume citados*, página 223.

² Veja-se o citado *Anuário*, volume 17.º, página 175.

Estabeleceu-se o princípio de que as câmaras municipais podem alienar as águas das fontes e reservatórios de logradouro comum, mas limita-se e condiciona-se essa alienação pelo uso público dessas águas, considerando-se consequentemente êsse uso como o limite da indisponibilidade. E é esta, a nosso ver, a verdadeira doutrina.

Pode assim haver sobre as águas sobejas das fontes e reservatórios de uso comum direitos adquiridos que tenham de ser respeitados pelas entidades a quem êles pertencem. Tais direitos não limitam o uso público das águas, sendo condicionados por êste uso; mas limitam o direito de disposição das águas sobejas.

Os títulos de aquisição dessas águas podem ser, anteriormente à publicação do código civil, os que se acham especificados no § único do artigo 444.º, com referência ao artigo 438.º do mesmo Código. Posteriormente a essa publicação, o direito às águas sobejas das fontes públicas só poderá ser adquirido por escritura ou auto público, incluindo-se neste, actualmente, o documento autêntico extra oficial lavrado fora da nota.

Consideramos as águas sobejas das fontes públicas e de logradouro comum como águas particulares, a que devem consequentemente aplicar-se os mesmos princípios que às fontes e nascentes, até o ponto em que essas águas sejam abandonadas, entrando em corrente não navegável nem flutuável ou em alguma levada. Desde que entrem na corrente ou na levada, ficarão subordinadas ao mesmo regime que estas.

A doutrina exposta é a que se applicava no antigo Ministério do Reino, considerando-se o direito às águas sobejas das fontes ou reservatórios de uso

comum como um direito imobiliário¹, a cuja transmissão devem consequentemente aplicar-se as normas que, segundo o código civil, regulam a transmissão destes bens.

Pela alienação das águas sobejas de fonte ou reservatório de uso público podem restringir-se os poderes das autarquias locais quanto à mudança dessas fontes, sempre que nos respectivos contratos não se estabeleçam a êsse respeito as convenientes cláusulas, salvaguardando-se o direito de fazer na fonte ou reservatório qualquer alteração, sem que ao adquirente das águas tenha de ser dada indemnização.

71. *Águas nativas em terrenos públicos ou de logradouro comum.* Temos tratado das águas comuns que, pertencendo às autarquias locais ou sendo por elas administradas, estão sujeitas, consideradas de per si, a um determinado regime. Vamos tratar agora das águas nativas em terrenos públicos ou de logradouro comum, as quais, tendo a mesma natureza do terreno onde brotam ou correm ou se acham estancadas, não estão todavia sujeitas ao regime das fontes e reservatórios de uso público ou comum, por não haverem sido destinadas para êsse fim nem como tais utilizadas.

Não se refere o código civil nem o decreto de 1 de dezembro de 1892 às fontes ou nascentes em terrenos públicos ou de logradouro comum, o que pode motivar dúvidas sobre a natureza jurídica dessas águas.

¹ Veja-se o *Anuário* citado, volume 3.º, página 288, volume 16.º, página 675 e volume 18.º, página 250.

Na nossa antiga jurisprudência consideravam-se como sendo públicas, pela natureza do terreno em que brotavam, as fontes e nascentes em terrenos públicos ou de logradouro comum, e, em relação à apropriação dessas águas, applicavam-se os mesmos princípios que às águas públicas.

Pela sua apropriação, ficavam tais águas constituindo uma utilidade que se considerava em separado do terreno de que era parte componente ou accessória. E' assim que as águas que brotavam em caminhos públicos ou em terrenos baldios podiam ser preocupadas, não obstando à sua apropriação por este meio o facto de existirem em terrenos públicos ou de logradouro comum, não sendo incompatível o aproveitamento exclusivo dessas águas com o aproveitamento dos terrenos para o fim a que os mesmos terrenos se destinavam. Coelho da Rocha, citando Lobão, dizia: «Também se pode ocupar o uso das nascentes nos terrenos públicos ou baldios»¹, applicando a essas águas o mesmo principio que às dos rios públicos.

Actualmente não pode dar-se por este meio a apropriação das águas das nascentes em terrenos públicos, visto que a lei o não faculta. Permite-se a exploração de águas em terrenos públicos, mas não a occupação das águas que espontâneamente brotam nesses terrenos, para o efeito do exclusivo uso das mesmas águas.

Também não se pode attribuir aos proprietários dos prédios contíguos ao terreno onde as águas brotam o direito a elas, considerando-se, quanto ao seu aproveitamento, essas águas subordinadas ao mesmo

¹ *Instituições de direito civil português*, § 414; Lobão, *Dissertação* 1, § 12.

regime que as das correntes não navegáveis nem flutuáveis. É óbvio que as fontes ou nascentes de terrenos públicos só passam à categoria de correntes quando saiam, abandonadas ao seu leito natural, dos limites do terreno onde brotam. Nos artigos 434.º e 436.º do código civil atende-se à contiguidade dos prédios com as correntes e não com os terrenos públicos das nascentes.

Considerando-se públicas ou comuns as fontes ou nascentes conforme a natureza do terreno e emquanto dele são parte componente ou accessória, o seu uso, autorizado pelos artigos 380.º e 381.º do código civil, tem de dar-se no próprio terreno e não pela sua derivação por meio de canais ou aquedutos para a irrigação de prédios ou para fins industriais. Não há nenhuma disposição de lei que faculte esta derivação.

Pertencendo os terrenos onde as águas brotam ao Estado, às autarquias locais ou a corporações públicas e estando na sua administração, devem essas águas considerar-se subordinadas ao mesmo regime. O aproveitamento delas deve, pois, ser regulado pelo Estado ou pelas entidades a quem essas águas pertencem. E, sendo certo que as nascentes que brotam em terrenos públicos podem proporcionar utilidades de natureza completamente diversa da das que derivam dos terrenos e determinam a sua inclusão no domínio público, é óbvio que às águas dessas nascentes poderá ser dado, pelas entidades a quem pertencem, o destino que julgarem mais conveniente, dentro dos limites fixados por lei e com as formalidades nela estabelecidas.

Chegamos assim, a nosso ver, à determinação da verdadeira natureza jurídica das nascentes que brotam em terrenos públicos, considerando-se per-

centes às mesmas entidades a quem pertence a propriedade dos terrenos e atribuindo-se a essas entidades poderes de disposição sobre essas águas, destinando-as para uso público ou de logradouro comum, distribuindo-as pelos proprietários para a irrigação dos prédios, quer sejam, quer não, contíguos ao terreno onde elas brotam, e alienando-as até.

Relativamente às nascentes que brotam em terrenos públicos ou de logradouro comum municipais ou paroquiais, poderemos considerá-las incluídas nos artigos 94.º n.º 13.º e 146.º n.º 14.º da lei administrativa de 7 de agosto de 1913, para o efeito de as câmaras municipais ou juntas de freguesia terem competência para regular o uso dessas águas e poderão conseqüentemente fazer a sua distribuição como julgarem mais conveniente. E, desde que se trate de águas que não estejam, consideradas como tais, no domínio público ou no comum, não podem deixar de haver-se como bens patrimoniais, podendo ser alienadas do mesmo modo que o podem ser as águas sobejas das fontes ou reservatórios de uso público ou comum.

Sob este ponto de vista, tem de aplicar-se a essas fontes e nascentes o princípio formulado no artigo 444.º E vê-se que, pelo disposto no seu § único, às fontes e nascentes em terrenos públicos se aplica a disposição do artigo 438.º, podendo ter-se apropriado o direito ao uso das águas dessas fontes e nascentes por qualquer dos factos no mesmo artigo especificados.

Não podem, a nosso ver, suscitar-se dúvidas a este respeito, e o alcance que ligamos às palavras do mesmo artigo *por lei, uso e costume*, é, na aplicação desse artigo às fontes e nascentes, o mesmo que lhe demos em relação às águas das correntes não nave-

gáveis nem fluutuáveis. É assim que, tendo sido derivada por meio de um canal ou aqueduto a água de uma fonte ou nascente existente em terreno público, anteriormente à publicação do código civil, para a irrigação de prédios ou para fins industriais, se considera por esse meio apropriado o uso dessa água. Não é necessário que o canal ou aqueduto tenha sido construído no próprio terreno público; basta que, ao sair desse terreno, a água tenha sido canalizada para os mencionados fins. No caso em que não haja aqueduto permanente, costumando-se abrir, nas épocas próprias, um rêgo para a condução dessas águas para a irrigação de determinados prédios, deve manter-se esse costume.

72. *Águas pluviais em terrenos comuns ou públicos.*

Não se referindo às fontes e nascentes em terrenos públicos, o nosso código civil trata das águas pluviais que, formando torrentes ou enxurros, correm por terrenos, estradas ou ruas públicas, e o princípio que formula a este respeito, no artigo 453.º, é que essas águas podem ser ocupadas na sua passagem por qualquer proprietário confinante, na conformidade dos regulamentos administrativos. No § único do artigo citado declara-se que este direito pode ser prescrito nos termos do artigo 438.º

No regulamento de 19 de dezembro de 1892 trata-se também das águas pluviais que formam torrentes ou enxurros, preceituando-se, artigo 227.º, que os donos dos prédios marginaes ou inferiores a barrancos, torrentes ou enxurros de caudal descontínuo, e cujo leito e margens, no ponto onde se construir a obra, seja do domínio público ou comum, poderão construir barragens de terra, pedra, ou

açudes móveis ou automóveis para utilização dessas águas, sob a fiscalização das direcções dos serviços fluviais e marítimos, contanto que daí não resulte perigo ou prejuízo aos proprietários vizinhos e embaraço ao trânsito nos caminhos públicos.

Destas disposições resulta que: a) são os proprietários dos prédios contíguos às torrentes ou enxurros e não dos prédios que sejam contíguos aos terrenos de logradouro público ou comum que podem aproveitar-se das águas das mesmas torrentes ou enxurros; b) que não se limita o aproveitamento das águas a fins agrícolas, podendo essas águas ser aproveitadas para quaisquer fins; c) que as limitações ao aproveitamento das águas mediante obras que para êsse fim tenham de se realizar em terrenos que sejam de logradouro público ou comum teem como principal causa determinante o prejuízo que com essas obras possam sofrer os proprietários vizinhos e o embaraço ao trânsito nos caminhos públicos.

Não se atendeu, em relação a estas águas, ao seu regime. Sendo tais águas eventuais, regula-se o seu aproveitamento, attribuindo-se aos proprietários marginaes da torrente ou enxurro o direito de as derivarem.

Na administração do Estado e das autarquias locais estão os terrenos em que essas águas correm, mas não as próprias águas, sobre as quais não teem também poderes de disposição desde que correm, abandonadas, no terreno público ou de logradouro comum. Dentro dêsse terreno é que as entidades a quem pertence podem aproveitar-se, nos termos do artigo 454.º, das águas que nele caem.

Regulando-se o aproveitamento das águas das torrentes e enxurros que correm por terrenos públicos ou de logradouro comum, não se faz referência ao

aproveitamento dessas águas desde que entrem em prédios particulares, podendo os proprietários dêsse prédios utilizar-se delas como melhor lhes aprouver.

Nesta matéria, o que é importante são as servidões que as águas pluviais determinam, quer em relação aos prédios que confinam com as estradas ou caminhos, quer em relação aos prédios vizinhos. Essa matéria é estranha, porém, à propriedade das águas, de que estamos tratando, tendo de nos ocupar dela a propósito das servidões de águas.

Referindo-nos aqui a essas águas, tivemos apenas em vista significar que, embora estas corram em terrenos públicos ou de logradouro comum, não podem considerar-se subordinadas aos princípios que informam o domínio público ou o domínio comum.

Como *aqua profluens* e portanto *nullius*, o aproveitamento das águas pluviais está naturalmente dependente dos terrenos em que caem ou correm, podendo ser regulado administrativamente, para o efeito de não se causarem prejuízos a êsses terrenos, o uso das que correm em terrenos públicos ou de logradouro comum.

Êsses regulamentos deverão ser feitos pelas mesmas entidades a quem pertencem os terrenos públicos ou de logradouro comum, sendo sem dúvida o facto de o autor do decreto de 1 de dezembro ter em vista que o código civil considerava, embora a seu parecer inconvenientemente, as torrentes ou enxurros como sendo correntes não navegáveis, que o levou a consignar no artigo 227.º a disposição em que dá ingerência à direcção dos serviços fluviais e marítimos nas obras que nas estradas ou caminhos públicos ou nos terrenos de logradouro comum tenham de ser feitas para o aproveitamento das águas das mesmas torrentes ou enxurros. Essas obras estão e não

podem deixar de estar subordinadas aos funcionários públicos que superintendem nas estradas ou caminhos e às entidades a quem pertence a administração dos terrenos públicos ou de logradouro comum.

As direcções dos serviços fluviais e marítimos compete tudo o que respeita ao regime das águas navegáveis e fluviáveis e não navegáveis nem fluviáveis, cuja propriedade pertence ao Estado, e não podem incluir-se em qualquer dessas categorias as águas das torrentes e enxurros enquanto não perdem a sua natureza de águas pluviais por irem engrossar as correntes navegáveis ou fluviáveis ou não navegáveis nem fluviáveis, em cujo regime deve ter-se em consideração o ingresso eventual daquelas águas pelos danos que podem causar.

A prescrição a que se refere o § único do artigo 453.º é, a nosso ver, uma servidão constituída num prédio confinante com as torrentes ou enxurros em virtude da qual o proprietário de outro prédio se aproveita das águas das mesmas torrentes ou enxurros. Essa servidão só pode entender-se estabelecida, pela referência que se faz ao artigo 438.º, nos termos do § único do mesmo artigo.

Estabelecida essa servidão anteriormente à publicação do código civil, não poderá o proprietário do prédio que confina com a torrente ou enxurro aproveitar-se das águas em prejuízo do proprietário do prédio dominante. O direito ao aproveitamento dessas águas é um direito adquirido.

Não poderá, porém, o proprietário confinante perder o seu direito, posteriormente ao código civil, pela prescrição? O direito que se atribui aos proprietários marginais no artigo 453.º será, segundo o

disposto no artigo 439.º, imprescritível, e só poderá ser alienado por escritura ou auto público?

O direito que às águas pluviais das torrentes e enxurros é atribuído aos proprietários confinantes é um poder legal, que se exerce por actos facultativos, e não um direito adquirido. Para se ver que é assim, basta atender às palavras do artigo 453.º *podem ser ocupadas*, na sua passagem, *por qualquer proprietário confinante*. Este tem o direito de ocupar as águas ou o direito de as apropriar; não tem sobre essas águas o direito de propriedade.

Sendo assim, e attribuindo-se o direito de ocupação aos proprietários confinantes, que tem, consequentemente, de usar desse direito sucessiva e eventualmente, parece que nem os proprietários confinantes podem perder o direito às águas pluviais das torrentes e enxurros pela prescrição, porque são imprescritíveis os poderes legais ou direitos facultativos, nem podem esses proprietários transmitir o seu direito às mesmas águas, porque não pode transmitir-se um poder legal em separado do direito de propriedade que o condiciona. Apenas se pode renunciar a êle.

Estas considerações levar-nos iam a aplicar o artigo 439.º às águas das torrentes e enxurros, sendo, como é, o direito a essas águas da mesma natureza que o direito dos proprietários marginais às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis.

No § único do artigo 453.º não se faz, porém, referência alguma ao artigo 439.º, e, pelo disposto nesse parágrafo, o direito dos proprietários confinantes *pode ser prescrito* nos termos do artigo 438.º Embora seja uma disposição transitória a que neste artigo se contém e seja no seu § único que se trata das condições em que pode dar-se a prescrição, na referência feita a este artigo parece que só se tiveram

em vista estas condições, considerando-se assim prescritível o direito às águas das torrentes e enxurros.

Esta prescrição, porém, só poderá dar-se pela constituição de uma situação subjectiva que seja incompatível com o exercício do poder legal que o artigo 453.º confere, e portanto pela perda de um dos direitos inerentes ao prédio confinante com as torrentes ou enxurros, perda que resultará da construção de obras neste prédio que tenham por fim a utilização das águas em benefício de outro prédio ou de opposição não seguida. Em qualquer dos casos perder-se há pela prescrição o direito do proprietário confinante com a torrente ou enxurro, deixando de ser considerado como acto de mera tolerância o aproveitamento dessas águas.

Não consideramos assim applicável às águas das torrentes e enxurros a disposição consignada no artigo 439.º

A prescrição do direito do proprietário confinante tanto se pode dar em benefício de um prédio também confinante mas inferior, quando este fique tendo o direito de se aproveitar das águas excluindo dêsse aproveitamento o proprietário do prédio superior, como se pode dar em benefício de um prédio que não seja confinante com a torrente ou enxurro, desviando-se neste caso as águas não só com prejuizo do prédio onde estiver constituída a servidão, mas com prejuizo também dos prédios inferiores, quando o prédio em favor do qual se constituiu a servidão no prédio superior derive maior porção de água do que a que este necessitaria. O direito dos proprietários confinantes não é limitado pelas necessidades dos respectivos prédios, nem se regula no código civil, em relação às águas das torrentes e enxurros, a sua partilha entre prédios fronteiros. O carácter eventual

destas águas não permite que para elas se estabeleça o mesmo regime que para as águas perenes.

Em relação às águas pluviais em terrenos públicos ou comuns, cumpre-nos ainda notar que o código civil não reconheceu os direitos adquiridos por preocupação.

Lobão afirmava o direito de preocupação das águas pluviais que passavam por lugares públicos, dizendo que o proprietário do prédio superior não podia retê-las em prejuizo do inferior que as houvesse preocupado, para o que não era necessária a posse de conduzir as águas por factos manuaes praticados além do sítio em que o dono do prédio superior pretendesse fazer a derivação¹.

Corrêa Telles admitia o direito de ocupação, mas afastava-se neste ponto de Lobão, dizendo: «As águas que nascem nos baldios do povo e as pluviais que se ajuntam nas estradas, ou nas ruas, também podem ser adquiridas pelo direito de ocupação. Porém esta ocupação não se estende além do sítio, até o qual o occupante tem costumado a encaminhar as águas»².

Os juriconsultos franceses, considerando as águas pluviais que correm em terrenos públicos como sendo cousas *nullius* e como tais insusceptíveis de posse privativa, ensinavam que o dono do prédio superior podia tomá-las e servir-se delas na sua passagem, ainda no caso em que o proprietário do prédio inferior delas se houvesse exclusivamente aproveitado durante mais de trinta anos.

Foi esta a doutrina que o código civil sancionou, não reconhecendo direitos adquiridos por lei ou uso

¹ *Dissertação* 1, § 12.

² *Digesto portuguez*, livro 3.º, artigos 29.º e 30.º

e costume em relação às águas pluviais que formam torrentes ou enxurros ¹.

E não se coadunava efectivamente com o carácter eventual destas águas a sua apropriação por qualquer desses meios, não podendo estabelecer-se para elas o mesmo regime que para as águas perenes.

Poderá ser alienado e por que meio o direito de ocupar as águas pluviais das torrentes e enxurros?

O dr. Dias Ferreira diz que o proprietário do prédio confinante com estradas ou ruas públicas pode ceder ou alienar o seu direito às águas pluviais que por elas correm, não se tornando necessário para essa cessão ou alienação escritura ou auto público, fundando-se em que não se faz referência ao artigo 439.º na subsecção em que se trata das águas pluviais ².

Necessário é notar, porém, que, sendo o direito de ocupar as águas atribuído aos proprietários confinantes com as torrentes e enxurros, a alienação ou cessão desse direito representará uma limitação ao direito de propriedade, e, sendo estabelecida em benefício de outro prédio, uma servidão.

Sendo assim, tornar-se há necessário, para a efectivação da alienação do direito de ocupar as águas, um título da mesma natureza do que é necessário para a constituição de direitos imobiliários.

A renúncia ao direito de ocupar as águas pluviais não podia, pois, fazer-se anteriormente ao decreto

n.º 4170, de 26 de abril de 1918, verbalmente, mas só por escritura ou título particular conforme o valor desse direito, e, depois deste decreto, só poderá fazer-se por escritura pública ou documento autêntico fora da nota, e tornar-se há necessário o registo para que a alienação produza efeitos em relação a terceiros.

¹ Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 1.º, n.º 32, páginas 505-508.

² *Código civil português anotado*, 1.º volume, 2.ª edição, páginas 312 e 321.

CAPÍTULO IV

DAS ÁGUAS PARTICULARES

§ 11.º — Conceito e enumeração das águas particulares

73. *O que são águas particulares.* As dúvidas que tem havido na nossa jurisprudência sobre a natureza jurídica e sobre a determinação das águas que, segundo a nossa legislação, se devem considerar particulares, levam-nos a desenvolver a matéria relativa ao conceito de cousas particulares, pois é este o conceito que temos de aplicar às águas particulares, do mesmo modo que applicámos às águas públicas e comuns o conceito de cousas públicas e comuns.

No artigo 382.º declara o código civil que são *particulares* as cousas, cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou colectivas, e de que ninguém pode tirar proveito, senão essas pessoas ou outras com seu consentimento, e determina, no § único do mesmo artigo, que o Estado, os municípios e as freguesias, são capazes de propriedade particular.

Relacionando este artigo com o artigo 2167.º, em que se define *direito de propriedade* a faculdade que o homem tem de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquirir, e de que, portanto, pode dispor livremente, vê-se que é este poder de livre disposição em proveito exclusivo do titular do direito, ou de outras pessoas com seu

consentimento, que caracteriza fundamentalmente o direito de propriedade particular.

Pode, porém, o direito de propriedade revestir diversas modalidades, já pelo título da sua constituição, já por pertencer a uma só pessoa ou a várias pessoas simultaneamente, já pelo seu conteúdo. É assim que no artigo 2168.º se divide a propriedade em absoluta e resolúvel, singular e comum, perfeita e imperfeita, e, declarando-se no artigo 2169.º que o direito de propriedade abrange: 1.º o direito de fruição; 2.º o direito de transformação; 3.º o direito de exclusão e defesa; 4.º o direito de restituição e indemnização, nos casos de violação, dano ou usurpação; 5.º o direito de alienação, define-se no artigo 2187.º *propriedade perfeita* a que consiste na fruição de todos os direitos, contidos no direito de propriedade, e *propriedade imperfeita* a que consiste na fruição de parte desses direitos. Determina-se ainda no artigo 2188.º que aquele, a quem pertence qualquer fracção do direito de propriedade, goza, pelo que toca a essa fracção, do direito de propriedade plenamente, e faz-se a enumeração das propriedades imperfeitas no artigo 2189.º

Em face destas disposições, parece que o direito de livre disposição, que caracteriza o direito de propriedade, se dá em relação a qualquer fracção deste direito, considerando-se cada uma dessas fracções como tendo uma existência autónoma, e não como limitações ao exercício do direito de propriedade. Outra é, porém, a conclusão a que chegamos analisando as definições que o código civil dá de cada uma das propriedades imperfeitas.

É assim que, considerando-se o usufruto e o uso propriedades imperfeitas (artigo 2189.º n.º 4.º), declara-se no artigo 2197.º que o *usufruto* é o

direito de converter em utilidade própria o *uso ou produto de coisa alheia*, mobiliária ou imobiliária, e no artigo 2254.º que o *direito de uso* consiste na faculdade concedida a alguma ou algumas pessoas de servir-se de *certa coisa alheia* enquanto o exigirem as suas necessidades pessoais e cotidianas. Consideram-se também propriedades imperfeitas as servidões (artigo 2189.º n.º 6.º), e no artigo 2267.º declara-se *servidão* o encargo imposto em *qualquer prédio*, em proveito ou serviço de *outro prédio pertencente a dono diferente*, e que o prédio sujeito à servidão diz-se — *serviente* — e o que dela se utiliza — *dominante*.

É óbvio, em face destas noções, que o modo como se caracterizam e relacionam os poderes com as cousas não é o mesmo no proprietário, no usufrutuário, no usuário e no titular do direito de servidão. A coisa considera-se pertencente ao proprietário; o usufrutuário, o usuário, o titular da servidão tem um direito em *cousa alheia* e portanto numa coisa que não lhes pertence.

Sendo a *cousa alheia*, pelos poderes que a estes pertencem nessa coisa limitam-se os direitos do proprietário. Quere dizer: os direitos que, em relação às cousas, formam normalmente o conteúdo do direito de propriedade, não podem ser exercidos em toda a sua plenitude. O direito de livre disposição em proveito exclusivo do titular do direito de propriedade está limitado pelos direitos que, em relação à coisa, pertencem a outras pessoas. Essa limitação dá-se, porém, no exercício do direito de propriedade e não no seu conteúdo, tal como este é definido pela lei.

Sendo assim, o direito de propriedade significa um poder absoluto e exclusivo sobre a coisa, mas este

poder é limitado no seu exercício, quanto a determinadas utilidades dessa coisa sobre que outras pessoas podem ter direitos. Estes direitos não podem considerar-se, porém, direitos de propriedade; são direitos sobre coisa alheia.

Dar-se há o contrário se os poderes sobre a coisa se relacionarem com ela de forma que a própria coisa se considere como que idealmente fraccionada, recaindo sobre ela direitos que não representem apenas limitações ao exercício do direito de propriedade, mas o fraccionamento deste direito. Neste caso é que a denominação *propriedades imperfeitas* terá uma significação própria.

É o que se dá com a enfiteuse, em que os direitos do senhorio directo e do enfiteuta se relacionam directamente com a coisa formando o domínio directo e o domínio útil, tendo o enfiteuta, ao contrário do que se dá com o usufrutuário, o direito de usufruir o prédio e dispor dele como coisa sua, e estando este direito limitado, no seu próprio conteúdo, pelos direitos do senhorio directo, de forma que, se o foreiro deteriorar o prédio de modo que o valor dele não seja equivalente ao do capital correspondente ao foro e mais um quinto, o senhorio directo poderá recobrar o dito prédio sem indemnização alguma ao foreiro. São estas as disposições consignadas nos artigos 1672.º e 1673.º, das quais resulta que, pelo contrato de emprazamento, definido no artigo 1653.º, se dá um fraccionamento do direito de propriedade, recaindo os direitos do senhorio do domínio directo e do senhorio do domínio útil sobre coisa própria e não sobre coisa alheia e sendo portanto o enfiteuta, como possuidor da parte do prédio que corresponde ao domínio directo, um possuidor em nome alheio. E assim se explica que o direito de transformação

que, segundo o disposto no artigo 2315.º, abrange a faculdade de modificar ou alterar, por qualquer maneira, no todo ou em parte, e, até, de destruir a substância da própria coisa, e que pertence, como se declara no § único do mesmo artigo, ao dono da coisa, quer esta seja mobiliária, quer imobiliária, pertença ao enfiteuta, mas seja limitado pelo valor que no prédio representa o domínio directo.

Das considerações que acabamos de fazer resulta que o poder de livre disposição que, pelo preceituado no artigo 2167.º, caracteriza o direito de propriedade, se deve relacionar com a própria coisa e não com cada um dos poderes que o direito de propriedade abrange, não podendo considerar-se estes poderes, quando por elles se limita o exercício do direito de propriedade, como representando direitos de propriedade, mas como direitos que onerâm a propriedade, e que, sendo direitos de gozo, representarão o direito de fruir utilidades de coisa alheia. O poder de livre disposição teria de relacionar-se com estas utilidades e não com a própria coisa, e o direito de propriedade significa uma relação directa e immediata com a coisa, pela qual se determina o conteúdo desse direito, como direito absoluto e exclusivo.

Não pode, pois, confundir-se o direito de livre disposição com o direito de alienação, que no n.º 5.º do artigo 2169.º se especifica como um dos direitos que a propriedade abrange. O direito de alienação, que tanto pode significar a transmissão do direito, como a sua perda voluntária independentemente da sua transferência para outro património, dá-se não só em relação ao direito de propriedade mas em relação a quaisquer direitos que o limitam.

Pela expressão — direito de livre disposição, significa-se que à coisa se pode dar o destino que se

julgue mais conveniente, compreendendo-se nesse direito o de destruir a própria substância da cousa.

Sendo esta livre disposição, relacionada com a própria cousa, que caracteriza o direito de propriedade, vê-se que serão águas particulares todas aquelas a que as pessoas a quem pertencem possam dar o destino que julgam mais conveniente, aproveitando-se exclusivamente delas.

Pode o direito de propriedade sobre as águas estar limitado quanto ao seu exercício, sendo as águas susceptíveis, já consideradas de per si, já como formando parte integrante ou componente dos prédios em que nascem ou aos quais pertencem, de direitos que, segundo a linguagem do nosso código civil, formam propriedades imperfeitas. É assim que pode haver sobre as águas o direito de usufruto e de uso; pode haver direito de um prédio sobre águas que nasçam noutro prédio.

É também o direito sobre as águas susceptível de restrições impostas já pelo interesse público, já por utilidade privada.

Em qualquer dos casos haverá limitações ao direito de propriedade, restringindo-se, no seu exercício ou no seu conteúdo, os poderes de livre disposição. As águas serão, porém, particulares, sempre que sobre elas haja o direito de livre disposição, embora limitado no seu exercício, podendo dar-se a essas águas, dentro dos limites fixados pela lei ou dos títulos por que se constitui o direito a elas, o destino que ao seu proprietário aprouver. Quando na própria lei ou no título de aquisição se fixe o destino da água, o modo por que pode ser aproveitada, haverá o direito de uso mas não de propriedade.

Não reconhecemos a necessidade de refutar aqui a doutrina dos juriconsultos que, atendendo à incessante deslocação das águas, consideram estas insusceptíveis, por sua própria natureza, de apropriação exclusiva e portanto de propriedade. Como já notámos, as águas consideram-se no direito como formando determinados volumes e não nas suas moléculas que incessantemente se deslocam.

Se estas não são, pela sua incessante deslocação, susceptíveis de posse exclusiva, não se dá tal insusceptibilidade quanto às águas que correm ou se acham estancadas em prédio ou local determinado. Sobre essas águas podem exercer-se poderes exclusivos e podem ser aplicadas para quaisquer fins.

São as águas assim consideradas que estão no domínio público e no domínio comum. São também as águas assim consideradas que formam as águas particulares, as quais não teem, ao contrário do que sucede com aquelas, destino fixado na própria lei, havendo sobre elas o direito de livre disposição.

Díssemos que o direito de propriedade sobre as águas é susceptível de restrições impostas pelo interesse público e pelo interesse privado. O direito de propriedade não é de modo algum incompatível com tais limitações. Trata-se afinal da regulamentação deste direito, da determinação do seu conteúdo ou dos poderes legais que ele abrange.

As limitações que em matéria de águas há ao direito de propriedade resultam já da natureza dessas águas, como sucede com as minero-medicinais (código civil, artigo 445.º), já do seu uso, como sucede em relação às águas que são aproveitadas para gastos domésticos pelos habitantes de uma

povoação ou casal (código civil, artigo 447.º), já das relações que há entre as águas existentes num prédio e as fontes ou reservatórios de uso público ou comum (código civil, artigo 451.º), já do facto de serem sobejas, podendo ser exigida a concessão dessas águas (código civil, artigo 460.º).

Na regulamentação das águas particulares atendeu-se muito especialmente às relações que há entre elas e os prédios onde brotam, compreendendo-se nos direitos de propriedade dos prédios os direitos às águas neles existentes e considerando-se assim essas águas como partes componentes dos mesmos prédios. É assim que o regime jurídico das fontes e nascentes é, como veremos, completamente diverso do regime das águas particulares que, brotando num prédio, são conduzidas por canais ou aquedutos para outro prédio.

Neste último caso, o direito de propriedade das águas representa um direito sobre o prédio em que as águas nascem, que limita, pelas servidões neste constituídas, os direitos do proprietário. No primeiro caso, o direito às águas representa um poder que está compreendido no direito de propriedade do prédio, podendo este libertar-se de quaisquer direitos nele constituídos pelo simples não uso das respectivas servidões.

74. Enumeração das águas particulares. Definindo o que são cousas particulares, o código civil, ao contrário do que fez em relação às cousas públicas e às comuns, não as enumerou. E na secção em que trata das águas, tendo subsecções relativas às fontes e nascentes, às águas pluviais, e aos canais, aquedutos particulares e outras obras relativas ao uso das águas,

não declara que essas águas sejam particulares, tornando-se necessário verificar quais dessas águas assim se devem considerar em face da definição que de cousas particulares é dada no artigo 382.º

Outro foi o sistema que se seguiu no decreto de 1 de dezembro de 1892.

Neste decreto enumeram-se as águas particulares, declarando-se no artigo 3.º: «São particulares as águas que nascem num prédio particular e por êle correm, enquanto não ultrapassam os limites do mesmo prédio; ou que, ultrapassando êsses limites e correndo por prédios particulares, são consumidas antes de se lançarem em alguma outra corrente pública ou comum. Se porêem se lançarem em alguma outra corrente pública ou comum, deixarão de ser particulares apenas passem os limites do prédio onde nascem.

«§ único. São também particulares os lagos ou lagoas situados em um só prédio particular, e por êle exclusivamente cercados, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso público ou comum».

Atendeu-se nesta enumeração às nascentes e às águas estancadas relacionadas com os prédios em que brotam e correm ou se acham represadas, e, quanto às primeiras, com as correntes públicas ou comuns em que se vão lançar.

Não há, porém, só estas águas particulares, e, quando se trata de determinar o seu regime, de modo algum se pode atender apenas às águas relacionadas com os prédios em que brotam e correm ou se acham estancadas. As águas particulares revestem outras modalidades, que teem, para a determinação do seu regime jurídico, a máxima importância.

Vimos já, quando tratámos das águas comuns, que eram particulares as águas derivadas, por meio de

canais ou aquedutos, das correntes não navegáveis e fluviáveis. Particulares são também as águas sobejas das fontes públicas ou comuns sobre que haja direitos adquiridos ou o direito de livre disposição.

Em relação às águas das nascentes, podem essas águas ser conduzidas por meio de aquedutos para fora do prédio em que brotam. Não deixam por esse facto essas águas de se considerar particulares, mas podem estar, e de facto estão, subordinadas a um regime diverso do das nascentes.

E uma das dificuldades que nesta matéria se suscitam consiste em determinar se o artigo 444.º, em que se trata das *fontes* e *nascentes*, é aplicável apenas às fontes que brotam no próprio prédio, ou se abrange também as fontes que, brotando num prédio, são aproveitadas em lugar mais ou menos afastado e já noutro prédio, quer este prédio pertença quer não ao proprietário do prédio onde há a nascente. Estas dúvidas resultam de que, se a palavra *nascente* tem um sentido determinado, significando o lugar em que a água sai do seio da terra, a palavra *fonte* tanto pode significar o próprio lugar onde a água brota, naturalmente ou artificialmente, como o lugar em que é utilizada, especialmente para a satisfação de necessidades primárias da vida, sendo este último o seu sentido próprio e ao mesmo tempo vulgar. Ora o artigo 444.º, referindo-se ao dono do *prédio onde houver alguma fonte ou nascente de água*, pode sem dúvida abranger, tomada a palavra *fonte* no seu sentido vulgar, as *nascentes* que, brotando num prédio, são aproveitadas, sob a forma de *fonte*, noutro prédio.

Tem-se sustentado, já que as palavras *fonte* e *nascente* são sinónimas, abrangendo apenas as águas que aparecem à superfície no próprio prédio, já que

essas palavras tem significação diversa, querendo o legislador abranger também na palavra *fonte* as nascentes que, por meio de obras adequadas, são aproveitadas com mais comodidade noutro local.

Tendo a palavra *fonte* este sentido, seria imprescritível o direito às águas que, sendo derivadas de um prédio, fossem aproveitadas noutro prédio, e o direito a essas águas só poderia ser alienado por escritura ou auto público. Não poderia, pois, libertar-se pela prescrição o proprietário do prédio onde brota a água do encargo que, em proveito de outro prédio, nele se estabelecem.

Levar-nos-ia ineludivelmente a esta conclusão a disposição consignada no § único do artigo 444.º, que aplica às fontes e nascentes a disposição exarada no artigo 439.º Mas é de notar desde já que, embora fosse em tal caso imprescritível o direito à água, não o seria a servidão que para esse efeito se constituísse. A disposição consignada no artigo 2279.º é sem dúvida aplicável às servidões constituídas para o aproveitamento das águas. E teríamos assim que, subsistindo o direito à água, porque tal direito é imprescritível, haver-se-ia perdido pela prescrição o direito de conduzir a água para o prédio em que era aproveitada.

Distinguir em tal caso o direito à água, considerando-o imprescritível, do direito à servidão constituída para o aproveitamento dessa água, seria completamente inadmissível. E sendo certo que, tanto para esta servidão, como para o direito de utilizar a água, se constituiu uma situação subjectiva, e que por esta situação se limitam ou restringem os direitos do proprietário onde há a nascente, vê-se que nenhuma razão há para que tal direito se considere imprescritível.

Ao consignar na lei o princípio de que o direito de livre disposição sobre as fontes e nascentes é imprescritível e só pode ser alienado por escritura ou auto público, teve sem dúvida o autor do código civil em vista que o facto de se abandonarem as águas ao seu decurso natural, de forma a poderem ser aproveitadas pelos prédios inferiores, representava um acto de mera tolerância do proprietário do prédio onde elas brotam, não podendo assim invocar-se o aproveitamento dessas águas, até no caso de para esse efeito se terem realizado obras no prédio onde há a nascente ou de haver opposição não seguida, como meio de as adquirir pela prescrição.

É óbvio, porém, que não pode de modo algum aplicar-se esta consideração ao caso de se aproveitarem num prédio águas que brotam noutro prédio, limitando-se por essa forma os direitos do proprietário d'este prédio. Não se trata evidentemente, em relação ao proprietário do prédio onde há a fonte, de um poder legal ou direito facultativo que o direito de propriedade abrange. Este direito pertence ao proprietário do prédio onde há a nascente. É ele que tem, pelo seu poder absoluto e exclusivo sobre o prédio onde há a nascente e de que esta forma parte componente, o direito de livre disposição sobre a água dessa nascente, podendo aproveitá-la ou não como melhor lhe convier. É esse o direito que o

ância que tem, para a determinação do regime jurídico das águas particulares, a origem e modalidades dessas águas.

Atendendo a este critério, afigura-se nos que podemos enumerar desta forma as águas particulares:

1) Fontes e nascentes, compreendendo nestas palavras as águas que brotam em prédios particulares emquanto não saem dos limites desses prédios. Nas fontes e nascentes temos de tratar em especial das águas minero-medicinais, cujo regime é determinado pelo decreto de 30 de setembro de 1892, pelo regulamento de 5 de julho de 1894 e pelo decreto n.º 4718, de 12 de julho de 1918, publicado no *Diário do governo* n.º 176, de 12 de agosto.

2) Os lagos ou lagoas situados em prédios particulares e por elles exclusivamente cercados que não sejam alimentados por alguma corrente pública ou comum.

3) Os aquedutos ou canais por que são conduzidas as águas que, brotando num prédio particular ou em terreno público ou de logradouro comum, são aproveitadas noutros prédios, tanto para irrigação ou fins industriais como para usos domésticos. São águas derivadas de nascentes, mas estas existem em prédio diverso daquele em que as águas se utilizam, e o direito a essas águas não está subordinado aos mesmos princípios que o das fontes e nascentes cuja águas se aproveitam no próprio terreno onde elas brotam. Nestas águas particulares compreendemos as fontes e nascentes que, saindo do prédio onde brotam, são consumidas antes de se lançarem em alguma corrente pública ou comum, e que o decreto de 1 de dezembro de 1892 considera particulares. Notaremos, porém, desde já que, sendo essas águas abandonadas ao seu curso natural, o aproveitamento delas fica naturalmente dependente da natureza do terreno onde elas correm.

4) As águas provenientes de gaivagem, canos falsos, valas, guardamatos, alcorcas ou de qualquer outro modo de enxugo de prédios, enquanto não chegarem a alguma corrente pública ou comum em que essas águas se escoam.

5) As águas derivadas de correntes públicas ou de uso comum por meio de canais, valas ou aquedutos que não estejam no domínio público ou no domínio comum e a que haja direito adquirido.

6) As águas pluviais que caem ou correm em prédios particulares.

7) As águas subterrâneas existentes em prédios particulares.

Não incluímos nas águas particulares os canais de irrigação, as albufeiras, estabelecimentos de piscicultura ou piscicultura, viveiros, parques e quaisquer presas ou correntes artificiais de águas que forem exclusivamente possuídas por uma pessoa, colectiva ou singular, nos termos do artigo 63.º do regulamento dos serviços aquícolas de 20 de abril de 1893, apesar de assim serem consideradas, para o efeito do exercício da pesca, por este decreto. Trata-se, sempre que êsses estabelecimentos existam em águas públicas ou comuns, de verdadeiras concessões que, para fins determinados, são feitas em águas do domínio público ou comum. Não existe, pois, sobre essas águas o direito de livre disposição, devendo o concessionário aplicar essas águas ao fim para que são destinadas.

Como temos notado, no domínio publico e no domínio comum pode haver usos especiais, sendo êsses usos facultados pelo poder executivo dentro dos limites da lei e não perdendo por êsse facto a qualidade de cousas públicas ou comuns aquelas em relação às quais se concedem êsses usos.

Como se vê da enumeração que fizemos, não nos limitaremos a expor as normas que, sob a epígrafe *Das fontes e nascentes*, se acham consignadas nos artigos 444.º a 452.º e que se referem, já às fontes e nascentes, já à exploração de águas subterrâneas tanto em prédios particulares como em terrenos públicos ou de logradouro comum. Trataremos também das águas a que se referem os artigos 454.º, 460.º e 462.º

O decreto de 1, no artigo 9.º §§ 1.º e 2.º; e o regulamento de 19 de dezembro de 1892, no artigo 5.º; sem dúvida se referem a todas estas águas, apesar de o decreto de 1 de dezembro não as compreender todas na enumeração que das águas particulares fez no artigo 3.º Parece até que, por este artigo, as fontes e nascentes deveriam considerar-se públicas ou comuns logo que saíssem do prédio em que brotam e se fossem lançar em alguma corrente pública ou comum, embora a derivação das águas se fizesse artificialmente. Certo é, porém, que, e já o notámos, as águas das fontes ou nascentes só se tornam públicas ou comuns, quando saem, abandonadas ao seu leito natural, do prédio onde brotam ¹.

¹ No projecto que o deputado dr. J. A. Ferreira da Silva apresentou à câmara dos deputados em 19 de abril de 1917 especificam-se assim as águas particulares no

«Artigo 2.º São de domínio particular:

«1.º As águas que nascerem em algum prédio particular e as pluviais que nele caírem, enquanto não transpuserem abandonadas os limites do respectivo prédio, ou que, ultrapassando êsses limites e correndo por prédios particulares, são consumidas antes de se lançarem no mar ou em outras águas do domínio público, se, porém, se lançarem no mar ou em outras águas públicas, deixarão de ser particulares apenas passarem os limites do prédio onde nascem ou caírem.

«2.º Os lagos ou lagoas existentes dentro de algum prédio particular que não sejam alimentados por corrente pública;

12.º — Das fontes e nascentes

75. *As fontes e nascentes de que trata o artigo 444.º são considerados como partes componentes dos prédios.* O artigo 444.º do código civil está assim formulado: «O dono do prédio em que houver alguma fonte ou nascente pode servir-se dela e dispor do seu uso livremente, salvo o direito de algum terceiro tenha adquirido a êsse uso por justo título».

Sabemos que foi a disposição consignada neste artigo a que, em matéria de águas, motivou mais larga e parece que mais acalorada discussão, pois já transcrevemos as resoluções sucessivas que acêrca dela foram tomadas pela comissão revisora¹. Vê-se do confronto dessas resoluções que ao dono do prédio onde brota alguma nascente se quis atribuir plena liberdade pelo que respeita ao uso dessa nascente, quer esta fosse natural, quer artificial, sendo suprimida a distinção que a êste respeito se fazia na proposta de Herculano, e sendo rejeitada a restrição que, em relação ao uso da água das nascentes, que apenas se considerava legítimo em proveito pessoal do proprietário do prédio ou do mesmo prédio, foi proposta por um dos membros da comissão.

Fala-se no artigo citado do *uso* da fonte ou nascente, porque o proprietário apenas tem o direito de

«3.º As águas subterrâneas que nos prédios particulares se encontram;

«4.º O álveo das correntes não navegáveis nem flutuáveis e bem assim o das águas pluviais que atravessarem ou banharem prédios particulares;

«5.º Os canais, levadas e aquedutos construídos por pessoas singulares ou colectivas para derivação das águas públicas ou particulares no interesse da agricultura ou da industria».

¹ Veja-se o n.º 11, páginas 69-71.

dispor livremente da água enquanto esta decorre nos limites do seu prédio, não tendo êsse direito sobre a mesma água uma vez que esta, abandonada, ultrapasse os limites do seu prédio. A *agua profluens* é, por sua própria natureza, insusceptível do direito de propriedade; é uma coisa *nullius*, só podendo apropriar-se em volumes ou porções determinados.

E como, à medida que as águas se deslocam, se perde o direito de livre disposição que sobre elas há, o legislador, pretendendo significar que o direito de propriedade não se exerce sobre as águas do mesmo modo que sobre as outras cousas, usou da expressão *pode servir-se delas e dispor do seu uso livremente*. O proprietário do prédio onde as águas brotam pode, mas só enquanto estas forem parte componente do mesmo prédio, usar dêsse direito, que é para êle meramente facultativo, pois está compreendido no direito de propriedade sobre o prédio.

Recaindo o direito de propriedade sobre as águas enquanto fazem parte do prédio onde brotam, sendo na qualidade de proprietário do prédio que o dono dêste delas pode servir-se e dispor do seu uso livremente, segue-se que o proprietário de um prédio confinante poderá aproveitar-se livremente das águas que, fugidas do prédio onde brotam, entram naquele prédio. Sobre essas águas já o proprietário do prédio onde elas brotam não tem o direito de livre disposição. As águas são, pois, susceptíveis do crime de furto, mas apenas dentro dos limites do prédio onde nascem ou em qualquer aqueduto por que sejam conduzidas, através de prédios próprios ou alheios.

A doutrina exposta é uma aplicação do princípio formulado no artigo 2288.º, segundo o qual o direito de fruição do solo abrange, não só o mesmo solo em toda a sua profundidade, salvas as disposições da lei

em relação a minas, mas também o espaço aéreo correspondente ao mesmo solo, na altura susceptível de ocupação. E a mesma doutrina havia sido formulada já no direito romano, que considerou particulares as fontes e nascentes que brotam em prédios particulares — *portio enim agri videtur aqua viva*, evidenciando assim que o direito sobre as fontes e nascentes não era mais do que um direito resultante do direito de propriedade sobre os prédios respectivos, de que as fontes e nascentes eram partes componentes.

Podendo o proprietário do prédio onde brotam as fontes e nascentes servir-se delas e dispor do seu uso livremente, segue-se que não só pode dar a essas águas, dentro dos limites do seu prédio, o destino que lhe convier, mas pode também utilizar-se da água dessas fontes ou nascentes fora dos limites do seu prédio para quaisquer fins e alienar essas águas. O poder de livre disposição do uso das águas só existe em relação às mesmas águas enquanto fizerem parte do prédio, mas este poder de livre disposição não é limitado pelas necessidades pessoais do proprietário do prédio ou pelas necessidades do próprio prédio. Quanto às fontes e nascentes que houver no prédio, o poder de livre disposição reconhecido ao proprietário dá-se em relação a quaisquer fins a que as águas se destinam.

Claramente se vê que é esta a doutrina sancionada no código não só pela fórmula *livre disposição*, mas pelos limites que a esta livre disposição são postos pelo mesmo artigo 444.º e pela referência que ao § único deste artigo se faz ao artigo 439.º. É assim que, como restrição ao direito de livre disposição, se declara no artigo 444.º — salvo o direito que algum

terceiro tenha adquirido a esse uso por justo título — donde resulta que, não existindo este direito, o proprietário do prédio onde há a fonte ou nascente pode dar às respectivas águas a aplicação que julgar mais conveniente. E do § único do artigo 444.º, pela referência que nele se faz ao artigo 439.º, vê-se que o proprietário da nascente pode alienar o seu direito às águas, contanto que essa alienação seja feita em escritura ou auto público.

Trata-se neste artigo não de uma renúncia, mas de uma alienação propriamente dita, sendo como é o direito às águas que nascem no prédio um direito de propriedade, resultante de uma situação subjectiva, e não apenas um poder legal. Esse direito está compreendido no direito de propriedade sobre o prédio, mas pode destacar-se deste, constituindo de per si objecto do direito de propriedade.

É assim que, como no artigo 444.º expressamente se declara, pode haver direitos adquiridos sobre as águas que brotam em prédio alheio. Não se determina neste artigo precisamente qual é a natureza deste direito pelo que respeita ao seu conteúdo. Certo é todavia que por ele se limitam os direitos do proprietário do prédio em relação à livre disposição das fontes e nascentes que nele houver, e que esse direito é um direito adquirido e não um mero poder legal.

E também não é um mero poder legal o direito do dono do prédio sobre as fontes ou nascentes que nele houver. Compreendido no direito de propriedade do prédio, de que as águas são parte componente, adquire-se o direito a essas águas pelo mesmo título por que se adquire direito ao prédio. O direito às águas não deriva, pois, da mera disposição da lei, não é condicionado apenas pelo direito de propriedade sobre o prédio; faz parte deste.

Donde se conclui que terão efeito retroactivo as disposições de lei que não se limitem a regular o direito às águas das fontes, a determinar o seu conteúdo, mas privem o dono do prédio desse direito. Neste caso haverá uma verdadeira expropriação.

É óbvio que ela se dará em relação a quem tenha adquirido direito a essas águas, considerando-as em separado do prédio onde brotam. E sendo assim, como efectivamente o são pelo nosso código civil, as águas consideradas de per si susceptíveis do direito de propriedade, também o são no próprio prédio onde nascem, sendo as águas portanto objecto do direito de propriedade e não apenas um poder legal que o direito de propriedade abrange. A expropriação do direito às águas representa, pois, a expropriação de uma parte do prédio onde elas brotam.

Vê-se assim que o direito que ao dono do prédio onde houver fontes ou nascentes se atribui não é um direito da mesma natureza que o direito dos proprietários marginais às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis. O direito a estas águas é apenas condicionado pelo direito de propriedade sobre os prédios que elas banham ou atravessam; o direito às fontes e nascentes está compreendido no próprio direito de propriedade sobre o prédio. Pode o direito às águas ser limitado por lei, como o pode ser o direito sobre o prédio. Trata-se em todo o caso de um direito de propriedade e não de um mero poder legal condicionado por este direito.

A expressão do artigo 444.º *prédio onde houver alguma fonte ou nascente* significa, a nosso ver, a fonte ou nascente que brotar no próprio prédio. A primeira parte do artigo 444.º não se aplica, pois, às fontes que brotem em prédio alheio. O direito às águas

destas fontes está reconhecido na última parte do artigo 444.º, em que se ressalva o direito que alguém assim tenha adquirido a esse uso por título justo.

Parece ter seguido doutrina contrária o dr. Assis Teixeira¹, que, atendendo à significação da palavra *fonte*, considera abrangidas no artigo citado tanto as fontes que, brotando num prédio, nele são aproveitadas, como as que são aproveitadas noutra prédio, subordinando-as ao mesmo regime.

As considerações que temos feito mostram que esta doutrina não é verdadeira. A fonte ou nascente é, no prédio onde brota, uma parte componente desse prédio. É só sobre essa fonte ou nascente que, como coisa própria, há o direito de livre disposição. O direito a uma fonte que não tenha a sua nascente no próprio prédio mas em prédio alheio, já não é, considerando-se a fonte relacionada com o prédio, um direito em coisa própria, mas um direito em coisa alheia. Para o aproveitamento da água tem de constituir-se o direito de servidão, limitando-se assim os direitos do proprietário, e, quando se considere o direito sobre as águas como um direito de propriedade, o direito de propriedade sobre o prédio estará fraccionado pelo direito que à água tem um terceiro.

Ora o artigo 444.º, ressaltando os direitos adquiridos à água das fontes, depois de haver relacionado

parte às águas que nasçam no próprio prédio, com-

¹ Das fontes e nascentes, página 34.

preendendo-se portanto nas fontes os lugares em que as águas sejam aproveitadas para usos pessoais e domésticos dentro dos limites desses prédios. As fontes que nasçam em prédio alheio são abrangidas na segunda parte do artigo 444.º, não sendo o regime dessas fontes o mesmo que o das que existem no próprio prédio onde as águas brotam.

76. *O que compreende a palavra prédio do artigo 444.º* Nas palavras fontes e nascentes compreendem-se todas as águas nativas que haja no prédio e neste venham à superfície. É completamente indifferente o percurso subterrâneo dessas águas, recaindo os direitos do proprietário do prédio sobre todas as águas que nele brotem dentro dos limites do mesmo prédio. É assim que, com respeito à exploração de águas subterrâneas, se declara no artigo 2322.º que nenhum proprietário pode estender as suas minas e excavações além da linha perpendicular divisória, sem consentimento do seu vizinho. O limite posto neste artigo à exploração das águas subterrâneas é o mesmo que, em relação às águas superficiais, é posto pelo artigo 444.º, quando se refere às fontes e nascentes que no prédio houver.

O facto de as águas que brotam num prédio atravessarem em veios subterrâneos prédios alheios pode determinar a perda do direito a essas águas pela exploração de águas nos prédios que elas atravessam. Enquanto não se fizer essa exploração, o proprietário do prédio onde as águas brotam terá sobre elas o direito de livre disposição.

Nos limites do prédio não pode deixar de ser abrangido o leito das correntes não navegáveis nem fluatáveis e dos lagos de uso comum, na parte em

que êsse leito se considera pertencente ao mesmo prédio. Sustentou doutrina contrária o dr. Assis Teixeira ¹, mas, em face da disposição consignada no artigo 381.º §§ 4.º a 7.º, não pode seguir-se essa doutrina, que já foi discutida nos nossos tribunais relativamente a umas nascentes de água medicinal, termal e sulfúrea do rio Visella.

A questão que sobre o aproveitamento dessas nascentes se levantou entre a Companhia dos Banhos de Visella e o proprietário do prédio fronteiro a essas nascentes foi decidida atribuindo-se a propriedade dessas nascentes ao dono do prédio.

Por ser muito elucidativa transcrevemos parte da tenção que a êste respeito foi feita pelo emérito juiz dr. Joaquim Bernardo Soares.

«Está averiguado pelas provas dos autos, testemunhas e vistorias e também por confissão e acôrdo de autores e réus, que o rio Visella é *corrente comum*, que corre entre o prédio cerrado dos autores na margem esquerda e o Parque da ré na margem direita, assim como averiguado e reconhecido está pela mesma forma que no tracto do rio, compreendido entre a linha marginal do prédio dos autores e a linha média do seu álveo, existe uma nascente de água *minero-sulfurosa* (distância de dois a três metros) que é a nascente em questão. E sendo assim e não podendo duvidar-se que aos autores pertence a propriedade dêsse tracto do álveo do rio, porque lha confere e reconhece o artigo 381.º § 5.º do citado código, e abrangendo essa propriedade o *solo em toda a sua profundidade*, artigo 2288.º do mesmo código, é manifestamente concludente e jurídico que aos

¹ *Das fontes e nascentes*, página 26, nota 1.

autores pertence, como donos do seu cerrado marginal, a referida nascente.

«Os réus, apertados nestas prescrições legais, sem onsarem negar e abertamente contrariá-las, alegam que, estando e brotando a nascente na corrente, e misturando-se e confundindo-se as águas desta, os autores apenas teem direito ao uso delas na corrente, nos termos do artigo 436.º do código, e não podendo delas dispor, a propriedade dos autores seria uma *propriedade especial, sui generis*.

«Vai, porém, nesta argumentação uma notável confusão de ideas. O artigo 436.º regula o uso das águas da corrente que banha os prédios marginaes adjacentes a ela, e não é destas águas, mas das de nascentes, que aqui se trata, e estas estão quanto ao seu uso reguladas pelo artigo 444.º, segundo o qual o dono do prédio onde brotam pode servir-se delas e dispor do seu uso livremente, salvo o direito de terceiro legitimamente adquirido.

«É certo que as águas da nascente de que se trata, brotando, derramando-se e misturando-se com as da corrente, são *móveis* como estas, e não podem, neste estado, apropriar-se por forma diversa da dos artigos 434.º e 436.º, mas desde que possam separar-se das da corrente são *imóveis*, com a nascente de que brotam, e constituem propriedade do dono do solo em que existe a nascente e a água sai e rebenta. Se as águas da nascente não pudessem ser apropria-

ção poderia captar»

¹ Vide a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 30.º, n.º 1373, página 330. No mesmo sentido se pronunciou a sentença de 1.ª instância e os acórdãos da Relação do Porto de 25 de maio de 1897 e do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de maio de 1898, que foram publicados no mesmo volume, páginas 313, 329 e 359 e no volume 31.º, página 28.

77. *Direitos sobre fontes ou nascentes que brotem em prédio alheio; sua natureza e como se adquirem e perdem.* Atribuindo o artigo 444.º ao proprietário do prédio o direito de livre disposição sobre as fontes e nascentes que nele houver, ressalva o direito que algum terceiro tenha adquirido ao uso dessas fontes ou nascentes por justo título.

Na fórmula *direito que algum terceiro tenha adquirido a esse uso* pode compreender-se, já um direito de uso limitado, que representará, em relação ao proprietário do prédio, uma restrição ao direito de livre disposição sobre as águas das fontes e nascentes, já o direito de livre disposição sobre estas, caso em que o proprietário do prédio onde elas brotam não poderá servir-se delas e dispor do seu uso livremente. Assim, se *A* faz um contrato com *B* obrigando-se mediante determinado preço a ceder-lhe todas as águas que nascem num prédio seu e que não sejam necessárias para a irrigação do mesmo prédio, transmitirá para *B* o direito às águas sobejas e limitará o direito de livre disposição sobre as águas da nascente, que só poderá aplicar legitimamente, por força do contrato entre elle e *B*, na irrigação do seu prédio. Se, em vez de ceder apenas o direito às águas sobejas, *A* vender a nascente que há num prédio seu não reservando sobre ella direito algum, não só deixará de ter o direito de livre disposição sobre essa nascente, mas nem sequer dela poderá servir-se sem consentimento da pessoa para quem transmitir esse direito.

Quando sobre uma fonte ou nascente em prédio alheio haja um direito de uso, este direito, que terá como consequência a constituição da servidão de presa ou de aqueduto nesse prédio, não poderá

considerar-se de per si uma servidão, até no caso em que o direito de uso da água se limite à irrigação de outro prédio ou ao seu uso industrial. O direito de uso dá-se sobre a água e não sobre o prédio; representa a fruição de utilidades existentes no prédio e não apenas um encargo neste constituído em benefício de outro prédio.

Ora na teoria das servidões; tal como se acha formulada no nosso código civil, elas são um direito de uso constituído num prédio em benefício de outro prédio e não um direito de fruição de produtos ou utilidades daquele prédio. Sempre que este direito existe e representa um direito sobre a própria coisa e não um vínculo de obrigação pessoal a que o proprietário do prédio fique adstrito, a propriedade imperfeita que, na linguagem do nosso código civil, assim se constitui não pode chamar-se servidão.

Para se ver que o não é, bastará notar que o direito à água que brota em prédio alheio pode deixar de estar relacionado com determinado prédio, havendo sobre essa água o direito de livre disposição. Não haverá neste caso prédio dominante, e a existência deste prédio é essencial nas servidões, que não podem separar-se dele. É iniludível, pois, a consequência de que, pelo menos neste caso, não haverá um mero direito de servidão. E não o haverá também em todos os casos em que a água seja objecto do direito.

Considerando-se a fonte ou nascente como sendo de per si objecto do direito de propriedade, e admitindo-se, como não pode deixar de se admitir, que o direito a essa água pode estar fraccionado, o direito que assim se constitui sobre a água será, considerando-se esta como objecto do direito e não o prédio em que brota, um direito de compropriedade ou de fruição, tendo os comproprietários ou consortes direito

a uma determinada parte dessa água, se já está dividida, ou a uma parte que poderá ser determinada, se ainda o não está.

O direito à água pode ser simultâneo ou sucessivo e este ter até carácter eventual, como no caso em que apenas seja cedido o direito às águas sobejas. O direito de fruição recairá em tal caso apenas sobre estas águas.

Quando o direito às águas que brotem em prédio alheio esteja relacionado com determinado prédio, só podendo ser neste applicadas, essas águas representarão um acessório ou parte integrante deste prédio, ficando subordinadas ao mesmo regime que elle, de forma que o direito às águas se entenderá comprehendido em qualquer acto de alienação ou de obrigação respeitante ao prédio.

E' assim que, sendo vendido um prédio que tem direito a águas que brotam noutro prédio, este direito ficará pertencendo ao adquirente, embora no título de venda se não faça referência às águas. Do mesmo modo, se for arrendado esse prédio, o arrendatário terá direito às águas com que era irrigado. Em qualquer dos casos, para que o comprador ou arrendatário não fique tendo direito às águas, necessário é que nos respectivos títulos se faça expressamente essa declaração.

O direito de uso de fontes ou nascentes que brotem em prédio alheio, quer esteja, quer não, relacionado com outro prédio, representará sempre um direito de fruição dessas águas, e, considerando-se estas como objecto desse direito, será, sendo perpétuo, um direito de compropriedade, ou, quando seja temporário, um direito de usufruto. A circunstância de o direito de uso pertencer a outro prédio apenas tem importância para a determinação do regime a que

essas águas ficam subordinadas, não alterando a natureza do direito sobre elas.

Determinada a natureza do direito sobre as fontes e nascentes que brotam em prédio alheio, vejamos como esse direito se adquire e se perde.

No § único do artigo 444.º preceitua-se que são aplicáveis às águas, de que trata este artigo, as disposições dos artigos 438.º e 439.º São, pois, as águas das fontes e nascentes regidas pelas mesmas normas, quanto à sua aquisição e alienação, que as águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis.

Ressalvaram-se no artigo 438.º, quanto a certas e determinadas águas destas correntes, os direitos adquiridos ao tempo da publicação do código civil por lei, uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescrição.

Referindo-se a palavra *lei* ao facto material da preocupação, não se dando esta senão sobre as águas públicas e não sendo assim consideradas as fontes e nascentes de prédios particulares, segue-se que as águas destes prédios não podiam adquirir-se por esse meio. Podiam, porém, adquirir-se pela preocupação as águas existentes em terreno de logradouro público ou comum, e, quando se desse a alienação desses terrenos, manter-se ia o direito assim adquirido.

Sendo o *uso e costume* as praxes seguidas no aproveitamento das águas, e podendo haver estas praxes em relação a determinadas águas de fontes ou nascentes, os direitos por esse meio adquiridos foram ressalvados. Assim, se os habitantes de uma determinada povoação costumavam usar das águas de uma fonte ou nascente para usos domésticos e para bebedouro dos animais; se as águas dessa nascente eram represadas em determinado local, dentro ou fora

do prédio em que a nascente brotava, e delas costumavam usar, para a irrigação dos seus prédios, determinados proprietários, essas praxes, observadas ao tempo em que o código civil foi publicado, representam um direito adquirido.

Na *concessão expressa* entra qualquer título de alienação que, em harmonia com a legislação em vigor ao tempo que o código civil foi publicado, se deva considerar válido.

Por *sentença* terá sido judicialmente reconhecido qualquer título por que haja sido adquirido o direito às fontes e nascentes, e a *prescrição* representará a perda do direito às mesmas fontes e nascentes pela posse delas por terceiro, quando nesta se dêem os requisitos do § único do artigo 438.º

Ressalvando os direitos assim adquiridos, o artigo 439.º declara de futuro imprescritível o direito às águas das fontes e nascentes e que só poderá ser alienado por escritura ou auto público.

Tendo esta disposição, em relação às águas particulares, carácter excepcional, não pode deixar de se aplicar restritivamente. É assim que, tratando o artigo 444.º das fontes e nascentes relacionadas com os prédios onde brotam e de que se consideram partes componentes, não poderá aplicar-se a disposição consignada no § único do mesmo artigo aos direitos às fontes e nascentes em prédios alheios.

Em relação a estes direitos, teremos de aplicar os princípios gerais e não a disposição excepcional consignada no § único. Não se trata evidentemente do regime das fontes e nascentes, mas de direitos constituídos sobre as fontes e nascentes, pelos quais se limitam os direitos do proprietário do prédio em que elas brotam. E o § único citado, referindo-se às

águas de que trata o artigo 444.º, determina o regime das fontes e nascentes e não dos direitos que sobre essas fontes e nascentes se tenham constituído. Consideram-se nele as águas objectivamente, como elemento componente do prédio em que brotam, e não subjectivamente, em relação a determinadas pessoas que a elas hajam adquirido qualquer direito.

Sendo assim, vê-se que os direitos às águas em prédio alheio ficam sujeitos às normas gerais relativas à aquisição e perda de bens imobiliários. E sendo o direito a essas águas um direito constituído em prédio alheio, importando êsse direito a servidão de presa ou de aqueduto, vê-se também que êle pode perder-se por qualquer dos factos que determinam a extinção das servidões e portanto pelo seu não uso pelo tempo necessário para que se dê a prescrição. É a conclusão a que necessariamente nos leva a disposição consignada no artigo 530.º do código civil.

Não se trata, neste caso, em relação ao proprietário do prédio onde há a nascente, de uma prescrição positiva propriamente dita, não se tornando necessária a posse por parte dele como condição necessária para a aquisição do direito à água. Como limitação ao direito de propriedade, o direito à água que brote em prédio alheio deixa de subsistir pelo simples não uso durante o tempo necessário para a prescrição, restabelecendo-se assim a situação normal do proprietário do prédio onde há a fonte ou nascente, que sobre ela fica tendo o direito de livre disposição.

É julgamos que, quem haja adquirido direito às fontes e nascentes em prédio alheio, poderá perder êsse direito não só em proveito do proprietário do prédio, mas ainda em proveito de terceiros. É assim que, sendo irrigado um prédio com a água da nas-

cente que brota noutro prédio, que era conduzida através dêste por meio de um canal ou aqueduto que já se achava construído quando o código civil foi publicado, e havendo decorrido até então o tempo necessário para a prescrição, se, posteriormente à publicação do código civil, o proprietário do prédio que era irrigado deixar de usar dessa água e esta for conduzida para outro prédio mediante um canal ou aqueduto construído no próprio prédio que era irrigado ou em outro prédio superior a êste, entendemos que, havendo decorrido o tempo necessário para, pela prescrição, se constituir o direito à servidão continua e aparente do aqueduto, o proprietário do prédio que tinha direito à água já não poderá exercer êsse direito. Não se trata neste caso de uma fonte ou nascente, mas do direito à água de uma fonte ou nascente que é conduzida, através de um aqueduto, para outro prédio pertencente a dono diferente.

Ora a estas águas não se applica a disposição, que é excepcional, do § único do artigo 444.º, mas os princípios gerais relativos à prescrição da propriedade imobiliária. E, em harmonia com estes princípios, pode dar-se a prescrição acquisitiva em favor de terceiros desde que, conforme as diversas condições da posse, haja decorrido o tempo necessário para essa prescrição.

É assim que, se na hipótese que em último lugar figuramos, o proprietário do prédio que construiu o aqueduto para a derivação da água o alienar, declarando-se no respectivo titulo que êsse prédio tem direito à água da nascente que brota no prédio tal e que para êle é conduzida através do prédio tal, que com ela era irrigado ao tempo em que o código civil foi publicado e que a ela tinha direito adquirido,

tendo sido registado o título de aquisição e estando o adquirente de boa fé, a prescrição dar-se há em dez anos, conforme o disposto no artigo 526.º n.º 2.º

Se não se tratasse de um direito adquirido às águas de uma nascente em prédio alheio, mas do direito às águas da mesma nascente no prédio em que esta brota, tendo sido construído neste prédio o aqueduto para a condução dessas águas posteriormente à publicação do código civil, o direito a elas não poderia adquirir-se pela prescrição. O código, considerando esse direito compreendido no direito de propriedade do prédio e portanto facultativo o seu uso, declara esse direito imprescritível.

O direito de livre disposição dessas águas é, portanto, nos termos do artigo 439.º, um direito imobiliário a que não podem aplicar-se as disposições gerais relativas à prescrição dos bens imobiliários, constituindo esse direito uma excepção expressamente declarada na lei e a que no artigo 530.º se faz referência.

No § único do artigo 444.º declara-se imprescritível o direito às águas das fontes e nascentes e que essas águas só podem ser alienadas por escritura ou auto público, considerando-se tais águas em separado do prédio onde elas brotam e constituindo portanto de per si objecto de direito. Consideradas essas águas como partes componentes do prédio onde brotam, o regime a que elas estão sujeitas é o do próprio prédio, podendo o direito às águas prescrever com o direito ao prédio e podendo ser alienadas pela mesma forma que este.

Desde que foi publicado o decreto n.º 4170, de 26 de abril de 1918, para a alienação do prédio exigem-se as mesmas formalidades que para a alie-

nação do direito à água em separado do prédio onde ela brota, visto que, em virtude do disposto no artigo 4.º n.º 1.º dêsse decreto, para a alienação de bens imobiliários se exige sempre escritura pública ou documento autêntico fora da nota, e que este documento se deve considerar como auto público para o efeito do § único do artigo 444.º

Este parágrafo não exclui também a alienação do direito às águas juntamente com o prédio de que estas sejam parte accessória ou integrante. É assim que, sendo alienado um prédio que é irrigado com a água de uma determinada fonte ou nascente que brota noutro prédio e pertencendo este ao mesmo proprietário, com a alienação do prédio entender-se há alienado o direito à água, se no prédio alienado houver sinal ou sinais aparentes de que este era irrigado com essa água.

A servidão de aqueduto ou de presa entender-se há constituída por destinação do pai de famílias, nos termos do artigo 2274.º, e o direito à água considera-se, sendo essa água um accessório do prédio, compreendido na alienação d'ele.

O princípio em que se funda o artigo 2274.º ou em que assenta a presunção que nele se estabelece é o de que se transmite o prédio no estado em que o gozava o seu proprietário ao tempo da transmissão. A situação de facto converte-se, por esta transmissão, em situação jurídica, e nesta devem compreender-se não só as servidões, a que o artigo 2774.º se refere, quando dessas servidões, quer sejam contínuas, quer descontínuas, existam sinais aparentes e permanentes que as atestem, mas os direitos para cuja fruição essas servidões se constituíram, e que, assim relacionados com o prédio, são accessório ou parte integrante d'este.

Assim, se num prédio houver colunas de pedra destinadas a suportar uma caleira pela qual era conduzida, em dias determinados, a água de uma nascente que nele brota para outro prédio pertencente ao mesmo proprietário, sendo alienado o prédio para onde era conduzida a água e não se fazendo no título de alienação nenhuma referência a ela, entender-se há que o prédio tem direito a ser irrigado com a mesma água com que até então o era.

Era esta a situação de facto ao tempo em que se alienou o prédio e entende-se, como se devia entender, que, sempre que no respectivo título se não faça declaração em contrário, foi essa situação que as partes tiveram em vista quando realizaram o contrato.

Refere-se o artigo 2274.º a sinais postos pelo proprietário dos dois prédios, parecendo assim que não tem lugar a aplicação do artigo citado quando esses sinais não hajam sido postos por êle, mas já existam ao tempo em que êle adquiriu qualquer dos prédios. Assim, no exemplo que demos, se o proprietário houver adquirido o prédio onde há a nascente posteriormente à construção nesse prédio das colunas destinadas a conduzir a água para o prédio que alienou e que já lhe pertencia, essas colunas não serão sinais postos por êle que atestem a servidão de um para outro prédio. É certo é que, se havia a servidão ao tempo em que se adquiriu o prédio onde há a nascente, essa servidão se extinguiu pela reunião dos dois prédios, dominante e serviente, na mesma pessoa (artigo 2279.º n.º 1.º).

Na nossa jurisprudência tem-se equiparado o caso de os sinais serem postos pelo proprietário dos dois prédios ao de estes serem adquiridos com esses

sinais, uma vez que o proprietário os conserve, considerando-se incorrecto o dizer da lei ¹.

Não temos dúvida quanto à subsistência das servidões e dos direitos de gozo para que estas se tenham constituído no caso em que os sinais apparentes e permanentes não hajam sido postos pelo proprietário, tendo êste adquirido e conservado os prédios com êles. Há, todavia, a nosso ver, uma situação jurídica diversa nos dois casos.

Quando um dos prédios haja sido adquirido com uma servidão activa ou passiva já constituída e se conservem os sinais que atestam essa servidão, não é só por estes sinais que se dá a subsistência dessa servidão, mas também pelos próprios títulos relativos aos prédios, títulos que, desaparecendo a servidão pela reunião dos dois prédios na mesma pessoa, revivem quando por qualquer motivo êsses prédios deixam de pertencer ao mesmo proprietário. É assim que, se no título por que se houver transmitido um prédio nenhuma referência se fizer à servidão que, como situação de facto, nele havia ao tempo em que se deu a separação dos dois domínios, será pelo título por que essa servidão se constituiu que ella se deverá determinar.

Suponhamos que no título relativo ao prédio onde há uma nascente se declara que um determinado prédio tem direito a ser irrigado em três dias de cada semana com a água dessa nascente. Êste prédio foi adquirido por A, a êsse tempo proprietário do prédio onde havia a nascente, que, conservando neste o aqueduto para a condução da água, nunca a utilizou no prédio que adquiriu e que possuiu

¹ Veja-se o dr. Teixeira de Abreu, *Das servidões*, volume 2.º, página 139.

durante alguns anos. Os sinais atestam a existência da servidão, mas não pode provar-se, pela situação de facto, existente ao tempo em que se dá a separação dos dois prédios, qual a água a que o prédio dominante tem direito, visto que esse prédio nunca foi irrigado pelo proprietário do prédio onde há a nascente desde que o adquiriu. Ora o direito à água áfigura-se nos que deverá ser determinado neste caso pelos títulos relativos aos prédios, devendo entender-se, quando não haja declaração em contrário, que é intenção das partes que esses títulos revivam, ficando o novo adquirente do prédio com os mesmos direitos ou encargos que este tinha ao tempo em que, pela reunião dos dois prédios no mesmo proprietário, esses direitos ou encargos cessaram.

O adquirente fica sendo representante do transmittente quanto aos direitos que este tinha sobre o prédio e estes direitos determinam-se pelos títulos relativos ao mesmo prédio, sempre que no título de transmissão se não modifique a sua situação jurídica.

Esta pode modificar-se, quanto à natureza dos direitos, pela confusão, não se admitindo que em prédios do mesmo dono haja servidões constituídas nuns em proveito dos outros, do mesmo modo que, reunindo-se na mesma pessoa a qualidade de credor e de devedor, se dá a extinção do crédito e da dívida. Os efeitos dos direitos reais, do mesmo modo que os efeitos creditorios, paralizam-se, porque recalham sobre os próprios titulares desses direitos as acções por que se pretendesse concretizá-los. Cessando, porém, a confusão, revive a situação anterior, e esta situação poderá considerar-se até subsistente, em relação a terceiros, emquanto os dois prédios pertencerem ao mesmo proprietário. E' assim que, se o prédio dominante tiver sido hipotecado anteriormente

à sua aquisição pelo proprietário do prédio serviente, a servidão subsiste para o efeito hipotecário, devendo o prédio dominante ser arrematado com ela.

Não concluiremos esta matéria sem notar que não concordamos de modo algum com o principio da imprescritibilidade que no artigo 444.º § único se estabelece relativamente às águas das fontes e nascentes.

Já nos referimos à razão a que o legislador deve ter atendido para declarar tal imprescritibilidade: o direito de uso das águas das nascentes está compreendido no direito de propriedade do prédio, sendo consequentemente um poder objectivo ou legal, que não pode perder-se pelo seu não exercício.

Esta razão não pode, porém, considerar-se procedente.

Sendo certo que as águas das nascentes se consideram e devem considerar-se partes componentes dos prédios onde brotam, não é menos certo que essas águas podem constituir de per si objecto do direito de propriedade. E bem claramente o revela não só o artigo 444.º, em que se ressaltaram os direitos adquiridos, mas o próprio § único do mesmo artigo, em que, pela referência que nele se faz ao artigo 439.º, se admite a alienação do direito às águas das fontes e nascentes, alienação que não pode deixar de entender-se em separado do prédio onde há as mesmas fontes ou nascentes, visto que estas, como partes componentes do prédio, estão sujeitas ao mesmo regime que ele.

Sendo assim e podendo consequentemente estabelecer-se, quanto às águas das fontes e nascentes, a posse ou uma situação de facto pela qual se exerça sobre essas águas um poder de disposição, como se

o possuidor fôra efectivamente o proprietário das águas; podendo esta posse deixar de ser equívoca, como no caso de obras permanentes construídas no prédio onde há a fonte ou nascente que tornem incompatível o direito do proprietário com o do possuidor ou no de opposição não seguida, a única conclusão que em face dos princípios jurídicos, presuppõe a prescrição dos bens e direitos imobiliários, se nos afigura lógica, é a admissibilidade da prescrição para as águas das fontes e nascentes.

Com o sistema que o código admitiu, pode estabelecer-se para o aproveitamento das águas uma servidão contínua aparente, que pode adquirir-se por prescrição, e não se adquirir por este meio o direito às águas. E' assim que, abrindo-se uma mina em prédio alheio e realizando-se nesta mina obras que a tornem visível em terreno deste prédio, como a abertura de óculos para a remoção das terras da mina ou para a esta dar luz, e consentindo o proprietário do prédio nessa abertura, não poderá adquirir-se, desde que este consentimento não conste de documento autêntico, direito à água que brotar no prédio, seja qual for o tempo que, desde a publicação do código civil, haja decorrido após a abertura da mina.

E todavia há o direito à mina como servidão de aqueduto das águas, desde que, em relação a esta, tenha decorrido o tempo necessário para a prescrição. Não poderá portanto o proprietário do prédio obrigar quem abriu a mina a aterrâ-la, como não poderá desviar dela qualquer água que conduza, embora possa evitar que na mina entre a água que brote no seu prédio, cortando-a em qualquer ponto antes de ela chegar à mina, visto que a essa água não há direito adquirido.

Não podem deixar de considerar-se extravagantes estas situações jurídicas, a que sem dúvida dá lugar a aplicação de princípios diversos tratando-se de direitos subjectivos da mesma natureza.

78. *Limitação ao direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes fundada no uso de uma povoação ou casal.* O direito de uso e fruição das águas das fontes e nascentes tem limitações estabelecidas pela lei e fundadas já no interesse público já em interesses privados.

Reservando para outro lugar a limitação respeitante às nascentes medicinais, a que respeita a disposição consignada no artigo 445.º, trataremos aqui da limitação que se funda no costume de os habitantes de uma povoação ou casal se abastecerem da água de uma determinada fonte ou nascente.

A este respeito dispõe o código civil:

«Artigo 447.º O proprietário de qualquer nascente não pode mudar o seu curso costumado, se dela se abastecerem os habitantes de qualquer povoação ou casal.

«Artigo 448.º Se os habitantes mencionados no artigo precedente não houverem adquirido por título justo o uso das águas de que aí se trata, poderá o proprietário exigir a devida indemnização.

«§ único. Esta indemnização será proporcionada ao prejuízo que resultar para o proprietário de ser privado do livre uso das águas, sem atenção ao proveito que de tal uso pode tirar a povoação.»

O requisito que nestes artigos se exige para que o proprietário de uma fonte ou nascente não possa mudar o costumado curso da água é o facto de se abastecerem dela os habitantes de uma povoação ou

casal. Não distinguem os artigos citados entre águas que brotaram espontaneamente e mediante indústria, sendo conseqüentemente applicáveis tanto a umas como a outras.

A razão por que é inibido o proprietário de mudar o curso costumado das águas das fontes e nascentes, quando delas se abastecem os habitantes de uma povoação ou casal, é ser a água utilizada para a satisfação de necessidades primárias da vida e casos haver em que êsses habitantes só em lugares distantes e portanto com grave incômodo poderão abastecer-se da água necessária para o consumo doméstico. Note-se, porém, que a lei não exige, para a subsistência da limitação que impõe ao proprietário da fonte ou nascente, que não haja em lugar próximo alguma fonte pública ou comum de que os habitantes possam abastecer-se com a mesma comodidade, como o fez em relação à servidão para o aproveitamento para usos domésticos das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis no artigo 440.º § 3.º Do disposto no artigo 448.º deduz-se que, estando os habitantes de uma povoação ou casal no uso das águas, e embora êsse uso não haja sido adquirido por justo título, não pode o proprietário mudar o curso costumado dessas águas, tendo apenas, no caso de não haver sido adquirido legítimamente êsse uso, direito a indemnização.

O artigo 447.º fala do *curso costumado*, parecendo depreender-se destas palavras que não se trata do facto do abastecimento das águas no próprio ponto em que a nascente brota, mas de uma nascente que forma curso ou corrente, sendo em qualquer ponto dêsse curso que os habitantes se abastecem da água e sendo êsse curso que, em virtude dêste facto, não pode ser mudado.

Daqui resultaria que, tratando-se da água de um poço, o proprietário poderia, por meio de uma mina, desviar a água dêsse poço para outro ponto, embora os habitantes de uma povoação ou casal se abastecessem nele, visto que essa água não forma curso. Não se trata efectivamente de uma água que corre mas de uma água estancada, e a estas águas parece não ter applicação o disposto no artigo 447.º

Não há, porém, razão alguma para que se estabeleça esta distincção, pois certo é que, seja qual for a modalidade da fonte ou nascente, o seu uso pode ser igualmente necessário aos habitantes de uma povoação ou casal. Se, pois, em relação às nascentes cujas águas corram num determinado aqueduto se estabelece, quanto à mudança dêste, a limitação do artigo 447.º, parece que a mesma limitação deve ser imposta ao proprietário no caso de se tratar de uma nascente que não forme curso ou corrente.

Era assunto controvertido na jurisprudência franceza se o artigo 643.º do código civil se applicava só às nascentes que tivessem um curso exterior em relação ao prédio onde brotavam, ou se era applicável também às nascentes dentro do prédio e no próprio ponto onde brotavam. Êsse artigo, que é sem dúvida alguma a fonte dos artigos 447.º e 448.º do nosso código, estava assim redigido:

«Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts»¹.

¹ Êste artigo foi alterado pela lei de 8 de abril de 1898, correspondendo a êle o artigo 642.º § 3.º, assim formulado:

«Il (le propriétaire de la source) ne peut pas non plus en user de

A maioria dos juriconsultos, fundando-se na redacção do artigo e no princípio que não admitem applicação extensiva as leis por que se constituem servidões, opinava que os vizinhos só tinham o direito de abastecer-se da água na *sua passagem*, não lhes sendo facultada a entrada no prédio onde a nascente brota ou corre, porque se constituiria assim uma nova servidão ¹. Alguns juriconsultos afirmavam, porém, que os vizinhos tinham direito incondicionado às águas das nascentes ².

Na jurisprudência italiana suscitou-se a mesma questão. O artigo 542.º do código civil, que é a tradução do artigo 643.º do código civil francês, está assim redigido:

«Il proprietario della sorgente non può deviarne il corso quando la medesima somministra agli abitanti

manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.»

Comentando este artigo, em que se não reproduzem as palavras *changer le cours*, dizem Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau:

«O nosso texto supõe que a água dum nascente, tendo saído do prédio onde brota, corre num terreno ao qual os habitantes dum comuna, aldeia ou lugarejo, teem livre accesso, por exemplo, um terreno pertencente à comuna, ou uma via pública: os habitantes veem af abastecer-se da água que lhes é necessária ou dar de beber aos seus animais». *Des Biens*, 5.ª edição, n.º 847, página 576.

Do mesmo modo afirma Planiol: «A lei supõe evidentemente que a água da fonte se estende, forma curso e assim chega ao alcance dos habitantes num terreno onde lhes é permitido o accesso ou sobre uma via pública, porque o artigo lhes dá somente o direito de continuarem a servir-se da água contra os projectos de derivação ou de utilização do proprietário da nascente. Isto presuppõe que a água está já de facto na sua disposição. Eles não teem o direito, pois, de obter passagem no prédio onde há a nascente para af se abastecerem da água, nem o direito de estabelecer aqueduto». *Traité élémentaire de droit civil*, tomo 1.º, 2.ª edição, página 594.

¹ Laurent, *Principes de droit civil*, tomo 7.º, n.ºs 215 e 218; Demolombe, *Servitudes*, tomo 1.º, n.º 91; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5.ª edição, tomo 3.º, página 68.

² Duranton, *Cours de droit français*, tomo 5.º, n.º 191; Delvincourt, *Cours de code civil*, tomo 1.º, página 383.

di un commune o di una frazione di esso l'acqua che è loro necessaria; ma si gli abitanti non ne hanno acquistato l'uso o non l'hanno in forza di prescrizione, il proprietario ha diritto ad indennità».

Interpretando este artigo, diz Mazzoni: «Esta servidão pode ser imposta sobre uma nascente, ou água viva que corre, e não sobre poços, cisternas, tanques, ou sobre água que não corre, e da qual a comuna não poderia utilizar-se senão entrando em prédio de outrem» ¹.

Galdi afirma do mesmo modo que: «A lei supõe que a água da nascente seja corrente e possa chegar aos habitantes aos quais é necessária; o artigo 542.º não é, pois, applicável quando se trate de águas que não teem curso algum, como seriam as águas dum fonte, dum pântano, dum tanque, dum cisterna, porque o referido artigo não fala senão de água corrente e não se podem ampliar os termos dum lei que cria uma servidão». Citando, porém, alguns acórdãos de tribunais superiores de revista e de apelação em que se segue a mesma doutrina, extracta uma decisão do tribunal de revista de Turim em que se julgou que há a servidão legal do artigo 542.º ainda no caso em que a nascente e o reservatório que ela forma e no qual os habitantes da comuna se abastecem da água estejam dentro do prédio de um só proprietário. Na verdade, declara-se neste aresto, a palavra *curso* não é empregada para significar uma condição material posterior à nascente e fora dos limites do prédio em que esta brota; é empregada simplesmente para indicar o decurso natural que a situação dos lugares tem dado às águas nativas, cessando o qual, cessaria

¹ *Istituzioni di diritto civile italiano*, volume 3.º, 3.ª edição, página 292.

a possibilidade de os habitantes se servirem das próprias águas ¹.

Segue sem hesitações esta doutrina Gianzana, dizendo que no artigo 542.º se usou da palavra *curso* para indicar o impulso vertical da água no ponto em que brota à superfície da terra, querendo-se significar que o proprietário não pode desviar o decurso da nascente. «Porisso, diz êle, o proprietário da nascente, seja qual for o uso que dela pretenda fazer, não poderá obturá-la nem cortar-lhe as veias, nem desviá-la com tubos de chumbo ou por meio de canais, levando-a para qualquer outro local, se a mesma for necessária aos habitantes da comuna».

Observa ainda Gianzana que o artigo 543.º fala só de *nascentes* e portanto só a estas pode ser aplicado, compreendendo-se nele os poços ou cisternas alimentados por águas nativas, mas não os poços ou cisternas alimentados por águas pluviais ².

A *Revista de Legislação e de Jurisprudência* sustentou, em relação a esta questão, que

«Como restrição do direito de propriedade, não deve estender-se esta servidão além dos precisos termos da lei.

«A servidão consiste em o proprietário não poder mudar o curso costumado da nascente, o que envolve a consequência de que recai unicamente sobre as nascentes que teem um curso exterior; e porque os artigos 447.º e 448.º não concedem aos habitantes de qualquer povoação ou casal, para poderem abastecer-se das águas, o trânsito pelo prédio onde brota a nascente, nem pelos intermediários, como o artigo 440.º concede aos vizinhos de prédios marginaes

¹ *Delle servitù prediali*, volume 1.º, páginas 135-137.

² *Teorica delle acque private*, no *Digesto italiano*, volume 1.º parte 1.º, n.º 735-738.

em relação às águas das correntes comuns, concluímos que o aproveitamento da nascente só pode fazer-se quando a água, transpondo o prédio onde nasce, pode ser colhida pelos habitantes, nos limites do referido prédio, em algum caminho público ou em qualquer prédio acessível aos indivíduos a favor de quem a servidão é estabelecida ¹.

Expusemos as dúvidas a que dava lugar a redacção do artigo 447.º, começando por notar que não há razão alguma para que se estabeleça distinção entre nascentes que formam curso, abastecendo-se os vizinhos das águas dessas nascentes em qualquer ponto dêsse curso, e nascentes cujas águas sejam represadas ou que, embora formem curso, sejam aproveitadas no próprio ponto em que brotam. As necessidades dos habitantes, a que pelos artigos 447.º e 448.º se procurou prover, são as mesmas e podem ser igualmente satisfeitas, quer se trate de umas, quer de outras nascentes.

Mostra-nos isto que o espírito da lei nos leva a applicá-la a quaisquer nascentes, desde que delas se abasteçam os habitantes duma povoação ou casal.

Certo é, porém, que se trata de uma limitação ao direito de propriedade e que esta limitação só pode ser estabelecida por lei, não podendo conseguintemente ampliar-se por analogia as disposições da mesma lei. O que cumpre, pois, verificar é se os termos em que a lei está formulada comportam ou não uma interpretação que esteja de harmonia com o espírito da mesma lei.

Ora a êste respeito diremos, em primeiro lugar, que nos parece que o nosso código civil não autoriza

¹ Volume 39.º, n.º 1639, página 326.

de modo algum a restrição que se tem feito de que o aproveitamento da água só pode ter lugar fora do prédio em que ela brota, devendo ser em terreno público ou de logradouro comum o acesso a essa água.

O artigo 447.º proíbe que se mude o *curso costumado* e este curso, supondo que seja um aqueduto através do qual as águas sejam conduzidas, tanto pode ser dentro do prédio como fora do prédio. No artigo citado não se faz a este respeito limitação alguma.

Poderá entender-se que esta limitação resulta do facto de não se estabelecer no artigo citado a servidão de trânsito, como se estabelece no artigo 440.º?

Cumpre-nos notar que no artigo 447.º se presuppõe que os habitantes de qualquer povoação ou casal se estão abastecendo da água da nascente. Trata-se de um facto, e, dado o facto, a lei reconhece a esses habitantes o direito de, mediante indemnização, continuarem a abastecer-se da água.

Ora reconhecido o direito a abastecerem-se da água, forçoso é que se reconheçam os meios indispensáveis para o exercício dêsse direito. E, sendo assim, o proprietário da nascente não poderá opor-se a que continuem a passar pelo seu prédio para se abastecerem da água, tendo apenas direito a indemnização pelo prejuízo que sofra com essa passagem.

No artigo 440.º fala-se do direito de passagem, porque só por esta é devida indemnização, podendo a água das correntes não navegáveis nem fluatáveis ser livremente aproveitada para gastos domésticos em qualquer tracto da corrente que confine com terrenos públicos ou de logradouro comum e só se tornando necessária a indemnização pela servidão de

trânsito quando confine com prédios particulares. No artigo 447.º faculta-se, porém, o aproveitamento, para gastos domésticos, de nascentes e portanto de águas particulares. A indemnização é devida, neste caso, pelo prejuízo que o proprietário sofra por não poder mudar o curso da nascente, e a lei atendeu a esse prejuízo, não excluindo todavia a indemnização pela servidão de trânsito, quando esta de facto se tenha constituído para que os habitantes se abasteçam da água.

Vejamos agora se as palavras *curso costumado* só podem referir-se ao decurso da água da nascente fora do ponto em que esta brota.

A palavra *curso* significa o movimento da água e a palavra *costumado* significa que esse movimento se dá seguindo a água, há mais ou menos tempo, uma direcção determinada. Sendo esta, e não se nos afigura que possa ser outra, a significação das referidas palavras, parece-nos que se deve considerar como sendo *curso* da nascente o movimento da água no ponto em que ela é impelida para a superfície da terra e que se mudará o curso da nascente desde que esta se desvie para qualquer outro ponto, cortando as veias subterrâneas que a alimentam, ou, quando a água seja represada no próprio ponto onde brota, conduzindo-a para qualquer outra parte, deixando assim a água de ter o *curso costumado*.

Escusado será dizer que, pela interpretação que damos às palavras *curso costumado*, neste se compreende não só o movimento da água da nascente no ponto em que esta brota mas em qualquer ponto do seu ulterior percurso, não sendo facultado ao proprietário da nascente mudar a sua direcção de forma que, effectuada essa mudança, não possam os habitantes de qualquer povoação ou casal, que se abasteçam da

água dessa fonte, continuar a abastecer-se dela e no mesmo local em que o faziam.

É indiferente, para o efeito da disposição consignada no artigo 447.º, que a água da nascente seja aproveitada pelos habitantes de qualquer povoação ou casal em aqueduto que apenas conduza a água da mina, em qualquer corrente que a nascente forme ou em que as suas águas se vão lançar depois de saírem do prédio.

Já se disse a êste respeito na *Revista de legislação e de jurisprudência*:

«Figura-se nos que o direito absoluto do proprietário da nascente é também limitado pelo uso dos habitantes, mesmo no caso de a nascente se ter convertido em corrente, isto é, que o proprietário não pode mudar o curso costumado da nascente, desviando-o para os prédios inferiores, quando no decurso da corrente os habitantes de qualquer povoação ou casal se abasteçam dela. O proprietário tem geralmente êsse direito, mas cremos que neste caso a proibição de mudar o curso costumado da nascente deve limitar o direito do proprietário, como se o uso da água pelos habitantes fosse feito na extremidade do prédio onde a nascente brota. As razões de decidir são as mais favoráveis a esta doutrina»¹.

Efectivamente, o único facto a que a lei atende para limitar o direito do proprietário é abastecerem-se da água da nascente os habitantes de qualquer povoação ou casal. Ora êsse abastecimento pode ter lugar numa levada ou numa corrente não navegável nem flutuável, que seja alimentada por águas de outras nascentes, e os proprietários destas nascentes, qualquer que seja o ponto em que elas entram na vala

¹ Volume e lugar citado.

ou na corrente, não poderão desviá-las do seu curso quando delas se abasteçam os habitantes de alguma povoação ou casal e sejam necessárias para êsse abastecimento.

O artigo 447.º fala nos habitantes de alguma povoação ou casal. O código civil francês refere-se, como vimos, aos habitantes de uma comuna, aldea ou lugarejo, e o código italiano aos habitantes de uma comuna ou fracção de comuna.

Os juristas franceses e italianos sustentam que o direito é atribuído a uma colectividade de habitantes e que não pode ser portanto exercido por um simples particular, nem mesmo por várias famílias que habitem casas vizinhas, se não constituem uma aglomeração sufficiente para formarem pelo menos um *hameau*, diminutivo de *village*, ou uma fracção de comuna.

«A lei, diz Planiol, não atribui em princípio esta servidão senão aos grupos de habitações, ao *village* e *hameau*, diz o texto. Êsse direito não poderia, pois, ser reconhecido aos habitantes duma casa isolada. A razão é que a lei faz ceder o interesse particular do proprietário da fonte perante o interesse colectivo dum grupo de habitantes; mas desde o momento em que há apenas dois interesses particulares em presença, não se lhe afigurou possível sacrificar o direito dum ao interesse do outro»¹.

«É necessário, nota Gianzana, que a água sirva, diz o artigo 542.º, aos habitantes de uma comuna ou de uma fracção dela; é necessário, diziamos nas nossas *Acque*, que a água não aproveite a um só

¹ Volume e lugar citado.

indivíduo mas a um corpo social, pelo menos a uma colectividade de indivíduos e portanto a uma comuna ou fracção; só então a água pode dizer-se necessária. Quanto à determinação do que deva entender-se por *fracção*, é necessário atender para êsse efeito ao que por uso ou por disposição de leis ou regulamentos administrativos vulgarmente se entende. Em todo o caso, uma colectividade ou agregado de cinquenta ou sessenta pessoas parece-me que se deve julgar suficiente para impedir que se desvie a água»¹.

O dr. Assis Teixeira, comentando o artigo 440.º do código civil, nota a diferença de redacção entre êste artigo e o artigo 447.º e diz: «Nas correntes comuns um só vizinho pode restringir os direitos dos proprietários marginaes; nas águas particulares é necessária uma colectividade; só os *habitantes de qualquer povoação ou casal* podem impedir o proprietário da nascente de mudar o seu curso costumado»².

A *Revista de Legislação e de Jurisprudência* expôs a êste respeito a mesma doutrina, dizendo: «Os nossos lexicógrafos dão à palavra *casal* a significação de *lugarinho de poucas casas, casas de quinta e grangearia*, e por isso devemos supor que o sr. Visconde de Seabra, que no Projecto primitivo empregou esta locução, lhe deu a mesma significação que tem no código francês o termo *hameau*, isto é, lugarinho de poucas casas, formando em todo o caso uma comunidade de habitantes»³.

Parece-nos que não deve seguir-se, em face do nosso código civil, a doutrina que sustentam os juriscultos franceses e italianos. A palavra *casal* pode

significar uma casa numa quinta que fique isolada ou afastada, em qualquer aldea, de outras casas, e pode significar pequenas povoações de que essa aldea se forme. E' assim que Raphael Bluteau define, no *Vocabulario portuguez e latino*, a palavra *casal*: «Huma casa, ou duas numa fazenda; a casa no campo com terras de pão.» *Casal* tambem se chama huma povoação campestre de poucas casas». E Moraes e Silva, no *Diccionario da lingua portugueza*, diz que *casal* é «casa de campo e grangearia. *Lobo*, fl. 173 «e se lhe cerrou a noite entre uns *casas*». Adag. «O casal de ruim lavrador e a vinha de bom adubador», dizendo que a mesma palavra significa tambem «lugarinho de poucas casas».

Numa carta em que o douto jurisculto dr. António Leite Ribeiro de Magalhães nos lembra algumas questões que os artigos 447.º e 448.º suscitam e pede que sejam esclarecidas, diz-nos que na sua terra, Felgueiras, *casal* «é uma pequena quinta onde vive uma familia».

Sendo esta a significação da palavra *casal*, afigura-se-nos que aos habitantes de uma só casa, que se abastecem da água de uma nascente, é atribuido o direito consignado no artigo 447.º

Quando o legislador quisesse restringir êste direito a uma comunidade de habitantes, nenhuma necessidade tinha de acrescentar à palavra *povoação* a palavra *casal*, visto que povoação é sem dúvida um lugarinho de poucas casas.

A circunstância a que o legislador atendeu ao consignar no código o direito do artigo 447.º, do mesmo modo que o do artigo 440.º, foi a permanência num determinado local das pessoas que se abastecem das águas, permanência que o legislador exprimiu pelas palavras *vizinhos* e *habitantes de uma*

¹ *Obra citada*, n.º 740, página 626.

² *Das correntes não navegáveis nem flutuáveis*, página 313, nota 1.

³ Volume 39.º, n.º 1689, página 327.

povoação ou casal. E' assim que às pessoas que transitam por um determinado caminho e costumam beber e dar de beber a seus animais da água de uma nascente que tem o seu curso junto dêsse caminho não é reconhecido o direito do artigo 447.º, podendo o proprietário da nascente mudar o curso desta sempre que queira. O êle permitir que os transeuntes se utilizem da água não pode deixar de considerar-se como um facto de mera tolerância.

O artigo 447.º inibe o proprietário duma nascente de mudar o seu curso costumado quando *dela se abastecerem* os habitantes de uma povoação ou casal e o artigo 448.º faculta ao proprietário exigir a devida indemnização se não houver sido adquirido por justo título o *uso das águas*.

Nestes artigos presuppõe-se uma situação de facto, ou um estado de cousas actual, que pode ter a sua origem na tolerância do proprietário da nascente e prolongar-se por mais ou menos tempo nessas condições. Não se requere que essa situação de facto exista determinado tempo para que por ela sejam limitados os direitos do proprietário da nascente. A lei atendeu unicamente a essa situação para attribuir aos habitantes que se abastecem da nascente o direito de continuarem a abastecer-se dela, podendo opor-se a que o proprietário da mesma nascente mude o seu curso de forma que êsse abastecimento não possa fazer-se no lugar costumado.

A situação de facto que os artigos 447.º e 448.º presuppõem podia existir já ao tempo em que o código civil foi publicado e pode ter o seu início posteriormente à sua publicação. A única diferença que, sob o ponto de vista dos seus efeitos juridicos, deve fazer-se entre o caso de o uso da nascente ser anterior ou

posterior à publicação do código civil respeita ao título por que pode adquirir-se direito à água e às servidões que para a sua utilização se tenham constituído. É assim que, não sendo devida indemnização alguma ao proprietário da nascente se, ao tempo em que o código civil foi publicado, os habitantes de uma povoação ou casal houvessem adquirido direito à água por algum dos títulos especificados no artigo 438.º e portanto por uso e costume ou pela prescrição, estes títulos não serão suficientes para que os habitantes fiquem isentos dessa indemnização se o uso da água tiver o seu início depois que começou a vigorar o código civil, visto que êste não reconhece o uso e costume e a prescrição como títulos de aquisição do uso das águas das nascentes, sendo applicável, como julgamos que é, a êste uso a disposição consignada no § único do artigo 444.º

Não se exigindo que o uso da água pelos habitantes de uma povoação ou casal tenha existido durante determinado tempo, necessário é, para que a êsses habitantes seja reconhecido o direito do artigo 447.º, que êsse uso seja ordinário e geral, não sendo suficiente que um ou outro dêsses habitantes se abasteçam da água uma vez ou outra para os seus gastos domésticos. Trata-se do abastecimento de uma povoação ou casal e não pode assim considerar-se o uso que da água de uma nascente faça um ou outro habitante e com o qual, por mera tolerância, condescenda o dono da mesma nascente.

A lei, ao reconhecer o direito consignado no artigo 447.º, teve sem dúvida em vista garantir a satisfação das necessidades dos habitantes da povoação ou casal. Essas necessidades são gerais e permanentes e permanente e geral como elas deve ser o uso da água.

E escusado será notar que o uso das águas que no artigo 447.º se garante é única e exclusivamente o que respeita aos gastos domésticos. E' para êsse fim que os habitantes da povoação ou casal podem, como tais, abastecer-se da água e foi apenas êsse abastecimento que a lei quis garantir. Quaisquer outros usos não podem ser tomados em consideração para o efeito de se limitar o direito de livre disposição que sôbre a água da nascente tem o proprietário.

Não é devida indemnização pelo uso da água, quando êsse uso haja sido adquirido por justo título. E' o que se declara no artigo 448.º

Sendo justo título qualquer meio legítimo de aquisição, necessário é, em relação às águas das nascentes, ver quais os modos por que pode ser adquirido legitimamente o uso dessas águas, pois que a lei restringiu, como já vimos, em relação a estes bens, os modos de aquisição, declarando-os imprescritíveis no § único do artigo 444.º

E já se sustentou na *Revista de legislação e de jurisprudência* que êste parágrafo é aplicável ao uso das nascentes a que se refere o artigo 447.º, dizendo que êste artigo, «do qual o artigo 448.º é um complemento, se refere exactamente às mesmas águas de que trata o artigo 444.º, pois, não só é certo que o artigo 447.º vem estabelecer uma restrição ao disposto no artigo 444.º e por isso é naturalmente dominado pelo preceito do § único dêste artigo, mas também a comparação do artigo 447.º com o artigo 451.º mostra que êle se refere às águas que brotam à superfície dos prédios, isto é, àquelas a que é indiscutivelmente aplicável o artigo 444.º, por isso que o artigo 451.º, acautelando os direitos do público quanto às águas subterrâneas, indica que o ar-

tigo 447.º se refere às águas que brotam à superfície dos prédios»¹.

Efectivamente, o direito consignado no artigo 447.º pode sem dúvida considerar-se abrangido na fórmula do artigo 444.º «salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido a êsse uso por título justo», e, sendo assim, tal direito só pode ser legitimamente adquirido em harmonia com o disposto no § único do artigo 444.º

Sendo assim, o uso das águas das nascentes pelos habitantes de qualquer povoação ou casal pode ter sido adquirido, anteriormente ao código civil, por qualquer dos títulos a que o artigo 438.º se refere. Posteriormente à publicação do código civil, só pode ser adquirido por título autêntico, não sendo meio legítimo de aquisição a prescrição, nem qualquer título particular.

Contra esta doutrina pode argumentar-se, dizendo que no artigo 448.º não se trata propriamente do direito de uso da água, visto que tal direito preexiste à indemnização que por êsse uso é devida. Trata-se unicamente do direito de indemnização para o proprietário pelo prejuízo que êle sofre por ser privado do livre uso das águas. Ora, sendo assim, o direito de indemnização parece que deve subordinar-se às normas gerais sôbre a prescrição, considerando-se êsse direito extinto por ela sempre que o proprietário da nascente não o exerça durante o tempo necessário para que se dê essa extinção.

Cumpra-nos notar a êste respeito a diferença que há entre o artigo 448.º do nosso código e o artigo 643.º do código civil francês. Dizia-se neste: «mais si ces habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage,

¹ Volume 49.º, n.º 2041, página 132.

le propriétaire peut réclamer une indemnité». O autor do Projecto do nosso código civil suprimiu a palavra *prescrit*, que, segundo a opinião geral na jurisprudência francesa, significa a extinção pela prescrição do direito de indemnização que no artigo citado é reconhecido ao proprietário.

«O que significa, perguntam Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, a palavra *prescrito*? A lei não quis certamente dizer que os habitantes podem adquirir pela prescrição o direito de usar da água, porque, concedendo-lhe ela esse uso de pleno direito, não tem necessidade de o adquirir. Segundo a opinião geral, trata-se da prescrição da indemnização devida ao proprietário da nascente pelo prejuízo que a servidão lhe causa. Se os habitantes usaram da água, sem pagar indemnização, durante trinta anos, a prescrição tê-los há libertado de qualquer obrigação relativa a essa indemnização»¹.

Tendo suprimido a palavra *prescrito* e tendo, por outro lado, ao contrário da doutrina consignada no código civil francês, declarado imprescritível o direito de livre disposição das águas das nascentes, parece que o autor do nosso código civil não admitiu a prescrição como meio extintivo da obrigação de indemnizar o proprietário da nascente do prejuízo que para este resulta do facto de não poder dispor livremente dela.

Considerando-se facultativo o direito de livre disposição das nascentes e não se admitindo, consequentemente, que tal direito se perca pela prescrição, não se admitiu também que por este meio se extinga o direito de indemnização.

Não tendo sido, pois, adquirido, posteriormente à publicação do código civil, por qualquer título autêntico o direito de uso das águas duma nascente pelos habitantes, pode o proprietário, seja qual for o tempo por que esse uso tenha existido, pedir a indemnização a que se refere o artigo 448.º Para que não tenha esse direito, necessário é que os habitantes tenham adquirido legítimamente o direito de usarem da água. O uso, independentemente do título aquisitivo, não os exonera dessa obrigação.

No § único do artigo 448.º determina-se como deve ser fixada a indemnização, que deverá ser proporcionada ao prejuízo que resultar para o proprietário de ser privado do livre uso das águas sem atenção ao proveito que de tal uso pode tirar a povoação.

Não devia efectivamente tomar-se em consideração este proveito, dada a situação de facto que no artigo 448.º se presuppõe e para cuja subsistência se dá a indemnização. Se o proprietário sofre qualquer prejuízo pelo facto de não poder mudar o curso costumado das águas, justo é que dele seja indemnizado. Não sofrendo qualquer prejuízo, por não poder dar às águas aplicação lucrativa ou mais lucrativa do que a que tinham seguindo o curso costumado, a nenhuma indemnização deve ter direito.

Sendo este o critério fixado na lei, afigura-se-nos que não poderá dizer-se que haja a impossibilidade de fixar a indemnização a que o artigo 448.º se refere no caso de as águas de uma nascente serem aproveitadas, juntamente com outras águas, numa vala ou numa corrente e não directamente da nascente, emquanto se não determinar quais são as águas desta de que os habitantes se abastecem. O facto único que se deve ter em consideração é o proprie-

¹ *Des Biens*, 3.ª edição, página 380.

tário da nascente ser privado do direito de livre disposição sobre ela para o efeito de se determinar o prejuízo que daí resulta para êle, sendo completamente indiferente que os habitantes se abasteçam directamente da nascente ou de qualquer levada ou corrente em que já estejam confundidas com outras as águas da nascente ¹.

Por quem é devida a indemnização e a quem compete, no caso de mudança do curso da nascente, propor a acção contra o proprietário desta?

Em harmonia com a doutrina exposta na *Revista de legislação e de jurisprudência* ², entendemos que a indemnização a que se refere o artigo 448.º é devida pelas autarquias locais, municípios ou freguesias, às quais pertençam as povoações ou casais que das fontes se abastecem. São os habitantes de uma povoação ou casal que se abastecem das águas e têm direito a abastecer-se delas e não pessoas individualmente determinadas. O direito de uso das águas pode considerar-se, pois, compreendido no domínio comum. Trata-se, por outro lado, da satisfação duma necessidade primária da vida a que devem prover, em harmonia com os princípios consignados na nossa legislação administrativa, as câmaras municipais e as juntas de freguesia, visto que lhes incumbe a construção de fontes públicas.

Esta mesma doutrina foi seguida nos acórdãos da Relação de Lisboa de 11 de julho de 1908 e 17 de fevereiro de 1909, que atrás citámos.

¹ Confronte os acórdãos da Relação de Lisboa de 11 de julho de 1908 e de 17 de fevereiro de 1909, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 23.º, páginas 221 e 239.

² Volume 39.º, n.º 1689, página 327.

Na proposta de Herculano relativa a águas incluía-se no artigo 22.º a seguinte disposição: «Em nenhum prédio se pode vedar o acesso do lugar onde existam as águas de que trata o artigo 7.º (águas nativas e pluviais) a quem quer que delas carecer para uso pessoal nas necessidades ordinárias da vida física, uma vez que até à distância de dois quilómetros não exista fonte perene de outras águas. § único. Êste acesso não admite prescrição, e pode vedar-se a todo o tempo, ou subministrando o dono dos prédios aos vizinhos a porção de água corrente necessária para os usos ordinários da vida física em algum ponto acessível nos limites do mesmo prédio, ou construindo-se alguma fonte perene dentro de dois quilómetros de distância».

A comissão revisora não inseriu no código esta disposição, julgando talvez devidamente assegurada a satisfação das necessidades primárias da vida com as disposições consignadas nos artigos 447.º e 448.º. A verdade, porém, é que em anos de excepcional estiagem podem dar-se graves dificuldades no abastecimento de água para algumas povoações. E se é certo que, como já notámos no n.º 44, a propósito do uso público das águas para alimentação e abastecimento de povoações, a autoridade administrativa pode tomar a êsse respeito providências compelindo os proprietários das fontes e nascentes a consentirem que os habitantes dessas povoações se abasteçam das suas águas, conveniente seria que êste assunto fosse devidamente regulado no código civil.

79. *Restrições ao direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes baseadas nos direitos dos proprietários inferiores.* — O proprietário de uma fonte

ou nascente pode aproveitar-se das suas águas no prédio em que brotam ou em qualquer outro prédio e pode aliená-las no todo ou em parte, e tanto êle, como os adquirentes dessas águas, terão o direito de as conduzir através de prédios rústicos alheios, sendo imposta aos proprietários destes prédios, mediante a conveniente indemnização, a servidão de aqueduto pelo artigo 456.º do código civil.

Quando o proprietário da fonte ou nascente não queira aproveitar-se das suas águas, serão estas abandonadas ao seu curso natural. Não é, porém, arbitraria para êle a escolha do local em que essas águas sejam abandonadas e casos há em que os proprietários dos prédios inferiores só são obrigados a dar-lhes passagem por êsses prédios mediante prévia indemnização.

Dispondo-se no código civil (artigo 2282.º) que os prédios inferiores estão obrigados a receber as águas que decorram naturalmente e sem obra do homem dos prédios superiores, não podendo o dono do prédio inferior fazer obras que estorvem esta servidão nem o dono do prédio superior obras que a possam agravar, determina-se, em relação às águas das fontes e nascentes, o seguinte:

«Artigo 446.º O proprietário, que por indústria descobrir no seu prédio alguma nova nascente, só poderá encaminhar as vertentes dela sobre os prédios alheios, contra a vontade dos seus donos, sendo autorizado por decreto judicial e mediante indemnização.

«Artigo 449.º Se o dono do prédio, onde as águas nascem, mudar o curso seguido por elas durante os últimos cinco anos, dirigindo-as sobre prédios de outros vizinhos, poderão estes obrigá-lo a restituir as águas ao seu curso anterior.

«§ único. Esta acção só poderá ser intentada durante dois anos contados desde o dia da inovação».

A matéria do artigo 446.º era mais minuciosamente regulada na proposta de Herculano, em que se consignavam as seguintes disposições:

«Artigo 33.º Todo o prédio inferior é obrigado a receber as águas provenientes do prédio ou prédios imediatamente superiores quando essas águas não sejam trazidas à superfície do mesmo prédio ou prédios imediatamente superiores por meios artificiais empregados dentro ou fora deles, e entrem no prédio serviente pelo ponto ou pontos a que as conduzam os accidentes naturais do terreno do prédio ou prédios superiores.

«Artigo 24.º Se as águas profluentes procederem de fonte ou fontes artificiais ou de gaivagens ou esgotamentos subterrâneos abertos ou construídos em prédio imediatamente superior, misturadas ou não com outras de proveniência externa ou de origem espontânea, o dono do prédio serviente não é obrigado a recebê-las senão num ponto da sua extrema, e terá o direito de designar a linha que deve seguir a corrente dentro do seu prédio, a forma e construção da alcorca ou vala que há de servir de álveo à dita corrente, e até exigir que esta seja conduzida por um cano ou esgoto subterrâneo com as condições necessárias para servir de duto colector à gaivagem ou esgotamento subterrâneo do prédio serviente.

«§ 1.º Quando as águas de que trata este artigo procederem de mais de um prédio superior, o dono de cada um deles será obrigado a fazê-las sair num ponto único do prédio dominante, e a conduzi-las pelo arbitrio e modo estabelecido neste mesmo artigo até outra extremidade do prédio serviente ou até o

aqueduto que o dono dêste designar como vala, alcorca ou colector geral.»

O artigo 446.º do código civil, impondo ao proprietário do prédio inferior a obrigação de deixar passar as águas vertentes de nascente que haja sido explorada através do seu prédio, não determina o modo por que há de ser constituída a servidão. Tornando-se, porém, necessária para essa constituição autorização judicial, na respectiva sentença determinar-se há o modo por que se deve estabelecer a servidão, devendo ter-se em consideração para êste efeito os prejuízos que no prédio serviente podem ser causados e a conveniente utilização do mesmo prédio.

Conforme o destino que o proprietário do prédio pretenda dar às águas da fonte ou nascente, dentro ou fora do prédio, o ponto em que são abandonadas as águas vertentes poderá ser diverso, e, declarando-se no artigo 449.º que, se o dono do prédio onde as águas nascem mudar o curso por elas seguido durante cinco anos, dirigindo-as sobre prédios de outros vizinhos, poderão estes obrigá-lo a restituir as águas ao seu curso anterior, parece que só neste caso se pode considerar limitado o direito que o proprietário tem de encaminhar as águas vertentes do seu prédio sobre os prédios vizinhos. E confirma esta conclusão o artigo 454.º, em que se preceitua que os donos dos prédios em que caem águas pluviais não tem o direito de as desviar do seu curso natural para lhes darem outro, sem consentimento expresso dos donos dos prédios a quem tal mudança pode prejudicar.

Contra esta doutrina pode argumentar-se, dizendo que necessário é ter em consideração o disposto no artigo 2282.º para se determinar até onde e em que condições se atribui ao proprietário da fonte ou nascente o direito de mudar o curso costumado das suas

águas, encaminhando-as para prédios de outros vizinhos. Pelo artigo citado, os prédios inferiores só estão obrigados a receber as águas que *decorrem naturalmente, e sem obra do homem*, dos prédios superiores. Êste artigo, abrangendo as nascentes cujas águas brotem espontaneamente, restringe os direitos do proprietário quanto à mudança do curso dessas águas. Os proprietários inferiores só são obrigados a recebê-las quando sigam o seu curso natural, e só pode considerar-se tal o curso que, pelo declive do terreno, essas águas sigam naturalmente desde o ponto em que brotam.

Parece, pois, que, logo que o proprietário da nascente desvie as águas do curso determinado pela natureza dos lugares, os proprietários dos prédios para onde êle as encaminhe não são obrigados a recebê-las.

Embora na letra do artigo 2282.º se compreendam as fontes que brotam espontaneamente, não pode deixar de considerar-se como sendo uma disposição especial para as fontes e nascentes a consignada no artigo 449.º, e desta disposição parece resultar que, só tendo as águas seguido um determinado curso durante cinco anos, é que os proprietários de prédios inferiores podem compêlir o proprietário do prédio superior a restituir as águas ao seu curso anterior.

Não faz êste artigo distinção entre nascentes cujas águas hajam brotado espontaneamente e mediante trabalho do homem. Não distingue também entre curso que as águas hajam seguido naturalmente e por meio de aqueduto para êsse fim construído. A disposição nele consignada applica-se, pois, a quaisquer nascentes e a quaisquer cursos dessas nascentes.

E preceituando-se no artigo citado que os donos dos prédios para onde as águas são encaminhadas poderão obrigar o proprietário da nascente a restituir as águas ao seu curso anterior, não se reconhecendo a este o direito de encaminhar as águas para esses prédios, segue-se que, quer sejam naturais quer artificiais as nascentes, desde que as águas vertentes dessas nascentes hajam seguido um determinado curso durante cinco anos, não é imposta aos proprietários de outros prédios inferiores, para onde o proprietário da nascente pretenda encaminhar as águas, a servidão, mediante indemnização, que no artigo 446.º se estabelece.

Quere dizer, no artigo 449.º restringe-se o direito, que ao proprietário da nascente é reconhecido pelo artigo 446.º, de encaminhar as águas para um determinado prédio inferior mediante indemnização. Esta restrição só se dá, porém, quando as águas tenham seguido um determinado curso durante cinco anos. Se esse curso ainda não tiver cinco anos, parece que o proprietário do prédio onde há a nascente pode encaminhar as águas vertentes para outro prédio, devendo sem dúvida indemnização ao proprietário d'este prédio quando se trate de uma nascente cujas águas hajam sido exploradas.

Tratando-se de águas que hajam brotado espontaneamente e que, para serem devidamente aproveitadas, tenham de ser desviadas do seu curso natural, justo é também que, sendo essas águas vertentes encaminhadas para prédios que, pela natureza dos lugares, não eram obrigados a recebê-las, seja dada a devida indemnização aos proprietários d'esses prédios.

O direito de livre disposição das águas das nascentes que no artigo 444.º se atribui ao proprietário

dos prédios onde elas brotam, podendo desviá-las do seu curso natural para as aproveitar nos próprios prédios onde brotam ou em outros prédios, deverá ter como consequência necessária não só o estabelecimento da servidão de aqueduto imposta no artigo 456.º para o aproveitamento das águas, mas o da servidão de escoamento das mesmas águas, applicando-se neste caso o mesmo princípio que, para as nascentes artificiais, se formulou no artigo 446.º, visto que as águas deixam de seguir o seu curso natural sendo conduzidas as águas vertentes sobre determinados prédios pelo trabalho do homem.

O carácter da servidão imposta no artigo 446.º e o poder ver-se na conclusão que deduzimos do artigo 449.º um argumento *à contrario sensu*, que o princípio formulado no artigo 2282.º pode invalidar, tornam muito duvidosa a doutrina por nós exposta, sendo talvez este o motivo por que no projecto de lei que o dr. Ferreira da Silva apresentou à câmara dos deputados se exarou a seguinte disposição:

«Artigo 76.º Os donos dos prédios inferiores àquele a que se dirige o aqueduto são obrigados a receber as águas vertentes ou a dar-lhes passagem, contanto que sejam indemnizados dos prejuizos que daí lhes venham a resultar, observando-se o disposto no § único do artigo 72.º»

Neste artigo reproduz-se a disposição exarada no artigo 446.º do código civil, com a seguinte redacção: «Ao proprietário, que por indústria descobrir no seu prédio alguma nova nascente, é lícito encaminhar as vertentes sobre prédios alheios, precedendo autorização judicial e indemnização do prejuizo, se algum causar». E no § único declara-se: Na liquidação da indemnização será levado em conta o valor de qual-

quer benefício que aos prédios servientes possa resultar do uso das águas vertentes».

Afigura-se nos que as disposições dos artigos 72.º e 76.º do projecto poderiam ser inseridas num só artigo, applicando-se às águas das nascentes que fossem desviadas do seu curso natural o mesmo princípio que às águas descobertas artificialmente. E escusado será alterar a redacção do artigo 446.º e adicionar-lhe o parágrafo único. Se não há prejuízo, não pode haver indemnização, e, se das águas vertentes algum benefício resultar, não poderá deixar de ser computado para o efeito da indemnização.

O código civil limita, no artigo 449.º, o direito de livre disposição dos proprietários das nascentes não lhes permitindo encaminhar as águas vertentes para outros prédios desde que hajam seguido um determinado curso durante cinco anos. Não se compreende bem esta limitação, desde que aos proprietários dos prédios para onde são conduzidas as águas vertentes se reconheça direito a indemnização pelos prejuízos que a servidão de escoamento das águas pode causar nesses prédios. Não sofrem estes proprietários, reconhecido o direito à indemnização, prejuízo algum e, estabelecida a limitação a que nos estamos referindo, os proprietários das nascentes ficarão inibidos de aproveitar convenientemente as águas dando-lhes um destino diverso do que tem tido, quando para esse fim se torne necessário mudar o curso das águas vertentes.

O prazo que no § único se fixa para que os vizinhos possam usar do direito de obrigar o proprietário a restituir as águas vertentes ao seu antigo curso pode ser até causa de graves prejuízos para elle, tendo de destruir ou ficando inúteis obras que haja

feito para desviar as águas e que o vizinho pode ter visto construir sem a minima opposição, quando o mesmo vizinho, dentro do prazo referido, queira usar do seu direito e o proprietário da nascente suponha, em virtude das boas relações que com elle tem, que o não fará. O próprio consentimento verbal poderá considerar-se insufficiente para que se estabeleça a servidão de escoamento, sendo esta, como é, um direito imobiliário, para cuja constituição se exige que o consentimento se manifeste por escrito.

No projecto do dr. Ferreira da Silva, em que se declara (artigo 71.º) que as águas particulares continuarão a ser exploradas e aproveitadas nos termos da lei civil em vigor, com as modificações determinadas no mesmo projecto, não se altera o artigo 449.º, como não se alteram também outras disposições que tem suscitado graves dúvidas na nossa jurisprudência.

Continuando assim a reconhecer-se nesse projecto aos proprietários dos prédios vizinhos, para onde o proprietário da nascente pretenda encaminhar as águas vertentes desviando-as do curso seguido durante os últimos cinco anos, o direito de o obrigar a fazer voltar as águas a esse curso, attribuiu-se também aos proprietários dos prédios, para onde as águas vertentes hajam sido dirigidas durante cinco anos, o direito de se oporem a que seja alterado esse curso.

Essa disposição está assim formulada:

«Artigo 72.º O dono do prédio onde as águas nascem, que durante cinco anos tiver dirigido as vertentes sobre prédios de outros vizinhos, não poderá, contra vontade destes, alterar o curso por elas seguido, salvo o caso de precisar aproveitá-las na totalidade no prédio onde nascem».

Esta disposição representa uma alteração profunda no regime das águas das fontes e nascentes estabelecido no código civil.

Pelo mero decurso natural das águas das fontes e nascentes os proprietários inferiores nenhum direito adquirem a essas águas. Esta doutrina, sem dúvida sancionada no código civil, era já a que se admitia no nosso direito anterior. Declarava-se, porém, na resolução de 17 de agosto de 1775: «Hei por bem declarar que o domínio e posse das águas de que se trata, sendo estas como são particulares, pertencentes aos donos das quintas onde teem seus nascimentos, o decurso natural delas pelo ribeiro por onde desaguum não pode servir de argumento juridico a favor dos prédios inferiores, sem que os donos destes tivessem um título claro de compra feito aos primeiros, ou de um açude ou canal com manufactura constante e permanente que fizesse presumir o referido título: Cuja declaração sou servido fazer com a equidade de que os donos dos referidos nascentes, depois de se apropriarem das águas deles enquanto lhes forem necessárias para regarem os seus prédios, não as possam depois divertir em ódio do suplicante e mais vizinhos para outro álveo diverso do ribeiro por onde até agora decorriam: E que entre estes se repartam os referidos sobejos por dias ou por horas com um prudente arbitrio de louvados a contento das partes.»

Não se reconhecia nesta resolução o direito dos proprietários dos prédios inferiores às águas da nascente. O proprietário da nascente não podia, porém, desde que se aproveitasse das águas que lhe eram necessárias, mudar o seu curso costumado, desviando as águas deste curso apenas em ódio a esses proprietários.

Seguia-se assim, no nosso direito anterior ao código civil, o mesmo princípio que na jurisprudência franceza relativamente às águas duma nascente que, abandonadas ao seu curso natural, formavam um curso de água, quando os proprietários inferiores tivessem usado das águas, quando este estado de cousas se mantivesse durante muito tempo e as águas do curso revestissem a natureza de águas públicas e correntes.

Esta jurisprudência que, segundo dizem Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau¹, foi sempre mantida apesar das objecções de ordem jurídica contra ela formuladas, impunha-se por necessidades práticas imperiosas, sendo de facto difícil e impossível até permitir a quem no seu prédio possui uma fonte, origem dum curso de água, suprimir esse curso, com o qual estão relacionados importantíssimos interesses agrícolas e industriais.

Em harmonia com essa jurisprudência, o legislador francês de 1898 sancionou a seguinte disposição, que é o actual artigo 643.º do código civil: «Si dès la sortie du fonds où elles surgissent les eaux de sources forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs».

Na legislação franceza limitam-se os direitos do proprietário da nascente quando esta forme, desde que sai do prédio onde brota, um curso que tenha os requisitos de água pública e corrente. É só neste caso que elle não pode desviar a nascente do seu curso natural.

¹ *Des Biens*, página 381.

Pelo nosso código civil nem esta limitação existe. A nascente, nas condições referidas, só se torna corrente quando sai dos limites do prédio onde brota, e só quando assim se considera se applicam às águas remanescentes as disposições relativas às correntes não navegáveis nem flutuáveis.

No direito anterior ao código civil o proprietário da nascente podia, tendo nisso proveito, desviar as águas do curso por elas seguido. Não se admitia, porém, que, em ódio aos proprietários inferiores, as desviasse desse curso. A limitação que, na citada resolução de 1775, se faz, basea-se na doutrina que condenava a emulação. É assim que nela se diz «não as possam depois divertir em ódio do suplicante», e que Lobão escreveu: «Como porém na sociedade civil somos obrigados, quanto em nós está, promover sem prejuízo os interesses do próximo, e o bem comum, Boehmer, *ad Pandect. Exerc. 28. C. 1. § 4*, o dono do prédio superior deve demittir para o inferior as águas supérfluas, que lhe não sejam necessárias, código civil dos Franceses *art. 637*. E assim o vemos julgado em *Peg. tomo 7. C. 227. sub n. 6.*»¹.

O nosso código civil, formulando (artigo 13.º) o princípio: «quem, na conformidade com a lei, exerce o próprio direito não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício», não admitiu a doutrina da resolução de 1775, podendo o proprietário da nascente, embora nisso nenhum interesse tenha, desviá-la do curso por ela seguido, em prejuízo dos proprietários dos prédios inferiores. O único limite que, em princípio, o código civil reconhece ao exercício dos direitos é a lesão dum direito alheio,

¹ *Tratado das águas*, § 72. Veja-se também a *Colecção de dissertações*, *dissert. 5*, §§ 81 e 82.

não podendo ser tomada em consideração a mera privação de utilidades determinada por esse exercício.

É assim que o proprietário da nascente, não tendo nisso o mínimo interesse que possa considerar-se legítimo, pode mudar o curso que as águas vertentes tenham seguido, embora dessas águas se tenham utilizado os proprietários dos prédios inferiores e seja qual for o tempo durante o qual delas se tenham aproveitado. Respeitaram-se todavia os direitos adquiridos ao tempo em que o código civil foi publicado e já vimos em que condições se adquiriam e foram respeitados esses direitos.

Parecendo-nos conveniente que se modificassem as disposições do código civil relativas à aquisição de direitos sobre as águas das fontes e nascentes e designadamente em matéria de prescrição; achando justo que, quando não se estabeleça uma disposição relativa ao exercício dos direitos em que se sancione o princípio do abuso do direito, se estabeleçam normas relativas a águas em que se reconheça o direito de aproveitarem as supérfluas todas as pessoas que nisso tenham interesse desde que sejam devidamente indemnizados os proprietários: não concordamos em que seja limitado o direito de livre disposição quanto às águas das fontes e nascentes pelo mero decurso natural dessas águas.

Se é certo que os proprietários dos prédios inferiores podem sofrer prejuízo com o desvio das águas vertentes, também o sofrerá o proprietário do prédio onde há a nascente, desde que não possa utilizar as águas fora do prédio onde a nascente brota. E, entre o prejuízo dos proprietários dos prédios inferiores e o do proprietário da nascente, de justiça é que seja este o que tenha preferência.

§ 13.º — Das águas subterrâneas

80. Direito de exploração das águas subterrâneas em terrenos particulares. Na subsecção em que trata das fontes e nascentes occupa-se o código civil da exploração das águas subterrâneas tanto em terrenos particulares como em terrenos públicos, municipais ou paroquiais.

O direito de exploração das águas subterrâneas está directamente relacionado com o regime das fontes e nascentes, podendo ser mais ou menos limitado aqúelle direito por este regime. E estas limitações podem dar-se não só em relação à exploração das águas subterrâneas existentes no próprio prédio em que há a nascente ou fonte, mas também em relação às águas subterrâneas existentes em outros prédios.

As limitações à exploração de águas subterrâneas em proveito das fontes ou nascentes representam direitos que aos proprietários destas são atribuídos. A matéria relativa às fontes e nascentes deve ser, pois, completada com as normas que regulam a exploração das águas subterrâneas, sendo esta a razão por que alteramos a ordem por que fizemos a enumeração das águas particulares.

O princípio relativo à exploração de águas subterrâneas em terrenos particulares está assim formulado:

«Artigo 450.º É lícito a qualquer procurar águas «no seu prédio por meio de poços, minas ou quaisquer excavações, contanto que não prejudique direitos que terceiro haja adquirido, por justo título, «sobre águas desse prédio.»

Sendo as águas subterrâneas partes componentes do prédio onde correm ou se acham estancadas, a exploração dessas águas representará o exercício do direito de transformação do mesmo prédio pelas modificações ou alterações que para essa exploração nele se teem de efectuar. E o código civil assim o considerou, inserindo no capítulo em que trata das restrições impostas à propriedade em defesa da propriedade alheia uma secção relativa a excavações, que contém as seguintes disposições:

«Artigo 2321.º O proprietário pode abrir no seu prédio minas, ou poços, e fazer as excavações que bem lhe parecerem, salvas as seguintes disposições.

«Artigo 2322.º Nenhum proprietário pode estender as suas minas e excavações além da linha perpendicular divisória, sem consentimento do seu vizinho.

«Artigo 2323.º No seu próprio prédio ninguém poderá abrir poços, fossos, valas, ou canos de despejo junto de muro, quer comum, quer alheio, sem guardar a distância, ou fazer as obras necessárias para que desse facto não resulte prejuizo ao dito muro.

«§ 1.º Observar-se hão, nesta parte, os regulamentos municipais, ou administrativos.

«§ 2.º Logo, porém, que o vizinho venha a padecer dano com as obras mencionadas, será indemnizado pelo autor delas, salvo se tiver acôrdo expresso em contrário.»

Estas disposições completam o princípio formulado no artigo 450.º, determinando-se por elas até onde e em que condições é lícito a qualquer explorar águas no seu prédio.

As águas subterrâneas consideram-se compreendidas no direito de propriedade do prédio, que abrange o solo em todá a sua profundidade (artigo 2288.º) e se estende até à sua linha divisória (artigo 2322.º).

Dentro destes limites pode, em princípio, o proprietário explorar essas águas, embora por essa exploração vá cortar as veias que alimentam as fontes ou nascentes existentes em prédios vizinhos. As águas subterrâneas, do mesmo modo que as águas superficiais, pertencem ao proprietário do prédio emquanto neste correm.

O princípio sancionado no nosso código civil era já admitido no direito romano, em que, quanto às fontes, os direitos dos proprietários eram assim definidos por Javoleno e Ulpiano: «*Si in meo aqua erumpat, quæ ex tuo fundo venas habeat: si eas venas incidideris, et ob id desiderit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit*»¹. «*In domo meo puteum aperio, quo aperto venæ putei tui præcisæ sunt: an teneat? Ait Tribatius, non teneri me damni infecti; neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sum*»².

Foram estas normas que informaram o nosso direito anterior ao código civil, das quais Lobão nos diz que os jurisconsultos tiraram a seguinte conclusão: «A qualquer é lícito no seu prédio rústico ou urbano procurar águas até o centro dele, abrir aí poços, valas ou minas, ainda que com isto corte as veias das águas, que saíam no prédio vizinho, ou iam utilizar outro qualquer prédio; uma vez que isto se faça pelo próprio interesse, sem dolo ou ânimo de prejudicar o vizinho»³.

O direito romano não foi seguido por todos os legisladores. E' assim que na Lombardia, aten-

¹ D. 39, 3, 21.

² D. 39, 2, 24, 12.

³ *Dissertação sobre as águas subterrâneas*, § 4.º

dendo-se a que, pela permeabilidade do terreno, um aqueduto podia subtrair a água de outro, e a que, pela abertura duma mina, se podia fazer secar uma nascente cortando-lhe as veias, se fixou, embora de modo diverso conforme as províncias, a distância a que, em relação às correntes, aquedutos e fontes preexistentes, podiam fazer-se excavações ou abrir minas.

No artigo 55.º da lei itálica de 20 de abril de 1804 modificou-se o direito lombardo, proibindo-se apenas abrir novas fontes e ampliar as existentes na proximidade de rios e canais dentro de distâncias em que, segundo parecer de peritos, os pudessem prejudicar, ou as suas reparações, sendo assim facultada a exploração de águas por meio de minas na proximidade de fontes preexistentes, embora por essa exploração se cortassem as veias subterrâneas que as alimentavam.

Quando foi elaborado o código civil da Sardenha e o italiano, discutiu-se se convinha estabelecer uma distância fixa para as excavações junto de aquedutos preexistentes, sendo inserido neste código o artigo 578.º assim redigido:

«*Quegli che vuole aprire sorgenti, stabilire capi od aste di fonte, canali od acquedotti, oppure scavarne, profundarne o diminuirne il pendio, o variarne la forma, deve oltre le distanze sovra stabilite (distância igual à profundidade, salvo se os regulamentos administrativos a exigirem maior) osservare quelle maggiori distanze ed eseguire quelle opere che siano necessarie per non nuocere agli altrui fondi, sorgenti, capi od aste di fonte, canali ed acquedotti preesistenti e destinati all'irrigazione dei beni od al giro di edifi.*

«Sorgendo contestazioni fra i due proprietari, l'autorità giudiziaria deve conciliare nel modo il più equo i riguardi dovuti ai diritti de proprietà, ai

maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura od all'industria dall'uso a cui l'acqua é destinata o vuolsi desinare, asseguando, ove sia d'uopo, all'uno od all'altro dei proprietari quelle indemnità che loro possono essere dovute».

Tem havido dúvidas na jurisprudência italiana sôbre o alcance desta disposição, sustentando-se, por um lado, que nela se limita o direito do proprietário que pretende explorar águas, não só em proveito de quaisquer canais ou aquedutos cujas águas possam, pela permeabilidade do terreno, passar para canais, valas ou quaisquer excavações que se abram noutros prédios vizinhos, mas que também é limitado esse direito em proveito de nascentes que possam sofrer dano pelo corte das veias que as alimentam; e afirmando-se, por outro lado, que não existe esta limitação, mas só a primeira ¹.

Seja qual for o alcance da disposição referida, não pode haver dúvidas sôbre as razões que a determinaram, sendo sugestivo o que a este respeito se diz no relatório da comissão do Senado:

«Effectivamente não pode contestar-se que aquele que tem a propriedade do solo seja também proprietário de tudo o que está acima e abaixo da superficie, e que lhe pertençam portanto as águas que aí decorrem, as quais éle pode a todo o tempo explorar e delas usar e dispor como lhe convier. Por outro lado, é do maior interesse para a agricultura e para a indústria que o proprietário que tem no seu prédio um curso de água e o utiliza para tornar mais fértil e mais produtivo o próprio prédio ou para o estabelecimento de qualquer indústria, não seja atormentado

¹ Veja-se este assunto largamente desenvolvido em Gianzana, *Teorica delle acque private*, no *Digesto italiano*, volume 1.º, parte 1.ª, página 629 e seguintes.

no seu gôzo pelo receio de que, depois de haver feito tantas obras e despesas, por vezes importantíssimas, para descobrir a água ou para fazer plantações ou adaptações no prédio ou construir edificios ou fábricas, outro proprietário, fazendo também excavações ou outras obras no próprio prédio, situado superiormente ou em outra situação vantajosa, consiga, embora tais obras sejam feitas à distância legal, privá-lo em todo ou em parte da mesma água, interceptando o seu curso, para a utilizar no seu prédio ou lhe dar outro destino» ¹.

Não há na nossa legislação nenhuma disposição correspondente à do código civil italiano; mas merece, em nosso entender, ser devidamente ponderado este assunto quando se faça qualquer reforma sôbre águas. Se é certo que as águas que correm subterrâneamente num prédio não podem deixar de se considerar como partes componentes desse prédio, não o é menos que o direito de exploração dessas águas pode ser limitado sempre que a justiça ou a equidade o reclamem.

No artigo 451.º estabeleceu-se uma limitação em proveito de águas de fonte ou de qualquer reservatório, destinados a uso público. Outras limitações podem estabelecer-se em proveito da agricultura ou da indústria, tendo-se em consideração os prejuízos que da exploração das águas subterrâneas podem resultar.

Em face da nossa legislação actual, o direito que ao proprietário se atribui de explorar por qualquer forma águas no seu prédio não é de modo algum limitado por quaisquer nascentes, fontes ou aquedutos já existentes e que com essa exploração possam ser

¹ Em Gianzana, *obra citada*, página 630.

prejudicados, salvas as fontes e reservatórios de uso público, a que já nos referimos.

A distância que no artigo 2323.º se fixa para a abertura de poços, fossos ou valas não tem por fim evitar os prejuízos que desses poços, fossos ou valas resultem para as fontes ou nascentes em prédios vizinhos, mas o que possa ser causado em qualquer muro comum ou alheio.

Por estes prejuízos será responsável quem abrir esses poços, fossos ou valas, embora tenha observado os regulamentos municipais ou administrativos, como resulta do disposto no § 2.º do artigo 2323.º E este princípio não pode deixar de considerar-se aplicável a quaisquer danos que nos prédios vizinhos sejam causados, desde que esses danos representem não a mera privação de utilidades de que os proprietários desses prédios estavam gozando, mas uma lesão dos seus direitos como proprietários.

É assim que se pelos poços, fossos ou valas se tiver em vista não a exploração de águas no próprio prédio mas a derivação das que formam já nascentes ou cursos em prédios alheios, deverá considerar-se responsável pelos prejuízos causados quem abrir esses poços, fossos ou valas.

O proprietário tem o direito de explorar águas no seu prédio; pode fazer essa exploração até à linha perpendicular que divide o seu prédio. Não pode, porém, apropriar-se de águas superficiais que pertençam aos prédios vizinhos.

Dada, porém, a faculdade de fazer excavações até à linha perpendicular divisória, poderá dizer-se que o proprietário usa do seu direito, sendo o vizinho que terá de se defender fazendo as obras necessárias para que as suas águas não se escoem para essas excavações.

Conveniente seria, pois, que no nosso direito se estabelecessem normas que tivessem por fim evitar que junto das nascentes, canais ou aquedutos se fizessem obras que, pela infiltração das águas, os pousam prejudicar, obrigando os proprietários dessas nascentes a despesas por vezes importantes para evitar esses prejuízos.

81. *A quem pertence o direito de exploração de águas subterrâneas em prédios particulares.* No artigo 450.º declara-se que é lícito a qualquer procurar águas no seu prédio, e no artigo 2322.º preceitua-se que nenhum proprietário pode estender as suas minas e excavações além da linha perpendicular divisória, sem consentimento do seu vizinho.

A exploração de águas é um facto material por que se exerce um dos poderes que o direito de propriedade abrange. Esse poder só pertence, em princípio, ao proprietário do prédio, sendo, como é, um poder que se compreende no direito de transformação e pertencendo este direito ao dono da coisa, como no § único do artigo 2315.º se declara.

É assim que no artigo 2213.º se determina que o usufrutuário não pode abrir de novo minas ou pedreiras, declarando-se todavia no § único do mesmo artigo que a disposição nele exarada não abrange as obras de pesquisa de águas e de adubos minerais, para serem aplicados ao melhoramento dos respectivos prédios, bem como as pedreiras para reparações de obras, a que o usufrutuário seja obrigado, ou que se tornem necessárias.

Compreende-se bem esta limitação ao disposto no artigo 2213.º, desde que se atenda a que a exploração de águas representa neste caso um meio necessá-

rio para a conveniente fruição do prédio, que em nome próprio pertence ao usufrutuário e a que o proprietário, longe de ser prejudicado, lucrará com essa exploração.

O enfiteuta tem o direito de fruir o prédio e dispor dele como se fôra dono, salvas as restrições expressas na lei. É o que determina o artigo 1673.º, e, em harmonia com o que nele se dispõe, pertence ao enfiteuta o direito que no artigo 450.º se atribui ao proprietário do prédio.

Os comproprietários que tem, conjuntamente considerados, os mesmos direitos que o proprietário singular e que, considerados individualmente, não podem dispor especificadamente de qualquer parte da coisa comum (artigos 2176.º e 2177.º), só podem explorar águas subterrâneas mediante prévio acôrdo de todos êles ou havendo assim sido resolvido por maioria. É expresso a êste respeito o artigo 1270.º n.ºs 4.º e 5.º, em que se declara que nenhum dos sócios pode, sem consentimento dos outros, fazer alterações nos imóveis da sociedade, ainda que tais alterações lhe pareçam úteis, e que, se houver divergência, serão os negócios resolvidos por maioria, seja qual for a desproporção das suas entradas, sendo esta disposição applicável aos comproprietários por força do disposto no artigo 2179.º

O proprietário pode explorar águas no seu prédio e consentir que outrem faça essa exploração. E' assim que no artigo 2322.º se preceitua que nenhum proprietário pode estender as suas minas e excavações além da linha perpendicular divisória, sem consentimento do seu vizinho.

Não se declara neste artigo como deve ser prestado o consentimento para a abertura de minas ou

para quaisquer excavações que tenham por fim a pesquisa de águas subterrâneas. É indubitável, porém, que, para a aquisição do direito às águas, do mesmo modo que para a constituição da servidão de presa ou de aqueduto, se torna necessário que esse consentimento seja dado por documento autêntico, exarado na nota ou fora da nota, conforme o valor das águas ou das servidões.

Leva-nos a esta conclusão o carácter imobiliário dêstes direitos, tornando-se necessário tal documento para que se dê a sua alienação e o seu registro na respectiva conservatória para que a alienação produza efeitos em relação a terceiros.

A verdade, porém, é que no artigo 2322.º não se exige que o consentimento seja manifestado por escrito, donde se depreende que esse consentimento produz efeitos jurídicos seja qual for a forma por que se preste. E' assim que não hesitamos na afirmação de que o consentimento verbal, ou por factos donde necessariamente se deduza, para a exploração de águas em prédio alheio, tornará lícita esta exploração, não se constituindo em responsabilidade para com o proprietário quem a faça como se se tratasse da lesão dum direito. Quem assim explora águas em prédio alheio apenas poderá ficar adstrito a repor as cousas no estado anterior à exploração e a indemnizar o proprietário dos prejuizos causados, devendo atender-se para êste efeito aos termos em que foi prestado o consentimento.

Esta doutrina não é uma mera applicação do princípio — *voluntati non fit injuria*; deduz-se da disposição consignada no artigo 2322.º Desde que, dado o consentimento, é permitida a abertura de minas em prédio alheio, quem com esse consentimento abra uma mina não ficará, só por esse facto, constituído em responsabilidade civil.

Este consentimento obrigará até o proprietário do prédio a efetuar a transmissão do direito às águas exploradas, desde que das circunstâncias em que foi dado esse consentimento se veja que tal foi a intenção das partes. Para que se constitua essa obrigação não se torna necessário o consentimento por escrito, como se não torna necessário no contrato promessa de constituição e transmissão de direitos imobiliários.

Esta doutrina é uma simples aplicação dos princípios relativos ao direito das obrigações, em que se deve ter em vista a intenção das partes para se determinarem as consequências que resultam da manifestação da vontade. Ora é óbvio que, dada autorização para a abertura de uma mina em prédio alheio e sendo em proveito de quem realiza essa abertura que se faz a exploração das águas, há por parte deste a intenção de adquirir o direito às águas, como óbvio é também que o consentimento é dado para que essa intenção se efective.

Seria iníquo e revoltante que, exploradas as águas, delas se pretendesse aproveitar quem consentisse na sua exploração à custa e para proveito de outrem. E, se é certo que o proprietário do prédio em que se faz a exploração não é obrigado a efetuar a transmissão do direito à água, para o que se tornará necessário que preste o seu consentimento em documento autêntico e portanto a prestação dum facto a que elle não pode ser coagido, não o é menos que, se não transferir o direito à água, ficará adstrito à indemnização de perdas e danos por não cumprir a obrigação em que se constituiu para com quem explorou as águas.

Seguindo, em relação às águas subterrâneas, um princípio diverso do que sancionou em relação às

minas, exceptuando o que respeita às águas minero-medicinais, o nosso legislador não teve na devida consideração os interesses da agricultura e da industria e ainda o facto de só poder fazer-se em alguns prédios a exploração das águas subterrâneas numa profundidade tal, que, por um lado, nenhum prejuizo dessa exploração pode resultar para o proprietário desse prédio, e que, por outro lado, essa exploração só pode ser filha proveitosamente pelos proprietários de prédios situados inferiormente.

Impondo-se a modificação do princípio formulado no artigo 2288.º de forma que os direitos do proprietário acima e abaixo da superfície do seu prédio sejam limitados pelos interesses que dele pode auferir, deverá ainda ter-se em consideração, dentro destes limites, que o interesse social pode reclamar que elle seja apropriado de utilidades que o prédio pode produzir, sempre que não possa ou não queira realizar os trabalhos que para esse fim são necessários.

E o interesse social conciliar-se há com os interesses individuais, que o direito deve garantir, reconhecendo-se ao proprietário do prédio direito a indemnização.

82. *Limitações ao direito de exploração das águas subterrâneas em prédios particulares.* O direito de exploração de águas em prédios particulares tem limitações, e uma delas vem formulada no próprio artigo 450.º, em que se atribui aos proprietários dos prédios esse direito, nas palavras «contanto que não prejudique direitos, que terceiro haja adquirido, por justo título, sobre águas desse prédio».

Tem havido dúvidas na nossa jurisprudência sobre a exegese e aplicação deste preceito. Essas dúvidas

recaem sobre a significação das palavras *justo título* e sobre a limitação ao direito de exploração de águas resultante do direito a nascentes em prédio alheio.

Quanto às palavras *justo título*, tem-se sustentado, por um lado, que abrange todos os meios legítimos de aquisição, incluindo a prescrição, e, por outro lado, que se refere só aos meios por que pode adquirir-se direito às águas de fontes e nascentes e que são, pela referência que no § único do artigo 444.º se faz aos artigos 438.º e 439.º, a escritura ou auto público, sendo excluída a prescrição.

Emitiu a primeira opinião o dr. Dias Ferreira ¹, sendo a doutrina por êle exposta seguida num acórdão da Relação do Pôrto de 7 de janeiro de 1908 ². A *Revista de legislação e de jurisprudência* emitiu parecer, em resposta a uma consulta ³, no mesmo sentido, mas modificou-o posteriormente ⁴, sustentando a mesma doutrina que o dr. Assis Teixeira ⁵.

«As palavras *justo título*, diz Dias Ferreira, empregadas no artigo, referem-se a todo e qualquer título legítimo, tanto nos termos da lei anterior, como nos termos da lei nova, segundo a aquisição do direito haja tido lugar antes ou depois da promulgação do código civil, e não simplesmente aos títulos especificados nos artigos 438.º e 439.º, que respeitam apenas às correntes de águas não navegáveis nem flutuáveis, em que não há propriedade exclusiva, bem como a quaisquer outras águas a que o legislador faça referência expressa, como às dos artigos 444.º e 453.»

¹ *Código civil anotado*, tomo 1.º, 2.ª edição, página 319.

² Na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 22.º, página 698.

³ Volume 2.º, n.º 91, página 671.

⁴ Volume 49.º, n.º 2041.º, página 311.

⁵ *Das correntes*, página 304, nota 2.

Na primeira tenção do citado acórdão da Relação do Pôrto, notando-se que no artigo 450.º não se faz referência «às disposições especialíssimas dos artigos 438.º e 439.º», acrescenta-se:

«Suposto não descubra razão plausível para a diferença das disposições contidas nos artigos 444.º e 450.º do código, a verdade indiscutível e irrefragável é que tal diferença existe, e se nota à simples leitura dos dois artigos. E, por isso, sempre que se tratar de águas, que cada um queira explorar no seu prédio, é certo que o dono dêste só tem de considerar e atender quaisquer direitos que terceiro haja adquirido por justo título sobre águas dele, sem a menor consideração pelo que dispõem os artigos 438.º e 439.º».

Concordamos em que a disposição exarada no § único do artigo 444.º, pela qual as águas das fontes e nascentes são imprescritíveis, é especial. Já nos baseámos até neste carácter para considerar inaplicável às águas particulares que se não considerem partes componentes dos prédios em que brotam o disposto no citado § único, limitando-o assim às fontes e nascentes de que se trata no artigo 444.º e não compreendendo portanto quaisquer direitos sobre fontes ou nascentes em prédio alheio.

Notámos também que a autorização para a exploração de águas subterrâneas pode ser dada por consentimento verbal, mas que dessa autorização não resulta o direito à água que se explora nem às respectivas servidões de presa ou de aqueduto. Em relação a estas servidões não há, quanto à sua aquisição e perda, disposições especiais, estando consequentemente subordinadas aos princípios gerais e podendo constituir-se ou extinguir-se pela prescrição desde que sejam continuas e aparentes. E, ante-

riormente ao decreto n.º 4:170, de 26 de abril de 1918, é para nós indubitável que podia estabelecer-se sobre um prédio em proveito de outro prédio a servidão negativa de não exploração das águas desse prédio por título particular, se o valor dessa servidão não fosse superior a 50\$00. É óbvio que se não trata neste caso de fontes ou nascentes, mas da exploração de águas subterrâneas, limitando-se por essa servidão os direitos do proprietário do prédio, mas não se adquirindo direito algum às águas do mesmo prédio.

Esta hipótese não está, pois, compreendida propriamente no artigo 450.º, visto que este artigo apenas ressalva quaisquer direitos que terceiro haja adquirido sobre águas do prédio, vendo-se assim que as limitações ao direito de exploração de águas subterrâneas pode resultar de uma servidão constituída sobre um prédio, independentemente de qualquer direito adquirido sobre águas do mesmo prédio.

Quando se aplique o artigo 450.º aos direitos já adquiridos ao tempo em que o código civil foi publicado e se trate de águas já exploradas a esse tempo ou que houvessem brotado espontaneamente, esses direitos serão apenas os que se legitimem com qualquer dos títulos a que se refere o artigo 438.º Essas águas são fontes ou nascentes; e, para que haja direito sobre elas e desse direito resultem limitações à faculdade que o proprietário tem de explorar as águas subterrâneas, é evidente que se torna necessário que esse direito subsista.

Lobão não considerava, porém, apenas limitado o direito de exploração das águas subterrâneas pela concessão destas águas ou por se haver adquirido o direito a águas exploradas pela prescrição.

Independentemente da limitação resultante de fontes públicas, de que adiante trataremos, Lobão afirmava, de modo geral, que a liberdade natural de explorar as águas subterrâneas era restringida «quando alguma servidão obsta a que qualquer possa tirar água no seu prédio, ou fazer aí alguma obra, de que resulte faltarem ou diminuir as águas em prédio alheio.»

E, desenvolvendo o princípio assim formulado, dizia: «Esta servidão pode constituir-se em palavras claras e expressas, ou indirectamente: Pelo primeiro modo quando aquele que tem uma fonte vizinha de um prédio alheio, receando que o dono dêste lhe corte aí as águas convencionou com êle de o não fazer: ou quando um terceiro que pretende tirar algumas águas convencionou com outro de êste as não tirar no seu prédio: Porque semelhantes pactos e condições são válidos, e por êles se constitui uma servidão negativa. . . »

«Pelo segundo modo, isto é, indirectamente, adquire-se esta servidão, quando o dono de um prédio concedeu a outro licença de tirar aí águas, e de as conduzir para o seu; porque com semelhante concessão ficou privado de tirar jamais águas no próprio fundo em prejuízo do outro, a quem concedeu aquela licença, a menos que as águas não sejam suficientes para todos, porque então já cessa o prejuízo, e fica a servidão sem dano.»

«Esta servidão finalmente se pode adquirir, como as mais, também por prescrição; como, por exemplo, se no prédio de Semprônio está uma mina ou presa, que lança ou estanca águas, de que se serve Paulo de tempo antigo; não pode Semprônio no mesmo seu prédio em algum lado ou por cima fazer outra mina, ou vala, pela qual faça secar a de que Paulo tinha a

posse e servidão, porque a posse e o pacto se equiparam; pela prescrição se adquire geralmente toda a posse»¹.

Em relação à prescrição, é indubitável que esta só pode considerar-se título legítimo da aquisição de águas sobre fontes e nascentes em prédio alheio desde que tenha os requisitos enunciados no § único do artigo 438.º As concessões de águas em prédio alheio foram ressalvadas neste artigo e, seja qual for o modo por que essa concessão haja sido feita, desde que se considerasse válida em face do direito anterior ao código civil, não pode deixar de considerar-se subsistente em face do mesmo código. As servidões negativas pelas quais o proprietário do prédio está inibido de explorar águas subterrâneas não podem deixar de produzir também o seu efeito, desde que tenham sido constituídas em harmonia com a legislação anterior ao código.

Quanto aos direitos adquiridos ao tempo em que o código civil foi publicado não pode, pois, deixar de determinar-se o sentido das palavras *justo título* pelo disposto no § único do artigo 444.º Não se faz no artigo 450.º referência ao artigo 438.º, mas, desde que se trate de uma limitação ao direito de exploração de águas resultante de fontes ou nascentes em prédio alheio, o direito a essas fontes ou nascentes só pode considerar-se subsistente e conseqüentemente a limitação dele resultante quando seja legitimado por algum dos títulos especificados neste artigo, que está redigido de modo tão amplo que nele se compreendem sem dúvida todos os modos por que no direito anterior se podiam adquirir águas subterrâneas.

Quanto aos direitos adquiridos posteriormente à publicação do código civil, afigura-se nos que, para determinar rigorosamente o alcance do artigo 450.º, se torna necessário, em harmonia com a doutrina anteriormente exposta, distinguir entre o direito de exploração de águas subterrâneas e o direito adquirido a águas já exploradas. É, em nosso parecer, a este direito que se refere o artigo 450.º, sem de modo algum excluir a limitação directa do direito de exploração das águas subterrâneas, já mediante a constituição de uma servidão negativa em proveito de outro prédio, já mediante a cessão, em termos mais ou menos amplos, do direito de exploração.

Em qualquer destes casos haverá um direito adquirido. No primeiro, à servidão; no segundo, à exploração das águas. Está qualquer desses direitos compreendido no direito de propriedade, mas nenhum deles recai sobre determinadas águas que sejam de per si objecto do direito de propriedade.

Pode objectar-se que, neste último caso, há a alienação das águas subterrâneas. A existência destas águas é sempre mais ou menos hipotética, não podendo as partes ter em vista, ao efetuarem o contrato, determinadas veias ou depósitos de água. E o objecto do contrato pode deixar de ser a transferência do direito às águas, ficando apenas o adquirente com o direito de realizar todos os trabalhos que se tornem necessários para a sua exploração e de adquirir as águas exploradas.

E' assim que pode ser autorizada pelo proprietário esta exploração, convencionando-se que elle transferirá a propriedade das águas que se descobrirem mediante determinado preço conforme o volume dessas águas e as despesas que tenham sido feitas com a sua exploração.

¹ *Dissertação sobre águas subterrâneas*, §§ 7-11.

Este contrato não terá eficácia real mas obrigatória.

O contrário se dará se forem alienadas as águas subterrâneas de um prédio. Neste caso não se faculta apenas a exploração; transmite-se o direito às águas que se explorarem, e esta transmissão só poderá ser feita por documento autêntico na nota ou fora da nota, desde que foi publicado o decreto n.º 4170, de 26 de abril de 1918.

Anteriormente a este decreto, discutiu-se se seria necessária a escritura ou auto público, considerando uns aplicável e outros não a esta hipótese o § único do artigo 444.º Por um lado, argumentava-se com o carácter especial desta disposição que, referindo-se às fontes e e nascentes, não compreende as águas subterrâneas. Por outro lado afirmava-se que, tratando o código civil destas águas na mesma subsecção em que trata das fontes e nascentes, subordinou aquelas águas ao mesmo regime jurídico que para estas estabeleceu.

Sendo para nós indubitável que a limitação ao direito de exploração de águas subterrâneas proveniente da alienação deste direito não está abrangida no artigo 450.º, consideramos todavia a aquisição do direito às águas que se explorarem subordinada ao § único do artigo 444.º E' óbvio que, tornadas superficiais as águas pela exploração, se tratará de fontes ou nascentes, como óbvio é também que, em face do citado § único, o direito às fontes e nascentes só pode ser, posteriormente ao código civil, adquirido por escritura ou auto público.

Um contrato de exploração de águas subterrâneas que não fosse feito por escritura ou auto público não teria, pois, ainda mesmo anteriormente ao decreto de 26 de abril, eficácia real, mas apenas

obrigatória, pelo que respeita ao direito à água explorada.

E, sendo verdadeira esta doutrina, vê-se que de modo algum pode adquirir-se pela prescrição direito a águas de fontes e nascentes que hajam sido exploradas posteriormente à publicação do código civil. Não podendo admitir-se direito adquirido pela prescrição a tais águas, é óbvio que não pode, pela prescrição, limitar-se o direito que o proprietário tem de explorar águas no seu prédio.

Presuposto o direito a uma nascente em prédio alheio, vejamos como é limitado, por esse direito, o direito de exploração de águas no prédio.

A *Revista de legislação e de jurisprudência* tem tratado largamente deste assunto sustentando últimamente a doutrina ¹, que julgamos ser a verdadeira, de que a existência de uma nascente num prédio a que terceiro tenha direito não inibe o proprietário desse prédio de explorar águas subterrâneas contanto que dessa exploração não resulte prejuízo para a nascente. Modificou assim a doutrina, que primeiramente havia sustentado ², de que não é permitido ao proprietário procurar águas no seu prédio por meio de poços, minas ou quaisquer excavações desde que nesse prédio exista em favor de outrem uma servidão de águas.

Esta doutrina fundava-se em que o direito à nascente em prédio alheio era uma servidão de águas que, recaindo sobre os fundos do prédio serviente, os sujeitava ao prédio dominante, pela impossibilidade

¹ Volume 31.º, n.º 1415, página 455 e volume 37.º, n.º 1601, página 100.

² Volume 28.º, n.º 1286, página 20.

de determinar quais as veias subterrâneas que alimentavam as nascentes. E o princípio da indivisibilidade das servidões, sancionado no artigo 2269.º do código civil, parecia confirmar esta doutrina.

Contra ela dizia a citada *Revista* que podiam ser aduzidas as seguintes considerações: «1.ª que a servidão da mina não abrange todo o prédio serviente, que pode ser extenso, pois que o dono do prédio dominante não tem o direito de abrir nos fundos do prédio serviente outras minas nem prolongar a já existente; 2.ª que sujeitar todo o prédio à servidão já constituída pela mina seria tornar a servidão mais onerosa, o que é contrário à natureza das servidões, que são meras fracções do direito de propriedade; 3.ª que, não havendo o título primitivo da alienação dos fundos, a interpretação que deve dar-se aos direitos do proprietário do prédio dominante nunca pode ampliar-se além da restrita significação que comportam as obras constitutivas da servidão; 4.ª que o princípio da indivisibilidade das servidões não contraria esta interpretação mais equitativa para o prédio serviente, porque a servidão, sem perder o seu carácter, podia ter sido primitivamente constituída por esta forma.»

E, fundando-se especialmente no princípio formulado no artigo 450.º que, como restrição ao direito de exploração de águas, só admite o prejuízo de direitos que terceiro haja adquirido sobre águas desse prédio, notou que «para manter sem prejuízo os direitos adquiridos pelo dono do prédio dominante não é necessário proibir absolutamente ao dono do prédio serviente a exploração de outras águas que porventura existam no seu prédio; basta conservar intacto o direito à água já adquirida, o que se obtém medindo-a e restituindo a porção diminuída, no caso

de haver diminuição por efeito das novas explorações.»

Nos acórdãos da Relação do Porto de 30 de janeiro de 1903 e de 17 de junho de 1905¹ foi também largamente discutido este assunto, emitindo-se em algumas das tenções o parecer de que o direito de exploração de águas só pode ser limitado pelo direito preexistente a águas do mesmo prédio quando dessa exploração resulte prejuízo para estas águas, prejuízo que o dono delas deve provar quando pretenda opor-se ao exercício daquele direito.

E' esta a doutrina que deriva do disposto nos artigos 450.º e 2170.º do código civil, não podendo, a nosso ver, aplicar-se no caso sujeito os princípios relativos às servidões.

As nascentes em prédio alheio podem ser objecto de propriedade, e pode considerar-se até o direito a essas nascentes de per si e não como parte integrante de outro prédio. As servidões de presa e de aqueduto relacionam-se, consideradas assim as águas, com a nascente, sendo indivisíveis no sentido de que não podem adquirir-se, exercer-se ou extinguir-se em parte.

O direito de propriedade das nascentes não é, porém, indivisível, nem abrange todo o prédio. O proprietário da nascente não tem direito a quaisquer águas subterrâneas que a não alimentem, podendo essas águas ser livremente exploradas pelo proprietário, visto que com isso lhe não causa o mínimo prejuízo. Se o proprietário da nascente tiver, juntamente com o direito da nascente, o direito de explorar águas no prédio, é óbvio que o proprietário do prédio não poderá explorar essas águas.

¹ Na *Revista dos tribunais*, volume 24.º, páginas 61 e 72.

Não se trata, porém, neste caso da limitação do direito de exploração de águas subterrâneas resultante de direito adquirido sobre águas do prédio, mas da limitação de direitos do proprietário resultante da alienação de águas subterrâneas. E vê-se assim que, para se determinar concretamente se o proprietário dum prédio onde há uma nascente pertencente a terceiro tem o direito de explorar águas subterrâneas, necessário é verificar, em face do título por que se constituiu o direito à nascente, se foram ou não limitados os direitos do proprietário do prédio pelo que respeita à exploração de águas subterrâneas. Não basta, para este efeito, atender ao disposto no artigo 450.^o ¹.

Além da limitação consignada no artigo 450.^o, e com um alcance muito diverso do desta, há a limitação do artigo 451.^o, em que se preceitua que aquele que por qualquer forma alterar ou diminuir as águas de fonte ou de qualquer reservatório, destinadas a uso público; será obrigado a repor as cousas no seu estado anterior.

Esta limitação ao direito de exploração de águas subterrâneas existia já no direito anterior ao código civil.

Dizia Lobão a este respeito:

«Não pode qualquer abrir no seu prédio poço, vala, ou mina subterrânea, de que resulte secarem as águas, que brotavam na fonte pública; e fazendo-a pode ser impedido, ou pelos Vereadores ou por qualquer do Povo. E ainda que os DD. variam sobre a distância ou interstício que regularmente deve inter-

¹ Sobre a jurisprudência anterior ao Código civil veja-se a *Gazeta dos tribunais*, tomo 19.^o, n.^{os} 2858 e 2875; tomo 20.^o, n.^{os} 2924-2928; tomo 26.^o, n.^{os} 3778-3780.

mediar entre o novo poço e o antigo nascente, isto só procede quando se trata de interesses particulares, mas não quando de interesses públicos; porque neste caso em qualquer distância, que com manufactura se cortem as suas veias, e que assim se realize pela falta de água na fonte, se deve entulhar o novo poço ou mina pelas razões já expostas no § 51 e que adiante se exporão; na certeza de que o mesmo que milita nas águas superterrâneas, que vão utilizar ao público, procede nas subterrâneas» ¹.

E Correa Teles escreveu: «É também proibido a um particular minar no seu prédio em modo, que faça secar a fonte pública» ².

Apesar de reproduzir o nosso direito anterior, a disposição consignada no artigo 451.^o está redigida de forma que tem suscitado dúvidas na nossa jurisprudência.

Trata-se de uma limitação ao direito de propriedade que, embora se funde no interesse público, é de interpretação restrita. E, sendo assim, parece que essa limitação só se aplica às fontes e aos reservatórios públicos, não estando compreendidos nela as fontes e reservatórios de uso comum, atenta a distinção que entre fontes públicas e fontes comuns é feita no código civil (artigos 380.^o n.^o 3.^o e 381.^o n.^o 2.^o), a qual não pode deixar de se ampliar aos reservatórios, apesar de naqueles artigos só se especificarem os reservatórios comuns.

Não é esta todavia a interpretação que ao artigo 451.^o tem sido dada pela nossa jurisprudência.

O dr. Dias Ferreira afirmou peremptoriamente que aquele artigo «abrange, não só as fontes públicas,

¹ *Tratado*, § 56. Veja-se também a *Dissertação sobre águas subterrâneas*, § 6.^o

² *Digesto portuguez*, tomo 1.^o, artigo 772.^o

artigo 380.º n.º 3.º, mas também as fontes comuns, que são, como aquelas, destinadas ao uso público, ou seja para abastecer os moradores de povoação ou casal, ou seja para saciar a sede dos animais domésticos, ou para lavagem de roupas, ou para acudir a incêndios»¹. E cita os acórdãos da Relação de Lisboa de 4 de maio de 1889 e do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de maio de 1891.

A *Revista de legislação e de jurisprudência* sustentou a mesma doutrina².

E' de notar, porém, que à distinção entre fontes públicas e comuns não se tem ligado na nossa jurisprudência o mesmo sentido, havendo quem sustente que essa distinção assenta não no uso das águas, que consideram sempre como público, mas no facto de serem construídas pelo Estado ou pelas autarquias locais, ou de existirem em terrenos do Estado ou municipais e paroquiais. No acórdão da Relação de Lisboa de 4 de maio de 1889 tratava-se de um chafariz e de um tanque existentes num largo pertencente a uma freguesia, largo que bem podia ser e parece que efectivamente era de uso público, considerando-se todavia o chafariz e o tanque como sendo cousas comuns³.

Ora é evidente que, considerando-se comuns as fontes que sejam de uso público só pelo facto de haverem sido construídas pelas autarquias locais, ou de existirem em terrenos a elas pertencentes, não podem deixar estas fontes de se considerar abrangidas no artigo 451.º

¹ *Código civil anotado*, tomo 1.º, 2.ª edição, página 319.

² Volume 1.º, n.º 28, página 437.

³ Veja-se a 1.ª e 2.ª tentações no *Boletim dos tribunais*, tomo 5.º, páginas 42 e 43.

Dando-se, porém, como se nos afigura que não pode deixar de se dar, outro sentido à distinção entre fontes públicas e comuns, baseando essa distinção no uso dessas fontes e considerando portanto públicas as que são destinadas para gozo de todos e comuns a que estão no gozo dos habitantes duma determinada circunscrição administrativa, a aplicação do disposto no artigo 451.º às fontes comuns só poderá fundar-se em que as palavras «uso público» se contrapõem no artigo citado ao uso particular. Compreender-se não assim no uso público não só as águas de fontes e reservatórios que sejam destinadas para uso de todos, mas também as que sejam destinadas para uso dos habitantes de qualquer povoação.

E sendo os mesmos os caracteres das cousas publicas e das comuns, sendo igualmente de interesse público o uso de todas elas e baseando-se sem dúvida nesse interesse a disposição consignada no artigo 451.º, afigura-se-nos que ela deverá ser aplicada tanto às fontes e reservatórios que sejam destinados para uso público como às fontes e reservatórios que sejam destinados para uso comum.

No uso público e no comum compreender-se há, porém, apenas o que respeitá à satisfação de necessidades comuns da vida, como sejam as que se destinam ao abastecimento de povoações, lavagem de roupas, bebedouro de animais.

Pode haver direitos adquiridos aos sobejos das águas de fontes ou reservatórios comuns. Por estes direitos não pode limitar-se, porém, o direito de exploração de águas subterrâneas, considerando-se legítima a opposição à exploração dessas águas em qualquer prédio fundada em tais direitos, visto que

no artigo 451.º apenas se faz referência às águas destinadas a fontes e reservatórios de uso público ¹.

Os direitos às águas sobejas das fontes e reservatórios públicos apenas podem considerar-se garantidos em relação aos prédios onde as águas brotam pelo artigo 450.º

O artigo 451.º abrangerá as águas a que se refere os artigos 440.º e 447.º?

Trata-se, num e noutro destes artigos, de águas de que se abastecem para gastos domésticos os vizinhos ou os habitantes duma povoação ou casal. São portanto águas de uso público, quando se tome esta expressão no sentido que lhe atribuímos no artigo 451.º, e, desde que neste artigo compreendemos as fontes e reservatórios comuns, pode parecer que também devemos compreender aquelas águas.

E já se opinou neste sentido em relação às águas a que se refere o artigo 447.º, notando-se:

1) Que neste artigo a palavra *nascente* significa o mesmo que a palavra *fonte*, designando não o lugar em que as águas brotam do solo mas onde são colhidas ou aproveitadas.

2) Que sendo licito aos habitantes duma determinada circunscrição administrativa utilizar-se dessas águas, estas se devem considerar destinadas ao uso público. «O direito, neste caso, não é *pessoal* de cada utente: é, geralmente, um direito de *servidão* constituído em benefício da *povoação* ou *casal*, da *urbs*, e pode ser portanto exercido por todos os que

¹ Veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de novembro de 1881 e confrontem-se os acórdãos da Relação do Porto de 13 de dezembro de 1881 e de 17 de janeiro de 1882, na *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 22.º, n.º 1082, página 110, e n.º 1086, página 169.

habitam no referido lugar, e *emquanto nele residam*, perdendo-o logo que pela mudança de domicílio venham a perder também aquela qualidade. São dos chamados direitos de uso cívico».

3) Que as águas de que se trata no artigo 447.º não são águas *particulares*. O proprietário do terreno tem apenas «o direito de ser indemnizado do prejuízo que para êle resultar de *ser privado do livre uso das águas*, donde resulta que tais águas lhe não pertencem, mas sim à povoação ou casal (artigo 448.º); é uma *expropriação*, que a lei ordena em benefício do público, indemnizando o proprietário dos prejuízos sofridos. Por essa expropriação adquirem os habitantes da povoação ou casal o *uso das águas* da nascente, que *foi particular*, se acaso o não tinham já adquirido por *titulo justo*, como diz o citado artigo 448.º pr.» ¹.

Consideramos inadmissível esta doutrina.

No artigo 451.º especificam-se as águas das fontes e reservatórios destinadas para uso público, e, embora nesta expressão se compreendam as fontes e reservatórios comuns e a palavra *nascente* signifique o mesmo que *fonte*, é certo que as nascentes de águas a que se refere o artigo 447.º não são fontes públicas nem comuns. Essas fontes são *particulares*, limitando-se o direito de livre disposição das suas águas pela inibição para o proprietário delas de mudar o seu curso costumado. É esta a privação do livre uso das águas a que se refere o § único do artigo 448.º

O direito que teem os habitantes da povoação ou casal de se abastecerem das águas pode e deve considerar-se um direito que está no domínio comum,

¹ Dr. Teixeira de Abreu, *Das águas*, páginas 84-86.

como no domínio comum se deve considerar a servidão constituída nos termos do artigo 440.º Tal direito que, tomando esta palavra num sentido genérico, se pode considerar servidão, de nenhum modo pode confundir-se com o direito de propriedade das águas, nem com o destino das águas.

Representando, em relação às águas particulares, uma limitação ao direito de livre disposição, tal direito não significa que essas águas sejam destinadas para uso público ou comum, ou, por outras palavras, que essas águas sejam aplicadas para esse fim por quem tenha sobre elas o direito de livre disposição. Quando se lhe atribuisse este alcance, haveria flagrante contradição, pois consideraríamos particulares águas que, pelo seu destino, eram públicas ou comuns.

Ora o artigo 451.º, referindo-se a águas destinadas para uso público, exclui quaisquer águas particulares. A limitação ao direito de exploração de águas subterrâneas consignada nesse artigo não resulta, pois, das nascentes a que se refere o artigo 447.º em relação a quaisquer proprietários que não sejam os proprietários das mesmas nascentes.

Quanto a estes, a limitação imposta pelo artigo 447.º compreende também, como já notámos, o desvio das águas do ponto onde elas brotam, e portanto qualquer mina ou excavação que tenha como resultado a mudança do curso costumado dessas águas.

Quanto às águas a que se refere o artigo 440.º, tais águas não são fontes mas correntes não navegáveis nem fluviáveis e o fim para que essas águas são destinadas é a irrigação dos prédios marginaes. Tal destino não exclui o seu aproveitamento para outros fins, mas é evidente que, embora se use

dessas águas para abastecimento de povoações, elas não estão compreendidas no artigo 451.º

Vejamos qual será o meio por que se pode evitar que, mediante a exploração de águas subterrâneas, se diminuam as águas de fonte ou reservatório destinadas a uso público.

Da fórmula do artigo 451.º parece depreender-se que qualquer acção para esse fim intentada só pode considerar-se procedente quando se haja produzido, em virtude da exploração de águas subterrâneas, qualquer diminuição nas águas da fonte ou do reservatório. Se nestas palavras por *qualquer forma alterar ou diminuir* se pudesse compreender não só um facto que já se produziu mas que se pode produzir, as palavras *será obrigado a repor as cousas no seu estado anterior* revelam-nos que o legislador só teve em vista uma diminuição que já se tornou efectiva.

No artigo 380.º do código de processo civil determina-se, porém, que toda a pessoa que se julgar ofendida no seu direito, em consequência de obra nova, que lhe cause prejuízo, ou que pela sua direcção venha a causar-lho, pode requerer o embargo de obra nova. E, fundada neste artigo, sustentou a *Revista de legislação e de jurisprudência* que se o dono dum prédio onde nasça, ou pelo qual a pouca distância dele passe a água duma fonte pública, abrir poço, mina ou qualquer excavação no mesmo prédio, essa obra pode ser embargada, provando-se na acção que ofende ou pela sua direcção virá a ofender a fonte pública e pedindo em conclusão que o proprietário seja obrigado a repor as cousas no estado anterior.

Seguiu assim a doutrina do acórdão da Relação do Porto de 11 de janeiro de 1882, já atrás citado.

Julgando admissível o embargo de obra nova no caso do artigo 451.º do código civil, discutiu ainda a *Revista* se o proprietário pode, antes de começar a obra, evitar o embargo nela, obrigando-se a restituir a água à fonte no caso de a prejudicar, e pronunciou-se negativamente, considerando o embargo de obra nova como um meio de tornar efectivo o direito originário de defesa das cousas, direito de que ninguém pode ser privado senão por lei formal e expressa, não havendo nenhuma disposição de lei que permita ao dono duma obra evitar o embargo nela, quando se obrigue previamente por meio de caução a repor as cousas no estado anterior, se houver prejuízo, e em que, tratando-se de uma fonte pública, seria inadmissível que se facultasse tal caução, pois, sempre que não fosse possível restituir a água à fonte, haveria um dano irreparável ¹.

Afigura-se nos que a doutrina que a *Revista de legislação e de jurisprudência* sustentou não é completamente exacta.

Quanto à admissibilidade do embargo de obra nova, se parece que as palavras do artigo 451.º *repor as cousas no seu estado anterior* não podem referir-se à não continuação da obra iniciada ou à destruição de obra que já se haja feito, mas à restituição à fonte pública das águas que nela houverem faltado em virtude de qualquer obra que se haja feito, e que, emquanto, esta diminuição não se houver produzido, não pode o autor dessa obra ser obrigado a repor as cousas no seu estado anterior, a verdade é que, pela direcção em que se faz a exploração das águas subterrâneas, pode julgar-se que com essa exploração será prejudicada a fonte ou reservatório de uso

público. E julgando-se assim, o fundado receio de que esse prejuízo se produza será suficiente para o embargo de obra nova nos termos do artigo 380.º do código de processo civil.

O facto de o artigo 451.º se referir a um prejuízo que já se produziu não obsta a que se recorra a um meio que as leis facultam para se evitar esse prejuízo.

O embargo de obra nova não se admite apenas nos casos em que por esta obra se ofenda um direito, mas em todos os casos em que por essa obra se venha a causar um prejuízo que seja a lesão de um direito. E é óbvio que pela exploração de águas subterrâneas se pode dar prejuízo em fontes ou reservatórios de uso público e que esse prejuízo representará a ofensa de um direito.

Não se nos afigura, porém, que, se quem faz a exploração de águas subterrâneas prestar caução para a reposição das cousas no seu estado anterior, essa caução não deva ser admitida.

Feito o embargo, tem de ser distribuída a acção dentro dos trinta dias seguintes àquele em que o embargo for feito ou ratificado, para que o embargo não fique sem efeito, como preceitua o artigo 383.º do código de processo civil. Mas, feito o embargo, o juiz pode autorizar, nos termos do § 1.º do mesmo artigo, a continuação da obra, a requerimento do réu, quando por vistoria se verificar que resulta prejuízo de a não continuar, e o réu prestar caução nos termos do artigo 806.º para o caso de ser afinal ordenada a demolição.

Vê-se assim que há casos em que, apesar de embargada uma obra, é admissível caução ao prejuízo que por essa obra venha a ser causado, quando se julgue na acção que esse prejuízo se produziu ou que

¹ Volume 42.º, n.º 1810, página 356.

virá a produzir-se. Ora na exploração de águas subterrâneas pode haver obras cuja interrupção possa determinar graves prejuízos, e, verificando-se por vistoria que estes se podem dar, parece-nos, em face do parágrafo citado, que a caução se deve admitir.

Não há dúvida de que o embargo de obra nova se funda no direito de defesa, tendo até esta epigrafe o capítulo em que se inseriu o artigo 2355.º, no qual se declara que se a violação do direito provier de qualquer obra nova, a que alguém dê início, poderá o ofendido prevenir-se e assegurar o seu direito embargando a obra.

No momento, porém, em que a obra é embargada não se verificou ainda se há ou não a violação do direito, e, até que se dê essa verificação, justo é que, prestando caução, se autorize a continuação da obra, se a interrupção dela causar grave prejuízo.

No caso de que estamos tratando há ainda a notar que difícil será verificar previamente se pela exploração de águas subterrâneas um determinado local virá ou não a cortar-se qualquer veia que alimente uma fonte ou reservatório de uso público. E, quando não possa fazer-se essa verificação, o embargo de obra nova não poderá subsistir, pois que é necessário provar na acção que o embargante tem de propor que pela exploração se causou ou vem a causar prejuízo à fonte ou ao reservatório de uso público.

Sendo assim, o embargo de obra nova só em casos excepcionais representará um meio eficaz para evitar que pela exploração de águas subterrâneas se diminuam as águas das fontes e reservatórios destinadas a uso público.

Quando se dê este facto, o meio de evitar o prejuízo será restituir à fonte ou ao reservatório a água, que delas haja sido desviada, e, sempre que isso não

seja possível pela situação dos lugares nada obsta a que o prédio se aproveite da água noutra local que para esse fim seja destinado pelas entidades competentes.

O que se deve ter sempre em vista é que o artigo 451.º contém uma limitação ao direito de propriedade, que essa limitação é consequentemente de interpretação restrita e que por ela apenas se restringe o direito de exploração de águas subterrâneas quando por essa exploração se diminuam as águas de fonte pública. Nos casos em que, tendo-se dado esta diminuição, sejam restituídas à fonte ou reservatório de uso público as águas que pela exploração deles foram desviadas, é óbvio que não poderá exigir-se a destruição de quaisquer obras que hajam sido feitas e pelas quais se explorassem mais águas do que aquelas que foram desviadas da fonte ou reservatório de uso público.

Para concluir esta matéria, resta-nos ainda determinar quem tem legitimidade para as acções que tenham por fim efectivar a obrigação imposta pelo artigo 451.º contra quem, com prejuízo das águas de fonte ou reservatório destinadas a uso público, explore águas subterrâneas.

Trata-se de bens que estão no domínio público ou no domínio comum, e são portanto as entidades a quem pertence a propriedade e administração desses bens que em juízo devem propor as acções que tenham por fim a sua defesa. Conforme se trate, pois, de águas pertencentes ao Estado ou às autarquias locais será aquele ou estas que terão legitimidade para propor em juízo as competentes acções.

Devemos notar todavia que se tem suscitado dúvidas na nossa jurisprudência quanto à legitimidade para proporem essas acções de indivíduos que, tendo

direito ao uso dessas águas ou ao dos seus sobejos, sejam prejudicados nesse direito.

Assim, no acórdão da Relação do Porto de 13 de dezembro de 1881 ¹ julgou-se que todos os que se utilizam das águas das fontes de uso público ou a elas teem direito podem propor aquelas acções, independentemente de qualquer procedimento por parte da respectiva autarquia local, fundando-se em que o usufrutuário tem, para se manter no seu direito de usufruto, os mesmos direitos que o proprietário, considerando assim os habitantes que se utilizam das águas destinadas a uso público como sendo usufrutuários dessas águas. Em sentido contrário julgou o Supremo Tribunal de Justiça em acórdão de 8 de novembro de 1881 ², declarando-se que o artigo 2219.º do código civil é inaplicável porque, tratando-se de uma fonte pública pertencente a um município, só a êste competia propor a acção pelo prejuízo que nela fosse causado.

Efectivamente, os utentes de uma cousa que está no domínio público ou no domínio comum não podem, como meros particulares, propor em juízo qualquer acção que tenha por fim a defesa dessa cousa, sobre a qual nenhum direito teem de carácter patrimonial. A lei apenas lhes pode facultar que intentem, não em próprio nome e no seu interesse individual, mas em nome e no interesse de uma determinada circumscrição territorial, as acções judiciais competentes para manterem, reivindicarem ou reaverem bens ou direitos que às respectivas corporações tenham sido usurpados, ou de qualquer modo tenham sido lesados. E é

assim que a nossa legislação administrativa lhes faculta êsse direito como se vê do artigo 422.º do código administrativo de 4 de maio de 1896, no qual aliás se dispõe, § 1.º, que estas acções sómente poderão ser propostas quando as respectivas corporações as não propuserem no prazo de tres meses depois de lhes ter sido apresentada uma exposição circunstanciada acêrca do direito que se pretende fazer valer e dos meios probatórios para o tornar efectivo.

Mais interessante é a questão se quem tem direito aos sobejos da água de uma fonte pública é pessoa legítima para intentar em juízo qualquer acção para evitar o prejuízo que nessa fonte seja causado. O Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 17 de agosto de 1900 ¹, pronunciou-se em sentido contrário, sendo revogado por êle um acórdão da Relação do Porto em que se julgou que, tendo um proprietário doado a uma câmara municipal para uma fonte pública as águas que explorou num prédio seu, reservando para si o excedente das mesmas águas que não fosse necessário para uso público, aquele proprietário era parte legítima para propor em seu nome acção contra quem, explorando águas no seu prédio, privasse a fonte pública das ditas águas.

Considerou o Supremo Tribunal de Justiça que o artigo 451.º, em que se fundou a acção, garante um direito que está no domínio público, em que essa acção tem por fim efectivar um direito sobre uma água destinada ao uso público e não sobre água particular, não podendo consequentemente as pessoas particulares intentar essa acção em seu nome.

¹ Na *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 22.º, n.º 1086, página 169.

² Na *Revista* citada, volume 22.º, n.º 1082, página 110.

¹ Na *Revista* citada, volume 41.º, n.º 1759, página 174.

Consideramos procedentes estas razões, sendo de notar que pelas doações que os proprietários façam de águas de nascentes suas para uso público apenas se pode ter em vista prejudicar o direito que os proprietários vizinhos teem de explorar águas subterrâneas em prédios seus.

A *Revista de legislação e de jurisprudência* referiu-se já a este assunto, observando que, embora se pudesse anular a doação com o fundamento de que o doador apenas teve em vista prejudicar os direitos de terceiros, as nossas leis não garantiam devidamente os direitos destes. «O processo sugerido pela rabulice, diz a citada *Revista*, é recente, e produz sem dúvida todos os seus efeitos. A pia fraude dos proprietários, que pretendem defender com a inviolabilidade de públicas as suas águas particulares, é bem recebida pelas câmaras municipais, quando se trata de municípios poderosos e influentes, cujas boas graças é conveniente captar ou conservar, e os direitos do mais fraco são atropelados à sombra da lei maliciosamente interpretada»¹.

Em todo o caso o proprietário que faça tal doação nunca pode ser considerado parte legítima, pelos direitos que fica tendo aos sobejos da água, para intentar a acção que o artigo 451.º faculta, embora a sua generosidade vá até o ponto de tomar sobre si o encargo, na escritura de doação, de defender em juízo os direitos do donatário contra a exploração de quaisquer águas subterrâneas por que sejam prejudicadas as águas da fonte que pela sua doação se tornam publicas.

¹ Veja-se o volume 29.º, n.º 1342, e o volume 32.º, n.º 1432, página 181.

83. *As águas subterrâneas em terrenos de logradouro público ou comum; sua exploração.* Na subsecção em que se trata das fontes e nascentes está inserido o artigo 452.º em que se declara que é permitido a todos fazer minas ou poços nos terrenos públicos, municipais ou paroquiais, em busca de águas subterrâneas, precedendo licença da respectiva autoridade administrativa ou municipal.

Não teem estas águas a mesma natureza que as águas subterrâneas existentes em prédios particulares, nos quais sem dúvida se compreendem os que pertençam ao Estado ou a quaisquer outras pessoas colectivas que, embora sejam de direito público, podem possuir bens patrimoniais sobre que exercem os mesmos direitos que se foram pessoas particulares. Desde que as águas subterrâneas são pertença de bens que estão no domínio público ou no domínio comum, é pelas leis que regulam este domínio que temos de determinar o direito de apropriação dessas águas, tratando-se, como efectivamente se trata, de utilidades cuja exclusiva apropriação é compatível com o uso público a que os terrenos onde essas águas existem são destinados.

E' assim que nos ocupamos do direito de exploração de águas subterrâneas e do direito sobre as águas nativas em terrenos públicos e de logradouro comum nos capítulos em que tratámos das águas publicas e das águas comuns.

Cumpre-nos aqui acentuar que fica sendo proprietário das águas quem, mediante prévia licença, as explore em terrenos públicos ou de logradouro comum, não se tornando assim, para a aquisição do direito a essas águas, necessária escritura ou auto público,

como se essa exploração houvesse sido feita em prédio particular.

Quando os terrenos de uso público ou comum onde se faz a exploração passam ao domínio privado pela sua alienação ou por se haver dado a esses bens outro destino, quem haja explorado as águas nesse terreno conserva o seu direito. Esse direito recairá sobre fontes ou nascentes em prédio alheio, sendo aplicáveis a essas fontes ou nascentes as mesmas normas.

Como vimos, não pode conceder-se licença para a exploração de águas em terrenos públicos ou de logradouro comum quando por essa exploração seja prejudicado o interesse público. Não pode, conseqüentemente, ser autorizada tal exploração quando por ela possam ser prejudicadas as águas de fonte ou de reservatório destinadas para uso público. A limitação que no artigo 451.º se faz à exploração de águas em prédios particulares não pode deixar de abranger também a exploração de águas em terrenos públicos ou de logradouro comum.

Se em terreno público ou de logradouro comum existir alguma fonte ou nascente que esteja individualmente apropriada, não poderá também ser autorizada a exploração de novas águas em prejuízo da fonte ou nascente que já existir.

Se é certo que, como já demonstrámos, as entidades a quem pertence o terreno público ou de logradouro comum não podem recusar, fundadas em que por essa exploração se ofendem interesses privados, autorização para a exploração das águas subterrâneas em tais terrenos, não o é menos que, uma vez feita a concessão para exploração dessas águas, não poderá ser feita nova concessão que a vá prejudicar. A apropriação que pela exploração de águas em

terreno público ou de logradouro comum se faça não pode deixar de abranger os mananciais e veias subterrâneas de que essas fontes se alimentam e que existem nesses terrenos, do mesmo modo que as fontes e nascentes em prédio alheio abrangem as águas subterrâneas existentes nesse prédio. E era esta a doutrina da nossa antiga jurisprudência ¹.

Quando se seguisse outra doutrina, anular-se hia implicitamente o direito facultado pelo artigo 452.º, pois não ficaria garantido o aproveitamento das águas que se explorassem.

84. A exploração de minas e as águas subterrâneas.
Pelos trabalhos de exploração de minas podem interceptar-se minas de água que alimentam fontes ou nascentes que brotam já no próprio prédio em que se está fazendo a exploração, já em prédios contíguos, compreendidos ou não na concessão. Para concluir a matéria relativa às águas subterrâneas, necessário é, pois, determinar a situação jurídica em que, pelo corte dessas veias, se constitui o concessionário da mina para com o proprietário do prédio em que se faz a exploração e para com os proprietários dos prédios vizinhos. Referir-nos hemos também às limitações que ao direito de exploração mineira são impostas, como medidas preventivas para evitar que sejam prejudicadas fontes ou nascentes, depósitos e correntes de água.

Atribuída ao Estado pela lei n.º 677, de 13 de abril de 1917, a propriedade das minas, em relação às quais se limitava no código civil, artigo 2288.º, o

¹ Veja-se Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil português*, § 414.

direito de fruição do proprietário do solo, ressaltando-se as disposições da respectiva legislação, a exploração das minas é objecto de concessão, pela qual o Estado aliena o seu direito, recaindo este sobre o subsolo e adquirindo-se pela concessão a propriedade dos depósitos ou jazigos de substâncias minerais úteis que são objecto da mesma concessão (lei citada, artigo 1.º). Quaisquer minérios que não sejam objecto da concessão não estão compreendidos nela podendo ser objecto de nova concessão (lei citada, artigos 5.º, § 1.º e 51.º, condição 15.ª), e, exceptuados tanto estes como os minérios concedidos, o direito de propriedade do solo abrange todas as utilidades que o prédio pode produzir, cuja fruição pertence ao proprietário do mesmo solo. Entre estas utilidades incluem-se as veias e mananciais subterrâneos de águas que no prédio existam.

Tendo o proprietário do solo direito às águas subterrâneas, é consequência que iniludivelmente resulta, a nosso ver, desse direito, a obrigação para o concessionário de indemnizar o proprietário sempre que pela exploração mineira seja cortada alguma veia subterrânea que alimentava uma fonte ou nascente ou estas sejam prejudicadas diminuindo ou tornando-se imprópria a água para os fins a que era destinada.

Pela concessão mineira, ficam existindo duas propriedades sobrepostas, a da superfície e a do subsolo, não se podendo estabelecer entre estas duas propriedades as mesmas relações que entre dois prédios vizinhos, visto que a propriedade da superfície penetra no subsolo, sendo apenas dela excluídas as substâncias minerais.

Sendo assim, o proprietário da superfície tem direito a indemnização não só pelas servidões que

na superfície sejam constituídas para a exploração mineira mas por quaisquer prejuizos que ao seu prédio sejam causados por essa exploração.

Entre estes prejuizos não podem deixar de ser incluídos os que resultem de secarem, diminuírem ou serem inquinadas as águas que brotavam no prédio e que o proprietário estava utilizando para gastos domésticos, para irrigação ou para fins industriais.

O mesmo direito que o proprietário do prédio terá qualquer terceiro que às águas do mesmo prédio haja adquirido direito.

E' completamente indiferente que os prejuizos de que estamos falando sejam causados com culpa ou sem culpa por parte do concessionário na exploração da mina. Este é obrigado a indemnizar o proprietário do prédio onde se faz a exploração de todos os prejuizos que, como consequência da exploração, sejam causados no mesmo prédio, seja qual for o modo por que essa exploração se conduza e dando-se portanto ou não os requisitos para que o concessionário se constitua em responsabilidade civil.

A doutrina que acabamos de expor está sancionada na lei n.º 677. Assim, formulando-se, artigo 12.º, o princípio de que «embora os direitos mineiros não importem propriedade nem posse do terreno da superfície, representam contudo, para o concessionário e para o proprietário do solo, direitos e obrigações recíprocas em harmonia com as disposições desta lei», nos artigos 25.º, 26.º, 27.º e 51.º condição 2.ª estabelecem-se as normas relativas à indemnização a que o concessionário fica obrigado e que sem dúvida compreendem os prejuizos causados às fontes e nascentes.

Quando a exploração mineira se faça em terrenos públicos ou de logradouro comum e nesses terrenos

haja fontes ou nascentes a que se tenha direito adquirido, os proprietários dessas fontes ou nascentes terão direito a indemnização como o tem o proprietário do prédio particular onde se faz a exploração ou qualquer terceiro que às águas desse prédio tem direito.

Não se aplicam os mesmos princípios aos prédios contíguos àquele onde se está fazendo a exploração mineira, quer estejam compreendidos quer não no perímetro da concessão.

A propriedade do subsolo está subordinada aos mesmos princípios que a propriedade do solo pelo que respeita a esses prédios. E, do mesmo modo que o proprietário dum prédio não é responsável para com os proprietários vizinhos quando pela exploração de águas subterrâneas ou por quaisquer excavações feitas corta as veias que alimentam fontes ou nascentes nos prédios desses vizinhos, também o concessionário das minas não se constitui em responsabilidade por qualquer desses factos.

Trata-se de um dano que não representa a lesão dum direito mas a mera privação duma utilidade, pois o proprietário dum prédio onde há uma nascente não tem direito às veias de águas subterrâneas emquanto estas correm em prédios alheios.

O contrário sucederá se, em consequência da exploração mineira, se for causar algum dano às fontes, nascentes ou correntes de água em prédios vizinhos. Neste caso já não se trata da mera privação duma utilidade; lesa-se um direito, o direito de fruição do prédio que, em consequência da exploração mineira, não pode efectivar-se tão útilmente como se exercia.

E' esta, a nosso ver, a doutrina que está sancionada na lei n.º 677.

É assim que, declarando-se no artigo 51.º que no alvará de concessão serão expressas as condições gerais a que deve satisfazer o concessionário, impõe-se-lhe, condição 2.ª, a responsabilidade pelos danos e prejuízos que da concessão possam resultar a terceiros, e, condições 3.ª, 4.ª e 14.ª, a de ressarcir os danos e prejuízos que possam sobrevir a terceiro do aparecimento de águas dentro da mina, sua condução para fora ou sua incorporação em rios, arroios ou desaguadouros, quando se prove que elas são nocivas; de pagar os danos e prejuízos que causar aos vizinhos pelas águas acumuladas nos trabalhos, se não as esgotar quando para isso seja intimado; de executar as obras necessárias para evitar o extravio das águas das regas e os inconvenientes e prejuízos resultantes da incorporação das águas de minas em rios, arroios ou desaguadouros quando se prove que elas são nocivas, no prazo que lhe for marcado.

Em harmonia com a doutrina por nós exposta, os prejuízos que sejam causados a terceiros pelo corte das veias subterrâneas que alimentam as fontes ou nascentes em prédios alheios não poderão considerar-se compreendidos no artigo 51.º, condição 2.ª, salvo o caso em que o alvará de concessão se refira expressamente a esses prejuízos. Não sucede, porém, o mesmo com os prejuízos que, em virtude do inquinamento das águas, sejam causados a essas fontes ou nascentes, embora a elas se não refira expressamente o citado artigo 51.º

Neste caso haverá um dano causado em prédio alheio pela exploração da mina e o concessionário será obrigado não só a remover a causa desse dano mas a indemnizá-lo.

Não há nesta doutrina mais do que a aplicação dos princípios gerais do direito civil, que a lei n.º 677

não modificou, procurando-se apenas nessa lei regular o exercício da indústria mineira de forma que esses danos se não produzam ou sejam reduzidos ao mínimo.

Normas de carácter preventivo pelo que respeita a águas em que se restrinja a exploração mineira, apenas há na lei n.º 677 uma, em que se determina:

«Artigo 29.º São proibidos trabalhos de pesquisa ou quaisquer outros trabalhos mineiros a distância inferior a 30 metros de qualquer edificio, caminho de ferro, estrada, canal ou fonte pública, salvo se o Governho, em relação às servidões públicas, e os particulares relativamente às suas propriedades, consentirem na diminuição daquelas distâncias.

«§ único. Em casos especiais estas distâncias poderão ser aumentadas».

A expressão *fonte pública* parece-nos que se deve ligar o mesmo sentido que às palavras do artigo 451.º do código civil *águas de fonte ou de qualquer reservatório destinadas a uso público*, não podendo deixar de ver-se na limitação que no citado artigo 29.º se faz pelo que respeita aos trabalhos de pesquisa ou a quaisquer trabalhos mineiros o mesmo alcance da limitação imposta no artigo 451.º quanto aos factos que por qualquer forma alterem ou diminuam as águas destinadas a uso público. São estas as águas a que o mesmo artigo 29.º se refere.

Apesar da distância a que se faz a exploração mineira, pode resultar dela a diminuição de águas da fonte pública ou o inquinamento dessas águas, tornando-as impróprias para gastos domésticos. Neste caso, é nosso parecer que o concessionário da mina poderá ser obrigado a repor as cousas no estado anterior.

A medida preventiva que se adoptou na lei n.º 677 não obsta a que, tendo-se produzido, apesar dessa medida, o prejuízo, este deva ser reparado. Trata-se de um dano causado a terceiros na exploração mineira, pelo qual é responsável o concessionário da mina nos termos do artigo 451.º do código civil, que o obriga a repor as cousas no seu estado anterior.

§ 14.º — Das nascentes minero-medicinais

85. *Limitação do direito de livre disposição e de pesquisa das águas minero-medicinais.* No artigo 2288.º do código civil formula-se o princípio de que o direito de fruição do solo abrange o mesmo solo em toda a sua profundidade, salvas as disposições da lei em relação a minas. A lei a que este artigo se refere é a lei administrativa a que expressamente se alude nos artigos 445.º e 467.º do mesmo código civil, determinando-se no artigo 445.º que, se as águas das fontes e nascentes forem medicinais, poderá o seu uso ser regulado administrativamente, contanto que o proprietário seja indemnizado do prejuízo que com isso padecer e no artigo 467.º que a designação das substâncias, que devem ser consideradas como mineiras, para que a sua pesquisa e lavra fiquem sujeitas à legislação relativa a este assunto, as limitações dos direitos dos proprietários dos prédios mencionados nos artigos precedentes, a designação das formalidades prévias e das condições para o seu exercício e o modo dele, bem como a especificação dos direitos dos possuidores do solo e dos descobridores das minas, no caso de concessão, ficam reservadas para legislação especial.

No decreto de 30 de setembro de 1892, que regula o aproveitamento dos depósitos das substâncias mine-

rais, declara-se (artigo 2.º) que entre os depósitos de substâncias minerais úteis há uns que, pela sua natureza e pela importância dos trabalhos necessários para o seu aproveitamento, só poderão ser lavrados mediante concessão do Governo, e, especificando-se no § único esses depósitos, diz-se que as fontes e nascentes de águas minero-medicinais também pertencem a este grupo, mas que o seu aproveitamento será regulado em diploma especial.

Fez-se esta regulamentação no decreto com a mesma data de 30 de setembro de 1892, e, havendo sido regulado pela lei n.º 677, de 13 de abril de 1917, o aproveitamento dos depósitos de substâncias minerais, na qual se alterou, quanto aos direitos que formalmente nela foram atribuídos ao Estado relativamente a esses depósitos, a legislação anterior sobre minas no continente e nas ilhas adjacentes, não se refere essa lei às águas minero-medicinais, estando assim em vigor, quanto a estas águas, o decreto de 30 de setembro de 1892 e o regulamento de 5 de julho de 1894, com leves alterações neles introduzidas pelo decreto n.º 4718, de 12 de julho de 1918.

No artigo 2.º do decreto de 30 de setembro estabeleceu-se o princípio de que nenhuma corporação administrativa, religiosa ou de beneficência, sociedade, parceria, companhia ou particular, incluindo os proprietários do solo onde se encontram nascentes de águas minero-medicinais, poderá efetuar sobre elas quaisquer trabalhos de captação nem explorá-las por qualquer modo, sem prévia autorização do Governo, concedida pelo ministério das obras públicas, comércio e indústria, actualmente pelo ministério do trabalho.

Distingue-se neste decreto entre a captação e exploração e a pesquisa das águas minero-medicinais, estando as primeiras dependentes de concessão, e, sendo permitido (artigo 3.º) a qualquer indivíduo, empresa ou corporação, fazer pesquisas para reconhecer nascentes de águas minerais em terrenos próprios ou com consentimento dos proprietários do solo. Em caso de recusa dos proprietários preceitua-se (artigo 4.º) que o Governo poderá autorizar as pesquisas, ouvindo os referidos proprietários e a junta consultiva de obras públicas e minas, prestando o pesquisador fiança prévia à indemnização dos prejuízos que possa causar, sendo a permissão concedida por seis meses e perdendo-se o direito a ela quando os trabalhos de pesquisa não comecem no prazo de sessenta dias, estejam suspensos por igual espaço de tempo, ou quando o pesquisador falte a alguma das condições estabelecidas na portaria que conceder a permissão.

O direito de pesquisa de águas minero-medicinais pode ser, porém, limitado em virtude da concessão que dessas águas se faça. É assim que no artigo 9.º se determina que aos concessionários, oficialmente declarados, de exploração de nascentes de águas minero-medicinais, reconhecidas como importantes, pode o Governo conceder um perímetro reservado dentro do qual seja proibido fazer excavações ou sondagens que prejudiquem ou tendam a alterar o regime dessas águas, e pesquisar ou captar novas nascentes, devendo os proprietários do solo ser indemnizados pelo concessionário dos prejuízos que desta servidão lhes possam advir nos usos domésticos, agrícolas ou industriais.

Declarando-se no § 1.º do citado artigo que o perímetro reservado, depois de fixado primitivamente,

pode ser sucessivamente aumentado, a pedido do concessionário, reconhecendo-se a insuficiência das áreas fixadas; especificando-se no § 2.º quais os trabalhos que dentro do perímetro reservado podiam ser realizados: excavação a céu aberto para alicerces, exploração de materiais de construção, sanjas de desagüe e outras, trabalhos de drenagem e outros de semelhante importância e natureza, enquanto se não produza reclamação em contrário do concessionário das nascentes que será apresentada no ministério competente e resolvida como for de justiça, preceituava-se nos §§ 4.º e 5.º que, dentro do perímetro reservado só se podem fazer excavações subterrâneas e sondagens com autorização do Governo, que, ouvido o concessionário, o proprietário do solo e as estações competentes, denegará ou concederá a licença pedida, e que, apresentada pelo concessionário a reclamação contra quaisquer trabalhos de excavação ou sondagem, empreendidos no perímetro reservado, o Governo ordenará, se assim o julgar conveniente: 1.º a suspensão temporária ou a continuação das excavações; 2.º a interrupção definitiva ou o seguimento dos trabalhos, devendo em seguida liquidar-se amigavelmente ou nos tribunais ordinários qualquer indemnização, a que tenha direito o concessionário das nascentes ou o proprietário do solo.

No regulamento de 5 de julho determina-se (artigos 2.º e 3.º) os trâmites por que pode obter-se autorização do Governo para a pesquisa de águas minero-medicinais quando os proprietários do terreno recusem o seu consentimento; preceitua-se que, desde que a autorização seja concedida e publicada no *Diário do Governo* a respectiva portaria, o administrador do concelho procederá *ex-officio* à avaliação

por meio de louvados dos prejuízos que porventura possam advir ao proprietário do solo e que, avaliados esses prejuízos, o pesquisador prestará fiança idónea pela indemnização devida, e declara-se o direito concedido pela autorização intransmissível. Estabelece-se (artigo 13.º) quanto ao perímetro reservado, que o concessionário deverá pedir esse perímetro ou no próprio requerimento em que pedir a concessão ou posteriormente e que, em qualquer dos casos, o perímetro reservado, que será definido poligonalmente, em harmonia com as condições hidrológicas de cada nascente, e abrangerá portanto uma área maior ou menor, será precisamente indicado pelo concessionário, bem como os nomes e residências dos proprietários do solo sobre que se estenda o mesmo perímetro, os quais serão intimados administrativamente para que declarem, no prazo de dez dias, o que tiverem por bem da sua justiça, e, quando reclamem indemnização pelos prejuízos que lhes possam advir, nos usos domésticos, agrícolas ou industriais, da servidão de que trata o artigo citado, essas indemnizações serão liquidadas amigavelmente ou julgadas como as da expropriação nos termos da respectiva lei. Permittendo-se (artigo 14.º) que no perímetro reservado se possam efectuar, sem licença do Governo, os mesmos trabalhos que o decreto de 30 de setembro faculta, preceituava-se (artigo 15.º) que dentro do perímetro reservado só se podem fazer explorações subterrâneas e sondagens com autorização do Governo, determinando-se: «O que intentar proceder aos trabalhos indicados neste artigo requererá, pela repartição dos serviços técnicos de minas e da indústria, indicando precisamente a natureza dos trabalhos, a sua extensão horisontal e a profundidade que deverão atingir e o local onde pretende executá-los. Recebido o reque-

rimento, pela repartição referida se fará intimar o concessionário a expor o que julgar conveniente a bem dos seus direitos e se dará ordem ao engenheiro de minas para que visite o local e informe sobre o que se lhe ofereça. O requerimento, a exposição do concessionário e a informação do engenheiro subirão ao conselho superior de obras públicas e minas, que emitirá parecer; sobre o qual o Governo, em portaria, deliberará concedendo ou negando a licença no todo ou em parte.»

No decreto n.º 4:718, atendendo-se a «que é indispensável proteger as novas nascentes de águas minero-medicinais cuja importância seja conhecida»; «à vantagem de quaisquer águas minero-medicinais poderem ser exploradas por mais de um concessionário, o que beneficia os doentes que das mesmas necessitem, pela competência que entre os concessionários certamente se estabeleceria e ainda por se evitar o regime do monopólio», e a que «há contradição entre a lei de 30 de setembro de 1892 e seu regulamento de 5 de julho de 1894, estabelecendo este que as excavações ou pesquisas de qualquer espécie dentro de um perímetro reservado para águas minerais só podem ser feitas depois de obtida licença, que só deve ser dada quando pelos técnicos seja declarado que tais excavações ou pesquisas não possam prejudicar as nascentes minerais já em exploração», preceitua-se nesse decreto, para valer como lei, que (artigo 1.º) são proibidas as excavações ou outras espécies de pesquisas, para qualquer fim destinadas, dentro de um perímetro reservado para as nascentes de águas minerais, salvo o caso indicado no artigo 3.º, no qual se determina: «Quando alguém desejar fazer excavações ou qualquer espécie de pesquisas dentro

de um perímetro reservado para nascentes minerais, deverá pedir licença à Repartição de Minas, nos termos do artigo 13.º da lei de 30 de setembro de 1892 e do artigo 15.º do regulamento de 5 de julho de 1894, acompanhando o pedido de um projecto, em que detalhadamente indique as pesquisas que deseja fazer, e do relatório de um engenheiro de minas português, no qual se demonstre que, dos trabalhos a realizar, não devem resultar prejuízos às nascentes já em exploração.

«§ 1.º A Repartição de Minas poderá mandar proceder à verificação desses trabalhos, à custa do interessado, que, para esse fim, depositará na Caixa Geral de Depósitos e Instituições de Previdência a verba que, pela mesma repartição, for indicada.

«§ 2.º O secretário de Estado, ouvidas as estações competentes, dará ou negará a licença pedida.»

No artigo 2.º preceitua-se que caso alguém faça excavações ou pesquisas, os interessados deverão imediatamente e para os efeitos legais participá-lo ao chefe de Repartição de Minas e ao administrador do respectivo concelho que, imediatamente à recepção da participação, e nos termos do § 3.º do artigo 14.º do decreto de 5 de julho de 1894, intimará os interessados a suspender os trabalhos por trinta dias, sob pena de desobediência para o interessado, e no artigo 4.º determina-se que todo aquele que, sem licença, fizer excavações ou pesquisas dentro de um perímetro reservado para nascentes minerais em exploração, além da responsabilidade civil, será punido com a multa de 50\$00 a 500\$00, revertendo todos os trabalhos que houver feito em benefício do concessionário da nascente a que pertencer o perímetro reservado e de que será dada posse administrativa-

mente (se assim lhe for pedido) pelo respectivo administrador do concelho.

Para evitar possíveis abusos, preceitua-se no artigo 5.º que não será de futuro feita a concessão de perímetros reservados senão a concessionários que, achando-se nas condições do artigo 9.º do decreto com força de lei de 30 de setembro de 1892, hajam realizado trabalhos de captagem que sejam considerados perfeitos na Repartição de Minas, ouvido o Conselho Superior de Minas.

Não conseguimos descobrir entre o decreto de 30 de setembro de 1892 e o regulamento que para a sua execução se publicou em 5 de julho de 1894 a contradição a que se refere o decreto 4:718 e que nele se não encontra devidamente notada, pois apenas resume o que neste decreto se dispõe acêrca da concessão da licença pelo Governo para as excavações ou pesquisas e em que apenas se determinam, além do que a tal respeito se declara no decreto de 30 de setembro, as formalidades que para essa licença são necessárias. Não sabemos se haveria confusão com os trabalhos a céu aberto para alicerces, exploração de materiais de construção, sanjas de desagüe e outras, trabalhos de drenagem e outros de semelhante importância e natureza, que eram permitidos independentemente de licença, e aos quais se não refere o decreto n.º 4:718, devendo assim entender-se que êsses trabalhos podem ainda ser feitos sem licença, considerando-se a fórmula «excavações e outras espécies de pesquisas» como compreendendo os trabalhos não exceptuados no decreto de 30 de setembro.

A verdade, porém, é que, referindo-se o artigo 2.º ao caso de se fazerem essas excavações e pesquisas e determinando que os interessados o comuniquem

imediatamente às estações competentes para os efeitos legais, que determinarão a suspensão dos trabalhos por trinta dias, ao passo que o artigo 4.º sujeita a responsabilidade civil e penal quem as fizer sem licença, não se compreende bem qual o alcance da disposição consignada no artigo 2.º, como também não se nos afigura fácil precisar como se tornam effectivos pelo decreto n.º 4:718 e não se podiam tornar pelo decreto de 30 de setembro, os fins a que, segundo os considerandos que o precedem, aquele decreto visa.

Afigura-se nos que não é necessária prévia licença do Governo para os trabalhos especificados no § 2.º do artigo 9.º do decreto de 30 de setembro de 1892 e no artigo 14.º do regulamento de 5 de julho de 1894, não incorrendo em pênna alguma quem sem essa licença realize tais trabalhos, e que apenas deve ser ordenada a sua suspensão, não podendo prosseguir êsses trabalhos quando se entenda que deles resultará prejuízo para as nascentes.

Da referência que no artigo 2.º do decreto n.º 4:718 se faz ao § 3.º do artigo 14.º do decreto de 5 de julho, vê-se que é para tais trabalhos que naquele artigo se dispõe, parecendo assim que êles estão compreendidos na proibição do artigo 1.º O facto, porém, de serem iniciados êsses trabalhos sem licença apenas terá como consequência a suspensão deles por trinta dias, quando os interessados façam a devida comunicação ao chefe da Repartição de Minas e ao administrador do concelho. No citado artigo 2.º do decreto n.º 4:718 determina-se que o administrador do concelho, imediatamente à recepção da participação, intimarará os interessados, parecendo assim que lhe não compete verificar se dêsses trabalhos resultará ou não prejuízo para as nascentes, verificação que

deverá ser feita pela Repartição de Minas dentro do prazo da suspensão. É verdade que se determina que a intimação será feita nos termos do § 3.º do artigo 14.º do decreto de 5 de julho, e preceituava-se nesse § que «o administrador do concelho poderá suspender por trinta dias a prossecução dos trabalhos, quando entenda que destes pode advir prejuízo às nascentes». Esta verificação por parte do administrador do concelho não pode ter lugar nos termos do artigo 2.º do decreto n.º 4:718, visto que éle tem de fazer a intimação imediatamente à recepção da participação. E também entendemos que éle não é obrigado, como o era pelo citado § 3.º, a participar o ocorrido ao Ministério do Trabalho, visto que essa participação deve, nos termos do artigo 2.º do decreto n.º 4:718, ser feita pelos próprios interessados ao chefe da Repartição de Minas.

Não se declara neste decreto se os trabalhos podem ou não prosseguir após o termo do prazo da suspensão. É óbvio, porém, que, se nenhum procedimento houver emanado da Repartição de Minas, os trabalhos começados poderão prosseguir, sem prejuízo de qualquer reclamação que o concessionário posteriormente formule. É o que preceitua o § 4.º do artigo 14.º do regulamento de 5 de julho, que não foi revogado pelo decreto n.º 4:718.

Independentemente do perímetro reservado, o direito de exploração de águas subterrâneas pode ser limitado pela concessão de nascentes minero-medicinais.

É assim que, nos termos do artigo 12.º do decreto de 30 de setembro e do artigo 19.º do regulamento de 5 de julho, o concessionário de águas de nascentes minero-medicinais que não tenham perímetro

reservado, e, quando o tenham, ainda fora dos seus limites, tem o direito de requerer a suspensão provisória ou a interrupção definitiva de todos os trabalhos subterrâneos e a ceu aberto, que tendam a modificar ou alterar o regime das águas, devendo esse requerimento, em que se exporão as razões da pretensão, ser feito à Repartição de Minas, observando-se as disposições dos §§ 1.º a 4.º do artigo 14.º do citado regulamento.

O requerimento só deverá ser deferido, ordenando-se a não prossecução dos trabalhos de exploração, quando destes resulte qualquer modificação ou alteração no regime das mesmas nascentes, não podendo o concessionário opor-se a que, dentro ou fora do perímetro reservado, se proceda a trabalhos de pesquisa ou captagem de novas nascentes, desde que, pela prévia licença do Governo ou após a verificação feita mediante comunicação dos interessados, se veja que com essa exploração não haverá prejuízo para as nascentes minero-medicinais que hajam sido concedidas. É o que se preceitua no artigo 20.º do regulamento de 5 de julho.

Dentro do perímetro reservado pode haver, pois, a pesquisa e captagem de novas nascentes, e dessas nascentes pode ser feita concessão pelo Governo, dispondo-se a este respeito no § 2.º do citado artigo 20.º que ao concessionário de uma ou mais nascentes de águas minero-medicinais, concedidas em observância das disposições deste artigo, compreendidas no perímetro reservado de nascente ou nascentes exploradas por um terceiro, e ao qual por esta circunstância não poderá ser concedido um perímetro reservado, fica salvo o direito que resulta da primeira parte do artigo 19.º, e todos os demais que lhe confere o decreto de 30 de setembro de 1892,

que não se relacionam com a existência de um perimetro reservado.

Pela pesquisa de águas minero-medicinais em prédios particulares e pela inibição da exploração de águas subterrâneas que para os proprietários desses prédios resulte da concessão dessas águas tem estes proprietários direito de indemnização. Este direito dá-se não só em relação aos prejuízos que pelos trabalhos de pesquisa das águas sejam causados nos prédios, mas também pelos que resultem do não aproveitamento das águas dos mesmos prédios para os usos agrícolas, industriais ou domésticos. É expresso a este respeito o artigo 9.º do decreto de 30 de setembro.

86. Concessão de águas minero-medicinais; direito que por ela se adquire. Para a exploração das águas minero-medicinais e sua captagem torna-se sempre necessária a autorização do Governo. No § único do artigo 1.º do regulamento de 5 de julho determina-se que o Governo, quando assim o julgue conveniente, poderá proceder por administração directa a quaisquer trabalhos de pesquisa ou exploração de águas minero-medicinais que estejam na sua posse.

O princípio, porém, que a este respeito se estabelece no artigo 58.º do decreto de 30 de setembro é que as nascentes de águas minero-medicinais do Estado poderão ser adjudicadas em concurso nos termos do artigo 47.º

Quanto às águas medicinais de corporações administrativas ou de instituições de beneficência preceitua-se no decreto citado, artigo 59.º, que podem ser administradas directamente, ou adjudicada em hasta

pública a sua exploração, devendo contudo a receita e despesa dos estabelecimentos hidroterápicos formar conta separada no respectivo orçamento, e a parte dos saldos positivos, que o Governo determinar, ser sempre aplicada aos melhoramentos a introduzir nos mesmos estabelecimentos.

A concessão das águas minero-medicinais tem assim diverso carácter conforme se trata de águas minero-medicinais pertencentes ao Estado e aos corpos e corporações administrativas ou de águas pertencentes a particulares.

Sendo as águas pertencentes a particulares, a exploração dessas águas só pode ter lugar mediante prévia licença; e esta licença só pode ser dada quando com o requerimento para a concessão se junte licença dos proprietários do solo para proceder a quaisquer trabalhos indicados no projecto a que se refere o n.º 2.º do artigo 8.º, projecto de que devem constar todos os trabalhos superficiais ou subterrâneos que se pretende executar, ou documento pelo qual se prove claramente que o requerente está habilitado a satisfazer as indemnizações que por esse motivo possa ter de pagar. No caso de ter sido recusada a licença pelo proprietário do solo, o Governo poderá decretar, a requerimento do interessado, depois de ouvidas as estações competentes, a expropriação por utilidade pública de qualquer nascente de água minero-medicinal a favor do concessionário, devendo o proprietário do solo ser previamente indemnizado, pelo mesmo concessionário, dos prejuízos que lhe possam resultar de ser privado da água das nascentes, nos usos domésticos, agrícolas ou industriais em que as utilisasse. É o que preceitua o artigo 8.º do decreto de 30 de setembro.

O facto de o requerente da licença para a exploração das águas minero-medicinaes ser proprietário do prédio onde há essas águas apenas lhe dá preferência, quando apresente o seu requerimento na mesma ocasião em que o apresentem também outros pretendentes. É assim que no artigo 7.º do decreto de 30 de setembro se estatui que o direito de preferência à concessão é dado pela prioridade da apresentação no Ministério das obras públicas, comércio e indústria, actualmente no Ministério do Trabalho, do requerimento instruído nos termos do artigo 5.º do mesmo decreto, devendo na apresentação do requerimento lavrar-se termo assinado pelo interessado ou pelo seu representante legal, em livro especial existente na Repartição de Minas, em que se designará o dia e hora precisa da entrega da petição. E determina-se no § 1.º do mesmo artigo que, quando se apresentem na mesma ocasião dois ou mais requerimentos, terá preferência: 1.º o requerente que provar ser proprietário do solo na data da apresentação do pedido; 2.º o requerente que, em dia aprazado para a licitação verbal sobre bases mandadas elaborar pelo Governo, oferecer garantias de melhor explorar as nascentes.

Vê-se assim que a regulamentação administrativa do uso das águas minero-medicinaes a que se refere o artigo 445.º do código civil existentes em prédios particulares leva até à expropriação dessas águas, ficando proprietário delas, em virtude da licença que pelo Governo é dada para a sua exploração, o concessionário. Não deixa dúvidas algumas a este respeito a disposição relativa à expropriação, na qual se presuppõe o direito de propriedade dessas águas como elemento componente do prédio e se determina o seu valor, não pelo que as águas representam sob o

ponto de vista da sua exploração como águas minero-medicinaes, mas pelo proveito que dessas águas estava auferindo o proprietário nos usos agricolas, industriais ou domésticos, e, quando dúvidas houvesse, eliminá-las hiam os artigos do decreto em que, dados certos factos, se determina a perda para o concessionário das águas das nascentes e as consequências dessa perda ou da desistência ao direito resultante da concessão.

E' assim que no artigo 44.º se declara que o concessionário de nascente de águas minero-medicinaes que incorrer na pênna de perda da concessão, perde o direito a todos os trabalhos, que passam a ser propriedade do Estado, e, garantindo-se aos concessionários das nascentes o direito de desistirem da concessão, mediante petição, devidamente fundamentada, contanto que não tenham incorrido na pênna imposta pelo n.º 3.º do artigo 42.º, se declara no artigo 46.º: «Concedida a desistência, a propriedade das nascentes e trabalhos feitos para a sua captagem e condução passam para o Estado, que em seguida porá a concurso a sua adjudicação, ou declarará campo livre, conforme o preceituado no artigo 49.º

«§ único. As máquinas, utensilios, aparelhos e edificios destinados a banhos ou a fornecer água ao público, não passam para a posse do Estado, porém o seu proprietário é obrigado a facultar o seu uso ao novo concessionário, mediante contrato prévio, e no caso de não se estabelecer acôrdo, poderá ser decretada a expropriação por utilidade pública nos termos legais.»

Vê-se assim que o efeito da concessão para a captagem e exploração de águas minero-medicinaes é, mediante a prévia expropriação dessas águas pelo concessionário, a aquisição da sua propriedade.

Essa aquisição tem por fim a exploração das águas em harmonia com as condições em que a concessão é feita não podendo consequentemente o concessionário dar a essas águas outro destino e não podendo, sob pena de perder a concessão, deixar de fazer a exploração em harmonia com as condições em que a licença lhe houver sido dada. E' assim que no artigo 42.º do decreto de 30 de setembro se preceitua que os concessionários de nascentes e os fabricantes de sais e águas artificiais que faltarem ao cumprimento das disposições do decreto ou das cláusulas gerais ou especiais impostas na concessão, serão punidos com a pena de multa simples ou agravada, conforme for a primeira ou a segunda infracção pelos mesmos motivos, e, no caso de reincidência na mesma falta, com o abandono da concessão das nascentes ou perda da licença para o fabrico de sais e águas artificiais.

As limitações que ao proprietário do prédio onde há a nascente são impostas quanto ao uso ou aproveitamento dessas águas fundam-se no interesse público, e no mesmo interesse se fundam as disposições em que se regulamenta a exploração das águas, explicando-se assim a perda do direito de propriedade que ao concessionário é cominada desde que, nos termos fixados no decreto, deixe de fazer a exploração ou a não faça nas condições devidas.

Essa perda dá-se em relação ao próprio dono do prédio se a elle houver sido feita a concessão, ficando o Estado proprietário das nascentes.

Sendo o Estado proprietário das nascentes, poderá explorar essas águas por administração directa ou abrir concurso para a sua adjudicação.

Posta duas vezes em praça a adjudicação da exploração de uma nascente de água minero-medici-

nal, e não aparecendo concorrente, será declarada livre, podendo ser objecto de nova concessão.

Ser declarada livre uma nascente de água minero-medicinal significa que pode ser objecto de nova concessão, devendo esta concessão ser feita nos termos do artigo 5.º do decreto de 30 de setembro e dos artigos 4.º a 8.º do regulamento de 5 de julho (decreto citado, artigo 49.º e regulamento, artigo 50.º). Preceitua-se, porém, no § 1.º d'êste artigo que, nos casos nele previstos, o concessionário será obrigado ao pagamento de uma renda fixa anual proporcional aos trabalhos existentes que, nos termos do artigo 44.º e do § 1.º do artigo 45.º passaram à propriedade do Estado, sendo-lhe, todavia, aproveitável a disposição contida no § 2.º d'êste último artigo quando o pedido da nova concessão de licença para exploração das nascentes for apresentado dentro do prazo dum ano a seguir à declaração de estarem livres as nascentes sobre que foi pronunciada a desistência. E determina-se no § 2.º do mesmo artigo que o Governo promoverá o necessário para que o prazo, dentro do qual o antigo concessionário da nascente é obrigado a facultar ao novo concessionário tudo o que não diga respeito aos trabalhos de captagem e condução das águas, como são as máquinas, utensílios, aparelhos e edificios destinados a banhos ou a fornecer água ao público, não vá além de dois anos decorridos depois de concedida a desistência, limite de tempo êste além do qual o antigo concessionário tem o direito de retirar o que lhe pertencer ou de usar dele como entender.

O facto de, no caso de abandono ou de desistência do concessionário, ficarem pertencendo ao Estado as nascentes de águas minero-medicinaes e todos os trabalhos feitos pelo concessionário para a sua captagem

e condução e o direito de expropriação de todos os outros trabalhos que para a exploração das águas tenham sido realizados pelo concessionário, revelamos, de modo iniludível, qual é o carácter da propriedade das águas minero-medicinais.

Pelos fins para que, atentas as suas utilidades, estas águas são destinadas; pelo direito que, quanto ao seu uso, todos ficam tendo, estabelecendo-se a este respeito, no artigo 50.º do decreto de 30 de setembro e no artigo 51.º do regulamento de 5 de julho, que o uso das águas minero-medicinais naturais ou artificiais é livre, salvo o caso de o Governo exigir, segundo a importância da exploração, ou quando seja feita a concessão ou em época posterior e determinada, declaração de facultativo legalmente habilitado, com residência obrigatória no local das nascentes, responsabilizando-se porque o uso das águas se faça sob a sua vigilância e inspecção; pela regulamentação do uso das águas, que é obrigatória para o concessionário e que, nos termos do artigo 51.º do decreto de 30 de setembro e do artigo 52.º do regulamento de 5 de julho, só será posta em execução depois de aprovada pelo Governo, devendo este, por iniciativa própria, mandar pôr em execução nos estabelecimentos de águas minero-medicinais as disposições regulamentares que julgar mais convenientes, se no fim de tres meses, a contar da data da publicação do alvará de concessão, os concessionários não as houverem elaborado; pelos princípios em que deve assentar essa regulamentação e segundo os quais é proibido: a) estabelecer preferência no uso das águas; b) haver diferença de preços em cada classe, devendo as classes e preços ser indicados em tabelas a que se assegurará a máxima publicidade, e devendo ser gratuitos os serviços prestados aos indi-

gentes, — vê-se que as águas minero-medicinais existentes em prédios particulares e cuja exploração é autorizada pelo Governo ficam efectivamente no domínio público, embora a propriedade dessas águas seja atribuída pela legislação vigente ao concessionário e não ao Estado.

Os fins para que a concessão é feita; as obrigações que, para a consecução desses fins, são impostas ao concessionário; os direitos que a essas águas todos ficam tendo; a perda da concessão que envolve a perda não só do direito às águas mas de todos os trabalhos de captagem e condução das mesmas águas, não podem explicar-se senão considerando essas águas no domínio público.

A licença para a exploração das águas minero-medicinais parece, pois, que deverá atribuir-se este efeito: essas águas são declaradas de utilidade pública e ficam consequentemente no domínio público. O concessionário tem o direito de explorar essas águas e esse direito, que representa um valor patrimonial, é perpétuo, só o perdendo nos casos fixados na mesma lei. É, pois, transmissível esse direito; mas devendo o Estado, visto que a exploração das águas deve estar sempre assegurada e em condições convenientes, verificar se o adquirente reúne ou não requisitos necessários para esse efeito, a transmissão da concessão das águas minero-medicinais está sujeita a disposições especiais.

E' assim que, preceituando-se no artigo 57.º do decreto de 30 de setembro que a concessão para exploração de nascentes de águas minero-medicinais, ou para fabrico de sais e águas medicinais artificiais, não pode transmitir-se sem aprovação do Governo, se determina no artigo 57.º do regulamento de 5 de julho e seus §§: a) que a autorização só será concedida se o Governo, ouvido o conselho superior de

obras públicas e minas e a junta consultiva de saúde pública, julgar que não há isso inconveniente, e que é necessária para que a cessão ou transferência da concessão, no todo ou em parte, seja válida; b) que o concessionário terá de requerer ao Governo a autorização indicando a pessoa ou entidade para quem pretende fazer a transferência; e, no caso de morte do concessionário, que os seus herdeiros, devidamente habilitados, poderão requerer a transmissão; c) que a autorização para a transferência será dada por meio de portaria e que só em vista d'êste diploma poderá ser lavrado o respectivo título de transmissão; d) que no caso de venda judicial, ou qualquer outra forma de alienação forçada, a validade da transmissão depende de homologação do Governo pelo Ministério das obras públicas comércio e indústria, actualmente pelo Ministério do Trabalho, a qual será requerida no prazo de sessenta dias, contados da data da arrematação ou adjudicação, declarando-se no caso contrário o abandono; e) que o requerimento pedindo a confirmação da transmissão será acompanhado da cópia autêntica do título da transmissão livre ou forçada; do certificado de depósito da quantia de 40\$00 no Banco de Portugal para as despesas do alvará, devendo ser apresentados mais os documentos dos n.ºs 1.º a 3.º do artigo 7.º quando o adquirente pretenda realizar novos trabalhos e satisfazer-se ao § 1.º do mesmo artigo quando o transmitente a isso tiver sido obrigado, ou o Governo assim o determine; f) que a transmissão deve ser confirmada em alvará, consignando as condições gerais e especiais impostas ao adquirente, que ficará para todos os efeitos sujeito às obrigações e no gozo dos direitos do transmitente derivados do decreto de 30 de setembro de 1892 e do regulamento de 5 de julho.

Atribuindo-se o efeito referido à licença para a exploração de águas minero-medicinais existentes em prédios particulares; sendo reconhecido o direito à concessão dessas águas a quem primeiro a requeira e a todos o de pesquisa das águas minero-medicinais; tendo os proprietários dos prédios apenas o direito de ser indemnizados do valor das mesmas águas determinado pelos usos agrícolas, industriais ou domésticos em que as aproveitavam, segue-se que, anteriormente à concessão, só existe o direito de apropriação dessas águas, tendo êsse direito de ser reconhecido pela licença para a sua exploração.

É óbvio que as águas minero-medicinais não estão, anteriormente à licença para a sua exploração, no domínio público, como óbvio é também que a propriedade delas não pertence ao Estado. Não estão no domínio público, porque o gozo dessas águas não pertence a todos, mas só ao proprietário do prédio onde existem; não pertencem ao Estado anteriormente à licença para a exploração, como não lhe ficam pertencendo posteriormente, pois não existe nenhuma disposição de lei que lhe atribua êste direito, sendo, pelo contrário, expressamente atribuída essa propriedade ao concessionário posteriormente à licença para a exploração e presumendo-se, para esta licença, ou a aquisição das águas por contrato efetuado entre o concessionário e o proprietário do prédio ou a sua expropriação.

A licença, porém, ou a autorização para a exploração das águas é considerada como sendo uma concessão, e, quando se lhe atribua êste carácter, parece que o Estado só pode transmitir para o concessionário um direito que lhe pertence, reconhecendo-se assim implicitamente na concessão o direito preexistente do Estado às águas minero-medicinais.

E pode acrescentar-se que o imposto especial que sobre os lucros da exploração é lançado pelo Estado e a percentagem fixa por cada hectare do perímetro reservado só se explicam ou justificam como representando para o Estado rendas que correspondem ao direito que êle tem sobre as águas minero-medicinais.

A circunstância de a licença ou autorização ser considerada uma concessão não invalida a doutrina por nós exposta acêrca da propriedade das águas minero-medicinais. Havendo sobre essas águas o direito de apropriação, êste direito só pode ser exercido nas condições fixadas na lei e para os fins que a mesma lei indica, sendo ao Estado que compete, por meio da licença para a exploração dessas águas, verificar se se dão ou não as referidas condições. Feita esta verificação e concedida a licença ou autorização para a exploração, tal licença, pelo regime a que as águas ficam sujeitas, representa uma declaração de que essas águas ficam no domínio público, e portanto, desde que há esta declaração, é um verdadeiro concessionário a pessoa a quem é dada a licença. Sendo assim, não tendo o concessionário de indemnizar os proprietários dos prédios onde há as nascentes do valor que, na sua exploração como águas minero-medicinais, a concessão representa, e sendo a concessão dessa exploração feita pelo Estado, facilmente se explica o imposto especial que pelo Estado é lançado ao concessionário sobre os lucros líquidos da concessão do mesmo modo que a renda fixa pelo perímetro reservado.

A verdade da doutrina que acabamos de expor mais será posta em evidência analisando-se o regime das águas minero-medicinais cuja posse pertence ao

Estado, às autarquias locais ou a pessoas colectivas de fins desinteressados.

Como já vimos, tanto o Estado como estas pessoas colectivas podem explorar as nascentes de águas minero-medicinais directamente ou mediante a adjudicação dessas águas em concurso.

Quer explorem essas águas directamente, quer mediante adjudicação, é para nós indubitável que essas águas representam, desde que sejam exploradas como águas minero-medicinais, bens que estão no domínio público, pois é certo que todos delas se podem aproveitar desde que observem as disposições dos regulamentos que, para o uso dessas águas, devem ser publicados, tanto no caso de exploração directa como por meio de adjudicação:

E' assim que no artigo 58.º do regulamento de 5 de julho se preceitua que a adjudicação, em concurso, do exclusivo de exploração de nascentes de águas minero-medicinais pertencentes ao Estado, será regulada como dispõem os artigos 46.º a 50.º do mesmo regulamento, e no artigo 59.º que se o Governo, nos termos do § único do artigo 1.º, administrar directamente qualquer estabelecimento balneario, a pessoa ou entidade a quem estiver confiada esta administração cumprirá todas as disposições do mesmo regulamento, que lhe forem applicáveis, especialmente as constantes dos artigos 2.º, 3.º, 13.º, 28.º, 52.º e 53.º.

Quanto às águas pertencentes aos corpos ou corporações administrativas, determina-se no artigo 60.º §§ 1.º a 3.º que, pretendendo-se adjudicar essas águas em hasta pública, o programa de adjudicação será submetido à consideração do Governo, que o aprovará ou modificará depois de ouvido o conselho superior de obras públicas e minas e a junta consúl-

tiva de saúde pública; que a adjudicação da exploração ficará dependente de confirmação do Governó, que poderá recusá-la quando o adjudicatário indicado não seja considerado idóneo pelo que respeita ao cumprimento das disposições do decreto de 30 de setembro e do mesmo regulamento, às quais o adjudicatário ficará sujeito por todo o tempo que durar a adjudicação, como se fora o próprio concessionário; e que o adjudicatário incorrerá nas mesmas penas a que está sujeito qualquer concessionário de licença para a exploração de nascentes de águas minero-medicinais, devendo entender-se que à pena de abandono corresponde a perda de todos os direitos que lhe resultavam da adjudicação.

As águas minero-medicinais que estão na posse ou na propriedade do Estado e dos corpos e corporações administrativas são, pois, desde que como tais sejam exploradas, águas que estão no domínio público, gozando de todas as garantias que às cousas d'esse domínio são atribuídas pela nossa legislação.

Consideramos da mesma natureza as águas minero-medicinais cuja posse ou propriedade não é atribuída ao Estado mas às pessoas a quem é concedida a sua exploração, sendo assim o direito de propriedade, que pela lei a estas pessoas é atribuído, um direito especial, que recai sobre o valor patrimonial da exploração das mesmas águas, não havendo sobre estas o direito de livre disposição.

Se, sob o ponto de vista da técnica jurídica, o nosso sistema legislativo deixa muito a desejar, podendo estabelecer-se sobre esta matéria outros princípios mais harmónicos com o regime das águas minero-medicinais, sob o ponto de vista prático não julgamos susceptível de dúvidas a doutrina que acabamos de expor.

§ 15.º — Das águas de aquedutos

87. *Águas particulares que podem ser conduzidas por aquedutos.* As águas de fontes e nascentes nem sempre são utilizadas nos prédios onde brotam para serem em seguida abandonadas ao seu curso natural. São conduzidas por meio de aquedutos para outros prédios, tanto para fins agrícolas ou industriais como para usos domésticos.

No artigo 456.º do código civil faculta-se essa condução, em proveito da agricultura ou da indústria, através dos prédios rústicos alheios, não sendo quintas muradas ou quintais, jardins, hortas ou pátios adjacentes a prédios urbanos, precedendo indemnização do prejuízo que disso resultar para os ditos prédios.

Refere-se este artigo às águas a que se tenha direito e abrange portanto não só as águas de fontes e nascentes existentes em prédios particulares, e quer essas águas pertençam aos donos d'esses prédios quer a terceiros que a elas hajam adquirido direito, mas também as águas de fontes ou nascentes existentes em terrenos públicos ou de logradouro comum, as de correntes não navegáveis nem fluviáveis ou navegáveis e fluviáveis que tenham sido apropriadas ou hajam sido concedidas, os sobejos das águas de fontes ou reservatórios de uso público ou comum, incluindo as de nascentes minero-medicinais. Todas estas águas podem ser conduzidas por aquedutos e estão sujeitas, desde que o sejam e até entrarem, abandonadas ao seu curso natural, numa corrente não navegável nem fluviável ou navegável e fluviável, a um determinado regime, independentemente da origem dessas águas.

Incluímos nas águas de aqueduto as provenientes de gaivagem, canos falsos, valas, guarda-matos, alcorcas ou qualquer outro modo de enxugo de terrenos, quando as águas assim canalizadas sejam conduzidas, para serem devidamente utilizadas, para fora dos prédios donde escorrem. O artigo 462.º também faculta, em relação às águas que tenham esta origem, o estabelecimento de servidões através de prédios rústicos alheios e sujeita-as ao mesmo regime das águas dos aquedutos a que se refere o artigo 456.º, emquanto não chegam a alguma corrente ou a outra via de escoamento, declarando que a essas águas são aplicáveis as disposições dos artigos precedentes.

Os aquedutos para a condução das águas podem ser construídos por um único interessado ou por muitos, e pode essa derivação ser feita pelo Estado e pelas autarquias locais. Os critérios para determinar quando as águas assim derivadas devem considerar-se públicas, comuns ou particulares já por nós foram expostos, não se tornando necessário insistir nesta matéria. O decreto n.º 4505, de 29 de junho de 1918, que, para promover o desenvolvimento da produção agrícola, autorizou (artigo 1.º) desde já o Governo a conceder a qualquer entidade, sindicato, empresa ou companhia portuguesa, por tempo limitado, segundo a importância e condições especiais de cada obra, a construção de albufeiras e canais que tenham por fim armazenar, distribuir e vender a água para fins essencialmente agrícolas, e que também autoriza (artigo 1.º § único) o Governo, se assim o julgar conveniente, a proceder por sua conta, no todo ou em parte, à construção e exploração das mesmas obras, assim como a reservar para si o

direito de ter participação nas sociedades que para esse fim se constituírem, não alterou a doutrina por nós exposta. Trata-se neste decreto da concessão de um serviço público e no domínio público se devem considerar as albufeiras e canais.

Quando as águas dos aquedutos sejam particulares mas esses aquedutos tenham sido construídos ou as águas pertençam a vários consortes, haverá, em relação ao aqueduto, uma coisa comum, podendo as águas estar ou não partilhadas ou divididas. Trata-se em qualquer dos casos de águas que estão na propriedade particular, devendo apenas ter-se em vista, para a determinação do seu regime, as disposições especiais a que essa propriedade está sujeita. O aqueduto em prédios particulares representa uma servidão, que estudaremos no livro em que nos ocuparmos das servidões de águas, ocupando-nos aqui sómente do regime a que estão sujeitas as águas.

88. *Regime das águas de aquedutos: direitos que terceiros podem a elas adquirir.* No artigo 460.º do código civil preceitua-se que, construído o aqueduto, se não forem todas as águas necessárias a seus donos, e outro proprietário quiser ter parte no excedente, ser-lhe há concedida essa parte mediante prévia indemnização, e pagando além disso a quota proporcional à despesa feita com a condução delas até o ponto donde se pretendem derivar.

Este artigo contém uma disposição geral relativa às águas de aquedutos particulares, compreendendo quaisquer águas que por esses aquedutos sejam conduzidas. E' de notar, porém, que a aplicação desse artigo não pode fazer-se indistintamente.

Resulta do seu texto, sem a menor sombra de dúvida, que o proprietário do aqueduto tem direito a indemnização pela água. Não podem com efeito deixar de referir-se a esta indemnização as palavras «mediante prévia indemnização», visto que à indemnização relativa ao aqueduto se refere a última parte do artigo, e como objecto de indemnização só pode haver, no caso sujeito, as águas e o aqueduto.

O conselheiro Dias Ferreira diz a este respeito:

«O alvará de 27 de novembro de 1804 § 13.º só reconhecia aos donos do açude ou levada direito à *quota parte da despesa* com as obras, e não ao valor da água.

«Mas o código, considerando acessório do aqueduto as águas, desde que são encanadas, arbitra também pelo valor da água a indemnização, que será difícil de liquidar desde que esta é sobeja, porque a indemnização deve ser regulada, não pelo lucro que tira o adquirente, mas pelo prejuízo que sofre o dono do canal, como dispõe o artigo 448.º § único em caso análogo, e o código de processo no artigo 546.º».

Notaremos, em primeiro lugar, que as águas não podem considerar-se um acessório do aqueduto. É o contrário que se deverá afirmar, visto que o aqueduto representa um meio necessário para o aproveitamento das águas a que se tem direito. Sendo o aqueduto, como já notámos, quando construído em prédio alheio, uma servidão constituída nesse prédio, é, em relação às águas, uma parte acessória delas. As águas dos aquedutos são consideradas particulares não pelo facto de serem particulares os aquedutos mas pelos direitos que a elas tem quem pelos aquedutos as conduz.

E assim se explica que o artigo 460.º se refira à indemnização pelas águas antes de se referir à indemnização pelo aqueduto.

Em relação à disposição exarada no alvará de 27 de novembro já notámos que, embora só se referisse às obras para a condução das águas quanto à indemnização devida por quem de novo delas se pretendesse aproveitar, Lobão entendia que também havia direito a indemnização pelas águas sempre que estas fossem na sua origem particulares, não havendo, porém, direito a essa indemnização quando se tratasse de águas públicas.

E assim como, em relação ao alvará de 27 de novembro, a sua justa aplicação levava a fazer tal distinção, também se nos afigura que, embora em sentido inverso, essa distinção se deve fazer em face do artigo 460.º do código civil.

Efectivamente, se as águas conduzidas pelos aquedutos particulares forem, no ponto em que são derivadas, águas públicas ou comuns, o utente delas só tem direito a utilizar-se das que sejam necessárias para o fim para que se fez a concessão dessas águas ou, quando estejam apropriadas, para os usos a que as mesmas águas eram applicadas.

As águas sobejas não tem o proprietário direito algum. Esse direito ser-lhe hia atribuído só pelo facto de essas águas serem conduzidas pelo aqueduto, mas é óbvio que elle poderia ser privado delas antes de entrarem no aqueduto, podendo ser obrigado a derivar só as águas que lhe sejam necessárias, e, sendo assim, óbvio é também que elle indemnização alguma pode exigir por essas águas.

E tanto assim é que, sendo atribuído pelo artigo 20.º § 2.º do decreto de 1 de dezembro e pelo artigo 117.º do regulamento de 19 de dezembro

de 1892 o direito aos proprietários, usufrutuários ou rendeiros dos prédios por onde passam os aquedutos de os aproveitarem, se condiciona este direito pelo pagamento de uma parte do custo da obra feita no seu prédio para a passagem da água e se impõe a obrigação de contribuírem para a conservação dessas obras, tudo na proporção da utilidade que tiverem. Trata-se, nos artigos referidos, de obras para o aproveitamento de águas públicas ou de águas de uso comum, como resulta da referência que no artigo 20.º do decreto de 1 de dezembro se faz aos artigos 14.º e 15.º do mesmo decreto, e das disposições referidas resulta que não podem considerar-se apropriadas as águas pelos interessados só pelo facto de entrarem no aqueduto, tendo esses interessados apenas direito a aproveitarem-se da água que lhes seja necessária e não tendo conseqüentemente direito algum às águas sobejas.

Sendo assim em relação a estas águas, não pode sustentar-se a mesma doutrina quanto às águas que sejam particulares antes de entrarem no aqueduto. A essas águas podem os respectivos proprietários dar o destino que lhes aprouver, visto terem sobre elas o direito de livre disposição. E se a lei admite que podem ser expropriados em benefício de outros proprietários do direito que tem às águas sobejas, não podia deixar de reconhecer direito a indemnização por essa expropriação.

Como deverá ser calculada esta indemnização?

Preceitua o artigo 546.º do código de processo civil que na vistoria os peritos avaliarão a indemnização atendendo a todos os prejuízos que nesse acto se conhecer devem necessariamente resultar, nos termos da lei. E acrescenta-se no § único do mesmo artigo que, na hipótese do artigo 460.º do código

civil, os peritos determinarão a quota que ao expropriante competir proporcionalmente na despesa feita com a condução das águas até ao ponto de onde se pretendem derivar.

Não é muito adequada a fórmula *prejuízos que nesse acto se conhecer devem necessariamente resultar*, visto que, tratando-se na hipótese do artigo 460.º de águas que não são todas necessárias a seus donos, de águas que, excedendo essas necessidades, não são portanto aproveitadas por elles, não pode dizer-se que da expropriação do direito a essas águas resulte para elles necessariamente um prejuízo.

Por outro lado, é evidente que não pode atender-se, na indemnização a fixar, ao proveito que o expropriante poderá auferir com essas águas. Na indemnização atende-se ao valor de que é privado o expropriado, é por esse valor que tem de ser determinado o custo da expropriação. Trata-se da aplicação de um princípio geral e não da aplicação por analogia da disposição consignada no artigo 448.º § único.

Deverá atender-se apenas, como succede em relação às águas minero-medicinaes e à expropriação para a concessão de quedas de água, ao proveito que o dono do aqueduto estivesse efectivamente auferindo nos usos agrícolas, industriais ou domésticos? Não pode deixar de ser negativa a resposta, pois que, presumindo-se esses usos, não haveria o direito de expropriação, visto que por esses usos se mostraria que o dono do aqueduto necessitava das águas. Acresce que em relação às águas minero-medicinaes o valor que como tais tenham não se considera apropriado e nas correntes não navegáveis nem flutuáveis que se aproveitem para quedas trata-se de águas comuns e que não estão portanto, em princípio, individualmente

apropriadas. Ora as águas dos aquedutos são águas particulares sobre que há o direito de livre disposição.

A nosso ver, a indemnização por estas águas deverá ser determinada pelo preço que, usando o seu proprietário do direito de as alienar, por elas poderia obter, isto é, pelo seu valor venal. E' d'êste valor que o proprietário das águas fica privado quando outro proprietário, usando do direito que pelo artigo 460.º lhe é atribuído, a elas adquire direito.

Preceitua-se no § único d'êste artigo que, concorrendo diversos pretendentes ao excedente das águas do aqueduto, serão preferidos os donos dos prédios servientes. Esta preferência representa uma compensação pela servidão estabelecida no seu prédio e dela resulta em nosso parecer que, pretendendo o proprietário das águas do aqueduto alienar as excedentes não o poderá fazer sem que da venda notifique ou dê conhecimento ao proprietário do prédio serviente para que êste possa, querendo, usar do direito de preferência. Se o não fizer, poderá êste proprietário usar do seu direito depositando o preço da venda (código civil, artigo 12.º). E como a lei não fixa prazo para o exercicio d'êsse direito, entendemos que o proprietário do prédio serviente poderá usar dele emquanto não haja decorrido o tempo necessário para a prescrição negativa. Aplicar-se há neste caso o mesmo princípio que em relação ao senhorio directo e ao foreiro está consignado no § 2.º do artigo 1681.º¹.

A disposição consignada no artigo 460.º applica-se a quaisquer águas de aqueduto, seja qual for o tempo

¹ Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 48.º, n.º 2013, página 391.

em que êste haja sido construído e o título por que haja sido adquirido o direito às águas.

É assim que já se opinou que estão compreendidas no artigo citado as águas de uma levada cuja divisão e condições de uso haviam sido estabelecidas num processo de destrinça julgado por sentença de 1782, mas de forma tal que havia prédios com tanto tempo de rega que os seus donos davam e vendiam água a outros consortes e a estranhos ao passo que para outros prédios ela era insufficiente para as necessidades da cultura. Considerando irretratável essa sentença, sustentou-se que os proprietários que foram lesados pela divisão podiam corrigir em parte os inconvenientes dela resultantes obtendo dos consortes cujas águas são sobejas as águas de que os seus prédios necessitam mediante prévia indemnização¹.

No artigo 460.º não se estabelecem limitações algumas. Desde que haja águas sobejas, os proprietários podem adquirir direito a elas nas condições fixadas no mesmo artigo.

Fala-se em *proprietários* no artigo 460.º e estabelece-se preferência no § único do mesmo artigo em favor dos *donos dos prédios servientes*. Vê-se assim que o direito de expropriação é dado em beneficio da agricultura, não podendo consequentemente usar-se d'êsse direito para fins industriais.

89. *Regime das águas de aquedutos: usos e costumes relativos ao seu aproveitamento.* O regime a que estão sujeitas as águas de aqueduto é determinado em muitas localidades, designadamente do Minho,

¹ Veja-se a *Revista* citada, volume 31.º, n.º 1421, página 7.

por usos e costumes. Tendo tratado dos usos e costumes como meio de apropriação das águas, referir-nos hemos agora a alguns usos e costumes como reguladores do direito de aproveitamento das águas de aquedutos.

As águas de aquedutos podem ser aproveitadas para fins agrícolas e industriais e abastecimento de povoações. Em relação aos fins agrícolas ainda se faz distinção entre a lima e a rega, sendo esta destinada à cultura de cereais e determinando-se por esta cultura o tempo da rega.

No tempo das limas, se as águas são abundantes aproveitam-nas simultaneamente todos os consortes. Quando não são abundantes, o direito de limar pode estar estabelecido por uso e costume em favor de determinados prédios, e há muitas sentenças em que se reconhece o direito de lima e de rega.

No tempo das regas, as águas estão geralmente divididas por dias e por horas, formando-se dos dias e horas que são fixados para a rega de todos os prédios que teem direito à água o que se chama o giro e tendo em cada giro os proprietários direito a um certo número de dias ou de horas. Informam-nos de que em algumas localidades, como na comarca de Fafe, a expressão uma hora de água significa uma parte alíquota da divisão da água num giro. Assim, se a água está dividida aos dias, uma hora é um dia. Se está dividida em quartos de dia, seis horas serão uma hora.

O aproveitamento das águas para fins industriais é no tempo das regas fixado também por dias.

A distribuição da água pode ser feita em sentença, denominando-se essas águas *águas de sentença*, e pode ser regulada por usos e costumes, os quais teem de ser observados.

Em alguns aquedutos ou levadas há prédios que teem direito por sentença a determinadas águas ao passo que pelos outros prédios a água é distribuída por juizes nomeados pelas câmaras municipais e pelas juntas de freguesia, não se observando nessa distribuição normas fixas e não sendo raras as injustiças que se cometem.

Pior, porém, que este sistema é o costume do *torna e torna* ou *torna e tornarás*, muito antigo no Minho e que tem sido reconhecido pelos tribunais.

Nas águas de *torna e torna* há prédios determinados que teem o direito de ser irrigados ou limados. Os proprietários dos prédios que teem esse direito podem, pois, opor-se a que quaisquer outros proprietários se aproveitem delas. Entre esses proprietários as águas não estão, porém, divididas, sendo diversos os usos que se observam para o seu aproveitamento sob a expressão de *torna e torna*.

É interessante o que se lê a este respeito nas alegações de um distinto advogado, o dr. Avelino da Silva Guimarães, e que aqui reproduzimos.

«Há locais em que o consorte que primeiro torna a água tem o direito de mantê-la, emquanto a guarda; há outros em que a água tornada não é desviada por outro consorte emquanto no bôrdô do pigeiro, ou talhadouro, se conserva o chapéu do que a tornou, e que representa o seu direito por um símbolo singelo; há locais em que o tornar da água é respeitado emquanto o que a tornou não cobre de água todo o prédio, a que tem a posse de applicá-la; há enfim locais em que cada consorte corta como e quando quere, sem respeito pelo uso dos seus consócios, e às vezes na presença uns dos outros, armando conflitos na teima das tornadas, e muitas vezes as enxadas,

cançadas de cortar as terras dos tapumes, erguem-se em agressões pessoais»¹.

Tem-se discutido se é admitida a acção de divisão das águas para que há o regime do *torna e torna*, podendo os consortes pôr termo por este meio às consequências que de tal regime derivam. Para nós a resposta deve ser afirmativa, visto que, tendo só determinados proprietários direito à água, esta é uma coisa comum, e, desde que assim deve ser considerada, o princípio a aplicar é o de que se pode partilhar entre os consortes.

A dificuldade que se opõe à divisão não é de natureza jurídica; dar-se há na conciliação de interesses entre os consortes. Será esta dificuldade que explicará talvez a subsistência do uso do *torna e torna* relativamente ao aproveitamento das águas de aqueduto para certos fins. É assim que na questão a que respeitavam as alegações a que atrás nos referimos, a água de que se tratava achava-se dividida para o tempo da rega, havendo o uso do *torna e torna* para a lima, e talvez fossem diversos os prédios que para este fim tinham direito à água dos que o tinham para a rega.

Para pôr termo aos conflitos que do uso do *torna e torna* derivam não bastará, pois, uma disposição em que elle seja proibido. Torna-se necessário, tendo em vista todas as circunstâncias e designadamente as culturas a que podem ser destinados os prédios e a conveniência de alternar ou não essa cultura, estabelecer normas adequadas para a divisão das águas².

¹ Veja-se a *Revista dos tribunais*, volume 13.º, página 338.

² No projecto do dr. Ferreira da Silva sobre o aproveitamento das águas consigna-se a este respeito o seguinte no artigo 92.º: «São proscritos no aproveitamento das águas os usos e costumes e as posses de as utilizar pelo sistema chamado de *torna-tornaris* ou outros semelhantes mediante os quais a água comum pertença ao primeiro occupante, sem

Em muitos empraçamentos, designadamente da provincia do Minho, faz-se referência a águas *quinteiras* pertencentes a casais empraçados.

Estas águas, que tanto podem ser derivadas de correntes como de nascentes, geralmente abundantes, constituem um aqueduto que vai até às quintas ou aos lugarejos e aldeas, havendo junto de cada casal e quasi junto da entrada principal onde há o portal fronho, um pequeno reservatório que a água enche, seguindo do reservatório de uma morada para os dos outros moradores. É a esses reservatórios que se levam os gados a beber e deles é extraída a água para gastos domésticos exceptuando aqueles para que se requiere água limpa.

Quando um só proprietário tenha, para fins agrícolas ou industriais, direito à água desses aquedutos, os usos a que as águas quinteiras são destinados não poderão deixar de considerar-se garantidos pela disposição do artigo 447.º do código civil, devendo ver-se em cada um dos reservatórios que se enchem successivamente com essa água locais onde os habitantes da povoação ou casal dela se abastecem para gastos domésticos e não podendo consequentemente ser desviado o aqueduto. Assim se explica que essas águas sejam consideradas privilegiadas, sendo certo que no direito antigo, do mesmo modo que no actual, as águas que se destinavam ao abastecimento de povoações gozavam de garantias especiais.

Quando se trate de águas de nascentes, deverão até essas águas considerar-se protegidas pela disposição consignada no artigo 451.º, sendo assim proibido alterá-las ou diminuí-las.

outra norma de distribuição que não seja o arbitrio, susceptível de causar o extravasamento e a perda. As águas que assim tenham sido utilizadas, consideram-se indivisas para todos os efeitos».

§ 16.º — Das águas pluviais

90. *Águas pluviais que caem em prédios particulares ou neles se depositam.* Preceitua o código civil no artigo 454.º que as águas pluviais, que caem directamente sobre qualquer prédio rústico ou urbano, podem ser livremente ocupadas e usufruídas pelos donos dos ditos prédios; mas estes não teem direito a desviá-las do seu curso natural para lhes darem outro, sem consentimento expresso dos donos dos prédios a quem tal mudança pode causar prejuízo. E no artigo 455.º declara que os donos dos prédios servientes não podem adquirir por prescrição a posse de receber as ditas águas.

O dr. Dias Ferreira, procurando determinar a razão e o alcance destas disposições, diz: «As águas pluviais, ou sejam de torrentes e enxurros, ou caíam directamente no prédio, como a respeito delas ninguém pode argumentar, nem com o seu trabalho para as descobrir, nem com a circunstância de serem acessório do prédio onde caem, pois ao contrário são consequência de um fenómeno momentâneo e passageiro, aproveitam a todos, tanto áqueles em cujos prédios elas caem directamente, como áqueles para onde depois da queda naturalmente correm. A ninguém é permitido dispor delas, nem dar à corrente direcção diferente da indicada pelas circunstâncias naturais, nem aos donos dos prédios inferiores que elas atravessam ou banham, alterá-las em prejuízo dos vizinhos immediatos.

« O projecto primitivo no artigo 480.º, correspondente ao artigo 454.º do código, ainda permitia ao dono do prédio, onde as águas pluviais caissem directamente, desviá-las do seu curso natural para as

dirigir sobre prédios de serventia pública; mas a comissão revisora com acerto tirou ao proprietário aquella faculdade, que não era fundada em razão plausível, como com razão eliminou as seguintes palavras do artigo 481.º, correspondente ao artigo 455.º do código “mas poderão opor-se a que se mude a sua direcção, se o dono do prédio superior as pretender desviar por acinte e sem utilidade conhecida”, que não faziam mais do que reproduzir o pensamento já consignado na segunda parte do artigo 454.º”¹.

A afirmação de que a ninguém é permitido dispor das águas pluviais que caem no seu prédio ou nele correm, nem dar à corrente direcção diversa da indicada pelas circunstâncias naturais do terreno, de forma alguma se pode considerar legitimada pelas disposições dos artigos 454.º e 455.º O principio que no artigo 454.º se formula leva-nos até a estabelecer, sem a mínima hesitação, doutrina completamente contrária tanto em relação às águas que caem directamente no prédio como às que nele correm.

Trataremos daquelas em primeiro lugar.

A livre occupação e fruição das águas que caem directamente sobre qualquer prédio significam o direito de dispor delas como ao proprietário do prédio melhor convier. A livre occupação é o direito de appropriação, sem limitações impostas em regulamentos, dessas águas desde que caem no prédio. Esse direito só pertence ao proprietário do prédio estando abrangido no direito de fruição que dele tem e não podendo qualquer terceiro, que para esse fim não tenha direito de servidão no prédio, occupar as águas que nele caem. Appropriadas as águas pela occupa-

¹ Código civil português anotado, tomo 1.º, 2.ª edição, páginas 320 e 321.

ção, a livre disposição delas é uma mera consequência dessa apropriação. Desde que a lei faculta a apropriação, faculta a livre disposição das águas apropriadas. Desnecessário era até que o legislador declarasse que as águas ocupadas podiam ser livremente usufruídas, sendo como é a ocupação um dos meios de apropriação (artigo 383.º) e havendo o direito de livre disposição das cousas apropriadas (artigo 2167.º).

Apesar da autorizada opinião do dr. Dias Ferreira, que, embora em termos mais restritos, é seguida por outros escritores, consideramos incontestável a doutrina exposta e dela deduzimos, como lógico corolário, que o proprietário do prédio onde caem águas pluviais pode represar essas águas dentro do mesmo prédio e conduzi-las para onde melhor lhe aprouver através de prédios próprios ou de prédios alheios, tendo, em relação a estes, o direito que lhe é facultado pelo artigo 456.º

É assim que o dono de um prédio onde caem as águas pluviais pode recolhê-las em qualquer reservatório, tanques ou cisternas; pode ceder a qualquer outro proprietário o direito de conduzir as águas que caem no seu prédio para reservatório que esse proprietário haja construído em prédio seu. Represadas as águas, pode utilizá-las para quaisquer fins e pode aliená-las. São águas a que só elle tem direito e sobre as quais tem o direito de livre disposição como livre é o direito de as ocupar.

A última parte do artigo 454.º não invalida de modo algum a doutrina exposta.

Proíbe-se nela que as águas pluviais sejam desviadas do seu curso natural sem consentimento expresso dos donos dos prédios a quem tal mudança pode causar prejuízo, e, se é certo que já se tem entendido que tanto podem ser prejudicados os donos dos pré-

dios sobre que as águas corriam espontaneamente como os donos dos prédios sobre que as águas vão correr¹, não o é menos que aquelas palavras só podem referir-se aos donos dos prédios para onde as águas sejam desviadas do seu curso natural.

É o que vamos pôr em evidência tratando das águas pluviais que formam enxurros ou torrentes.

91. *Águas pluviais que correm em prédios particulares.* Não se refere expressamente a estas águas o artigo 454.º quando a torrente ou enxurro não se forme dentro do próprio prédio onde as águas pluviais caem directamente, sendo formadas essas torrentes ou enxurros de águas que caem noutros prédios e em terrenos públicos ou de logradouro comum. Também se não refere a estas águas o artigo 453.º, pois nele apenas se trata de torrentes ou enxurros que correm em terrenos, estradas ou ruas públicas.

Não discutiremos aqui a doutrina que vê nas torrentes ou enxurros que atravessam ou banham prédios particulares correntes de águas sujeitas ao mesmo regime que as correntes não navegáveis nem fluviáveis. É certo que já houve entre nós quem sustentasse essa doutrina, mas sem o mínimo fundamento jurídico ou doutrinário.

Não é evidentemente o regime das correntes não navegáveis nem fluviáveis que para as torrentes e enxurros se estabelece no artigo 453.º, nem a natureza dessas águas, que são acidentais, se compadecia com tal regime. Aproveita-se delas, quando correm, qualquer proprietário confinante da torrente ou

¹ Veja-se a citação feita pelo Dr. Teixeira de Abreu, *Das águas*, Coimbra, 1917, página 31, nota.

enxurro, e, ordinariamente, o que se procura é evitar os prejuizos graves que essas águas podem causar.

Quando essas águas atravessam ou banham prédios particulares são os donos destes prédios que delas podem utilizar-se, impondo-lhes a lei apenas a restrição de não as desviarem do seu curso natural para lhes darem outro, sem consentimento expresso dos donos dos prédios a quem tal mudança pode causar prejuízo.

Estes proprietários são os que, sendo as águas desviadas do seu curso natural, não são obrigados a dar-lhes passagem pelos seus prédios, como resulta do disposto no artigo 454.º e do seu confronto com o artigo 2282.º

Por este artigo, os donos dos prédios inferiores são obrigados a receber as águas que decorrem naturalmente e sem obra do homem dos prédios superiores. No artigo 454.º pressupõe-se este encargo e proíbe-se que as águas sejam desviadas do seu decurso natural sem consentimento expresso dos donos dos prédios a quem essa mudança pode causar prejuízo. Ora este prejuízo nunca pode dar-se em relação aos prédios por onde as águas corriam, pela simplicíssima razão de que não pode considerar-se um prejuízo causado pelas águas a privação das utilidades que os donos deles poderiam auferir se não fossem desviadas do seu curso.

Lobão, na sua *Dissertação sobre as aguas pluviais*, já dividia esta matéria em duas partes e da seguinte forma: «Parte I. Quando o vizinho, que interessa nas águas pluviais, tem direito para obstar a que se lhe divirtam, com privação do lucro, que delas lhe resultava. Parte II. Águas pluviais emquanto prejudicam ao vizinho, mediante operação, ou facto do

homem, ou sem elle». E, em relação à 1.ª parte, escreveu nos §§ 10 e 11:

«Sem embargo de que o inferior, sentindo o incómodo das águas pluviais, deve gozar o cómodo delas: Porque 1.º dever sofrê-las, ainda que com incómodo, é uma servidão natural compensada com o cómodo que consigo leva a água; 2.º o superior, privando o inferior, só o priva do lucro comunicado do seu prédio, e não lhe causa dano, como discorrem os juriconsultos... sem haver diferença entre a água que vai ao vizinho por vias subterrâneas ou pela superficie da terra...

Se porém o dono do prédio superior diverte sem proveito algum próprio as águas pluviais, que iam interessar, e ser úteis ao prédio inferior, então se presume que o faz por emulação, e deve ser coibido, e obrigado a que as deixe correr no inferior».

Coibia este espirito de emulação o projecto primitivo; não o coibe o código que, sancionando no artigo 455.º a doutrina de que os donos dos prédios inferiores não podem adquirir por prescrição o direito de receber as águas que correm de prédios superiores e limitando apenas o direito de desviar as águas do curso por elas seguido pelo prejuízo que podem causar aos prédios para onde são desviadas, não deu aos donos dos prédios por onde as águas corriam naturalmente direito algum a essas águas, podendo assim o dono do prédio por onde elas correm desviá-las, embora o faça só com o intuito de prejudicar o vizinho. O dono do prédio inferior não tem direito algum às águas enquanto não entram no seu prédio. Se o tivesse, não poderia explicar-se o artigo 455.º Para que declarar efectivamente que os donos dos prédios servientes, isto é, dos prédios inferiores não podem adquirir por prescrição a posse, ou, melhor, o direito

de receber as ditas águas, se aos proprietários dos prédios dominantes, isto é, dos prédios superiores não fosse facultado desviar essas águas do seu curso natural? E' evidente que não se pode adquirir por prescrição um direito atribuído pela lei.

O Dr. Teixeira de Abreu, que reconhece ao proprietário do prédio superior o direito de utilizar as águas como melhor lhe convier, diz que a lei permite ao proprietário do prédio inferior «obstar a que o proprietário superior, quando não queira ou não possa ocupar as águas, que correm pelo seu prédio, as desvie do curso natural, com prejuízo alheio».

E acrescenta: «Este preceito é inteiramente justo não só pela regra *ubi commodum ibi incomodum*, mas ainda porque sendo as águas pluviais cousas *nullius* desde que o proprietário superior as não quere ou não pode aproveitar, não podia a lei reconhecer-lhe a faculdade de impedir que delas se utilizassem as pessoas a quem a natureza as destinou, que são os proprietários dos prédios inferiores».

Esta doutrina leva o citado juriconsulto a ver no prédio superior uma *servidão negativa*, em proveito ou serviço dos prédios inferiores. «E, diz elle, um encargo para o prédio superior porque não pode seu dono fazer nele obras que alterem o curso natural das águas; e que este encargo representa um benefício para os prédios inferiores resulta do próprio facto de elles serem *prejudicados* quando as obras são feitas, isto é, quando o *encargo* desaparece»¹.

Não pode, pelas considerações que expusemos, a última parte do artigo 454.º referir-se ao prejuízo que para os prédios servientes resulte da mudança,

visto que nenhum direito tem estes prédios à água e só o direito que sobre ela tivessem poderia levar-nos a admitir uma servidão no prédio superior. Trata-se de um prejuízo causado pelas águas em virtude da mudança do seu curso natural, e é óbvio que esse prejuízo só pode dar-se nos prédios para onde as águas são derivadas. Por outro lado, a inibição de mudar o curso tanto se dá no caso de se pretender utilizar as águas por esse meio como no de não haver essa pretensão. A lei não faz distincção.

O direito de fruição das águas é assim limitado pela obrigação que, em relação às águas sobejas, tem o proprietário de as fazer seguir pelo seu curso natural, quando da mudança desse curso resultem prejuízos para outros prédios. E o próprio Dr. Teixeira de Abreu reconhece que, neste caso, os donos dos prédios servientes não poderiam obstar à mudança. Mas o seu direito às águas é o mesmo quer o proprietário do prédio superior se utilize delas quer não.

Não pode pelo artigo 455.º o dono do prédio por onde as águas correm adquirir direito a elas pela prescrição. O mero decurso das águas não lhe dá posse, e, confrontando-se este artigo com os artigos 453.º e 438.º e § único parece até que, em relação a estas águas, não se pode invocar, como em relação às águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, o direito adquirido pela prescrição anteriormente ao código civil.

Outro é, porém, em nosso parecer, o alcance do artigo 455.º

Refere-se elle às águas de que se trata na última parte do artigo 454.º e portanto às águas que seguem o seu curso natural. Entendemos, pois, que não deve aplicar-se às águas que, por obras feitas no prédio

¹ Obra citada, páginas 39 e 40.

superior, tenham sido canalizadas para o prédio inferior. Neste caso, haverá no prédio superior a servidão de aqueduto, servidão que pode constituir-se nos termos gerais de direito, e, uma vez constituída essa servidão, haverá por ela o direito de apropriação das águas que entram no aqueduto, não podendo desviar essas águas o dono do prédio serviente.

ÍNDICE

LIVRO I

DA PROPRIEDADE DAS ÁGUAS

ADVERTÊNCIA V

CAPÍTULO I

DISPÓSICÕES GERAIS

§ 1.º — *Natureza jurídica das águas*

1. As águas como objecto do direito	1
2. Princípios relativos à apropriação das águas	5
3. Os direitos adquiridos em matéria de águas	13
4. A apropriação das águas no direito anterior ao código civil	15
5. Os interesses colectivos na apropriação das águas	20

§ 2.º — *Classificação das águas*

6. Diferentes critérios que se tem adoptado para a determinação das águas públicas, comuns e particulares	23
7. Águas públicas e águas particulares no direito romano	25
8. Classificação das águas no nosso antigo direito	32
9. As correntes navegáveis e flutuáveis e as não navegáveis nem flutuáveis no código civil francês	51
10. Classificação das águas no projecto primitivo do código civil e alterações que nele fez a comissão revisora	54
11. Classificação das águas na proposta de Alexandre Herculano e modificações que nela fez a comissão revisora	63
12. Princípios em que assenta a classificação das águas no código civil e no decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892	72

§ 3.º — Disposições transitórias sobre a apropriação das águas	
13. As normas relativas ao regime das águas são de aplicação imediata	89
14. Apreciação geral das disposições que a este respeito foram consignadas no nosso direito	93
15. Títulos por que no direito anterior ao código civil se podia adquirir direito às águas	98
16. A palavra <i>lei</i> do artigo 438.º pode compreender tanto a lei geral como a especial, sendo por ela ressalvados os direitos adquiridos a certas e determinadas águas pela preocupação	109
17. O <i>uso e costume</i> a que se refere o artigo 438.º do código civil são as praxes seguidas no aproveitamento das águas	113
18. Na <i>concessão expressa</i> entram quaisquer títulos por que se atribuiu o direito a determinadas águas	119
19. A <i>sentença</i> como prova de direitos adquiridos sobre determinadas águas	121
20. Condições em que o código civil reconheceu os direitos adquiridos por <i>prescrição</i> sobre certas e determinadas águas	123
21. Os direitos adquiridos sobre as águas das nascentes, correntes e levadas na Ilha da Madeira	134
§ 4.º — Modalidades e usos das águas	
22. Importância das modalidades e usos das águas na determinação do seu regime jurídico	153
23. Modalidades das águas a que se referem o código civil e o decreto de 1 de dezembro de 1892	155
24. Divisão das águas pelo que respeita à sua origem, lugar que ocupam e modos de ser	157
25. Usos das águas	169
§ 5.º — As águas no direito civil, administrativo e internacional	
26. Doutrina de Gianzana acerca do lugar que às águas deve ser dado no código civil e ao aspecto sob que neste devem ser consideradas: crítica dessa doutrina	170
27. Lugar que a matéria das águas ocupa no nosso código civil; crítica	177
28. Aspectos sob que se consideram as águas no código civil e na legislação administrativa	181
29. Regulamentos relativos a serviços hidráulicos; circunscrições hidráulicas	184
30. Ideias gerais sobre a administração e policia das águas	188
31. Classificação e demarcação das bacias hidrográficas	189
32. Obras hidráulicas	200
33. Zonas hidráulicas; grémios	211
34. Concessões de águas	225

35. Águas públicas e comuns cuja administração pertence às autarquias locais	242
36. As águas no direito internacional	251

CAPÍTULO II

DAS ÁGUAS PÚBLICAS

§ 6.º — Enumeração das águas públicas

37. É exemplificativa a enumeração das águas públicas do artigo 380.º do código civil e do artigo 1.º do decreto de 1 de dezembro de 1892	253
38. Águas que formam o domínio marítimo	254
39. Águas que constituem o domínio público fluvial e lacustre	261
40. Fontes e reservatórios públicos	274

§ 7.º — Regime das águas públicas

41. Disposição geral relativa ao uso das águas públicas	277
42. Direitos de uso das águas que formam o domínio marítimo	283
43. Direitos de uso das águas do domínio público fluvial e lacustre	290
44. Uso público das águas para alimentação e abastecimento de povoações	297
45. O direito de pesquisar e ocupar águas em terrenos públicos	301
46. Natureza dos direitos de uso das águas que estão no domínio público	305
47. Jurisdição e competência em matéria de águas públicas	321

CAPÍTULO III

DAS ÁGUAS COMUNS

§ 8.º — Enumeração e especificação das águas comuns

48. Enumeração das águas comuns; seu carácter	331
49. Critérios para a distinção entre as águas comuns e as particulares	337
50. Especificação das águas comuns	342
51. Propriedade do leito e margens das águas comuns	343

§ 9.º — Das correntes não navegáveis nem flutuáveis

52. Legislação que regula o uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis	347
53. Princípios em que assenta o sistema do código civil quanto ao aproveitamento das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis	348
54. Os direitos atribuídos aos prédios marginais atravessados e banhados pelas correntes respeitam à irrigação	352

55. O que são prédios adjacentes e fronteiros às correntes e como se determina o direito destes às águas dessas correntes	355
56. Em que parte da linha marginal podem ser derivadas as águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis	368
57. Obras que podem fazer-se no leito e nas margens para a derivação das águas	378
58. Partilha da água entre os prédios fronteiros	383
59. Limitações ao direito atribuído aos proprietários marginais	394
60. Direito às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis para gastos domésticos	398
61. Outros usos das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis	402
62. Obrigações dos utentes das águas e dos proprietários marginais, relativas à salubridade e limpeza das águas e à remoção dos obstáculos que embaraçam o seu curso	406
63. Os direitos adquiridos às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis	410
64. Como se perde o direito às águas	417
65. Jurisdição e competência relativas às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis	426
66. Acções por que podem tornar-se efectivos os direitos de uso destas águas	430
<i>§ 10.º — Das levadas, fontes e reservatórios</i>	
67. Determinação das águas comuns cuja administração pertence às autarquias locais	434
68. Regime das levadas comuns destinadas à irrigação e fins industriais	441
69. Como se adquire e perde o direito às águas das levadas	454
70. Fontes e reservatórios comuns; regime das águas sobejas	466
71. Águas nativas em terrenos públicos ou de logradouro comum	475
72. Águas pluviais em terrenos comuns ou públicos	479

CAPÍTULO IV

DAS ÁGUAS PARTICULARES

§ 11.º — Conceito e enumeração das águas particulares

73. O que são águas particulares	489
74. Enumeração das águas particulares	496

§ 12.º — Das fontes e nascentes

75. As fontes e nascentes de que trata o artigo 444.º são consideradas como partes componentes dos prédios	504
76. O que compreende a palavra <i>prédio</i> do artigo 444.º	510
77. Direitos sobre fontes ou nascentes que brotem em prédio alheio; sua natureza e como se adquirem e perdem	513

78. Limitação ao direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes fundada no uso de uma povoação ou casal	527
79. Restrições ao direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes baseadas nos direitos dos proprietários inferiores	547

§ 13.º — Das águas subterrâneas

80. Direito de exploração das águas subterrâneas em terrenos particulares	549
81. A quem pertence o direito de exploração de águas subterrâneas em prédios particulares	553
82. Limitações ao direito de exploração das águas subterrâneas em prédios particulares	576
83. As águas subterrâneas em terrenos de logradouro público ou comum; sua exploração	587
84. A exploração de minas e as águas subterrâneas	589

§ 14.º — Das nascentes minero-medicinais

85. Limitação do direito de livre disposição e de pesquisa das águas minero-medicinais	605
86. Concessão de águas minero-medicinais; direito que por ela se adquire	616

§ 15.º — Das águas de aquedutos

87. Águas particulares que podem ser conduzidas por aquedutos	629
88. Regime das águas de aquedutos; direitos que terceiros podem a elas adquirir	631
89. Regime das águas de aquedutos; usos e costumes relativos ao seu aproveitamento	637

§ 16.º — Das águas pluviais

90. Águas pluviais que caem em prédios particulares ou neles se depositam	642
91. Águas pluviais que correm em prédios particulares	645