

AS ÁGUAS NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

GUILHERME ALVES MOREIRA

AS ÁGUAS

NO

DIREITO CIVIL PORTUGUES

DAS SERVIDÕES DAS AGUAS

VOLUME II

Guilherme Alves Moreira



COIMBRA EDITORA, L.^{DA}

(ANTIGA CASA FRANÇA & ARMÊNIO)

LIVRARIA OFICINAS
R. Ferreira Borges, 79 | Avenida do Arnado

COIMBRA — 1922

LIVRO II

DAS SERVIDÕES DAS ÁGUAS

CAPÍTULO I

NOÇÕES GERAIS

§ 1.º — Conceito de servidão

1. *Conceito tradicional de servidão.* *Servidões prediais e pessoais.* Não é unânime a doutrina dos juristas acerca do conceito de servidão, e, como não é indiferente este conceito para a exegese das disposições do nosso código civil sobre esta importantíssima matéria, por êle iniciaremos o nosso estudo, determinando em primeiro lugar o conceito tradicional do direito de servidão, para expormos em seguida o que orientou o autor do nosso código civil e tem sido aplicado na nossa jurisprudência.

Pode considerar-se tradicional a doutrina que vê na servidão um direito real sobre uma coisa alheia limitando o gozo efectivo do seu proprietário em proveito do titular daquele direito. Como direito real, a servidão representa um poder que recai sobre a coisa como objecto directo e immediato; esse poder

é, porém, limitado quanto ao seu conteúdo, quer no gozo da coisa, quer no tempo desse gozo.

Este conceito vem, com a palavra por que se exprime, do direito romano.

Servitus significava o estado de sujeição da coisa e também o direito em virtude do qual se constituía e subsistia esse estado. No estado de sujeição só podia conceber-se uma coisa que servia a pessoa diversa do proprietário, visto que a coisa considerada de per si, como objecto e não sujeito do direito, não podia referir-se esse estado de sujeição, pretendendo-se consequentemente exprimir pela palavra *servitus* que a coisa servia a uma pessoa diversa do proprietário, que a coisa estava assim numa situação que não era a natural, como o não era o estado do homem que servia a outro.

Não eram as servidões os únicos direitos reais sobre coisa alheia. Havia também no direito romano, como direitos reais sobre coisa alheia, o direito de penhor e de hipoteca e como tais são considerados por alguns romanistas o direito de enfiteuse e de superfície.

Fácil é a distinção entre o direito de servidão e o de penhor e hipoteca. O conteúdo da servidão é um direito de gozo por que se limita o gozo do proprietário; o conteúdo do direito de penhor e de hipoteca é uma garantia, pela qual o credor fica tendo sobre as coisas, de modo mais ou menos completo, as vantagens de um direito real pela faculdade de subtrair a coisa ao proprietário e pela preferência no pagamento.

Não sucede outro tanto com a distinção entre os direitos de servidão e os de superfície e enfiteuse. Para a estabelecer nitidamente, necessário é relacio-

nar esses direitos com o direito de propriedade, precisando o conteúdo de cada um deles.

Windscheid diz a este respeito: «As servidões distinguem-se da enfiteuse e da superfície em que a restrição do direito de propriedade resultante destes direitos é tão grande que o direito de propriedade é quasi eliminado, ao passo que as servidões se fundam em que o direito de propriedade é sempre em relação a elas a coisa principal, em que elas ficam subordinadas ao direito de propriedade»¹.

A falta de rigor do principio formulado pelo notável sistematizador do direito civil tornar-se há evidente para quem ler a extensa nota em que expõe as várias teorias que sobre a natureza do direito de servidão tem sido formuladas. Referir-nos hemos aqui às principais, porque assim é necessário para compreendermos o conceito de servidão no nosso código civil.

Há teorias que determinam o conceito de servidão fraccionando de um modo mais ou menos acentuado o direito de propriedade e vindo assim o direito de servidão a recair não propriamente sobre uma coisa alheia, mas sobre uma parte da coisa que dela se considera destacada, sendo essa parte objecto do direito de propriedade. Podem incluir-se nestas teorias as que vêem na servidão um direito de propriedade: a) sobre uma coisa incorpórea (Büchel); b) sobre uma qualidade de uma coisa corpórea considerada de per si ou como independente da coisa (Elvers); c) sobre uma determinada possibilidade de uso da coisa, separada da mesma coisa como um

¹ *Diritto delle Pandette*, tradução de Fadda e Bensa, volume 1.º, parte 2.ª, página 243.

bem autónomo ou um bem especial que tem o carácter de coisa (Neuner). Destas teorias poder-se hia deduzir, como deduziu Siebenhaar e já entre nós se deduziu também, que a servidão predial é uma qualidade natural de uma coisa que, para o efeito do seu uso, se considera separada da coisa e transferida para outra.

Para defesa destas teorias invocam-se alguns textos do direito romano. É assim que, determinando-se os efeitos da constituição duma servidão, se diz no D. 39, 1, 5, 9: *Jus suum deminuit, alterius auxit*, e, definindo-se o usufruto, se declara no mesmo D. 7, 1, 4: *ususfructus in multis casibus pars domini est* e 31, 76, 2: *fructus portionis instar obtinet*.

Segundo outras teorias, e é esta a doutrina dominante, as servidões não representam um fraccionamento do direito de propriedade. Pelo conteúdo da servidão limita-se o exercício deste direito, não se limita o seu conteúdo. Este subsiste o mesmo e o titular do direito de propriedade é o dono da coisa, ao qual pertence o poder de disposição da coisa ou o *abusus*. Pela servidão limita-se o poder de gozar a coisa, mas esta limitação, que é uma consequência da servidão, não é uma fragmentação do direito de propriedade, nem podia ser, porque a servidão é um direito do não proprietário. E as passagens do direito romano atrás citadas de modo algum invalidam este conceito. Pela constituição da servidão diminuem-se efectivamente os direitos do proprietário da coisa pelo gozo que a servidão representa em relação à mesma coisa; mas isto não significa que o direito de propriedade se fraccione transferindo-se uma parte da propriedade para o titular do direito de servidão. A limitação dá-se no gozo da coisa que é objecto do direito de propriedade; é esse gozo que se fracciona

e não o próprio direito. Quanto ao direito de usufruto, abrangendo este o gozo completo da coisa e sendo assim, quanto ao seu conteúdo, a mais extensa das servidões, as passagens a elle referentes podem explicar-se como significando esta importância e não a fragmentação do direito de propriedade, o que é posto em relêvo noutras passagens. É assim que no D. 50, 16, 25 se diz que o usufruto não é *domini pars, sed servitutis*, e no mesmo D. 31, 66, 6 que o usufruto *in jure non in parte consistit*.

Alguns juriconsultos dizem que as servidões pressupõem «um desmembramento, restrição ou fraccionamento da propriedade ou do domínio, pelo qual se distinguem dos direitos reais similares do direito de propriedade», não podendo, ao contrário destes, «recair sobre universalidades de cousas, nem sobre a totalidade das relações de uma coisa, mas apenas sobre relações singulares, sobre relações concretas e determinadas das mesmas». Afirmam, porém, ao mesmo tempo, que o objecto da servidão é a coisa materialmente considerada e não uma determinada utilidade da mesma; que a servidão não representa um fraccionamento da propriedade ou do direito de propriedade, um poder destacado deste direito que forme uma parte constitutiva de per si do direito de propriedade, mas um direito do não proprietário pelo qual se restringe no seu exercício o direito do proprietário¹.

Como se vê, há nestas passagens falta de rigor resultante da confusão entre o objecto do direito de propriedade, que é a coisa, o conteúdo deste direito, que são os poderes de disposição sobre a coisa, e o

¹ Veja-se Valverde y Valverde, *Tratado de derecho civil español*, tomo 2.º, página 345 e seguintes.

fraccionamento destes poderes, que correspondem ou não a um fraccionamento da própria coisa considerada em si ou do objecto do direito de propriedade. Nas servidões não existe este fraccionamento. A servidão recai sobre a coisa, limita o direito de propriedade ou de livre disposição da coisa, mas esta limitação, que se dá no gozo da coisa, não constitui de per si objecto do direito de propriedade, recaindo o conteúdo desse poder ou o direito de servidão sobre coisa alheia e não representando portanto um direito de propriedade.

Que é este o conceito de servidão que corresponde à verdade, pô-lo hemos em evidência determinando mais precisamente o conteúdo das servidões e as relações que por elas se estabelecem.

No direito romano fazia-se distinção entre servidões prediais e servidões pessoais, conforme eram estabelecidas em proveito de um prédio ou de uma pessoa. No D. 8, 1, 1 encontra-se, sob o nome de Marciano, a seguinte fórmula, que alguns romanistas atribuem aos compiladores: *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum, et urbanorum.*

As servidões prediais applicava-se por excelência o nome de *servitutes*, como no D. 4, 2, 9, 7: *si ususfructus vel servitutes amissæ sunt*, e eram essas as servidões reais mais antigas, devidas à divisão da propriedade da terra cujo aproveitamento se tornava possível ou era mais cómodo por meio delas.

As servidões pessoais tiveram a sua origem no espírito de liberalidade e designadamente no espírito de liberalidade *mortis causa*, concedendo-se a uma pessoa por título vitalício o gozo ou o uso de uma coisa sem que esta saísse do património do dispo-

nente ou da sua herança. O tipo destas servidões era o usufruto¹.

Do destino diverso das servidões prediais e pessoais resultavam diferenças importantísimas no seu regime jurídico, tendo os seguintes caracteres comuns: eram direitos reais e estes direitos recaíam em coisa alheia.

A diversidade do regime das servidões prediais e pessoais determinou o abandono dessa distinção em alguns códigos. A este respeito notava o nosso Coelho da Rocha: «Alguns dos códigos modernos tem abandonado aquella classificação, e conservado o nome de servidões tão somente às *reais*, contando as pessoais entre as espécies de propriedades imperfeitas. Adoptamos este método, porque na nossa linguagem forense não se costumam designar as *pessoais* pelo nome de servidões»².

Não tem seguido esta orientação nem os códigos ultimamente publicados nem os recentes tratadistas do direito civil.

No código alemão e no código suíço, designam-se as servidões prediais, o usufruto, o uso e a habitação pela denominação comum de *servidões*. No código civil brasileiro, embora só se dê a designação de *servidões* às servidões prediais, trata-se do usufruto, do uso e da habitação logo em seguida às servidões, mostrando-se assim a íntima relação que há entre elas e aqueles direitos.

E, sendo certo que no código civil francês, no italiano e noutros, só se applica o nome de servidões, como no código civil brasileiro, às servidões prediais,

¹ Veja-se Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5.ª edição, página 357.

² *Instituições de direito civil*, volume 2.º, § 587.

os tratadistas do direito civil sistematizam a matéria relativa às servidões prediais, ao usufruto e ao uso e habitação dando-lhe a epigrafe comum de *servidões* e distinguindo nestas as servidões prediais. É este o método seguido por Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau ¹ e por Chironi ².

Seja qual for a nomenclatura jurídica que se adopte, o que nunca se deve perder de vista é que as servidões pessoais e as prediais, exprimindo, em relação ao prédio, uma limitação que, quanto ao direito de propriedade, tem a mesma natureza jurídica — uma restrição a esse gozo, e tendo caracteres comuns, se diferenciam fundamentalmente pelo seu regime.

A palavra *gozo* é tomada num sentido lato quando se aplica às servidões prediais e pessoais. É assim que abrange não só o direito de usar da coisa, mas o de a fruir. A fruição dá-se, porém, especialmente nas servidões pessoais, e o uso pode ter e tem, nas servidões prediais, uma amplitude muito diversa da que tem nas servidões pessoais.

As servidões prediais são estabelecidas num prédio em proveito de outro prédio. Este proveito pode consistir: 1) num direito de uso sobre o prédio, como se dá no direito de passagem, no direito de aqueduto, no direito de esgôto; 2) ou em o proprietário do prédio ficar inibido de certos direitos de uso, como na servidão *altius non tollendi*, na servidão de vistas, não tendo o proprietário do prédio dominante qualquer direito de uso no prédio serviente.

¹ *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*, páginas 295 e seguintes.

² *Istituzioni di diritto civile*, tomo 1.º, páginas 245 e seguintes.

Estas servidões hão de representar necessariamente um proveito para o prédio dominante; não podem ter outro conteúdo. Esse proveito pode efectivizar-se, porém, pela prática de actos no prédio em que a servidão se acha constituída ou apenas pela inibição para o proprietário desse prédio da prática de certos actos.

É óbvio que nas servidões pessoais não podem existir limitações desta natureza. Quando estabelecidas em proveito de pessoas, estas tem de utilizar o prédio em que a servidão se acha constituída.

O conteúdo de uma servidão pessoal pode ser constituído por todas as utilidades da coisa que representam um interesse para o titular do respectivo direito, ou por parte dessas utilidades. É assim que no direito romano o *usufruto* recaía sobre todas as utilidades da coisa pelo direito de a fruir e usar; o *uso* abrangia as utilidades da coisa resultantes da sua aplicação a quaisquer fins para que pudesse ser destinada, sem a apropriação dos frutos; sendo esse uso restrito ao gozo de uma casa que podia ser habitada ou arrendada mas não cedida gratuitamente, haveria o direito de *habitação*. Embora no direito romano apenas se formulasse uma teoria especial para os direitos de usufruto e de uso, que se distinguem entre si não só por ser mais restrito o direito de uso, mas ainda por este direito se referir ao uso como tal, donde resultava que não podia ser cedido, ao passo que no usufruto o uso era um elemento constitutivo da utilidade da coisa podendo assim ser cedido como o direito de fruir, a verdade é que se podia restringir, no título por que se constituía, o usufruto, e que podia ser ampliado o direito de uso. É este o princípio que domina o direito actual, pelo qual podem constituir-se as denominadas servidões

personais de um modo mais ou menos amplo quanto aos direitos de fruição e de uso, representando estes direitos interesses que se efectivam pelo gozo da coisa, e sendo este gozo essencialmente temporário.

O direito de gozo assim considerado não existe sempre nas servidões prediais, podendo as vantagens que destas resultam ser meras inibições de determinados actos para o proprietário do prédio serviente, actos que o titular do direito de servidão também não pode realizar, e sendo portanto o conteúdo do direito de servidão diverso dos poderes cujo exercício perde o proprietário do prédio serviente após a sua constituição. É assim que na servidão *altius non tollendi* o proprietário do prédio serviente não pode levantar o edificio, mas o proprietário do prédio dominante não adquire o direito de o levantar. E o que se dá com esta servidão verifica-se em relação a todas as servidões negativas, quer o proprietário do prédio serviente seja inibido por elas da prática de determinados actos, quer os não possa exercer em relação ao fundo dominante. Assim, havendo num prédio a servidão de vistas sobre outro prédio, o dono deste não poderá construir, dentro do seu próprio terreno, senão à distância do prédio dominante fixada pela lei, mas o dono do prédio dominante não poderá edificar no prédio serviente.

Vê-se, pois, que nestas servidões, ao direito do titular da servidão de proibir certos actos, corresponde no proprietário do prédio serviente a obrigação de não realizar esses actos. Nestas servidões não tem o respectivo titular direito algum de gozo sobre o prédio serviente que represente o direito de fruição ou de uso desse prédio.

Nas servidões positivas há o direito de uso, mas este direito tem um carácter próprio, distinguindo-se

fundamentalmente dos direitos de usufruto e de uso. Constituída a servidão positiva, o titular da servidão pode praticar certos actos, e, correspondendo a esse direito no proprietário do prédio serviente a obrigação de não se opor a essa prática, de não a embaraçar, esta obrigação não representa a absoluta inibição em relação a este proprietário de realizar quaisquer actos que estejam abrangidos no conteúdo da servidão. O que ele perde pela constituição da servidão é o direito de se opor a que o titular dela pratique determinados actos, de embaraçar o exercício da servidão, mas, dentro dos limites em que o exercício de actos idênticos não representa essa opposição ou embaraço, ele pode praticar os mesmos actos que o proprietário do prédio dominante. Assim, na servidão de passagem, o proprietário do prédio serviente não fica inibido de utilizar para o mesmo fim o terreno em que ela está constituída.

O não uso absoluto, por parte do proprietário do prédio serviente, da servidão constituída no seu prédio poderá ser uma consequência da incompatibilidade material de usos simultâneos, ou ficar dependente da indemnização que ele deva por esse uso ao proprietário do prédio dominante em relação ao custo da servidão. Esse não uso não poderá considerar-se como sendo uma consequência do próprio direito de servidão.

Por este direito limitam-se os direitos do proprietário do prédio quanto ao seu gozo, pela obrigação de não efectivar certos poderes compreendidos no direito de propriedade ou de sofrer que outrem os exerça; mas não se transferem esses direitos para o proprietário do prédio dominante. As servidões prediais representam, em relação ao direito de propriedade, a restrição no seu exercício de alguns poderes

que o direito de propriedade abrange, mas não são o fraccionamento ou fragmentação desses direitos ¹.

A análise que acabamos de fazer leva-nos a estabelecer com segurança e nitidez a distinção entre o direito de servidão e o direito de enfiteuse e de superfície.

Na enfiteuse constitui-se o direito de gozo completo de um prédio, não ficando o titular dêsse direito ou o enfiteuta adstrito a conservar a substancia do prédio, como fica o usufrutuário, mas apenas a não o deteriorar.

Desprendendo-nos das origens da enfiteuse e das modalidades que revestiu no direito romano e no direito intermédio, o que sem hesitação se pode afirmar é que o direito do enfiteuta tem sido sempre um direito mais amplo que o do usufrutuário, quer pelo que respeita ao seu conteúdo, compreendendo-se nele o próprio direito de transformação apenas limitado pela deterioração do prédio, quer à sua duração. Daqui a teoria que vê na enfiteuse um direito que não só quantitativamente se distingue da servidão, mas que dela se distingue qualitativamente também. O direito do enfiteuta é, no conteúdo e no tempo, um direito mais amplo que o próprio direito de usufruto; naquela, é o direito de propriedade o dominante; nesta, é o direito do enfiteuta.

Para exprimir a forma de propriedade que pela enfiteuse se constituiu formou-se a teoria dos dois domínios: o *domínio útil* concedido ao enfiteuta; o *domínio directo* que para si reservava o proprietário. Rejeitada esta teoria por muitos juriconsultos como

¹ Veja-se Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4.ª edição, volume 3.º, parte 2.ª, páginas 10-15.

inadequada para definir os direitos que pelo contrato de enfiteuse se constituem; vendo alguns no duplo domínio um conceito absolutamente incompatível com o conceito de propriedade, por ser inadmissível a coexistência simultânea de dois direitos de propriedade sobre a própria coisa, e atribuindo-lhe assim um valor meramente histórico e às frases domínio directo e domínio útil a força da tradição, os que rejeitam esta teoria do domínio duplo ou atribuem o direito de propriedade ao enfiteuta ou o atribuem ao senhorio directo. Atribuído o direito de propriedade ao enfiteuta, surgem divergências quanto à natureza do direito do senhorio directo; atribuindo o direito de propriedade ao senhorio directo, surgem dúvidas quanto à natureza do direito do enfiteuta.

O estado da doutrina a este respeito explica a fórmula vaga de Windscheid, que já reproduzimos, quanto à distinção entre o direito de servidão e o de enfiteuse. E, para verificarmos até onde chega a indecisão quanto à natureza jurídica da enfiteuse, transcrevemos as seguintes palavras de Mazzoni: «O direito do enfiteuta é muito mais extenso que o do usufrutuário, e, o que ainda é mais digno de nota, é, para assim dizer, autónomo, isto é, não está inerente à pessoa do titular. Considerado na sua extensão e na sua autonomia, pode repetir-se com Cujacio e Donello, e com mais razão em relação à nossa enfiteuse que à romana, que o direito do enfiteuta é *quasi* uma propriedade. Tanto isto é verdade que nos textos da nossa lei, quando se determina a faculdade de dispor que ao enfiteuta pertence, se faz referência ao prédio enfiteutico. É exactamente pela natureza e extensão de quasi propriedade que tem o direito enfiteutico, pode sobre o prédio enfiteutico constituir-se um usufruto e, com maior razão, um

direito de uso e de habitação. Mas, como o usufruto, o direito enfiteutico constitui de per si um bem patrimonial, pelo qual por isso o enfiteuta é um possuidor verdadeiro e próprio do prédio enfiteutico; e só porque e enquanto o senhorio directo tem sobre o prédio o direito de propriedade, deve ser considerado detentor do mesmo prédio»¹.

O direito do enfiteuta é, segundo esta doutrina, uma *quasi* propriedade; a propriedade pertence ao senhorio directo, mas só nos limites em que tem sobre o prédio o direito de propriedade é que pode considerar-se o possuidor do mesmo prédio. E estes limites são de tal modo apertados, são tão estreitos, que o senhorio directo, que não tem o direito de transformação, não pode opor-se a que o enfiteuta dê ao prédio o destino que melhor lhe aprouver, tendo assim o enfiteuta sobre ele o direito de livre disposição, limitado apenas pelo valor que no prédio representa o domínio directo.

O prédio não pode, pois, em relação ao enfiteuta, considerar-se como coisa alheia, mas como coisa sua, como coisa própria. A autonomia do seu direito correspondem utilidades da coisa que se consideram de per si e não como meras limitações ao direito de propriedade ou, melhor, ao exercício deste direito. Na constituição da enfiteuse dá-se, pois, uma verdadeira transferência do direito de propriedade, mas este direito é limitado pelo direito do senhorio directo, que também está representado no próprio prédio pelo seu valor. E assim se explica a restrição ao direito de transformação ou de livre disposição, que, constituindo o elemento específico do direito de propriedade,

¹ *Obra citada*, tomo 3.º, parte 1.ª, páginas 502 e 503.

fica fraccionado, o que explica e justifica a teoria dos dois domínios.

Na enfiteuse não há, pois, como na servidão, um direito em coisa alheia, mas em coisa própria; na servidão não há a transferência do direito, não correspondendo o conteúdo da servidão aos poderes que pela sua constituição perde o proprietário do prédio serviente, ao passo que na enfiteuse opera-se uma verdadeira transferência de direitos, sendo o conteúdo destes poderes o mesmo que pertencia ao proprietário, com as restrições provenientes dos direitos que este, como senhorio directo, fica tendo no prédio.

A doutrina que acabamos de expor acêrca da enfiteuse é aplicável ao direito de superfície quanto aos direitos que sobre o edifício fica tendo o titular daquele direito. Sendo certo que, pela relação existente entre o edifício e o solo, aquele não pode ter uma existência independente e que, sob este aspecto, o direito de superfície é um direito sobre coisa doutrem, a verdade é que, pelo seu conteúdo, o direito de superfície não representa, do mesmo modo que o de enfiteuse, apenas um direito sobre coisa alheia. É assim que o proprietário do edifício ou do direito de superfície pode dispor da própria substância da coisa, e pode constituir sobre o edifício quaisquer direitos de gozo ou de garantia.

É óbvio que no direito de superfície se dá, pois, um fraccionamento do direito de propriedade; que, pela constituição desse direito, se transferem para o seu titular poderes que estão abrangidos no direito de propriedade e que, em relação à coisa sobre que esses poderes recaem, o titular do direito de superfície fica tendo o direito de livre disposição, ou o *abusus*.

Ora é exactamente este direito que não existe nas servidões, não podendo estas consequentemente considerar-se como representando um direito de propriedade ou fraccionamento deste direito. São sempre um direito sobre coisa alheia.

É este o conceito tradicional de servidão e o que, segundo a lição dos mais autorizados tratadistas, informa as modernas legislações. Certo é todavia que, como já notámos, juriconsultos há que sustentam doutrina contrária, quer em face do direito romano, quer em face dos códigos actuais, cumprindo-nos determinar, perante o nosso código civil, qual o verdadeiro conceito de servidão.

2. *Conceito de servidão no código civil.* O nosso código civil define (artigo 2267.º) *servidão* o encargo imposto em qualquer prédio, em proveito ou serviço de outro prédio pertencente a dono diferente, e declara que o prédio sujeito à servidão diz-se — *serviente* — e o que dela se utiliza — *dominante*.

Deste conceito de servidão, a primeira ilação que se deduz é que o nosso código civil só quis nele compreender as servidões prediais. E, para que nenhuma dúvida a tal respeito houvesse, caracterizou (artigo 2268.º) as servidões dizendo que são inseparáveis dos prédios a que, activa ou passivamente, pertencem, e (artigo 2269.º) que são indivisíveis: se o prédio serviente for dividido entre vários donos, cada porção ficará sujeita à parte de servidão que lhe cabia; e, se o prédio dominante for dividido, poderá cada consorte usar da servidão sem alteração nem mudança.

Vê-se assim que a servidão representa especificamente uma relação entre dois prédios, e que por ela

são limitados os direitos sobre um dos prédios em proveito ou serviço do outro; que tanto se considera servidão o encargo imposto num prédio como o proveito ou serviço que esse encargo representa para outro prédio, havendo no primeiro caso a servidão passiva e no segundo a servidão activa.

Desnecessário é, para determinarmos precisamente a natureza jurídica da servidão em vista do conceito que nos artigos citados se formulou, reproduzirmos aqui a crítica que à impropriedade dos termos por que se exprimiu esse conceito tem sido feita¹. É óbvio que os prédios não são sujeitos de relações jurídicas; que não há portanto propriamente encargos impostos a prédios, como não há para os prédios proveitos ou serviços. Também é óbvio, todavia, que o conteúdo das relações jurídicas pode ser determinado pelas utilidades que as cousas proporcionam não consideradas de per si mas por intermédio de outras cousas, pressupondo-se os direitos sobre estas como condição necessária para o gozo daquelas e limitando-se este gozo pelos proveitos que no exercício daqueles direitos possam ser auferidos.

Nestes casos, o direito sobre uma coisa será não só a condição necessária para o gozo de outra coisa, mas será a causa e a medida deste gozo, sendo pelas utilidades desta coisa que se determina o gozo daquela. Dada esta relação, podem objectivar-se nas próprias cousas os interesses que ela representa para os respectivos proprietários. Pode assim dizer-se que a servidão é o encargo imposto num prédio em proveito ou benefício de outro prédio, para se significar

¹ Veja-se o dr. Teixeira de Azevedo, *Das servidões*, tomo 1.º, páginas 20 e seguintes.

que é este prédio a causa do encargo e que o interesse deste encargo resultante é determinado pelas utilidades que o proprietário pode auferir em relação ao mesmo prédio.

Se, sob este aspecto, a definição de servidão não suscita dificuldades na determinação da natureza desta categoria jurídica, outros aspectos há sob os quais há dificuldades e gravíssimas para determinar essa natureza e relacionar o conceito de servidão formulado no nosso código civil com o de outras categorias jurídicas.

Partindo do conceito tradicional de que a servidão representa uma limitação ao direito de propriedade, vejamos se nesse conceito se fez alguma modificação pelo nosso código civil.

Definindo-se (artigo 2167.º) o 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 adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente, declara-se (artigo 2168.º) que a propriedade pode ser perfeita e imperfeita e (artigo 2187.º) que propriedade perfeita é 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. As servidões são incluídas (artigo 2189.º n.º 6.º) nas propriedades imperfeitas, sendo portanto aplicável às servidões o princípio formulado no artigo 2188.º: aquele, a quem pertence qualquer fracção do direito de propriedade, goza, pelo que toca a essa fracção, do direito de propriedade plenamente, salvas as restrições estabelecidas na lei, ou no título constitutivo da mesma propriedade.

O dr. Teixeira de Abreu, tendo determinado os elementos constitutivos da propriedade: o *usus* (*jus utendi*), o *fructus* (*jus fruendi*), e o *poder* de dispor livremente da coisa (*jus abutendi*); havendo referido o *abusus* imediatamente ao sujeito do direito; considerando os demais elementos como elementos objectivos da propriedade, nem sempre essenciais, e explicando pela reunião ou separação desses elementos a distinção entre a propriedade perfeita e a propriedade imperfeita, diz: «Mas esta divisão, ainda que simplesmente ideal, só tem lugar em relação aos elementos objectivos do direito; subjectivamente considerada, a propriedade é *indivisível* como aliás o são todos os direitos. O poder ou faculdade de dispor, *abusus*, somente pode existir na sua integridade, embora mais ou menos extenso em relação ao objecto. Um terço ou um quarto do *poder* de alienar uma coisa não se concebe; compreende-se, porém, o poder de alienar a terça ou a quarta parte dessa coisa o que é diferente. Os poderes que eu tenho sobre todo o meu rebanho, são os mesmos que tenho sobre cada um dos animais que o compõem. A separação, portanto, da propriedade nos seus elementos objectivos, *substância*, *uso*, e *fruto*, não importa uma divisão correspondente no seu elemento subjectivo, o *abusus*; este acompanha, em toda a sua plenitude, cada uma daquelas fracções da coisa; é elemento comum e imprescindível de todas as *propriedades imperfeitas*»¹.

Orientado por este critério, o dr. Teixeira de Abreu vê na servidão uma desmembração ou fraccionamento da propriedade e faz consistir a essência da servidão na transferência duma utilidade do prédio serviente

¹ *Obra e tomo citado, páginas 11-13.*

para o prédio dominante, quer se trate de servidões afirmativas, quer de servidões negativas.

«Tanto no preceito da lei, diz êle, como na lição dos escritores, a essência da servidão está precisamente na transmissão de certa *utilidade* do prédio serviente para o prédio dominante. Como disse Ulpiano: *jus suum deminuit, alterius auxit*. Sempre que haja servidão há esta transferência; o que resta, portanto, é determinar a natureza da coisa transferida nas servidões negativas.

«Será o elemento subjectivo da propriedade serviente que se fracciona em favor do prédio dominante?

«Não; já precedentemente dissemos que o *abusus* é indivisível: acompanha todo e qualquer elemento objectivo da propriedade. Logo aquela transferência há de ter sido feita à custa dos elementos objectivos da propriedade serviente: isto é, da substância, do uso ou do fruto. Mas a *substância* separada dos outros elementos, não pode produzir qualquer utilidade, porque só é útil o que satisfaz as nossas necessidades, e a aplicação da substância de uma coisa à satisfação das mesmas necessidades constitui precisamente o seu *uso*.

«Portanto é da essência da *servidão* a transferência para o prédio dominante de algum uso ou fruto do prédio serviente. E, sendo assim, como a todo o elemento objectivo da propriedade corresponde sempre, na sua integridade, o elemento subjectivo (*abusus*), claro é que a servidão afirmativa, ou negativa, constitui um *direito real*, ou seja uma *fracção da propriedade*».

Analizando em seguida a servidão *altius non tollendi*, afirma que a obrigação do proprietário do prédio serviente «representa, evidentemente, a alienação em favor do proprietário do fundo dominante

daquele particular uso, que, ligado ao elemento subjectivo inseparável de cada um dos elementos objectivos da propriedade, constitui o *direito de edificar*.

«Mas não vá daqui concluir-se, como fazem alguns escritores, que, dada esta transferência, poderia desde logo o titular da servidão ir *edificar* no prédio serviente; é levar demasiadamente longe uma conclusão que nas premissas se não comporta. O direito de edificar, como todos os direitos facultativos, tanto se exerce quando se edifica, como quando tal se não faz; exerce-se tanto por factos, como por omissão de factos. A transferência dêste direito para o proprietário do fundo dominante não importa, por isso, *necessariamente* a faculdade, para êste, de edificar no prédio serviente, visto como êle pode exercer o seu direito simplesmente pela omissão de factos. E é precisamente esta a diferença que sob êste ponto de vista separa o proprietário do prédio serviente do titular da servidão: enquanto que o segundo não pode exercer o seu direito *edificando*, o proprietário podia fazê-lo. Mas nem por isso é menos certo que o direito de ambos é precisamente o mesmo».

Fazemos estas transcrições para que se veja a que conseqüências pode levar o intérprete a noção de propriedade imperfeita formulada no nosso código civil. Ligando-se ao conceito de propriedade o *jus abutendi* que, seja dito de passagem, de modo algum deve confundir-se com o direito de alienação, significando êste direito apenas um poder de transferência para outrem e recaindo o *jus abutendi* sobre a própria coisa pela sua aplicação para qualquer fim mediante a sua transformação e a própria destruição, é lógica a conclusão de que na propriedade imperfeita deve existir o *jus abutendi*. E, considerando-se êste direito,

em relação ao titular, como indivisível, o fraccionamento, que a propriedade imperfeita necessariamente envolve, há-de dar-se nos elementos objectivos. E lógica deve considerar-se portanto também a conclusão de que, sendo a servidão, como o próprio legislador declara, uma propriedade imperfeita, a servidão há-de representar um fraccionamento do direito de propriedade, fraccionamento que só pode dar-se nos elementos objectivos da propriedade, *usus e fructus*.

Sendo lógica esta conclusão, não são necessárias largas considerações para que se veja que a lógica nos leva a verdadeiros absurdos e que há disposições no código civil que tal conclusão contraria abertamente.

Se a servidão representa um fraccionamento do direito de propriedade, se êsse fraccionamento se dá nos elementos objectivos e estes não podem deixar de estar representados no prédio, o titular da servidão será proprietário do prédio serviente na parte relativa a essas utilidades, visto que tem o *jus abutendi* e êste direito recai sobre utilidades do próprio prédio. No artigo 2267.º declara-se, porém, expressamente que a servidão é um encargo imposto num prédio em proveito de outro prédio pertencente a *dono diferente*. Logo o titular da servidão não é proprietário do prédio, pois a palavra *dono* não pode deixar de significar o mesmo que a palavra proprietário. O direito de gozo sobre o prédio serviente não é portanto um direito de propriedade.

Não podendo o dono do prédio dominante ser dono do prédio serviente, e tanto que a servidão se extingue (artigo 2279.º n.º 1.º) pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa; excluindo assim o próprio conceito de servidão, em harmonia com a dou-

trina já sancionada no direito romano (D. 8, 2, 26) *nulli enim res sua servit*, que o encargo que a servidão representa recaia em coisa própria, vê-se que o conceito de propriedade em que se inspirou o autor do código civil quando formulou a disposição consignada no artigo 2267.º não relaciona êsse direito com determinadas utilidades da coisa mas com a própria coisa, sendo portanto sobre esta que recai o *abusus* ou poder de livre disposição. O proprietário do prédio serviente tem os seus direitos limitados pelo gozo que nesse prédio representa a servidão; pode portanto considerar-se a sua propriedade como sendo uma propriedade imperfeita. O titular do direito de servidão não pode considerar-se proprietário do prédio, sobre o qual tem todavia determinados poderes. Estes poderes não são poderes que êle tenha como proprietário; tais poderes denominam-se servidões, activamente consideradas.

Tomando-se a palavra *propriedade* numa significação lata, ainda hoje podemos dizer, como no direito romano se dizia, *proprietário da servidão, proprietário do usufruto, ou dono da servidão, dono do usufruto*. Na sua significação técnica o direito de propriedade exprime, porém, um poder absoluto e exclusivo sobre a própria coisa. E sendo com êste poder que devem relacionar-se, para que se determine precisamente o seu conteúdo e a sua natureza, quaisquer poderes que sobre a coisa tenha quem dela não é proprietário, necessário é que o conceito técnico de propriedade não se aplique a direitos que êsse conceito não abrange.

Não pode, pois, dizer-se, em nosso parecer, que o *abusus* acompanhe o *fructus* e o *usus* em quaisquer fraccionamentos que nestes se dêem; que o *abusus*, sendo subjectivamente indivisível, se pode dividir

objectivamente, e que teremos assim tantos direitos de propriedade quantos sejam os fraccionamentos que nas utilidades da coisa se dêem. Tais conceitos seriam a subversão completa dos princípios em que assenta a técnica jurídica. E representam também uma contradição flagrante com as normas sancionadas no nosso código civil.

No artigo 2:115.º declara-se que o direito de transformação abrange a faculdade de modificar ou alterar, por qualquer maneira, no todo ou em parte, e, até, de destruir a substância de coisa própria, e no § único do mesmo artigo diz-se que este direito pertence ao *dono da coisa*, quer esta seja mobiliária, quer imobiliária.

E' nesta disposição que se vê claramente qual é o conceito de propriedade no nosso código civil. O poder de livre disposição, a que o artigo 2167.º se refere como sendo o elemento que caracteriza o direito de propriedade, vai até à alteração, modificação ou destruição da substância da coisa própria, e é por este direito de livre disposição que se define rigorosamente o direito de propriedade, dizendo que elle pertence ao *dono da coisa*.

Não tem o direito de transformação o usufrutuário e o titular duma servidão, e isto equivale a dizer que não são donos da coisa, que esta não é *própria* deles, tendo apenas poderes sobre determinadas utilidades dela.

O que fica dito é sufficiente para que se veja que as noções de propriedade perfeita e de propriedade imperfeita, que no nosso código civil se encontram formuladas, não correspondem de modo algum ao conceito técnico do direito de propriedade, e que o mesmo código pressupõe, noutras disposições, este

conceito e designadamente na definição de servidão.

Esta, representando essencialmente um encargo imposto num prédio de outrem e significando tal encargo que o titular do direito de servidão tem o gozo de determinadas utilidades desse prédio ou que o seu proprietário não pode exercer sobre elle os direitos correspondentes a determinadas utilidades, não pressupõe de modo algum que estas utilidades se transfiram para o proprietário do prédio dominante. A limitação que da servidão resulta para o proprietário do prédio, quer no que respeita ao seu direito de gozo, quer ao de livre disposição, não corresponde aos poderes que sobre o prédio serviente fica tendo o proprietário do prédio dominante.

Dizer, por exemplo, que na servidão *altius non tollendi* o conteúdo do direito de servidão é o mesmo que o da limitação nos direitos do proprietário do prédio serviente, visto tratar-se de um direito facultativo que tanto pode ser exercido por factos positivos como por factos negativos, é uma subtilidade que não resiste a uma critica leve. O proprietário do prédio serviente perde o direito de levantar o seu prédio, deixa portanto de existir para elle o direito facultativo que, como proprietário, lhe pertence de levantar o prédio, limitando-se assim o seu direito de propriedade, deixando de existir em toda a sua plenitude, segundo as normas que regulam este direito, o poder de transformação sobre o prédio. O proprietário do prédio dominante não adquire sobre o prédio serviente direito algum cujo conteúdo corresponda à limitação que o proprietário deste prédio sofre. Elle não tem evidentemente o direito facultativo de levantar ou de não levantar o prédio; o único direito que elle tem é o de se opor a que o proprietário do prédio serviente

o levante. A utilidade que, em relação ao prédio dominante, representa o encargo imposto no prédio serviente, não se efectiva pela prática de quaisquer actos de gozo sobre este prédio, por poderes que se exerçam fruindo, usando ou transformando. Não há portanto a transferência do proprietário do prédio serviente para o proprietário do prédio dominante de quaisquer direitos que, segundo o artigo 2169.º, o direito de propriedade abrange.

E com relação às servidões positivas, a doutrina que expusemos a propósito do conceito tradicional de servidão é a que corresponde ao conceito de servidão no nosso código civil. O gozo que se efectiva por tais servidões dá-se sobre coisa alheia. Limitam-se, pois, por esse gozo os direitos do proprietário serviente até onde essa limitação se torna necessária para que o proprietário do prédio dominante possa exercer os direitos que para ele resultam da servidão constituída sobre aquele prédio. Nos termos do artigo 2278.º, o dono do prédio serviente não pode embaraçar de modo algum o uso da servidão, podendo ele próprio utilizar-se portanto da servidão sempre que esse uso não seja incompatível com o do dono do prédio dominante. Donde resulta que o direito de servidão não é, em relação ao proprietário do prédio dominante, um direito exclusivo, como sempre o é o direito de propriedade.

Mas há mais: extinguindo-se o direito de servidão só pelo facto do seu não uso (artigo 2279.º n.º 2.º), dando-se essa extinção independentemente de se haver constituído pela posse uma situação de facto incompatível com a de direito, vê-se que a extinção da servidão nada mais representa do que o restabelecimento da situação normal do proprietário, que este não adquiriu por esse facto o direito de servidão,

mas que cessou apenas uma limitação ao direito de propriedade.

Do que deixamos dito resulta: 1) que a servidão é um direito sobre prédio alheio; 2) que pela servidão se limita o direito de propriedade sobre o prédio; 3) que tal limitação se dá quanto ao exercício deste direito.

3. *Conteúdo das servidões.* A doutrina exposta não é suficiente para que se determine rigorosamente o conceito de servidão no nosso código civil. Não basta para este efeito relacionar o direito de servidão com o direito de propriedade; é necessário, examinando o conteúdo desse direito, distingui-lo ou diferenciá-lo de todos os outros direitos por que se pode limitar o direito de propriedade.

No conceito de servidão é fundamental a relação entre prédios, representando o encargo constituído num deles um proveito ou serviço para outro. Onde esta relação não exista, não há a servidão tal como a define o artigo 2267.º ou a servidão em sentido técnico.

Exigindo-se na servidão que o encargo estabelecido num prédio seja uma vantagem ou utilidade para outro, excluem-se do conceito de servidão quaisquer encargos que representem proveitos ou serviços que os prédios possam proporcionar directamente a pessoas determinadas ou indeterminadas. Não se formulou no nosso código civil, como se havia formulado no código civil francês (artigo 686.º), expressamente o princípio de que «o serviço não pode ser imposto nem às pessoas nem em favor de pessoas, mas somente num prédio e em benefício de um prédio». A exclusão dos serviços ou encargos impostos a pessoas ou em

benefício de pessoas é, porém, óbvia, desde que se define servidão o encargo imposto em qualquer prédio em proveito ou serviço de outro prédio e se declara (artigo 2268.º) que as servidões são inseparáveis dos prédios a que activamente ou passivamente pertencem.

O instituto das servidões entra na organização da propriedade. São de interesse público as normas respeitantes a esta organização e, conseqüentemente, não podem ser alteradas ou modificadas por vontade das partes.

Só podem, pois, existir servidões nos termos precisos em que a lei as define, e desde que a lei exige, como elemento específico e essencial, que o encargo imposto num prédio seja um proveito para outro, sempre que este proveito se possa considerar em separado dos prédios no sentido de que se efective no prédio serviente independentemente do prédio dominante, não haverá servidão.

A fórmula do nosso código civil corresponde assim exactamente à do código civil francês e, para se precisar o seu alcance, conveniente é que nos reiframos à razão que a determinou.

Na organização feudal da propriedade estabeleceu-se, pela dependência das terras, a dependência das pessoas, criando-se privilégios restritivos da liberdade dos possuidores das terras, direitos banais e serviços pessoais, que constituíam verdadeiras servidões. Medidas sucessivas foram suprimindo nos diferentes Estados tais direitos, cuja recordação era ainda muito viva ao tempo em que se publicou o código civil francês. Assim se explica a restrição que em matéria de servidões prediais se consignou neste código. Assim pode explicar-se também a restrição

formulada no nosso código civil que, só admitindo servidões constituídas em prédios e em proveito de outros prédios, excluiu as servidões impostas às pessoas ou em benefício de pessoas.

Esta restrição vai sendo atenuada, permitindo-se a constituição de servidões em que não há prédios dominantes. E desde já notaremos que há no nosso direito e até no código civil servidões em que não existe a relação entre prédios que no artigo 2267.º se exige. Essas servidões só podem, porém, constituir-se nos termos em que as respectivas normas as admitem e com os efeitos que tais normas lhes atribuem.

De um modo geral, as servidões só podem constituir-se quando satisfaçam aos requisitos do artigo citado. E não podem portanto ver-se servidões em quaisquer encargos que num prédio se estabeleçam quando não sejam um proveito para outro prédio.

Na fórmula do código civil alemão (artigos 1018.º e 1019.º), «um prédio pode ser onerado em proveito do proprietário de outro prédio qualquer que ele seja... Uma servidão predial só pode consistir num encargo que ofereça uma certa utilidade para o gozo do prédio dominante, não podendo ser ampliada além do que esta utilidade comporta.»

E' esta a idea que o nosso legislador pretendeu exprimir ao declarar que a servidão é um encargo imposto num prédio em proveito ou serviço de outro prédio: as utilidades que formam o conteúdo da servidão hão de estar de tal modo relacionadas com o gozo do prédio dominante que a servidão só existe até onde esse gozo permite auferir essas utilidades.

Pela relação que a servidão necessariamente presuppõe é que teremos de determinar quais são as

utilidades que podem formar o seu conteúdo. É óbvio que podem ser diversas essas utilidades, mas óbvio é também que só podem ser consideradas como direitos de servidão quando sejam tais que só possam ser gozadas por meio do prédio dominante. Sempre que tais utilidades possam separar-se deste prédio, sempre que o seu gozo não pertença ao respectivo proprietário como tal, não haverá servidão.

E' assim que não pode ser objecto de servidão o direito de pastagem, como o não pode ser o direito de cortar madeiras, e, embora esta afirmação seja em parte contrariada pela tradição jurídica, diremos que não podem ser objecto de servidão quaisquer direitos de fruição sobre o prédio serviente pelos quais se possam apropriar os frutos ou produtos desses prédios.

Não desconhecemos que no direito romano havia direitos como o *arenæ fodiendæ* e *grævæ eximendæ*, que se consideravam verdadeiras servidões quando tais direitos fossem constituídos em proveito exclusivo de um prédio, e que os jurisconsultos ensinam que tais direitos ainda actualmente se devem considerar servidões quando assim sejam constituídos. E' assim que, segundo esta doutrina, ainda hoje se poderá constituir uma servidão de cortar madeiras num prédio para as construções que noutro prédio se façam; poder-se há também estabelecer a servidão de extrair barro ou tirar pedra de um prédio para caminhos ou determinadas obras noutro prédio. E pode considerar-se assente a doutrina de que o direito à água de uma fonte em prédio alheio constitui uma servidão em benefício do prédio para onde essa água é conduzida.

Em nosso parecer, os direitos que assim se constituam não são, todavia, na técnica do nosso código civil, servidões.

O encargo a que o artigo 2267.º se refere dá-se no prédio serviente considerado como tal e não em relação a determinados produtos ou frutos desse prédio. Só assim considerada é que a servidão será inseparável do prédio a que activamente ou passivamente pertence, pois é evidente que os frutos ou produtos de qualquer prédio se podem considerar, quanto à sua fruição, em separado do prédio serviente e do prédio dominante. As utilidades que os produtos ou frutos representam só por circunstâncias fortuitas poderão relacionar-se com o prédio dominante e a servidão é um encargo perpétuo que deve acompanhar os prédios sejam quais forem as modalidades que nesses prédios se dêem.

Pela servidão não se estabelece relação alguma sobre o prédio serviente que corresponda ao direito de usufruto ou de uso; na servidão, quando tem por conteúdo um direito de uso, este uso é limitado, consistindo na prática de determinados actos por parte do proprietário do prédio dominante que o proprietário do prédio serviente tem de sofrer. Esses actos representam a aplicação do próprio prédio para um fim determinado e não a apropriação de frutos ou produtos desse prédio. Esta apropriação não representaria uma vantagem que o proprietário do prédio dominante auferiria por intermédio deste prédio; não seria uma utilidade que só o gozo do prédio dominante comportaria. Essa apropriação tanto se pode dar pelo proprietário do prédio dominante como por qualquer outra pessoa.

Limitado o direito de uso pelas utilidades do prédio dominante, vê-se que o direito que seja atribuído aos proprietários de um prédio de passear noutro prédio, de nele caçar, armazenar frutos, secar ou moer trigo ou milho, não pode considerar-se servidão.

Qualquer destas utilidades não se relaciona com o gozo do prédio dominante de forma tal que só por intermédio deste prédio possa ser auferida; não são encargos que recaiam sobre o prédio serviente para gozo do prédio dominante.

As vantagens desses direitos resultantes não podem deixar de considerar-se proveitos pessoais, e, sendo assim, não cabem dentro do instituto das servidões tal como se acha regulado no nosso código civil.

Quando se considerasse o direito de fruição como podendo constituir objecto de servidões, poder-se hiam estabelecer com esta designação verdadeiros direitos dominicais, e é óbvio que o nosso código civil, considerando elemento específico e essencial das servidões que o encargo num prédio seja constituído em proveito de outro prédio, teve em vista evitar que tais direitos pudessem ser constituídos ¹.

O proveito que da servidão resulta para o prédio dominante deve ser tal que se possa tornar efectivo seja qual for o fim para que esse prédio se destine. A servidão não está, em princípio, relacionada com determinado gozo do prédio mas com qualquer gozo de que esse prédio seja susceptível. Consideramos, pois, descabida a questão se pode constituir-se uma servidão em benefício de uma indústria.

E' óbvio que, considerada a indústria de per si, não pode estabelecer-se uma servidão que com ela se relacione sobre qualquer prédio. Constituída, porém, a servidão em benefício do prédio, poderá

¹ Veja-se sobre esta matéria os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de junho de 1914 e da Relação de Lisboa de 8 de novembro de 1916, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 28.º, página 324 e volume 30.º, página 302.

ser utilizada para fins industriais. E' assim que uma servidão de aqueduto tanto pode ter por fim a irrigação dum prédio, como gastos domésticos, como usos industriais. Pelo aqueduto conduz-se a água para o prédio dominante, sendo indiferente, em princípio, o fim para que a água se destina e que depende do modo por que o prédio é utilizado. A utilidade que a água presta dá-se sempre por intermédio do prédio dominante para o qual a água é conduzida através do prédio serviente. Sucede o mesmo com a servidão de passagem, com a servidão de escoamento das águas. Qualquer destas servidões, se no seu título constitutivo se não precisar o fim para que são destinadas, poderá ser aproveitada tanto para usos industriais do prédio dominante, como para quaisquer outros usos.

Nas servidões podem existir até vantagens que só venham a tornar-se effectivas quando se verificarem determinadas hipóteses. O que se torna necessário para que se possam constituir é que representem um encargo num prédio em benefício de outro prédio, quer este benefício seja actual, quer seja futuro, e seja qual for a natureza desse benefício. E' assim que pela servidão *altius non tollendi* se tornará mais apazível qualquer habitação no prédio dominante; pela inibição do exercício de determinadas indústrias no prédio serviente ou de construção de depósitos para certos materiais se tornará mais higiénica, ou mais cómoda, ou isenta de perigos a habitação do prédio dominante.

A lei não limita a servidão a determinadas vantagens para o prédio dominante. Quaisquer utilidades podem, pois, constituir objecto de servidão desde que possam ser gozadas por meio do prédio dominante.

Recaindo a servidão sobre o prédio, vê-se que o próprio conceito de servidão exclui a prestação de factos pelo proprietário do prédio serviente, considerando-se essa prestação como conteúdo de uma obrigação. O proprietário sofre pela servidão uma limitação no exercício do seu direito de propriedade, não ficando adstrito pela servidão à prestação de serviços pessoais, que representem um vínculo de obrigação.

Pela servidão constitui-se um direito real e, em harmonia com a natureza destes direitos, o proprietário do prédio serviente fica constituído numa obrigação negativa. Este principio, que já estava formulado no direito romano. D. 8, 1, 15, 1: *servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis... sed ut patiatur vel non faciat*, informa também o direito moderno, devendo atribuir-se à falta de uma distinção nítida entre direitos reais e direitos de obrigação as dúvidas e incertezas que na jurisprudência tem havido quanto à possibilidade de prestações pessoais nas servidões.

A servidão, direito real, não exclui de modo algum a prestação de determinados serviços por ela condicionados. É assim que já no direito romano havia servidões que, como a *oneris ferendi*, podiam exigir para a sua subsistência a realização de obras por parte do proprietário do prédio serviente.

E o nosso código civil admite (artigo 2277.º) que no título constitutivo da servidão o proprietário do prédio serviente se obrigue a custear as obras necessárias para o exercício da servidão.

Há, pois, servidões em cujo conteúdo entram prestações positivas do proprietário do prédio serviente. Tais prestações não entram, porém, na categoria das obrigações pessoais. Obrigações desta natureza nunca podem ser servidões.

As prestações a que o proprietário do prédio serviente fica como tal adstrito são obrigações condicionadas pela servidão, e, sendo esta um direito real, estão relacionadas com este direito e não com o património. Donde resulta que tais prestações não só acompanham sempre o prédio, mas só podem tornar-se efectivas contra o proprietário do prédio, facultando até a lei o abandono do prédio como meio de o seu proprietário se eximir a tais encargos.

As prestações pessoais a que o proprietário do prédio serviente fica adstrito relacionam-se, pois, e de forma tal com a servidão que constituem um acessório ou complemento dela, assumindo a mesma natureza e não podendo considerar-se de per si como objecto de uma relação jurídica. É esta a ideia que no código civil suíço se exprimiu (artigo 730.º) com a fórmula: a obrigação de um facto positivo só acessoriamente pode estar ligada a uma servidão.

Sempre que a prestação de serviços seja o objecto principal e a limitação do direito de propriedade se relacione secundariamente com tal prestação, esta não poderá ser imposta como um encargo predial. Nos termos do artigo 2277.º, o proprietário do prédio serviente pode obrigar-se a executar as *obras necessárias* ao exercício da servidão, compreendendo-se nas palavras *obras necessárias* sómente as que tornem possível, facilitem ou assegurem esse exercício.

Assim como os serviços pessoais do proprietário do prédio serviente se podem relacionar acessoriamente com a servidão, também esta relação se pode estabelecer com determinados produtos do prédio serviente. É assim que a servidão se pode constituir ficando o proprietário do prédio dominante com o direito de extrair do prédio serviente a pedra, barro, areia ou

madeira que sejam necessários para a construção ou reparações da servidão. É óbvio que, neste caso, não se trata de um direito de fruição, não se considerando este direito de per si mas como um acessório ou complemento da servidão e representando assim tal encargo um proveito do prédio dominante.

4. *Caracteres das servidões.* Concluiremos a matéria relativa ao conceito de servidão tratando dos caracteres deste direito, que estão directamente relacionados com o seu conteúdo.

No artigo 2268.º declara-se que as servidões são inseparáveis dos prédios a que, activa ou passivamente, pertencem. Sendo as servidões inseparáveis dos prédios a que pertencem activa ou passivamente, não podem de per si constituir objecto de relações jurídicas, ou, por outras palavras, são inalienáveis.

Admitida por quasi todos os juriconsultos, desde o direito romano, a inalienabilidade das servidões prediais, diversos são os fundamentos em que se tem pretendido basear essa inalienabilidade. Para nós, a inalienabilidade das servidões deriva de que elas, estando encorporadas no prédio dominante e no prédio serviente, formando com esses prédios juridicamente uma coisa só, não podem considerar-se logicamente distintas desses prédios.

É claro que a servidão que num prédio existe activamente pode ser transferida para um novo prédio. Neste caso dar-se-há, porém, a extinção de uma servidão e a constituição de uma nova servidão. Não se verifica apenas uma modificação na servidão, visto que a primitiva servidão não pode subsistir desde que houve substituição no prédio dominante.

Pode, porém, constituída que seja uma servidão, ampliar-se a novos prédios o proveito que inicialmente só era auferido por um prédio. E' assim que uma servidão de aqueduto por onde sejam conduzidas águas sobejas poderá ser aproveitada pelos proprietários de outros prédios, pagando uma cota proporcional à despesa com a condução das águas até o ponto donde se pretendem derivar. Quando os proprietários a favor dos quais não estivesse constituída a servidão usem deste direito, que o artigo 460.º do código civil lhes faculta, não será sobre a própria servidão que se constituirá uma nova servidão?

Uma resposta afirmativa significaria a negação do princípio de que as servidões são inseparáveis dos prédios a que activa ou passivamente pertencem, visto que a servidão constituiria em tal caso de per si o objecto de uma nova relação jurídica. Não é admissível, porém, esta doutrina, sendo o princípio já formulado no direito romano D. 33, 2, 1: *servitus servitutis esse non potest*, aceito pelo nosso direito.

Sendo certo que nas vantagens resultantes de uma servidão podem participar prédios que a elas não tinham direito, o objecto das novas relações jurídicas que assim se constituem é sempre o prédio serviente sobre que recaía a servidão originária, e, sendo assim, não pode deixar de concluir-se que o objecto da nova servidão não é a antiga servidão.

¿ Mas haverá neste caso a constituição de uma nova servidão?

A nosso ver, só haverá uma nova servidão no caso de o próprio prédio dominante se tornar por sua vez serviente. Em todos os outros casos, e quer seja o proprietário do prédio serviente que se utilize da servidão quer seja um terceiro, não haverá uma nova servidão mas uma modificação na servidão originária.

Assim, se for o proprietário do prédio serviente que se utilize, no exemplo que demos, do aqueduto, como *nulli res sua servit*, o facto de êle participar das utilidades da servidão representará uma diminuição no encargo correspondente a essa participação. Haverá, pois, uma modificação na servidão, e não a constituição de uma nova servidão. Se for um terceiro que se aproveite da servidão e êsse aproveitamento se der sobre a servidão tal como se acha constituída de forma que sejam os mesmos os prédios servientes, a servidão subsistirá, sendo o mesmo o encargo e havendo apenas um maior número de prédios que dele se aproveitam. Neste caso não haverá também uma nova servidão, mas uma modificação na servidão primitiva. No caso de, porém, o proprietário que se aproveita da servidão de aqueduto só o poder fazer por intermédio do prédio dominante, ou, quando haja mais do que um prédio dominante, por intermédio do último, êste prédio, que só era dominante, tornar-se há por seu turno serviente, e, em tal caso, constituir-se há uma nova servidão.

Esta servidão produzirá ou não os seus efeitos em relação ao prédio ou prédios servientes em que se achava constituída a servidão originária, conforme os respectivos donos hajam ou não intervindo na constituição da nova servidão. Quando a servidão se entenda constituída em relação a todos os prédios que já eram servientes e subsista em relação a êles e ao prédio dominante, haverá, quanto àqueles prédios, uma modificação da servidão e, quanto ao prédio dominante, a constituição de uma nova servidão.

No artigo 2269.º declara-se: As servidões são indivisíveis: se o prédio serviente for dividido entre vários donos, cada porção fica sujeita à parte da servidão

que lhe caiba; e, se o prédio dominante for dividido, poderá cada consorte usar da servidão sem alteração nem mudança.

A matéria da indivisibilidade das servidões pode ser considerada já em relação ao seu conteúdo, isto é, ao encargo constituído e ao proveito ou serviço dêsse encargo resultante, já em relação ao prédio sobre que recai êsse encargo e ao que dele se aproveita.

No artigo citado, a indivisibilidade das servidões foi considerada sob êste aspecto, isto é, atendeu-se às relações das servidões com os prédios serviente e dominante. Neste sentido, é tradicional a doutrina de que as servidões, estando inerentes aos prédios sobre os quais ou em benefício dos quais são constituídas, recaem sobre todo o prédio e não sobre uma parte dele de forma que, fraccionado o prédio serviente, cada uma das partes em que êle se divide fica sujeito à servidão, e, fraccionado o prédio dominante, os novos prédios que assim se formam ficarão com direito à servidão tal como se acha constituída.

A divisão do prédio dominante não terá como consequência, pois, a constituição de uma nova servidão em relação ao prédio serviente; será uma modificação na servidão já constituída, o que nos mostra que, no caso de novos prédios se aproveitarem de uma servidão já constituída, não teremos também uma nova servidão, mas apenas uma modificação na servidão preexistente.

A relação da servidão com o prédio serviente em que se funda a sua indivisibilidade não significa que a servidão seja de tal forma inerente a êsse prédio que não se admita a possibilidade da sua deslocação. Esta deslocação ou mudança pode fazer-se e não só dentro do prédio serviente mas até para outro prédio.

A êste respeito preceitua-se no artigo 2278.º que se a servidão, no sítio assinado primitivamente para uso dela, se tornar prejudicial ao dono do prédio serviente, ou lhe obstar a fazer reparos ou melhoramentos importantes, poderá ser mudada por êle, contanto que o dono do prédio dominante não fique prejudicado.

O proprietário do prédio dominante não pode opor-se a essa mudança desde que não haja prejuízo para êle, e não o haverá desde que a servidão seja igualmente cômoda. O legislador parte do princípio de que *quod alteri prodest et tibi non nocet, facile concedendum*, para favorecer o proprietário do prédio serviente permitindo-lhe a mudança da servidão sempre que esta mudança não represente prejuízo para o proprietário do prédio dominante.

Considerada a indivisibilidade em relação ao conteúdo das servidões, há juriconsultos que sustentam que elas são divisíveis ou indivisíveis conforme êsse conteúdo.

Venzi diz que, tendo-se em vista o conteúdo da servidão ou a prestação que dela constitui o objecto, «não é correcto dizer que as servidões são em regra indivisíveis, devendo pelo contrário dizer-se que as servidões são divisíveis ou indivisíveis conforme o seu conteúdo. Sob êste ponto de vista, deve assentar-se, como princípio, que as servidões cujo conteúdo consiste no uso da coisa de outrem são indivisíveis, emquanto que as servidões que atribuem uma participação nos produtos de coisa alheia, são divisíveis. Isto, acrescenta o notável advogado, já foi ensinado pela sabedoria romana: *frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus* (D. 7, 8, 19). Com effeito, o uso das coisas constitui um facto que de per se mesmo não é susceptível de ser dividido em partes,

pois que ou se exerce ou não se exerce: pelo contrário, a percepção dos frutos ou produtos de uma coisa pode realizar-se ainda por partes sem alteração da sua natureza jurídica. Nesta ordem de ideas, o usufruto deve considerar-se divisível, porque a percepção dos frutos que constitui a parte principal do seu conteúdo, é divisível, ao passo que, pelo contrário, o uso e a habitação são indivisíveis. Quanto, pois, às servidões prediais, são divisíveis as que tem por objecto uma quantidade de coisas ou produtos a perceber do prédio serviente, como, por exemplo, a servidão de presa de água, de extrair pedra, mármore e semelhantes. São pelo contrário indivisíveis as que atribuem ao titular um direito de uso das coisas alheias ou as que proíbem ao proprietário do fundo serviente um determinado modo de uso das suas coisas (servidões negativas) ¹.

Tratando do conteúdo das servidões, dissemos que o encargo que elas representam recaía sobre o prédio e não sobre frutos ou produtos do prédio. Não admitimos, pois, como servidões as que tenham por objecto a apropriação ou percepção de frutos, e, consequentemente, julgamos descabida a distincção que se faz pelo que respeita ao conteúdo das servidões para as considerar divisíveis ou indivisíveis conforme êsse conteúdo.

Supondo, porém, que a nossa doutrina não é verdadeira, cumpre-nos ainda assim notar que a divisibilidade das servidões teria como consequencia que elas deixariam de considerar-se inseparáveis do prédio dominante, sempre que, subsistindo a servidão, se desse o seu fraccionamento.

¹ Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4.ª edição, páginas 28 e 29.

Suposta essa divisibilidade e ao mesmo tempo a relação entre os prédios que é essencial no conceito das servidões, a divisibilidade da servidão só poderia dar-se em favor de novos prédios. E' evidente que, tratando-se, por exemplo, de uma nascente em prédio alheio ou do direito de extrair pedra em prédio alheio, pode ser dividida a água por outros prédios e que aos proprietários de outros prédios pode ser atribuído o direito de extrair a pedra.

Haverá, porém, neste caso o fraccionamento da servidão; o seu conteúdo, em relação ao prédio dominante, não subsistirá o mesmo. A consequência, a nosso ver iniludível, seria que não se poderia ver nesse fraccionamento apenas uma modificação na servidão e que, admitida tal doutrina, sobre a servidão poder-se hia constituir uma nova servidão, ou, por outras palavras, que a servidão poderia constituir de per si objecto de uma relação jurídica, do mesmo modo que o pode ser o usufruto.

Venzi, seguindo a doutrina tradicional, sustenta porém doutrina contrária, mantendo íntegro o princípio de que sobre uma servidão não pode constituir-se uma nova servidão ¹.

E' este princípio levar-nos há a admitir, quanto ao seu próprio conteúdo, a indivisibilidade das servidões, e será mais uma razão para que se considere inadmissível a doutrina que vê servidões no direito de apropriar frutos ou produtos de coisa alheia.

§ 2.º — Servidões irregulares

5. *Há encargos impostos sobre prédios que teem o mesmo conteúdo das servidões mas não estão sujeitos ao*

¹ *Obra e volume citado, página 26.*

mesmo regime jurídico. Há entre as limitações ao direito de propriedade encargos constituídos sobre prédios em virtude dos quais os respectivos donos estão adstritos a consentir determinados factos e inibidos de realizar outros, não representando todavia tais encargos um proveito ou serviço para outros prédios. Sendo a relação que por este proveito se estabelece entre o prédio serviente e o prédio dominante fundamental no conceito de servidão, é incontestável que aqueles encargos não podem considerar-se tecnicamente servidões.

E' todavia esta a denominação com que se designam esses encargos e a elles se refere de um modo geral o código civil no artigo 2286.º, em que se declara: Todas as mais servidões, denominadas de interesse público ou de interesse particular, são verdadeiras restrições ao direito de propriedade, e, como tais, reguladas no lugar competente.

Não é fácil determinar qual seja o alcance desta disposição, mas pretende-se evidentemente significar com ella que a tais servidões, de interesse público ou de interesse particular, não é applicável o regime que de um modo geral se estabelece para as outras servidões.

E' de notar que se declara que todas aquellas servidões são verdadeiras restrições ao direito de propriedade, donde parece dever concluir-se que as servidões definidas no artigo 2267.º não são verdadeiras restrições ao direito de propriedade. No conceito de servidão é todavia, como julgamos ter demonstrado, essencial a idea de que o encargo que por ella se constitui representa uma limitação ou restrição ao exercício do direito de propriedade. Para o autor do código, porém, a servidão é uma propriedade imperfeita, e é sem dúvida este conceito

de servidão que éle contrapós ao de verdadeira restrição da propriedade, pretendendo por este modo significar que não se podem considerar propriedades imperfeitas, isto é, que os respectivos titulares não ficam tendo quanto ao conteúdo da servidão os direitos que a propriedade abrange, as servidões que não sejam constituídas nos termos dos artigos 2267.º e seguintes.

E' evidente que, se é esta a explicação do disposto no artigo 2286.º, não nos ministra este artigo elementos alguns para distinguir as servidões a que se refere das que geralmente, como categoria jurídica autónoma, se acham reguladas no código civil, pois que estas servidões, sendo, como é, completamente inaceitável o conceito de propriedade imperfeita aplicado às servidões, não podem deixar de considerar-se, em relação ao prédio serviente, como sendo verdadeiras restrições ao direito de propriedade. Necessário é, pois, determinar o critério por que devem distinguir-se as servidões de outros encargos prediais que, tendo a mesma denominação na nossa legislação, e, mais do que isso, o mesmo conteúdo, não podem todavia considerar-se, nem pelo legislador são consideradas, como verdadeiras servidões.

Para determinarmos a verdadeira natureza das servidões a que se refere o artigo citado e os casos em que podem constituir-se, conveniente é que nos reframos primeiramente a algumas dessas servidões, que, na sua maior parte, não estão reguladas no código civil. Este estudo descritivo tornará mais compreensível a teoria que em seguida formularemos e o seu alcance.

No artigo 440.º do código civil preceitua-se que os proprietários marginaes de quaesquer correntes de

água não podem impedir os seus vizinhos de aproveitar a necessária para os seus gastos domésticos, contanto que sejam indemnizados do prejuízo que padecerem com o trânsito pelos seus prédios. Trata-se neste artigo de uma servidão de passagem por um prédio para abastecimento de águas, e como servidão é designada pelo código civil no § 1.º do artigo citado. O conteúdo desta servidão é fundamentalmente o mesmo que se tivesse sido constituída em proveito de determinado predio. No caso sujeito não existe, porém, este prédio, sendo a servidão constituída em proveito dos vizinhos e obedecendo essa constituição a normas diversas das que regulam a constituição de servidões em proveito de prédios.

E' assim que nos §§ 1.º a 3.º do citado artigo se declara: que a servidão só se dará verificando-se que os vizinhos não podem haver água de outra parte sem incómodo ou dificuldade; que as questões que a este respeito se levantarem, excepto no tocante a indemnizações, serão resolvidas administrativamente, e que o direito de uso das águas não prescreve, mas cessa, cessando consequentemente a servidão, logo que, pela construção de alguma fonte pública, as pessoas a quem éle é concedido possam haver sem grande dificuldade ou incómodo a água de que carecerem.

Estas disposições foram, com leves alterações, transcritas no decreto n.º 5787 III, de 10 de maio de 1919, artigo 6.º §§ 1.º a 4.º, subsistindo assim a servidão que nos termos do citado artigo do código civil se haja constituído ou venha a constituir-se e com a mesma natureza.

No artigo 447.º do código civil preceitua-se que o proprietário de qualquer nascente não poderá mudar o seu curso costumado, se dela se abastecerem os

habitantes de alguma povoação ou casal, e declara o artigo 448.º que, 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. No citado decreto de 10 de maio, artigo 100.º, exigindo-se que o abastecimento pelos habitantes se tenha dado há mais de cinco anos para que o proprietário seja inibido de mudar o curso costumado das águas, mantem-se as mesmas disposições. Há neste caso uma servidão negativa por virtude da qual o proprietário está inibido da prática de determinados factos, mas esta servidão é, do mesmo modo que a servidão a que se refere o artigo 440.º, constituída, não em proveito de um prédio, mas em favor dos habitantes de uma povoação ou casal.

Não há, pois, em nenhum dos casos, servidões a que se possa considerar applicável o conceito que delas é dado no artigo 2267.º

Não discutiremos aqui a doutrina, tão extravagante se nos afigura ser, de que as servidões constituídas em beneficio de vizinhos ou de uma povoação ou casal se entendem constituídas em proveito de uma determinada circunscrição territorial e que esta se pode considerar, em relação à servidão, como sendo um prédio. A palavra *prédio* tem na nossa legislação uma significação precisa, não podendo de modo algum abranger áreas ou circunscrições administrativas. E, sendo as servidões a que nos referimos constituídas em proveito de pessoas que tenham as suas habitações em determinada circunscrição territorial, outras há, e que são sem dúvida da mesma natureza, que não representam um encargo relacionado com determinada área territorial, podendo aproveitar-se dessas servidões quaisquer pessoas.

Na lei de 9 de julho de 1773 dispôs-se, § 12.º, em beneficio da agricultura, e o decreto de 17 de julho de 1778 deixou em vigor essa disposição, que dos atravessadouros por prédios particulares constituídos por posse imemorial e não por justo título que, conforme o direito, excluísse a acção negatória, só eram manutíveis os que se dirigissem a fonte ou ponte, com manifesta utilidade pública, ou a fazendas que não pudessem ter outra serventia.

Como já notou a *Revista de legislação e de jurisprudência*¹, «os atravessadouros a que esta lei respeita tanto podem representar um encargo constituído em proveito directo de um prédio, tendo assim o carácter próprio das servidões (código civil, artigo 2267.º), e tais são os que se dirigem a um prédio encravado (código civil, artigo 2313.º), como limitações em beneficio do público ou dos habitantes de certas circunscrições que o código civil, como se vê dos artigos 440.º e 2286.º, também chama servidões, e tais são os que derem comunicação para uma fonte, ponte ou igreja, os que ligarem entre si duas estradas ou caminhos.»

Estas servidões, que são constituídas em beneficio do público e não apenas dos habitantes de uma determinada circunscrição territorial, ainda actualmente subsistem nos termos em que foram ressaltadas pela citada lei de 9 de julho de 1773. É óbvio que os atravessadouros que se dirijam a fonte ou ponte não podem considerar-se constituídos só em beneficio dos habitantes de uma determinada circunscrição territorial. Quaisquer pessoas teem o direito de se abastecer da água de fonte pública e de transitar pelas pontes, aproveitando-se consequentemente dos atravessadouros que a elas se dirigem, que, digamo-lo já,

¹ Volume 34.º, n.º 1510, página 343.

estão tanto no domínio público como as próprias fontes ou pontes.

Não vale, pois, a pena recorrer a teorias peregrinas de que circunscricões territoriais se podem considerar prédios para explicar a constituição de servidões em benefício dos habitantes dessas circunscricões.

Mas há mais.

Nos termos do artigo 381.º, §§ 4.º e 6.º, 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, e os tractos dos leitos ou álveos das torrentes ou correntes de uso comum, atribuídos aos proprietários marginaes, ficam sujeitos a todas as servidões, que os regulamentos de policia geral hajam de impor-lhes, para a conservação, desobstrução e limpeza dos mesmos leitos ou álveos. Faz-se nestes parágrafos referencia a servidões constituídas em proveito de torrentes ou correntes de uso comum, e que hoje se consideram públicas em virtude do disposto no decreto n.º 5787 III, artigo 1.º n.º 3.º Neste decreto, artigo 3.º § 4.º, reproduz-se a doutrina dos §§ citados do código civil, determinando-se: O leito ou álveo das correntes e torrentes que no todo ou em parte é atribuído aos prédios marginaes, fica sujeito às obrigações impostas neste decreto e a todas as servidões que as leis e regulamentos de policia hajam de impor-lhe para a conservação, desobstrução e limpeza do mesmo leito ou álveo.

Não é, porém, propriamente no leito ou álveo que se constituem as servidões determinadas por estas correntes, mas sobre as margens dos prédios, sendo esta matéria regulada ainda pelo decreto de 1 de

dezembro de 1892 e regulamento de 19 do mesmo mês e ano, não sendo as respectivas disposições reproduzidas, não sabemos porque, no mencionado decreto de 10 de maio.

No citado decreto de 1 de dezembro preceitua-se (artigo 4.º) que nos lagos, lagoas, rios, valas, esteiros e mais correntes de água, a margem, incluindo os cômoros, motas, valados e diques, consistirá em uma faixa de terreno adjacente, junto à linha de água, que se conserva ordinariamente enxuta, e é destinada aos serviços hidráulicos, de policia ou acessórios de navegação e flutuação. Nos n.ºs 1.º e 2.º do mencionado artigo determina-se a largura das margens, que terão geralmente de 3 a 30 metros e excepcionalmente até 50 nos navegáveis e flutuáveis, conforme a importância e necessidades da via flutuável ou navegável, e de 1 a 3 metros nos não navegáveis nem flutuáveis, tendo em consideração a sua importância e usos que tem, ou de que forem susceptíveis. Nos §§ 1.º e 2.º do citado artigo preceitua-se 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 oppor-se ou impedir a 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; e que a superficie do terreno constitutivo de qualquer margem deverá conservar-se sempre livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietário do terreno.

Não pertencem estas margens, quando as correntes ou lagos sejam de uso comum, ao Estado. A este só pertence em propriedade, como no citado § 2.º se declara, o terreno das margens junto dos lagos,

lagoas, canais, esteiros e correntes de água navegáveis ou flutuáveis, sendo a propriedade dêsse terreno que, nos termos do § 3.º do artigo citado, tem de ser expropriada pelo Estado. Pelas margens junto dos lagos ou correntes de uso comum, os respectivos proprietários só teem direito a indemnização pela servidão que em virtude delas nos seus prédios se constitua e a que o mesmo § 3.º expressamente se refere falando em expropriação ou *servidões impostas*.

Trata-se, pois, neste caso de encargos constituídos sobre os prédios banhados ou atravessados pelas correntes não navegáveis nem flutuáveis, encargos que, tendo o mesmo conteúdo das servidões prediais, não podem todavia assim ser considerados, visto que não representam um proveito para um prédio mas para bens que estão no domínio público ou no comum e conseqüentemente para as pessoas que teem o direito de uso dêsses bens.

As servidões a que nos temos referido são suficientes para que, em relação às servidões que teem por fim o interesse público, se possa formular uma teoria por que se determine não só o regime de todas essas servidões mas o de quaisquer outras que, como as constituídas em proveito dos serviços telegráficos e telefônicos, das concessões de quedas de água, tenham por fim ou a satisfação de necessidades dos habitantes de determinadas circunscrições territoriais ou um serviço de interesse público.

No artigo 2286.º faz-se também referência a servidões de interesse particular que, do mesmo modo que as de interesse público, não estão sujeitas ao regime geral das servidões, considerando-se verdadeiras restrições ao direito de propriedade e, como tais, achando-se reguladas no lugar competente.

Que servidões serão estas?

E' evidente que, se o interesse particular que a servidão representa estiver imposto num prédio e de tal modo relacionado com outro prédio que dêle seja inseparável, teremos uma servidão predial propriamente dita, embora a constituição dessa servidão seja imposta por lei.

E' assim que a servidão de trânsito ou de acesso para um prédio encravado se applica o conceito de servidão do artigo 2267.º e o mesmo conceito se applica à servidão de aqueduto que se haja constituído em proveito de determinado prédio. Estão todavia estas servidões reguladas não no capítulo em que o código civil trata das servidões mas em lugares diversos. A servidão de acesso ou de trânsito é regulada no capítulo 3.º do título 5.º da parte 3.ª, tendo o capítulo a epigrafe *Do direito de acesso ou trânsito* e o título *Do direito de fruição*; as servidões de aqueduto são objecto da subsecção 5.ª da secção 2.ª do capítulo 4.º do título 3.º do livro 1.º da parte 2.ª, tendo essa subsecção a epigrafe *Dos canais, aquedutos particulares e outras obras relativas ao uso das águas* e a respectiva secção *Das águas*.

Não há dúvida de que a estas servidões se applica a disposição consignada no artigo 2286.º e que, conseqüentemente, embora sejam constituídas em proveito de determinados prédios, não entram no regime das servidões propriamente ditas, sendo consideradas verdadeiras restrições ao direito de propriedade e, como tais, reguladas nos lugares competentes.

O que haverá, porém, de peculiar nestas servidões para que se não considerem subordinadas ao regime que em geral se estabeleceu para as servidões?

Se é certo que a servidão de aqueduto pode deixar de estar relacionada pelo lado activo com determinados prédios, que essa servidão pode constituir-se para conduzir as águas para quaisquer prédios que pertençam ou venham a pertencer ao proprietário das mesmas águas e que este pode ceder essas águas a terceiros sem que o dono do prédio em que a servidão se acha constituída possa opor-se a essa cessão, não é menos que a servidão de acesso ou de trânsito se dá sempre em favor de determinado prédio. E, todavia, o código trata desta servidão em especial e declara-nos que não é uma servidão propriamente dita mas uma verdadeira restrição ao direito de propriedade.

Razão teve o legislador para não sujeitar ao regime que de um modo geral estabeleceu para as servidões os encargos prediais que, embora tenham o mesmo conteúdo, obedecem na sua constituição e no seu regime a princípios diversos dos que informam as servidões propriamente ditas.

E' o que vamos pôr em evidência tratando das restrições legais ao direito de propriedade e determinando quais dessas restrições se podem considerar servidões.

6. *Restrições legais ao direito de propriedade que se consideram servidões.* Referindo-se aos atravessadouros que pelo § 12.º da lei de 9 de julho de 1773 se consideraram subsistentes e decidindo que esse parágrafo ainda está em vigor depois da publicação do código civil, diz-se num bem elaborado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça ¹: «Os atravessadouros

para as pontes e fontes constituem uma comodidade para quem por elles passa, e não são, propriamente, as servidões do artigo 2267.º daquele código, e, embora sejam restrições ao direito de propriedade, não foram reguladas nos lugares a que se refere o seu artigo 2286.º Porque implicam a idea de utilidade pública, geral, municipal ou parochial, estão fora do alcance do direito civil e dentro do direito administrativo, devendo, por isso e nessa parte, considerar-se subsistente esse § 12.º Era também o que se deduzia do artigo 2506.º do Projecto do código civil, e o que, claramente, afirmava o autor desse trabalho às *Observações* do dr. Pais da Silva».

Vejamos como se faz esta dedução, a que já se referiu a *Revista de legislação e de jurisprudência* ¹.

No Projecto primitivo havia, no título relativo ao direito de transformação, um capítulo com a epigrafe *Das restrições por motivo de utilidade pública*, em que se enumeravam (artigo 2498.º) as obrigações dos proprietários confinantes com as estradas ou canais e se regulavam (artigos 2499.º a 2505.º) essas obrigações. No último artigo (2506.º) desse capítulo declarava-se: «As servidões de utilidade pública, geral, ou municipal, não compreendidas neste título, serão reguladas por leis e regulamentos especiais».

Tendo o dr. Pais da Silva proposto que se acrescentasse ao artigo 2491.º do Projecto primitivo que ficavam prohibidos os atravessadouros que se não dirigiam a fontes, pontes ou prédios que não pudessem ter outra serventia, e que não pudesse haver neste ponto prescrição, o autor do Projecto respondeu: «As servidões constituídas por utilidade comum, como as de fontes e pontes, ficaram para os regu-

¹ Na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 32.º, página 169.

¹ Volume 34.º, n.º 1510, página 343.

lamentos e leis especiais, segundo o disposto no artigo 2506.º, e portanto fica em vigor a actual lei sobre os atravessadouros»¹.

A comissão revisora resolveu, em sessão de 6 de abril de 1863, suprimir o capítulo em que se tratava das restrições ao direito de propriedade por motivo de utilidade pública, substituindo esse capítulo por um artigo em que se declarasse que essas restrições seriam reguladas pela legislação administrativa, artigo que no Projecto de 1864 era assim redigido: «O direito de propriedade pode ser limitado por motivos de utilidade pública mediante a prévia indemnização do proprietário quando este haja de ser expropriado. Os casos em que estas restrições devem ter lugar e o modo de effectuar as expropriações serão regulados por legislação especial».

No Projecto definitivo foi este artigo eliminado, consignando-se apenas no código o princípio de que o direito de transformação pode ser limitado por lei².

E' óbvio que o artigo 2462.º do Projecto primitivo, correspondente ao artigo 2286.º do código civil, se applicava às servidões a que se referiam os artigos 2498.º a 2506.º do mesmo Projecto e manifestam-se assim as relações que há entre estas servidões e a regulamentação do direito de propriedade quanto às relações entre prédios particulares e bens que estão no domínio público ou comum.

Por estas relações, estabelecem-se restrições ao direito de propriedade e essas restrições podem ter o mesmo conteúdo que as servidões. Embora os bens que estão no domínio público ou comum se consi-

¹ Vejam-se as *Observações sobre o projecto do Código civil*, artigo 56.º e a *Resposta ás observações do sr. dr. Joaquim José Pais da Silva*, página 111.

² *Actas*, páginas 357 e 409.

derem pertencentes em propriedade ao Estado, às autarquias locais ou a pessoas colectivas de fins desinteressados e entre os bens que estão no domínio público ou comum e os bens em que se estabelece a servidão haja uma relação directa e' immediata, certo é que tais servidões não estão subordinadas ao mesmo regime que as servidões propriamente ditas.

Pela servidão estabelece-se um encargo excepcional sobre a propriedade, e, sendo certo que no artigo 2271.º se declara que as servidões podem ser constituídas por facto do homem, ou pela natureza das cousas, ou pela lei, não podem considerar-se servidões em sentido técnico as limitações que por motivo de interesse geral ou de interesse privado são pela lei impostas à propriedade. Tais limitações entram na regulamentação objectiva do direito de propriedade, fixa-se por elas o conteúdo normal desse direito.

O que se dá com as limitações impostas à propriedade por motivos de interesse público, verifica-se do mesmo modo quanto às limitações legais que representam um interesse de carácter privado. Estas limitações entram também na regulamentação objectiva do direito de propriedade, define-se por elas o seu conteúdo normal. Não representam tais limitações, pois, um encargo excepcional da propriedade, não podendo considerar-se servidões.

Sendo esta doutrina indiscutível em princípio, casos há em que, já em relação ao domínio público, já em relação a interesses privados, pelas limitações legais da propriedade se constituem verdadeiras situações subjectivas em virtude das quais se estabelecem encargos sobre prédios, já em beneficio do domínio público, já em beneficio de outros prédios, que representam uma restrição excepcional do direito de propriedade.

Assim, constituindo-se uma servidão de aqueduto para uma fonte pública ou para um prédio, essa servidão fica sendo um encargo excepcional do prédio sobre que recai. Do mesmo modo, estabelecida uma servidão de trânsito para um prédio encravado, o prédio sobre que se constitua essa servidão fica tendo, em relação ao conteúdo do direito de propriedade, uma situação excepcional também.

Não há dúvida alguma de que tais servidões são impostas pela lei. É sob este ponto de vista que nós consideramos essas servidões uma limitação legal ao direito de propriedade, fundando essa limitação já no interesse público, já nas relações de vizinhança. E, assim consideradas essas servidões, não podem deixar de ser havidas como servidões legais, não estando consequentemente sujeitas ao regime que para as servidões se estabelece de um modo geral.

Sendo assim em princípio, as servidões a que acabamos de nos referir não representam uma restrição imediata do direito de propriedade. Por outras palavras, para que tais servidões existam, não bastam as normas legais, determinando-se por estas a sua existência, o seu conteúdo e a sua extensão, como sucede, de um modo geral, com as relações de vizinhança. Para que se constitua a servidão de aqueduto e a servidão de trânsito é necessário, na falta de acôrdo que deve ser feito com as formalidades estabelecidas na lei, que se verifique judicialmente ou administrativamente se existem ou não as condições legais para que seja imposta a servidão e que a sua constituição seja autorizada.

A lei impõe a servidão. O direito a ela representa um poder objectivo ou legal, que entra na regulamentação do direito de propriedade. Para que todavia se constitua a servidão, necessário se torna que, por

meio de um negócio jurídico, pela posse, ou por acção judicial se exerça esse poder.

Estas restrições são, pois, estabelecidas pela lei, mas mediatemente. Imediatamente, resultam dos factos referidos. E, em virtude destes factos, ficam essas servidões sujeitas, em princípio, ao mesmo regime que as outras servidões cuja constituição não é imposta pela lei. É assim que no artigo 2312.º se declara que ao adquirente do direito de passagem para um prédio encravado não pertence a propriedade do terreno, mas tão sómente uma servidão que será regulada nos termos dos artigos 2268.º a 2285.º De notar é, porém, que a disposição consignada no artigo 2313.º representa uma modificação aos princípios que em geral são applicáveis às servidões, tendo-se sem dúvida em consideração que a servidão de acesso aos prédios encravados é imposta por lei e entra, sob este aspecto, na regulamentação do direito de propriedade.

Não se refere o artigo 2271.º, quando fala em servidões constituídas pela lei, às limitações da propriedade que resultam imediatamente de disposição da mesma lei, mas às que, sendo impostas pela lei, só se constituem quando se dêem as condições exigidas na mesma lei, por acôrdo entre as partes ou judicialmente.

¿ Serão, porém, todos os encargos assim constituídos servidões propriamente ditas ?

Nas considerações que a este respeito temos feito há elementos suficientes para responder à pergunta que formulamos.

Quando a servidão imposta pela lei mediatemente represente um encargo em benefício de um prédio, de modo que, desse prédio se deva considerar inseparável, não há dúvida de que a esse encargo cabe a

denominação de servidão no seu sentido rigoroso. Sempre que, porém, esse encargo não seja estabelecido em benefício de determinado prédio, quando represente um proveito para bens do domínio público ou entre mesmo directamente neste domínio, é óbvio que tal encargo não poderá considerar-se servidão no seu sentido rigoroso.

Significará, porém, o não se poderem considerar tais encargos como servidões que eles fiquem sendo regidos pelas leis administrativas e não pelo código civil?

Esta matéria exige, para o seu completo desenvolvimento, que se determinem as relações entre o domínio público e as servidões e o regime dos bens do domínio público sob esse aspecto.

Para o fim que temos em vista, bastará notar que consideramos servidões irregulares as que, representando um encargo da mesma natureza que o das servidões, não se constituam em proveito de um determinado prédio, mas em proveito das pessoas de uma determinada circunscrição administrativa ou de um serviço público.

Do que deixamos dito conclui-se:

1) Que o código civil não considera no artigo 2286.º como servidões mas como restrições ao direito de propriedade e que conseqüentemente deviam entrar na regulamentação objectiva deste direito, algumas servidões que, sendo mediamente impostas pela lei, resultam imediatamente de determinados factos por que se constitui um encargo excepcional para o direito de propriedade da mesma natureza que o resultante das servidões e a que são, em principio, applicáveis as mesmas normas.

2) Que estes encargos se podem considerar servidões propriamente ditas, salva a imposição deles por

lei, que entra na regulamentação objectiva do direito de propriedade, quando sejam estabelecidos em benefício de determinados prédios, e que são servidões irregulares quando se não dê esta hipótese.

3) Que não podem considerar-se servidões mas meras restrições impostas ao direito de propriedade pelo interesse público ou relações de vizinhança todos os encargos que são imediatamente impostos pela lei, não lhes sendo applicáveis as disposições que regulam as servidões.

E tanto basta para que se veja que a matéria das servidões não está regulada convenientemente no código civil. Notaremos a este respeito que nos artigos 2282.º-2285.º se trata de restrições ao direito de propriedade a que não são applicáveis os principios reguladores das servidões, achando-se esses artigos colocados, todavia, no capítulo das servidões e sendo excluídos pelo artigo 2286.º das servidões que neste artigo se denominam de interesse público e de interesse particular.

Necessário é, pois, ter sempre em vista nesta matéria os principios que informam as servidões propriamente ditas e quais são as servidões a que, embora não reúnam todos os requisitos para que assim devam ser consideradas, se applicam os mesmos principios, distinguindo-as cuidadosamente das limitações ao direito de propriedade que entram na regulamentação objectiva deste direito e que no código civil e na nossa legislação administrativa também se denominam servidões. E como as servidões de interesse público e as que se constituem em bens do domínio público estão sujeitas, sob determinados aspectos, a um regime especial, vamos expor mais alguns principios relativos a este assunto.

7. *Servidões activas e passivas no domínio público.*

As servidões de interesse público entram no domínio público ou no domínio comum conforme o gozo directo dessas servidões pertence a todos ou apenas aos habitantes de uma determinada circunscrição territorial. Se essas servidões estão de tal modo relacionadas com determinados bens que estão no domínio público ou comum que só por intermédio desses bens podem ser auferidas as utilidades que tais servidões proporcionam, deverão estas servidões considerar-se como fazendo parte integrante desses bens, de que são inseparáveis. Quando não exista tal relação, as servidões de interesse público serão bens que entram, considerados de per si, no domínio público ou no domínio comum, e essas servidões subsistem emquanto existirem as causas que as determinaram.

Pertencendo ao domínio público servidões activas, podem sobre os bens que estão nesse domínio constituir-se servidões passivas.

No código administrativo de 4 de maio de 1896 consideram-se (artigo 328.º n.º 2.º) como objecto do contencioso administrativo «as questões sobre servidões».

Comentando esta disposição, disse a *Revista de legislação e de jurisprudência*¹: «Compete às comissões decidir os pleitos acerca das servidões, tanto de bens públicos e comuns, administrados pelas câmaras municipais e juntas de paróquia, como as de bens particulares, estabelecidas em proveito geral, contanto que se não trate de questões sobre títulos de propriedade ou de posse, validade de contratos ou direitos deles emergentes.

¹ Volume 31.º, n.º 1393, páginas 97 e 98.

«Os encargos a que acabamos de nos referir, posto que na sua maioria não mereçam o nome de *servidões*, são assim denominados pelas leis administrativas que os estabelecem e regulam.

«Destas servidões umas são constituídas por livre vontade, e outras pela lei.

«Relativamente às primeiras, diz o código administrativo (artigos 51.º n.º 4.º e 176.º n.º 7.º) que às câmaras municipais pertence deliberar sobre concessão de servidões em bens municipais, e às juntas de paróquia sobre concessão de servidões em bens paroquiais, conservando sempre umas e outras servidões a natureza de precárias.

«É claro que estas servidões respeitam, não aos bens próprios daquelas corporações, sobre os quais elas exercem os seus direitos como qualquer particular, mas aos bens de uso público ou comum que elas administram.

«Sem motivo justificado não devem revogar-se estas concessões, nem conceder-se com prejuízo de outras, porque não devemos supor que fossem dadas sem aquela condição.

«Faltando as câmaras municipais ou as juntas de paróquia a este dever, reclama-se para a comissão distrital por ofensa de direitos.

«Também se pode constituir voluntariamente uma servidão em terreno particular, para nele, por exemplo, se realizar periodicamente uma feira».

Formulámos já o critério por que se deve determinar quais são os encargos que, denominando-se na nossa legislação servidões, se podem considerar como pertencentes a esta categoria jurídica, quer se considerem servidões propriamente ditas, quer se considerem servidões irregulares. Necessário é, porém,

explicar mais esta matéria, atenta a sua grande importância prática, pelo que respeita às servidões que se podem constituir em bens do domínio público e do domínio comum.

Sendo os bens que estão neste domínio destinados para o seu gozo directo, este gozo pode ser um uso ordinário, especial e excepcional.

Uso ordinário é o que deriva do próprio destino dos bens que estão no domínio público, como o das estradas para transitar, das fontes públicas para o abastecimento da água.

Uso especial é o que, não derivando do próprio destino dos bens que estão no domínio público, é concedido por lei ou pelos regulamentos aos indivíduos que estão em determinadas condições. Tal é o direito de construir junto das ruas e estradas, abrindo para elas portas e janelas.

Por estes usos especiais podem estabelecer-se relações entre a propriedade pública ou comum e a propriedade particular, estando essas relações definidas nas leis ou regulamentos e competindo a entidades públicas a aplicação dos princípios neles formulados.

Não se trata neste caso de servidões propriamente ditas, mas da regulamentação objectiva dos bens que estão no domínio público. Pode, porém, logo que cessando o seu destino para o gozo directo, os bens públicos ou comuns passem a ser considerados como próprios, ficar constituído sobre estes bens, como verdadeira servidão, um direito que anteriormente o não era.

E' assim que não pode considerar-se como sendo uma verdadeira servidão o alinhamento a que estão sujeitas as construções junto das vias públicas. Esta matéria entra nas relações especiais que se estabele-

com entre os bens que estão no domínio público e os bens que estão no domínio privado; não representa uma situação excepcional desses bens, mas uma situação especial que entra na regulamentação objectiva do direito de propriedade.

Sobre os bens do domínio público ou comum pode haver, porém, usos excepcionais, isto é, usos que não derivem do destino da coisa ou de uma limitação legal imposta aos bens que estão nesse domínio em beneficio da propriedade privada que com eles confina. Estes usos podem derivar, já de situações que se tenham constituído anteriormente ao momento em que determinados bens entram no domínio público ou como condição a que esses bens ficam sujeitos quando são expropriados, já em virtude de concessão administrativa.

Assim, suponhamos que é expropriado um terreno para um jardim público ou para uma estrada. Nesse terreno havia um aqueduto subterrâneo por que era conduzida uma água que nascia noutro prédio, ou, sendo essa água conduzida em rêgo descoberto, no título por que se expropriou o terreno ficou a entidade expropriante obrigada a canalizar subterraneamente essa água. Nestes casos, haverá uma servidão constituída em bens do domínio público, servidão que, atento o título da sua constituição, não pode considerar-se precária. Essa servidão representa um encargo excepcional constituído sobre bens que estão no domínio público que, sendo compatível com o destino desses bens, deve subsistir e que, quando o não seja, terá de ser expropriado, recebendo o titular desse direito a devida indemnização ¹.

¹ Veja-se a resolução do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de janeiro de 1905, na *Coleção*, volume 17.º, páginas 58 e seguintes.

Suponhamos, porém, que a servidão de aqueduto não se achava constituída ou não se constituiu no momento em que se deu a expropriação dos bens para entrarem no domínio público, tendo sido a água que se pretende conduzir através desses bens explorada posteriormente ou até então conduzida para local diverso daquele para onde se quere canalizar.

¿Poder-se há neste caso construir o aqueduto?

Esta construção está dependente de concessão da entidade a quem pertencem os bens que estão no domínio público e, feita essa concessão, nenhuma dúvida há de que se constituirá um uso excepcional. Este encargo reveste os caracteres de uma servidão.

Necessário é, porém, ter em vista que os direitos que da concessão resultam estão subordinados aos princípios que informam o domínio público, podendo tais encargos, quando o interesse público o reclame, ser modificados e até suprimidos.

É neste sentido que se diz que as servidões constituídas em bens do domínio público ou do domínio comum são precárias. O que não significa que a modificação ou supressão de tais servidões possa ser arbitrariamente decretada e que as concessões possam revogar-se livremente. Esta revogação só pode dar-se quando o interesse público o reclame.

Contra as revogações arbitrárias há o direito de reclamação, mas não se trata de uma questão de propriedade ou de posse ou de lesão de um direito individual, e não pode portanto recorrer-se para o poder judicial. Neste caso, só há o recurso para o contencioso administrativo.

O encargo excepcional que sobre os bens do domínio público se constitui pode ter carácter pessoal. É óbvio que, neste caso, não haverá o que em lingua-

gem técnica se chama servidão, embora na legislação administrativa se lhe dê esta denominação.

Havendo servidões pertencentes ao domínio público e servidões constituídas em bens desse domínio e podendo estar essas servidões sujeitas a normas especiais, referir-nos hemos a elas sempre que, sob qualquer ponto de vista, não estejam sujeitas ao regime que de um modo geral se estabelece para as servidões.

Como princípio pode dizer-se que, onde haja uma servidão propriamente dita, quer ela seja quer não de interesse público, haverá um direito real e, sob este aspecto, essa servidão será regulada pelos princípios sancionados no código civil. Compete, porém, à legislação administrativa regulamentar o modo por que devem ser fruídas as servidões de interesse público e nessa legislação se determina também qual é a eficácia das concessões que, pelo que respeita às servidões em bens do domínio público, sejam feitas pelas entidades a quem pertencem estes bens.

§ 3.º — Classificação das servidões

8. *Ideas geraes.* O nosso código civil classifica (artigo 2270.º) as servidões em contínuas e descontínuas, aparentes e não aparentes. Esta classificação das servidões não é devida ao direito romano; neste direito fazia-se distinção entre servidões afirmativas e negativas, a que o nosso código civil se não refere.

A classificação das servidões em contínuas e descontínuas, aparentes e não aparentes teve a sua origem no direito intermédio, sendo controvertido ainda o fundamento dessa classificação que, sancionada no código civil francês, tem sido aceita em

alguns códigos modernos. E esta classificação é de importância capital pelo que respeita à constituição e extinção das servidões pela prescrição.

Coviello, procurando determinar as origens históricas e o desenvolvimento da distinção entre as servidões contínuas e descontínuas, aparentes e não aparentes, chega a esta conclusão: «que a classificação das servidões em contínuas e descontínuas nasceu de um conceito jurídico erróneo acêrca da posse, e não de um conceito económico e social, qual é o da presumida tolerância e das relações de boa vizinhança, sendo este o conceito que pouco a pouco foi dominando no direito consuetudinário francês, e geralmente abandonada a antiga tese da posse não contínua. É notável todavia que escritores reflectidos, posteriores ao código francês, em cuja discussão se aduziram razões novas para defesa da velha teoria, reproduzem ainda o velho e desprezado argumento da impossibilidade de uma posse contínua nas servidões descontínuas: cito, entre outros, Duranton, que, primeiro por Demolombe e em seguida por Laurent, foi justamente censurado. Qual foi todavia a nova motivação? Esta: que nas servidões descontínuas e não aparentes devesse sempre presumir-se o título precário, o exercício *jure familiaritatis*, por amizade ou complacência do proprietário. Tal razão tinha sido já aduzida por Dumoulin e por Merlin para justificar a imprescritibilidade de *qualquer* servidão em *costumes*, como o de Paris, que tinham por lema “nenhuma servidão sem título”, o que era lógico.

«O legislador, em vista dos usos locais e da facilidade com que os proprietários fazem concessões benévolas, pode récear que destas se abuse para fundamentar direitos e pretensões em actos de tolerância e de complacência, interdizendo a aquisição

de *qualquer espécie de servidão* pelo mero decurso do tempo. Mas invocar este motivo como próprio e exclusivo para as servidões descontínuas e não aparentes, quando, por outro lado, se admitia a prescrição das servidões contínuas e aparentes, foi uma engenhosa descoberta dos compiladores do Código Napoleónico»¹.

O nosso Coelho da Rocha, tratando da aquisição das servidões pela prescrição, diz que as servidões «também muitas vezes se constituem, ou ao menos se provam por prescrição, isto é, pela posse, em que está o prédio dominante de exercer o encargo no prédio serviente», e, fixando os prazos em que pela prescrição acquisitiva se podem provar as servidões *contínuas e aparentes*, acrescenta: «Porém as *descontínuas*, e todas as *não aparentes*, como ou não dão absolutamente sinais de posse, ou mui equívocos, só poderão provar-se por uma posse imemorial». E observa em nota:

«Deixamos admitida a prescrição imemorial para fundamento das servidões *descontínuas*, e *não aparentes*, seguindo os nossos praxistas: igual disposição encontramos no *Código da Baviera*. Entretanto o *Código civil francês*, artigo 691.º, o da *Sardenha*, artigo 649.º, e outros, para evitar as dificuldades de tais provas, não admitem que se constituam servidões *contínuas não aparentes*, e as *descontínuas*, quer sejam *aparentes*, quer *não aparentes*, por outro modo, senão por título expresso. E devemos confessar, que esta disposição é mais simples, e mais conforme às regras da presunção»².

¹ *Della usucapione delle servitù prediali*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, volume 10.º, páginas 182 e 183.

² *Instituições de direito civil português*, tomo 2.º, § 599.

Como se vê, Coelho da Rocha, relacionando com a teoria da posse a distinção entre servidões contínuas e descontínuas, aparentes e não aparentes, para justificar a imprescritibilidade das servidões descontínuas e não aparentes refere-se à dificuldade da prova da prescrição, motivo subsidiariamente invocado por alguns juriconsultos.

No nosso código civil admitiu-se a doutrina que o código civil francês havia sancionado, declarando-se (artigo 2273.º) que as servidões contínuas, não aparentes, e as descontínuas, aparentes, ou não aparentes, não podem ser adquiridas por prescrição.

Fundando-se esta, como prescrição positiva que é, na posse, e não constituindo posse os actos facultativos ou de mera tolerância (artigo 474.º § 1.º), se o uso nas servidões descontínuas e não aparentes deve considerar-se, em relação ao proprietário do prédio serviente, como mera tolerância, certo é que não haveria necessidade de declarar imprescritíveis tais servidões. Por outro lado, sendo o uso nas servidões contínuas e nas aparentes uma verdadeira posse, nenhuma necessidade haveria de declarar (artigo 2272.º) que essas servidões podem ser constituídas por qualquer dos modos de adquirir declarados no presente código, disposição que, confrontada com a do artigo imediato, visa especialmente a prescrição positiva.

A verdade é que se o uso nas servidões corresponde ou pode corresponder a uma situação de facto por que normalmente se revele a existência de um direito, sendo-lhe consequentemente aplicável a teoria da posse, a distinção entre as servidões contínuas e descontínuas, aparentes e não aparentes não resolve, em relação às servidões, as necessidades da vida

social como deveriam ser resolvidas em vista do instituto da prescrição.

E assim se explica que, sendo quasi unânime a doutrina quanto aos critérios por que se estabelece a distinção entre as servidões contínuas e descontínuas, aparentes e não aparentes, se suscitem dúvidas na sua aplicação prática. É que esses critérios não correspondem rigorosamente à verdade dos factos quanto à eficácia jurídica que lhes deve ser atribuída.

As considerações que acabamos de fazer e que julgamos necessárias para apreciar de um modo geral a classificação das servidões no nosso código civil tornar-se hão mais concludentes e precisas depois desta apreciação.

9. *Servidões contínuas e descontínuas.* O código civil define (artigo 2270.º §§ 1.º e 2.º) servidões *contínuas* aquelas cujo uso é, ou pode ser, incessante, independentemente de facto do homem, e *descontínuas* as que dependem de facto do homem. Coelho da Rocha definia servidões *contínuas* «aquelas, cujo uso é, ou pode ser contínuo sem facto actual do homem, v. g., a de dar escoante, a de vista, todas as negativas», e *descontínuas* aquelas «cujo uso consiste na prática e repetição de actos, como a de passagem, a de fonte»¹.

Por equívoco sem dúvida, o grande juriconsulto baseava esta distinção entre servidões contínuas e descontínuas na *forma*, quando, como das noções por elle dadas evidentemente resulta, esse fundamento é o exercício da servidão. Depende sem dúvida da rela-

¹ *Instituições*, tomo 2.º, § 589.

ção que há entre este exercício e o facto do homem, isto é, do proprietário do prédio dominante, o ser a servidão contínua ou descontínua.

Nas servidões contínuas o uso pode deixar de ser incessante; nas servidões descontínuas este uso pode ser incessante. Assim, será contínua a servidão de aqueduto cujo exercício só tenha lugar em determinados dias ou horas do ano ou de dois em dois anos, e será descontínua a servidão de passagem para um prédio que se exerce regularmente todos os dias.

Sobre este ponto nenhuma dúvida pode suscitar-se. As dúvidas dão-se na determinação da relação que deve existir entre o facto do homem e o exercício da servidão, para que esta deva considerar-se descontínua, sempre que para este exercício se requeira que, juntamente com o facto do homem, cooperem as forças da natureza.

Assim, na servidão de aqueduto não é em geral suficiente a situação dos lugares para a condução da água, sendo necessária a construção de obras; na servidão de presa torna-se necessária a derivação das águas; a servidão de esgoto ou de despejo pode exercer-se lançando-se as águas directamente sobre o prédio serviente ou por intermédio de uma pia ou depósito colocados no prédio dominante.

Como deverão considerar-se estas servidões?

É evidente que a distinção entre servidões contínuas e descontínuas se aplica a servidões já constituídas. Uma servidão não deixa, pois, de ser contínua pelo facto de se exigirem obras para a sua constituição. Embora no nosso código civil se não exija, como se exige no código civil francês, que o facto do homem seja *actual*, não pode haver dúvida de que é contínua a servidão que, exigindo o facto do homem para a sua constituição, pode ser incessante, inde-

pendentemente desse facto, depois dessa constituição. E sendo a construção de obras que para o exercício de uma servidão se tornem necessárias uma circunstância que não pode deixar de se considerar accidental, devendo a necessidade do facto do homem que a lei exige para que a servidão se considere descontínua resultar do próprio conteúdo da servidão, afigura-se nos óbvio que uma servidão, como, por exemplo, a de presa ou de aqueduto, não poderá considerar-se descontínua pelo facto de, sempre que se pretenda efetuar a derivação das águas ou conduzi-las através do prédio serviente, se tornar necessário o facto do homem para essa derivação, fazendo a talhadura ou construindo o rêgo.

O legislador não podia nem devia atender a estas circunstâncias, que são meramente accidentais, para considerar a mesma servidão ora contínua ora descontínua. O critério a que o legislador atendeu foi o de a servidão poder ser incessante, e não o de ser incessante, independentemente de facto do homem. Assim, a servidão de aqueduto, que pode ser incessante independentemente de facto do homem, será sempre considerada como servidão contínua; a servidão de passagem, que requere de um modo absoluto o facto do homem, será sempre uma servidão descontínua. Quere dizer: a necessidade de facto do homem, para que uma servidão se considere descontínua, deverá ser uma necessidade absoluta e não uma necessidade que esteja dependente do modo por que se acha constituída a servidão. Mais precisamente: o facto do homem a que a lei se refere é o que constitui o próprio exercício da servidão, não bastando por isso, para que uma servidão se considere descontínua, que esse exercício esteja dependente, apenas no início desse exercício, de facto do homem.

Mais rigorosamente que o código civil exprime Coelho da Rocha a doutrina que o facto do homem que torna a servidão descontínua é o que constitui o próprio conteúdo da servidão, dizendo que eram descontínuas as servidões cujo uso *consiste na prática e repetição de actos*.

Não são suficientes todavia as considerações que acabamos de expor para definirmos precisamente a distinção entre servidões contínuas e descontínuas. Visto que essa distinção se relaciona com o exercício da servidão, necessário é determinar em que esse exercício consiste.

Sabe-se que as servidões consistem ou na prática de actos que o titular do prédio dominante pode praticar sobre o prédio serviente, ou na abstenção de determinados factos por parte do proprietário deste prédio.

Estas servidões, não exigindo por parte do proprietário do prédio dominante facto algum para o seu exercício, são sempre contínuas. Certo é que em algumas servidões negativas a sua constituição faculta a prática de determinados actos. E' assim que a servidão de vistas se exerce usufruando a janela, eirado ou varanda que deita sobre o prédio do vizinho. Não é todavia neste gozo ou disfrute que a lei faz consistir a servidão, caso em que ela devia ser considerada descontínua; o exercício dessa servidão consiste no próprio facto de ter a janela, o eirado ou a varanda que deitam sobre o prédio serviente. Quere dizer: esse exercício é uma situação de facto independente de facto do homem.

Sendo assim, parece que, para se definir se uma servidão é contínua ou descontínua, não deve apenas ter-se em consideração o gozo da servidão, mas, como nota Venzi, «o modo de ser da própria servi-

dão, o seu fundamento objectivo, considerado de per si, como desenvolvimento do conteúdo da servidão. E' necessário portanto, nos casos práticos, verificar em primeiro lugar em que consista propriamente o conteúdo da servidão e considerar como exercício da servidão a efectivação ou desenvolvimento desse conteúdo; e, quando se veja que o exercício da servidão, assim considerado, consiste em um facto do homem, então deve afirmar-se que há uma servidão descontínua»¹.

Aplicando este critério, o distinto juriconsulto resolve questões muito debatidas sobre a continuidade ou descontinuidade de algumas servidões, questões que tem sido diversamente resolvidas na nossa jurisprudência.

Em relação à servidão de passagem, que é considerada como uma servidão descontínua típica, nota Venzi que, em alguns casos, deve ser incluída nas servidões contínuas. Não bastam para este efeito quaisquer sinais por que essa servidão se manifeste e até obras que tenham por fim assegurar ou facilitar a passagem. E' assim que a abertura de uma porta de acesso sobre o fundo serviente ou o facto de, pela passagem no mesmo local, ter sido calcada uma faixa de terra formando-se assim um caminho que se distingue do restante terreno, não podem considerar-se suficientes para que a servidão de passagem seja havida como contínua. A porta e o caminho serão meros sinais que revelam a servidão, não alterando o seu conteúdo. Não sucede, porém, o mesmo se, para o exercício da servidão, tiver sido construída uma estrada. Neste caso, pela estrada não se revela apenas o exercício da servidão; a estrada não será

¹ Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile*, 4.ª edição, páginas 330 e 331.

uma mera obra por que ela se torna aparente. A servidão consistirá não só no direito de passagem mas em ter uma estrada sobre o prédio serviente propositamente feita para esse exercício. E' este o conteúdo da servidão e, atento esse conteúdo, a servidão de passagem deverá considerar-se contínua, como contínua é a servidão de vista.

¿Será verdadeira esta doutrina?

A existência de obras ou sinais por que se manifestam as servidões descontínuas tem influência no nosso direito para a aquisição dessas servidões. É o que sucede com a constituição das servidões pela destinação do pai de famílias (artigo 2274.º), em que se atende a uma determinada situação de facto no momento em que veem a separar-se pelo que respeita ao domínio prédios pertencentes ao mesmo dono.

¿Será lícito, porém, atender a essas obras ou sinais em determinadas condições para considerar contínua uma servidão cujo exercício consiste essencialmente no facto do homem, como a servidão de passagem? ¿Poder-se-há caracterizar esta servidão como descontínua ou contínua conforme as modalidades que ela reveste?

Não há dúvida para nós de que as relações de boa vizinhança, desenvolvendo-se em actos de tolerância, não são de invocar em relação a determinadas servidões descontínuas como tendo eficácia jurídica diversa da que tem nas servidões contínuas. A abertura de um aqueduto no prédio de um vizinho para a condução da água não é evidentemente uma obra que deva considerar-se de natureza diversa da construção de uma estrada sobre o mesmo prédio para a passagem de carros. Se a abertura do aqueduto não pode explicar-se como sendo um acto de tolerância,

também como acto de tolerância não deve ser considerada a construção da estrada.

E' óbvio que, dada tal situação de facto, sendo a mesma a condicionalidade objectiva, se deve considerar indiferente que a servidão consista num facto do homem ou possa exercer-se independentemente dele. Mas, se teóricamente é esta a doutrina que se nos afigura mais defensável, em face dos critérios que a lei estabelece para a distinção entre servidões contínuas e descontínuas e dos efeitos jurídicos que a essa distinção atribui, a doutrina que vê na servidão de passagem, quando para ela se tenham realizado determinadas obras no prédio serviente que se consideram como representando de per si o conteúdo duma servidão, afigura-se nos arbitraria.

A servidão de passagem exerce-se sempre por meio de actos; são estes que constituem o conteúdo da servidão e não quaisquer obras que para esse efeito se realizem no prédio serviente. Essas obras representam, quanto ao exercício dessa servidão, modalidades, condições de carácter secundário, do mesmo modo que, em relação às servidões contínuas, representa também o facto do homem uma modalidade que não influi na determinação da natureza dessas servidões.

Consideramos, pois, a servidão de passagem como constituindo sempre, em face do nosso código civil, uma servidão descontínua.

Em relação às servidões de despejo, teem-se suscitado dúvidas também, havendo quem as considere sempre contínuas seja qual for o modo por que se exercem, quem as considere contínuas ou descontínuas conforme o modo por que são exercidas e quem veja nelas sempre servidões descontínuas.

Os juriconsultos que seguem esta opinião fundam-se em que o exercício da servidão exige sempre o facto do homem, tendo de ser deitadas por este sobre o prédio serviente as águas ou imundícies, quer estas se lancem directamente no prédio serviente quer por intermédio de pia ou depósito que estejam colocados no prédio dominante. O despejo ou escoamento dá-se no momento em que as águas são deitadas; cessando este facto, cessa a servidão que consiste no próprio despejo ou escoamento.

Esta doutrina tem sido abandonada e com razão. A relação que deve dar-se entre o facto do homem e o exercício da servidão não consiste em esse facto se tornar necessário para o exercício da servidão, em representar uma condição para que se dê esse exercício. O facto do homem que caracteriza a servidão descontínua é o que constitui o próprio exercício da servidão.

Desde que o facto do homem apenas se torna necessário para que a servidão se ponha em movimento, e que, uma vez iniciado este, a servidão se exerça pela própria acção de forças naturais, a servidão será contínua.

Ora é isto o que succede com a servidão de despejo.

«O conteúdo da servidão, diz Venzi, não consiste em lançar a água ou as imundícies, mas consiste, pelo contrário, no direito de as deitar sobre o prédio de outrem; é o próprio facto do esgôto e não o impulso que para este é necessário, que constitui a servidão, e o esgôto é independente do facto do homem.»

Os juriconsultos que consideram a servidão de despejo ora contínua ora descontínua atendem à forma por que a servidão se exerce. Ou a servidão consiste em o proprietário do prédio dominante lan-

çar directamente as águas sobre o prédio do vizinho, ou em lançar essas águas numa pia ou depósito, donde elas se escoam para o prédio serviente por meio de um cano.

No primeiro caso a servidão será descontínua. No segundo será contínua.

Referindo-se ao primeiro caso, diz o dr. Teixeira de Abreu que «a servidão, geralmente conhecida pelo nome de *servidão de despejos*, é manifestamente descontínua, porque o seu exercício é constituído por *actos do homem*, cessando quando estes actos terminam. Não há a este respeito a menor dúvida»¹.

Assim pensa a maioria dos juriconsultos, sustentando que a servidão de despejo apenas tem o carácter de contínua quando haja canos ou outras obras visíveis e permanentes destinadas a recolher e conduzir as águas de esgôto. Nota, porém, Venzi: «Na minha opinião, a continuidade desta servidão é independente da existência de canos e de outras obras, porque a servidão consiste no despejo sobre o fundo de outrem e este despejo, seja ou não regulado por canos ou outras obras, opera-se por força da natureza e não por facto do homem».

Afigura-se nos ser esta a verdadeira doutrina.

O conteúdo da servidão é o direito de despejar águas e imundícies sobre o prédio serviente, e, desde que a circunstância de se tornar necessário o facto do homem para que se exerça esse direito não obsta a que a servidão se deva considerar contínua, deve haver-se como indiferente que as águas sejam despejadas directamente sobre o prédio do vizinho, desde que esse despejo se faça do próprio prédio dominante não se tornando necessário entrar para esse efeito no

¹ Das servidões, tomo 1.º, página 196.

prédio serviente, ou que se efetue por intermédio de pias, depósitos ou canos colocados no prédio dominante ou no prédio serviente.

Estas obras serão necessárias para tornar a servidão aparente e não para que deva considerar-se contínua.

Se o acto do lançamento das águas ou imundícias se der no próprio prédio serviente, tornando-se portanto necessário o acesso a este prédio para que se exerça o direito de servidão, não hesitamos em afirmar que a servidão deverá em tal caso considerar-se descontínua, visto que o exercício dela depende de facto do homem no sentido de que este facto é essencial para tal exercício.

Inclinamo-nos assim para a opinião dos que sustentam que a servidão de esgôto ou despejo é sempre uma servidão contínua, desde que o despejo ou esgôto se faça sobre o prédio serviente independentemente do acesso a este prédio para o exercício dessa servidão.

São servidões descontínuas a de abastecimento de água para gastos domésticos e a de bebedouro para animais, quando a água não seja conduzida por aqueduto para o prédio dominante, sendo indiferente que para o exercício dessas servidões haja quaisquer obras no prédio serviente. Tais servidões só podem exercer-se mediante facto do homem, dependem essencialmente desse facto, e as obras que para esse efeito se tenham construído no prédio serviente, quer tenham por fim tornar possível a servidão quer facilitar o seu exercício, apenas tornarão essas servidões aparentes.

10. *Servidões aparentes e não aparentes.* O código civil define (artigo 2270.º §§ 3.º e 4.º) *servidões*

aparentes as que se revelam por obras ou sinais exteriores e *não aparentes* as que não apresentam indício algum exterior.

Coelho da Rocha definia *servidões aparentes* as que se indicam «por obras visíveis e permanentes, como a de passagem por uma porta, a de aqueduto», e *não aparentes* as que «não oferecem sinais de existência, como a de não levantar a casa, e todas as negativas.»

O código fala em *obras ou sinais*.

Bastará qualquer sinal?

Em nossa opinião, os sinais a que a lei se refere são principalmente os indícios que revelam a existência de obras destinadas a facilitar ou tornar possível a servidão, como as claraboias nos aquedutos ou minas. Neste caso, embora as obras não sejam visíveis, revela-se a sua existência por esse meio, que é um sinal da existência da servidão.

As «obras ou sinais exteriores» de que fala o código civil são «as obras visíveis e permanentes» de que nos falava Coelho da Rocha, pois, como a própria palavra iniludivelmente revela, só podem considerar-se aparentes as servidões cujo exercício e incidência sobre o prédio serviente e a relação entre este e o dominante se patenteiam claramente, devendo ser consequentemente visíveis, inequívocas e permanentes as obras ou os sinais por que se manifesta essa servidão. Se às obras ou sinais por que a servidão se manifesta faltar qualquer destes requisitos, a servidão não estará constituída de forma que se possa considerar aparente.

As obras ou sinais por que se patenteia a constituição de uma servidão tanto podem existir no prédio serviente como no prédio dominante e podem existir em ambos os prédios. Assim, na servidão de estílicio-

dio, na servidão de despejo, as obras ou sinais por que a servidão se manifesta, os beirais e canos que conduzem as águas, são colocados no prédio dominante, mas podem os canos conduzir as águas a um determinado ponto do prédio serviente e existir neste também sinais da servidão. Na servidão de aqueduto as obras são feitas no prédio serviente e não basta, para que a servidão se considere constituída de modo aparente para o efeito de se haver adquirido direito a ela pela prescrição, que haja obras no prédio dominante destinadas a receber as águas derivadas do prédio serviente. E' o que se preceitua no artigo 438.º § único, fundando-se êste preceito em que do decurso natural das águas dos prédios superiores para os inferiores nenhum direito resultava para estes prédios, embora neles houvesse obras para o seu aproveitamento. Só as obras efetuadas no prédio superior tinham a eficácia de limitar o direito de livre disposição das águas que nela brotavam ou corriam, constituindo-se por essas obras a servidão de aqueduto e adquirindo-se pela posse o direito às águas.

A distinção entre servidões aparentes e não aparentes não deve de modo algum confundir-se com a distinção entre servidões contínuas e descontínuas. Tanto as servidões contínuas como as descontínuas podem ser aparentes e não aparentes. E' o que expressamente se reconhece nos artigos 2272.º e 2273.º do código que, referindo-se aos factos aquisitivos das servidões, fala em «servidões contínuas aparentes», «servidões contínuas, não aparentes, e descontínuas, aparentes e não aparentes».

A distinção entre as servidões aparentes e não aparentes funda-se na forma da servidão, e essa forma é distinta do exercício da servidão. E' assim

que a servidão de passagem, sendo sempre descontínua, pode ser aparente ou não aparente, conforme o direito de passagem é ou não patenteado por meio de obras no prédio serviente. Do mesmo modo, a servidão de esgôto ou de despejo é sempre contínua, e essa servidão será aparente ou não aparente conforme haja ou não canos ou outras obras por que se manifeste visivelmente o exercício dessa servidão.

Não é apenas em relação ao proprietário do prédio serviente que se deve revelar a constituição da servidão por meio de obras ou sinais para que ela se considere aparente. Essas obras ou sinais devem tornar a servidão patente a todos os interessados, isto é, a quaisquer pessoas que adquiram direitos sobre o prédio serviente que sejam prejudicados pela servidão.

E' assim que, não sendo obrigatório o registo das servidões aparentes (decreto de 30 de setembro de 1870), se vê que essas servidões produzem efeito em relação a terceiros independentemente do registo, tornando-se consequentemente necessário que essas servidões possam ser conhecidas de terceiros por obras ou sinais permanentes. Desde que essas obras ou sinais deixem de existir, as servidões aparentes entrarão na categoria das não aparentes.

Não julgamos necessária a subsistência dos mesmos sinais ou das mesmas obras para que a servidão se considere aparente; o que é sempre indispensável é a permanência de sinais ou obras, podendo dar-se a sua substituição ou transformação.

Quaisquer obras ou sinais são suficientes desde que por elles se revele a existência da servidão. E' assim que a servidão de passagem se tornará aparente desde que para êsse efeito se faça um caminho, se construa uma ponte ou se abra uma porta;

uma servidão de aqueduto será aparente desde que, se a água for conduzida por uma mina, se revele a existência desta por meio de quaisquer óculos ou claraboias existentes no prédio serviente; se a água for conduzida por um cano de alvenaria ou de tubos, será aparente quando a existência do cano ou dos tubos se manifeste por meio de quaisquer sinais ou obras, sendo suficiente para este efeito que o cano ou tubo, quando a presa da água se faça no prédio serviente, se torne patente apenas no próprio local em que se faz a derivação da água.

Em relação às servidões negativas é conveniente notar que a servidão de vistas, podendo ser aparente quando se exerce por janelas, varandas ou eirados, e ser adquirida, como contínua e aparente que é, pela prescrição, tal servidão só limita os direitos do proprietário do prédio serviente em harmonia com as normas que regulam o direito de propriedade e não com o título constitutivo da servidão. É assim que, tendo-se obrigado o proprietário do prédio serviente a não construir no seu prédio ou a não levantar mais qualquer edificio nele existente, estas servidões serão sempre não aparentes, embora no prédio dominante existam quaisquer janelas, eirados ou varandas que deitem directamente sobre o prédio serviente. Estas obras revelam a existência da servidão de vistas, mas não inibem o proprietário do prédio serviente de edificar à distância de metro e meio do prédio dominante.

O nosso legislador atribuiu mais importância à distinção das servidões em contínuas e descontínuas do que em aparentes e não aparentes. É assim que esta modalidade da forma das servidões apenas influi, quanto à sua aquisição pela prescrição, nas ser-

vidões contínuas, pois são as servidões contínuas aparentes as únicas que se podem adquirir por aquele meio. As descontínuas aparentes não podem adquirir-se pela prescrição.

Como razão justificativa da disposição que só admite a prescrição como meio aquisitivo para as servidões contínuas aparentes, só poderá dizer-se que é pela continuidade da servidão que pode constituir-se uma posse que exclua o acto de tolerância ou de complacência que as relações de boa vizinhança não só aconselham mas em certos casos quasi impõem. É assim que nas servidões descontínuas, não existindo uma situação com o carácter de permanência que exclua o acto de tolerância, não pode dar-se uma posse que conduza à prescrição.

Já notámos, a propósito do conceito de servidões contínuas e descontínuas, que as obras ou sinais nas servidões descontínuas, quando essas obras ou sinais sejam inequívocos e permanentes, excluem qualquer idea de tolerância por parte do proprietário do prédio serviente, do mesmo modo que nas servidões contínuas. É efectivamente pelas obras ou sinais que se constitui uma situação de facto em que se revela ordinariamente de modo iniludível o propósito de que essa situação se torne duradoura e normal, não podendo assim deixar de atribuir-se a essas obras ou sinais maior eficácia jurídica que ao facto de a servidão depender ou não de facto do homem.

Notáveis juristas teem criticado a doutrina, sancionada no nosso código civil, pela qual se exclui a prescrição como meio legítimo de aquisição nas servidões descontínuas aparentes¹. Numa remodela-

¹ Veja-se Coviello, *Della usucapione delle servitù prediali*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, volume 10.º, página 334 e seguintes; Bensa, *Servitù prediali*, página 395.

ção da nossa legislação civil deverá ser modificada esta doutrina, estabelecendo-se para a aquisição das servidões pela prescrição uma disposição correspondente à que para a sua constituição pela destinação do pai de famílias se formulou no artigo 2274.º

§ 4.º — Fontes das servidões

11. *Considerações gerais.* O código civil enumera as fontes das servidões ou os factos por que se podem constituir no artigo 2271.º, em que se declara que as servidões podem ser constituídas por facto do homem, ou pela natureza das cousas, ou pela lei.

No código civil francês indicam-se (artigo 639.º) como fontes das servidões ou a *situação natural dos lugares*, ou as *obrigações impostas pela lei*, ou as *convenções* entre os proprietários. O autor do nosso código civil substituiu a palavra *convenções* pela expressão *facto do homem*, para significar sem dúvida que as servidões voluntárias podem constituir-se não só por declarações bilaterais de vontade ou por contrato e por declarações unilaterais de vontade, como o testamento, mas ainda pela prescrição e por destinação do pai de famílias.

Coelho da Rocha indicava como origem das servidões: 1) a natureza, como o encargo que tem o prédio inferior de receber as águas que naturalmente descem do superior; 2) a disposição das leis: a) emquanto às obras e expropriações de prédios rústicos; b) emquanto às escavações; c) emquanto às plantações; d) emquanto aos edificios; e) emquanto aos muros e paredes meias; 3) a sentença do juiz, quando este em partilhas determina que um prédio preste ao outro certa servidão; 4) a disposição do

proprietário, convenção ou disposição de última vontade; 5) a prescrição¹.

Correa Telles havia indicado as mesmas fontes das servidões e referia-se também, na secção em que tratava do modo como se constituem as servidões, ao destino que o dono de dois prédios deu a um deles em utilidade do outro, declarando que «vale por título constituinte das servidões, quando esta é contínua e aparente»².

Na jurisprudência francesa foi impugnada a distinção entre servidões impostas por lei e pela situação dos lugares, dizendo-se que as servidões que derivam da situação dos lugares são impostas pela lei que as reconhece e que as servidões impostas pela lei derivam também da situação dos lugares, pois que teem por fim regular as relações entre prédios contíguos. Planiol, referindo-se a esta crítica feita por Demolombe, observa: «Entretanto não será verdade, como o próprio Demolombe nota, que *essas servidões não teem todas idéntica origem?* Umhas teem a sua causa na disposição natural dos terrenos e estão, por assim dizer, «escritas sobre o terreno, tal como Deus o fez». As outras são estabelecidas mais ou menos arbitrariamente pelo legislador. A distinção é, pois, fundada e justa».

«As servidões naturais são as mesmas, em todos os tempos e em todos os países, e forçoso seria sempre admittí-las na falta de qualquer regulamento do legislador (Demolombe). Não se pode dizer o mesmo acerca das servidões legais.

«A distinção deve, pois, ser mantida, se nela há algum interesse prático. Ora não é difficil descobrir

¹ *Instituições*, §§ 590-599.

² *Digesto portuguez*, livro 3.º, artigos 445.º a 456.º

este interesse: as servidões naturais são devidas *sem indemnização*, porque são obra da própria natureza, ao passo que as servidões legais, sendo impostas num dado momento pela autoridade pública, não podem estabelecer-se equitativamente senão mediante uma indemnização aos proprietários dos prédios servientes».

A crítica que se fez à distinção das servidões, quanto às fontes de que derivam, no código civil francês não deixou de produzir os seus efeitos. E' assim que no código civil italiano se declara (artigo 532.º) que a servidão predial pode ser estabelecida por lei ou por facto do homem, e no código civil espanhol (artigo 536.º) que as servidões se estabelecem pela lei ou pela vontade dos proprietários, chamando-se aquelas legais e estas voluntárias.

A verdade, porém, é que, quer nas servidões legais, quer nas servidões impostas pela situação dos lugares, se incluem no código civil francês, e foram incluídas por Coelho da Rocha, limitações ao direito de propriedade que de modo algum se podem considerar servidões, quando a esta palavra se dê, como se nos afigura que não pode deixar de dar-se, a sua significação técnica. E, posta a questão nestes termos, fácilmente se reconhecerá que a defesa da distinção entre servidões impostas por lei e pela situação dos lugares de modo algum pode considerar-se procedente.

Tendo presentes as considerações que fizemos acêrca do conceito de servidão e designadamente das servidões que são impostas quer por interesse público quer por interesse privado, immediatamente se reconhecerá que não pode justificar-se a distinção que se faz entre servidões legais e servidões impostas pela

situação dos lugares. Bastará notar, para nos convencermos de que é iniludível tal conclusão, que não podem considerar-se servidões as limitações que à propriedade de prédios rústicos e urbanos são directamente impostas por lei em virtude das relações de vizinhança ou das situações dos lugares. Tais limitações entram na regulamentação objectiva do direito de propriedade; não constituem de modo algum encargos que sejam excepcionalmente impostos a um prédio em benefício de outro prédio. Não podem, pois, atento o conceito que de servidão se dá no nosso código, ser tais encargos considerados como servidões.

Sendo isto assim, apenas pode fundar-se a distinção entre servidões legais e voluntárias no facto de aquelas serem mediatamente impostas por lei e estas resultarem de um facto voluntário. E indiferente será o facto a que o legislador atenda, nas servidões legais, para impor a obrigação a um prédio de nele se constituir uma servidão em benefício de outro prédio. Estes factos apenas poderão ser tomados em consideração, na parte em que se trata da regulamentação do direito de propriedade, para determinar, pelas causas que motivam as limitações desse direito, a natureza destas limitações. Em matéria de servidões, desde que a extensão ou o limite e conteúdo da servidão é determinado, nas servidões legais, pelo título immediato por que essa servidão se constituiu, nenhuma importância pode ter a distinção entre servidões impostas pela lei e servidões impostas pela natureza dos lugares.

Não succede outro tanto com a distinção entre servidões legais e servidões voluntárias, incluindo nestas todas as que resultam de facto do homem, sendo, como é, diverso o regime jurídico a que estão sujeitas

as servidões que são mediatamente impostas pela lei e as que se constituem por negócio jurídico, por destinação do pai de famílias e por prescrição.

Sob este aspecto, a distinção entre servidões voluntárias e servidões legais é importante e não podemos consequentemente deixar de a ter em consideração na exposição da doutrina relativa às fontes das servidões.

Indicaremos, pois, sumariamente os factos por que se constituem as servidões voluntárias e as servidões legais.

12. *Servidões constituídas por negócios jurídicos.*

Entre as servidões que se constituem por facto do homem, referir-nos hemos em primeiro lugar às que resultam de uma declaração directa da vontade. Esta declaração pode ser bilateral ou unilateral, havendo no primeiro caso o negócio jurídico bilateral ou contrato e no segundo o negócio jurídico unilateral.

Admite a nossa jurisprudência sem discrepância que as servidões podem constituir-se por testamento. E' assim que ao herdeiro ou ao legatário de um prédio pode ser imposto como encargo uma servidão. Este encargo representará um legado em favor do proprietário do prédio dominante, encargo que se considera definitivamente constituído desde que o legado é aceito.

Afora o caso do testamento, na nossa jurisprudência apenas se considera o contrato como negócio jurídico que possa ser fonte de servidões. Conveniente será notar, porém, que num contrato pode impor-se como encargo para o adquirente de um prédio a constituição de uma servidão que nesse

prédio pretenda estabelecer o proprietário transmitente, ou a subsistência de uma servidão que de facto já exista, independentemente da intervenção no respectivo contrato do proprietário a favor de quem esse encargo é constituído. E' assim que não poderá deixar de se considerar válida a cláusula exarada numa escritura de venda ou doação de um prédio em virtude da qual o donatário ou o comprador se obriga a dar passagem pelo prédio alienado para outro prédio pertencente a diverso proprietário.

Por essa cláusula, e em virtude do contrato, a vontade do adquirente fica vinculada e o terceiro a favor de quem o encargo é estabelecido pode aproveitar-se dele, já aceitando-o, como no caso de se tratar de uma doação, já realizando com o adquirente o contrato de compra, quando esse encargo tenha sido estabelecido mediante determinado preço que o comprador ou o donatário tenha de receber do proprietário a favor de quem o encargo é estabelecido.

Desde que por parte deste se realizem as condições de que fica dependente a aquisição definitiva da servidão, esta constituir-se há como um direito real. Emquanto não se verificarem essas condições, haverá uma relação de obrigação em que, por vontade unilateral das pessoas que outorgaram no contrato em relação ao adquirente da servidão, e por contrato entre o transmitente e o adquirente do prédio que deye ficar onerado com a servidão, o adquirente do prédio se constituiu.

Trata-se de negócios jurídicos em beneficio de terceiros, pelos quais se podem constituir encargos em prédios transmitidos, quer a título gratuito, quer a título oneroso, e quer esses encargos sejam pessoais, quer sejam reais.

As servidões são um direito real e a constituição delas representa sempre a alienação de poderes que entram no conteúdo normal do direito de propriedade ou uma limitação excepcional desses poderes. Daqui resulta que para a constituição de servidões se torna sempre necessário um documento autêntico na nota ou fora da nota, conforme o valor da servidão excede ou não a 50\$00 (decreto n.º 5:625, de 10 de maio de 1919, artigo 10.º, n.º 1.º e § 1.º). E estão sujeitos a contribuição de registo os contratos ou actos pelos quais se constituem servidões (regulamento de 23 de dezembro de 1899, artigo 3.º, n.º 16.º).

Representando a constituição de uma servidão uma alienação, segue-se que, para essa constituição, se tornam necessários poderes de disposição sobre o prédio, e, sendo a servidão um encargo perpétuo, êsses poderes pertencem só ao proprietário. Se êste tiver um direito resolúvel, resolúvel será o direito que no prédio se constitua como servidão.

Resolúvel se deve considerar para êste efeito o direito do proprietário que, em virtude de hipoteca constituída no prédio, pode ser expropriado dêsse prédio para, pelo seu produto, ser pago o credor, desde que o registo da servidão não seja anterior ao da hipoteca, quer esta seja a do credor exequente, quer seja a de qualquer outro credor hipotecário (código de processo civil, artigo 856.º).

Não estão sujeitas a registo as servidões constituídas anteriormente ao código civil (código civil, artigo 1023.º § único e decreto de 17 de março de 1887) e, das constituídas posteriormente, as que forem aparentes (decreto de 30 de setembro de 1870). Em relação a estas servidões, para se verificar se elas caducam ou não em virtude da arrematação que do prédio seja feita para pagamento a credores que

tenham penhorá, arresto ou hipoteca, necessário é atender ao tempo em que essas servidões se constituíram por meio de obras ou sinais permanentes e aparentes. E' apenas desde que haja obras ou sinais que as servidões, em relação a terceiros, se consideram constituídas, independentemente do seu registo que, em tal caso, é facultativo.

O enfiteuta pode constituir servidões no prédio, havendo apenas, como limite a êste direito, a desvalorização do prédio resultante da servidão quando por essa desvalorização fique valendo menos que vinte vezes o foro e mais um quinto (código civil, artigo 1676.º).

Esta disposição é uma consequência do fraccionamento de domínios que se dá na enfiteuse, em virtude do qual os direitos de disposição do enfiteuta são limitados pelo domínio directo, que se considera representado também no prédio.

O proprietário de um prédio sobre que tenha sido constituído um usufruto não poderá, enquanto êste usufruto subsistir, estabelecer nele servidões em virtude das quais seja limitado o direito de fruição pertencente ao usufrutuário. O preceito consignado no artigo 2227.º, pelo qual o usufrutuário é obrigado a consentir ao proprietário quaisquer obras ou melhoramentos, de que seja susceptível a cousa usufruída, e também plantações novas, se o usufruto recair em prédios rústicos, contanto que dêsses factos não resulte diminuição no valor do dito usufruto, indicamos o limite que, relativamente ao direito de disposição do proprietário do prédio usufruído, não pode ser por êle ultrapassado: o valor do usufruto.

E' esta também a consequência que resulta do princípio formulado no artigo 2202.º, pelo qual o usufrutuário tem o direito de perceber todos os frutos;

que a coisa usufruída produzir, quer êsses frutos sejam naturais, quer industriais, quer civis. Qualquer servidão que no prédio se constitua e em virtude da qual o direito do usufrutuário não seja lesado, não pode deixar de se considerar legítima. E' assim que o proprietário de um prédio urbano poderá, independentemente de consentimento do usufrutuário, constituir sobre êsse prédio a servidão *altius non tollendi*, visto que o usufrutuário não poderá, sem consentimento do proprietário, alterar a forma do edificio (artigo 2217.º). Não poderá, porém, o proprietário de um prédio rústico constituir nele a servidão de não exploração de águas subterrâneas, sem consentimento do usufrutuário, visto que a êste é lícito pesquisar águas para melhoramento dos respectivos prédios (artigo 2213.º § único).

13. *Servidões que se constituem por destinação do antigo proprietário.* No artigo 2274.º preceitua-se: «Se em dois prédios do mesmo dono houver sinal ou sinais aparentes e permanentes, postos por êle em um ou em ambos, que atestem servidão de um para outro, êsses sinais serão havidos como prova da 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».

Previne-se neste artigo a hipótese de se dar, quanto ao domínio, a separação de prédios que pertenciam ao mesmo proprietário e de haver, num desses prédios ou em ambos, sinal ou sinais aparentes e permanentes que atestem servidão de um para outro. Esta servidão não representa, anteriormente à separação, uma limitação ao direito de propriedade, visto

que, pertencendo os dois prédios ao mesmo proprietário, tal limitação é inadmissível. O que se chama servidão é uma mera situação de facto que, por arbítrio do proprietário, pode desaparecer de um momento para outro, e, embora subsista ao tempo em que se dá a separação dos prédios, pode determinar-se a sua extinção ou modificação no próprio título em virtude do qual se opera a separação.

E' assim que no artigo 2274.º se declara que o sinal ou sinais não serão havidos como prova de servidão se, ao tempo da separação do domínio dos dois prédios, «outra coisa se houver declarado no respectivo documento». A situação de facto atestada pelo sinal ou sinais aparentes e permanentes é, pois, enquanto subsiste o domínio dos dois prédios no mesmo proprietário, um acto da sua vontade, e a conversão dessa situação de facto em situação de direito, pela constituição da servidão após a separação dos prédios, é ainda um efeito da sua vontade, efeito que se depreende do silêncio que a tal respeito houve no título por que se deu a transmissão de um dos prédios ou a separação destes.

Isto basta para se ver que a disposição consignada no artigo 2274.º se funda numa presunção: a de que houve por parte do transmitente e do adquirente a intenção de que se perpetuasse a situação de facto existente ao tempo em que se deu a separação dos prédios. Esta intenção, em relação ao transmitente do prédio, evidencia-se na expressão com que no código civil francês foi designado êste facto constitutivo das servidões — *destination du père de famille*.

Cumpramos notar, porém, que a destinação do pai de famílias parece que não abrange no código civil francês todas as servidões que podem constituir-se em virtude de uma situação de facto subsistente

ao tempo em que se efectua a separação dos prédios.

Dispõe-se nesse Código: «Article 692. *La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.*

«Article 693. Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds *actuellement divisés* ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

«Article 694. Si le propriétaire de *deux héritages* entre lesquels il existe *un signe apparent de servitude*, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.»

Na jurisprudência francesa proudeu-se conciliar a contradição entre o artigo 692.º e o artigo 694.º quanto às servidões a que é aplicável a destinação do pai de famílias, contradição resultante de o artigo 692.º se referir às *servidões continuas e aparentes* e o artigo 694.º se referir a *um sinal aparente de servidão*, compreendendo assim as servidões aparentes, tanto as continuas como as descontinuas.

Não nos interessa a exposição das opiniões que sobre este assunto foram emitidas quanto à exegese dos artigos, visto que o artigo 2274.º do nosso código foi redigido de forma que não suscita dúvidas sobre a sua aplicação às servidões descontinuas aparentes. Sendo, porém, o código civil francês que considerou como categoria jurídica autónoma as servidões constituídas por destinação do pai de famílias, e sendo as disposições nele consignadas a fonte do artigo 540.º do Projecto do código civil espanhol donde foi traduzido o artigo 2448.º do Projecto pri-

mitivo do nosso código, interessa-nos verificar se a *destinação do pai de famílias* tinha ou não no código civil francês o alcance que na nossa jurisprudência lhe tem sido atribuído, dando a mesma denominação às servidões do artigo 2274.º

De facto, na nossa jurisprudência tem-se considerado como constituídas por destinação do pai de famílias todas as servidões a que o artigo 2274.º se refere. Demos a tais servidões a mesma denominação que lhes era dada no código civil francês, apesar de o nosso código não haver reproduzido tal denominação. Ora esta denominação parece ser inadequada para exprimir todas as servidões que se entendem constituídas pela divisão ou pela separação de prédios que, até à divisão ou separação, pertenciam ao mesmo proprietário.

A separação de prédios pertencentes ao mesmo proprietário tanto pode resultar da divisão, que ordinariamente se fazia pela partilha entre coerdeiros dos imóveis pertencentes ao autor da herança, como da mera separação quanto ao domínio resultante da transmissão por título singular, oneroso ou gratuito, de bens imóveis. Ora no código civil francês a expressão *destination du père de famille* parece que se applicava só à primeira hipótese, a da divisão de imóveis, não se compreendendo na destinação do pai de famílias a separação, quanto ao domínio, de prédios que já anteriormente à separação estavam divididos.

E' esta a conclusão a que chega Jacques Latreille¹ depois de haver estudado as origens e fontes próximas dos artigos 692.º a 694.º do código civil francês.

¹ *De la destination du père de famille.*

Para este jurisperito, há no código civil francês dois destinos pelos quais se constituem, em virtude da presunção que assenta numa determinada situação de facto, servidões: 1) a *destinação do pai de famílias*; 2) a *destinação do antigo proprietário*.

Dá-se a primeira pela divisão de imóveis resultante ordinariamente da partilha entre coerdeiros, explicando-se assim que a essa constituição de servidões se desse a denominação de destinação do pai de famílias, por quanto essa constituição provinha na quasi totalidade dos casos de uma determinada situação de facto constituída pelo autor da herança, do estado em que este deixava um determinado prédio. E também se explicava que o legislador fosse mais rigoroso quanto à constituição destas servidões do que quanto às resultantes da destinação do antigo proprietário.

A constituição de servidões por destinação do antigo proprietário dá-se em relação a prédios que, ao tempo da sua transmissão, já estão separados. Tem esses prédios uma existência autónoma e só em virtude de pertencerem ao mesmo proprietário é que não podem considerar-se servidões os encargos que num estejam estabelecidos em benefício do outro. Dada esta autonomia dos prédios, compreende-se que subsistam todos esses encargos desde que se manifestam por sinais aparentes e permanentes. Não sucede o mesmo se o prédio é dividido ou fraccionado. Neste caso, necessário será verificar se esses encargos, dada a divisão do prédio, tem ou não razão de ser. É assim que, sendo dividido um prédio composto de parte rústica e urbana e havendo na parte urbana uma escada por meio da qual se estabelecia a comunicação com a parte rústica e nesta um caminho para uma estrada pública, a existência

da escada não deve considerar-se, em face do código civil francês, como suficiente para que se entenda constituída a servidão por destinação do pai de famílias. Efectivamente, a escada poderia ser um meio pelo qual o proprietário se utilizava mais cómodamente da parte rústica do prédio e não pela qual se estabelecia a comunicação entre a estrada e a parte urbana. E tornar-se há evidente que assim é, desde que a comunicação entre a casa e essa estrada seja mais curta ou mais cómoda por outra parte.

Compreende-se que, fraccionado um prédio, desse fraccionamento resulta um novo estado de cousas pelo que respeita ao modo de o utilizar, quer seja como prédio rústico, quer seja como prédio urbano. Em virtude da nova situação, só devem considerar-se subsistentes os encargos permanentes, isto é, aqueles que dependam do modo de ser do imóvel e cuja supressão representasse uma alteração nesse modo de ser. É assim que, pela divisão a que nos estamos referindo, não poderia deixar de se considerar subsistente o encargo de vistas que por janelas, eirados ou varandas estivesse constituído sobre a parte rústica do prédio. Não poderia deixar de considerar-se subsistente também a servidão de aqueduto para o prédio rústico constituída em terreno que ficou pertencendo ao prédio urbano.

Havendo apenas a separação de prédios quanto ao domínio, os encargos que num estejam estabelecidos em benefício do outro já não podem considerar-se como resultantes apenas de um determinado modo de utilizar o prédio. Esses encargos, quer representem servidões contínuas, quer descontínuas, devem pois considerar-se subsistentes, visto não se criar pela separação do domínio um novo estado de cousas, dada a autonomia anterior dos prédios.

O próprio texto dos artigos 693.º e 694.º do código civil francês autoriza esta doutrina. O artigo 693.º, aplicável às servidões constituídas por destinação do pai de famílias, fala de dois prédios *actualmente divididos* que pertenceram ao mesmo proprietário, sendo por êle que as cousas foram postas no estado do qual resultou a servidão; o artigo 694.º fala do proprietário *de dois prédios* (héritages) entre os quais existe um sinal aparente de servidão, o qual *dispõe* de um dos prédios sem que no *contrato* haja cláusula alguma relativa à servidão.

Basta um simples confronto entre o artigo 2274.º do nosso código e o artigo 694.º do código civil francês, para se ver que o autor do nosso código teve em vista a servidão a que se refere êste artigo do código civil francês. E' assim que no nosso código se presuppõe a existência dos dois prédios, ao tempo em que se dá a separação pelo que respeita ao seu domínio, quando se diz: *se em dois prédios do mesmo dono . . . e, em relação ao domínio, vierem a separar-se, salvo se ao tempo da separação do domínio dos dois prédios.* O texto da lei não compreende, pois, o caso em que haja a divisão de prédios resultante da partilha entre coerdeiros ou de fraccionamento do prédio em virtude de divisão.

Á constituição de servidões em virtude de divisão de prédios refere-se o artigo 2143.º, em que se declara que, havendo divisão de prédios que torne indispensáveis *novas servidões*, far-se há delas a devida declaração. E o artigo 740.º § 5.º do código de processo civil, determinando o modo por que se deve efectivar aquella disposição, diz: «No acto da demarcação, serão designadas as servidões que for indispensável criar em consequência da divisão, e também

se designará quais são as servidões antigas que devem cessar».

Do preceituado neste artigo conclui-se que não foi considerada suficiente, quanto aos encargos já constituídos anteriormente à divisão, a disposição consignada no artigo 2274.º E as considerações que anteriormente fizemos são suficientes para nos evidenciar que justificadamente assim procedeu o legislador, visto que pela divisão dos prédios se cria uma nova situação de que não podem deixar de resultar alterações quanto ao modo de os aproveitar, podendo e devendo, em consequência dessa divisão, deixar de considerar-se subsistentes alguns encargos.

Pode deixar de ser, porém, cumprida pelos louvados a disposição consignada no artigo 740.º § 5.º do código de processo civil. Pode até a divisão ser consequência, não da partilha entre coerdeiros ou entre consócios, mas do facto de cessar a mera propriedade, determinando-se pela divisão a parte do prédio que pertence a cada um dos comproprietários, caso em que a lei não determina que se declare no acto da divisão e da demarcação as servidões novas que se devem constituir e as servidões antigas que subsistem.

Embora a divisão de prédios não esteja rigorosamente compreendida na letra do artigo 2274.º, necessário se torna determinar se é applicável também nesse caso o que nele se preceitua.

Seja ou não applicável, porém, o que para nós é evidente é que as servidões constituídas nos termos do artigo 2274.º do código civil não devem denominar-se servidões por *destinação do pai de famílias*, como teem sido denominadas na nossa jurisprudência.

Se até para o caso de divisão de prédios que não seja consequência de partilha entre coerdeiros essa

denominação era imprópria, muito mais o é sem dúvida para o caso em que não haja a divisão mas a separação de prédios pelo que respeita ao domínio, em que a situação em que os prédios se encontram ao tempo da separação pode deixar de representar o modo por que o proprietário ou os antepossuidores do prédio, de que o mesmo proprietário é representante, dele se aproveitaram. É assim que o prédio pode ter sido adquirido por êle na situação em que se encontra ao tempo em que se dá, quanto ao domínio, a separação, e que o encargo estabelecido num em proveito do outro pode até haver sido constituído contra a sua vontade, embora êsse encargo se mantivesse posteriormente à sua aquisição.

Estas considerações mostram-nos que a denominação *destinação do pai de famílias* deve ser substituída por *destinação do antigo proprietário*, o que não obsta todavia a que tenhamos dado e continuemos a dar ás servidões assim constituídas a primeira denominação, visto ser a consagrada pela nossa jurisprudência.

Embora não esteja rigorosamente compreendido na letra do artigo 2274.º o caso de divisão de um prédio em que haja, em uma ou em ambas as partes em que o prédio se fracciona, sinal ou sinais aparentes e permanentes que atestem servidão de um para outro, é nosso parecer que o preceito nele consignado é applicável também a êsse caso. Fundamo-nos na presunção em que se informa êste preceito: a situação de facto ao tempo em que o prédio se divide e que os interessados não podem deixar de ter em vista, podendo e devendo consignar-se no respectivo título qualquer modificação que, em consequência da divisão, essa situação de facto deva sofrer. Se não é feita modificação alguma, ou se não se infere das circunstâncias que foi intenção das partes que não

subsistisse a mesma situação de facto, esta situação deve manter-se.

A circunstância de o prédio já estar fraccionado em vida do antigo proprietário ou se fraccionar para a partilha após a sua morte deve considerar-se, sob êste aspecto, como tendo carácter accidental, sempre que, posteriormente à divisão, cada uma das partes em que o prédio se fracciona conserve o mesmo modo de ser que tinha anteriormente a ela, tornando-se assim necessária ou útil a mesma situação de facto. Quando se seguisse outra doutrina, poderiam ser iludidas as legítimas expectativas dos interessados e locupletar-se até uma das partes a expensas da outra sempre que, na divisão do prédio, sob o ponto de vista do valor que a cada uma das partes seja atribuído, se tivessem em consideração, embora a tal respeito não houvesse declaração expressa, os encargos que em qualquer delas se achassem constituídos.

A nossa jurisprudência tem-se pronunciado no sentido de applicar o artigo 2274.º à divisão de prédios em consequência de partilha entre coerdeiros. E' de notar todavia que não tem sido sempre fundamentada do mesmo modo essa applicação, havendo quem considere êsse caso compreendido no artigo e quem êste julgue applicável por analogia ¹.

O uso da analogia é para nós duvidoso, tratando-se de uma restrição ou limitação ao direito de propriedade. Entendemos, porém, que o caso está compreendido no espírito do artigo, havendo assim, não uma applicação de lei por analogia, mas uma mera interpretação extensiva, que consideramos legítima. E assim

¹ Vejam-se os acórdãos da Relação de Lisboa de 24 de maio de 1911 e do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 1912, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 25.º, página 418 e volume 26.º, página 423, e o dr. Teixeira de Abreu, *Das servidões*, volume 2.º, páginas 125-136.

se entendem no citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em que se declara que «a disposição do artigo 2274.º é inteiramente applicável, por igualdade de razões, ao caso de um prédio se scindir nos dois, de que no mesmo artigo se fala, uma vez que fiquem as demais condições nele prescritas».

As dúvidas que podem, porém, suscitar-se, no caso de divisão do prédio, quanto à subsistência dos encargos estabelecidos anteriormente à divisão, aconselham a applicação rigorosa do disposto no artigo 740.º do código de processo civil, determinando-se no respectivo título, não só as servidões que devam ser constituídas de novo em virtude da divisão, mas os encargos que devem subsistir convertendo-se em servidões, quer se trate de partilhas entre coerdeiros, quer de divisão de prédio comum.

A declaração no respectivo documento a que se refere a última parte do artigo 2274.º pode ser, quanto à não subsistência dos encargos atestados por sinal ou sinais aparentes e permanentes, expressa, determinando-se directamente que ficam extintas determinadas servidões, ou consistir em alterações que no modo de ser do prédio sejam feitas ou tenham de effectuar-se em virtude dêsse título e que pressupunham a supressão de determinados encargos. É assim que, se num prédio houver uma servidão de passagem para outro pertencente ao mesmo proprietário e no título em que se transmitir êste prédio se declarar que êle ficará tendo servidão de passagem pelo mesmo prédio em determinado local, diverso daquele em que a servidão estava constituída, não poderá deixar de se entender que foi por êsse meio extinta a antiga passagem, embora se não faça esta declaração no documento, não sendo de presumir que para o mesmo

prédio se constituíssem duas servidões de passagem. Do mesmo modo, se num prédio urbano houver janelas que deitem sobre o pátio de outro prédio e na escritura de venda do prédio se declarar que o seu proprietário poderá conservar a janela que dá luz para a cozinha, entender-se há que foi intenção do alheador que o adquirente do prédio tapasse todas as outras janelas, deixando assim de ter servidão de vistas sobre o outro prédio.

Tudo depende, nestes casos, da apreciação do juiz, que deve decidir em vista das circunstâncias que neles se dão. O princípio que o deve orientar é êste: a servidão é atestada por sinal ou sinais aparentes e permanentes, é dêsstes sinais que se depreende a subsistência da servidão e, para que esta não subsista, é necessária declaração das partes no respectivo documento. O alcance de qualquer declaração que seja feita terá de ser determinado em vista das circunstâncias.

No artigo 2274.º fala-se *em sinal ou sinais... postos por êle, o proprietário, em um ou em ambos*. Não é rigorosa esta redacção do artigo, dando-se a mesma falta de rigor no artigo 693.º do código civil francês e em outros códigos que o tiveram como modelo.

Não hesitou todavia a jurisprudência francesa, como a nossa não tem hesitado também, em considerar indiferente que o sinal ou sinais, pelos quais se atesta a existência das servidões, tenham sido postos ou não pelo proprietário que o for ao tempo em que se dá a separação do domínio dos dois prédios. A circunstância única a que deve atender-se é se êsses sinais existem com carácter de permanência ao tempo em que se verifica essa separação.

Indiferente é também que o sinal ou sinais, não sendo embora anteriores ao tempo em que no mesmo proprietário se reuniu o domínio dos dois prédios, não tenham sido postos por êle, mas por qualquer arrendatário, por um usufrutuário ou por outra pessoa sem consentimento dêle. Desde que seja essa a situação de facto ao tempo em que se dá a separação dos prédios quanto ao domínio, não pode deixar de subentender-se que esta situação deve ser mantida, sempre que o alheador, tendo conhecimento dela, não dispôs o contrário no respectivo documento. Qualquer irregularidade que por ventura tenha havido na constituição do encargo que, pela separação dos prédios, se converte em servidão, não pode deixar de considerar-se sanada pelo silêncio do documento.

O legislador atendeu unicamente ao facto de haver sinal ou sinais aparentes e permanentes que atestem a servidão. E' nesse facto que, dado o silêncio do alheador, se basea a prova da servidão, e esta prova não poderá ser destruída alegando-se que o encargo constituído num prédio em proveito do outro foi estabelecido por quem para o fazer nenhum direito tinha, desde que o proprietário teve conhecimento do facto e nele consentiu.

Quando se seguisse outra doutrina, poderia ser iludida a boa fé do adquirente.

14. Servidões que se adquirem por prescrição. Preceituando-se no artigo 2272.º que as servidões contínuas aparentes podem ser constituídas por qualquer dos modos de adquirir, declarados no código, determina-se no artigo 2273.º que as servidões contínuas, não aparentes, e as descontínuas, aparentes,

ou não aparentes, também podem ser adquiridas por qualquer modo, excepto por prescrição.

No Projecto primitivo, o artigo 2447.º, correspondente ao artigo 2273.º do código, estava assim redigido: «As servidões contínuas e não aparentes, e as descontínuas aparentes, ou não aparentes, só podem ser adquiridas por título».

Um mero confronto entre estas disposições, os artigos 690.º e 691.º do código civil francês e a doutrina que acêrca da constituição das servidões pela prescrição era ensinada pelos nossos praxistas e juriconsultos anteriormente à publicação do código civil, evidencia-nos que o seu autôr não se inspirou nas tradições da jurisprudência pátria mas nos princípios que o código francês sancionou. Determinar o alcance das disposições exaradas neste código corresponde, pois, a reconstituir o pensamento do nosso legislador.

Sobre a aquisição das servidões por prescrição só havia nos costumes e na antiga jurisprudência francesa, como nota Planiol, divergências e confusão: «A regra mais notável, diz êste emérito professor, era formulada pelos costumes de Paris (artigo 186.º) e de Orléans (artigo 225.º) que proibiam inteiramente a aquisição das servidões pela prescrição, por mais longa que fosse, e formulavam a regra: *Nenhuma servidão sem título*. Esta regra era muito antiga em Paris. Encontra-se já no *Grand coutumier* (livro II, capítulo 38) e nos *Coutumes notoires* (capítulo 8), que são do século 14.»¹

Ao lado destes costumes, outros havia que admitiam sempre a prescrição.

¹ *Traité élémentaire de droit civil*, 2.ª edição, 1.º volume, página 606.

Os compiladores do código napoleónico, fundando-se na antiga distinção entre as servidões contínuas e descontínuas, aparentes e não aparentes, estabeleceram um meio termo entre os costumes que rejeitavam qualquer prescrição em matéria de servidões e os que a admitiam sempre, applicando a regra de que não há servidão sem título só às servidões descontínuas e às contínuas não aparentes.

Exigiu-se que as servidões fossem aparentes porque, fundando-se a prescrição na posse e sendo um dos requisitos desta a publicidade, só se considerou pública a posse nas servidões quando estas se patenteiam por meio de obras ou sinais. Não se manifestando a existência da servidão por meio de obras ou sinais, a posse será clandestina e portanto ineficaz para a prescrição.

Exigiu-se que as servidões fossem contínuas, não propriamente porque se considerasse impossível a continuidade da posse em servidões cujo conteúdo fosse um facto do homem, visto que estes factos se podem dar de modo normal e regular, mas porque se reconheceu que havia ordinariamente, na permissão de tais factos, o espirito de tolerância e não a sujeição a um encargo pelo qual se limitasse o direito de propriedade. E pensou-se sem dúvida em que, se as relações de boa vizinhança exigem que se dê a maior expansão ao espirito de tolerância, a lei que reconhecesse a prescrição em relação às servidões descontínuas constituiria um grave embaraço a essa expansão visto que, se um proprietário pode consentir que um vizinho passe por um prédio seu ou se utilize de uma fonte que nele brota emquanto tal consentimento não possa ser invocado para a constituição de uma servidão, já o mesmo não sucederá se por tais factos esta se puder adquirir.

Foram estas as razões que determinaram os compiladores do código civil francês a admitir a prescrição só para as servidões contínuas aparentes. Deviam ser as mesmas as razões que determinaram também o autor do nosso, tanto mais que a distinção entre as servidões contínuas aparentes e as contínuas não aparentes e todas as descontínuas já havia sido applicada em matéria de prescrição por Coelho da Rocha. Ensinava este juriconsulto que as servidões contínuas e aparentes podem provar-se pela prescrição acquisitiva de dez anos entre presentes e vinte entre ausentes, ou, na falta de título, pela de trinta anos «porque a repetição de factos, ou os vestígios atestam a origem e continuação da posse da servidão». Quanto às descontínuas e todas as não aparentes, dizia que, «como ou não dão absolutamente sinais de posse, ou mui equívocos, só poderão provar-se por posse imemorial».

E desenvolvendo em nota a matéria, declara que admite a prescrição imemorial para as servidões descontínuas e não aparentes seguindo os nossos praxistas, mas que o código civil francês, o da Sardenha e outros «para evitar as dificuldades de tais provas, não admitem que se constituam servidões contínuas não aparentes e as descontínuas quer sejam aparentes quer não aparentes, por outro modo, senão por título expresso» e, depois de confessar «que esta disposição é mais simples e mais conforme às regras da presunção», exemplifica com servidões contínuas e aparentes, contínuas não aparentes e descontínuas.

Vejamos os exemplos relativos às servidões contínuas não aparentes e às descontínuas.

«Quere o dono de um prédio inferior fazer uma obra que obriga o superior a tomar sobre si as águas da chuva, que até aí escorriam naturalmente para o

inferior, e de que este não fazia caso, porque em nada o prejudicavam; quere outro levantar a sua casa, ou abrir janelas em frente do vizinho, onde até aí as não havia: opõe-se este alegando a prescrição que nestes casos é *continua não aparente*. Para se fundar na prescrição não tem outro motivo a alegar, senão, que o vizinho nunca edificou, ou nunca abriu janelas naquele lugar. É fácil entender que este facto negativo não induz presunção de que elle renunciasse à sua liberdade de proprietário: se nunca levantou a casa, ou nunca abriu janelas, era porque não precisava, ou não o tentou. Alega outro a servidão de atravessar pelo prédio do vizinho, ou de ir tirar água ao seu poço, porque o tem feito muitas vezes: são servidões *descontínuas não aparentes*, quando se não mostra alguma obra especial para uso delas. Mas estes actos entre vizinhos permitem-se com tal facilidade, ou praticam-se com tanta indiferença, que é mais ordinário serem facultativos do que com ânimo de constituir servidão. Eis aqui porque nestes casos os legisladores francezes não admitiram a prescrição.

«Segundo a nossa opinião será necessário, que o que alega a prescrição, prove por testemunhas antigas, que sempre se praticou aquele facto, e sempre como direito obrigatório; porque, se o adversário convencer, que o facto principiou em tal ano, ou que em tal tempo se praticava, sim, mas *vi, clam, aut precario*, a servidão não procede»¹.

Reproduzimos estas passagens do notável professor não só porque nos indicam quais são as razões que determinaram a disposição do artigo 2273.º, mas porque, devidamente examinadas, representam a sua condenação.

¹ *Instituições*, tomo 2.º, § 599.

A crítica dos artigos 690.º e 691.º do código civil está feita em trabalhos doutrinários, e os tribunais francezes, considerando procedentes acções em que se invocam como fundamento do direito de propriedade factos por que apenas se poderia provar uma servidão, revelam do modo mais iniludível que são completamente inadmissíveis na prática as normas que regulam a aquisição das servidões pela prescrição. É assim que Planiol declara que o rigor do código teve praticamente um resultado inesperado: «Julgou-se a decisão da lei, diz elle, muitas vezes demasiado rigorosa para certos proprietários, que realmente tinham servidões cujos títulos não se encontram. Este inconveniente dá-se sobretudo para os *direitos de passagem* cuja origem é muitas vezes antiga e desconhecida. A jurisprudência descobriu um meio engenhoso de evitar que os proprietários percam os seus legítimos direitos. Não podendo reconhecer um direito de servidão adquirido por prescrição por quem passa há mais de trinta anos sobre o prédio de outrem, reconhece-o *proprietário do terreno utilizado por elle como caminho ou como atalho*. A lei impede-o de adquirir uma *servidão*; não o impede de adquirir a propriedade».

Baudry-Lacantinerie condena também a doutrina sancionada nos artigos 690.º e 691.º do código civil francês e reproduz o mesmo julgado a que se refere Planiol, cuja decisão considera uma consequência de a lei não respeitar direitos que se devem considerar legitimamente adquiridos¹.

Nas servidões descontínuas há posse contínua desde que os factos que formam o seu conteúdo se exerçam com regularidade e permanência, e, quando êsses

¹ *Précis de droit civil*, tomo 1.º, 11.ª edição, páginas 1021-1023.

factos se exerçam públicamente, não pode considerar-se clandestina essa posse só pelo facto de não haver sinais ou obras que revelem a existência da servidão. Não podem, pois, julgar-se inaplicáveis às servidões, quando sejam descontínuas aparentes ou não aparentes e contínuas não aparentes, os requisitos que na posse se exigem para a prescrição. E, como já temos ponderado, não é esta a principal razão que se invoca para fundamentar a disposição que não admite que tais servidões se adquiram pela prescrição.

Essa razão é que, nas servidões positivas, os factos praticados pelo proprietário do prédio dominante representarão, em relação ao proprietário do prédio serviente, uma mera tolerância, e, nas servidões negativas, a manutenção ou subsistência durante um tempo mais ou menos longo de um determinado estado de cousas será um acto meramente facultativo. E, quando tais factos assim devessem ser sempre interpretados, nenhuma dúvida haveria de que não constituíam posse (artigo 474.º § 2.º) e não podiam consequentemente, por mais prolongada que fosse a sua repetição, conduzir à prescrição.

A verdade, porém, é que tais factos nem sempre assim podem ser interpretados.

Como já notámos quando expusemos o conceito de servidões contínuas e descontínuas, aparentes e não aparentes, há situações objectivas que não podem deixar de se considerar completamente idênticas nas servidões aparentes contínuas e descontínuas, e, se aquelas se adquirem pela prescrição, também estas devem adquirir-se por esse meio. E, sendo certo que a equivocidade da posse desaparece desde que haja opposição não seguida e que, por outro lado, pode haver um título *à non domino* pelo qual se constitua

uma servidão descontínua, aparente ou não aparente, e contínua não aparente, e que esse título pode ser registado tornando-se assim, pela publicidade do registo, possível o conhecimento do ónus que pela servidão se constitui e provando-se pelo justo título a intenção com que se exerce o direito de servidão, o que se nos afigura mais razoável é que às servidões se apliquem os princípios gerais sobre a prescrição positiva.

E' indubitável que os factos que apenas representam um determinado modo por que o proprietário exerce os seus direitos nunca poderão ser invocados para prova da servidão. Para que, em relação aos poderes objectivos que o direito de propriedade condiciona, se dê qualquer limitação pela prescrição, necessário é que, pela posse, se constitua uma situação subjectiva incompatível com o exercício desses poderes. Ora esta situação subjectiva não pode resultar evidentemente do mero não exercício de poderes objectivos, visto que esse exercício é facultativo, como facultativos são os factos por que esse exercício se manifesta. Quem pretenda, pois, limitar esse exercício em virtude de um direito adquirido pela prescrição, há de provar que existiu uma situação de facto, durante o tempo e nas condições fixadas por lei, em virtude da qual se deu essa limitação. Ora esta situação tem de ser constituída sempre por factos positivos em que o seu autor se apresente como titular do direito de propriedade ou como titular de um direito de servidão. E' só assim que se constitui a posse, e, sem a posse, não pode haver prescrição positiva.

Do que deixamos dito se vê em parte qual o alcance da excepção que, em relação às servidões constituídas

anteriormente à publicação do código civil, se faz no artigo 2273.º § único. Esta disposição não pode aplicar-se às servidões meramente negativas, pois deve sempre haver posse para que pela prescrição se adquira direito à servidão. Quer se trate, pois, de servidões contínuas, quer de servidões descontínuas, elas devem sempre revelar-se pela prática de factos por parte do proprietário do prédio dominante em virtude dos quais essas servidões se tenham constituído.

Esses factos não constituirão ainda assim posse se a prática deles se puder atribuir a tolerância do proprietário do prédio serviente. No direito anterior ao código civil dominava, em matéria de posse, o mesmo princípio que o código civil sancionou: era necessário que, por parte do possuidor, houvesse o ânimo de ter a coisa como própria sempre que se tratasse da propriedade; ou como titular do direito respectivo sempre que se tratasse de uma servidão ou de qualquer outro direito por que se limitasse o direito de propriedade. Donde resulta que, em matéria de servidões, era necessário provar não só os factos por que se constituiu a servidão, mas que esses factos foram realizados como manifestação do exercício de um direito. É assim que, em relação a servidões descontínuas, sustentou a *Revista de legislação e de jurisprudência* que, «se ao tempo em que se publicou o código civil, era já imemorial a posse das servidões de empilhamento do estrume e da abertura do tanque e se puder provar não só essa posse mas que esta era exercida como um direito, deve considerar-se êste direito subsistente, não só em harmonia com o artigo 2273.º § único do código civil, mas em virtude do disposto no artigo 8.º do mesmo código. Quando não possa provar-se a posse imemorial e o exercício

dela nas condições referidas, os actos mencionados devem considerar-se como tendo a sua causa nas boas relações entre vizinhos e não representam a manifestação dum direito»¹.

¿Mas bastará provar estes factos?

Num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de julho de 1900² lê-se:

«Considerando que, alegando os recorrentes a posse imemorial para fundamentar o seu direito à servidão — atravessadouro — e julgando-a provada o acórdão recorrido, violou manifestamente o artigo 2273.º e § único do código civil, porque, não admitindo êste código a aquisição de servidões descontínuas por prescrição senão quando o forem, anteriormente à promulgação do código civil, conforme o uso ou costume das terras, mostra-se dos autos que os recorrentes não o alegaram nem provaram».

Se verdadeira fosse a doutrina dêste considerando, necessário seria que, para que se julgassem constituídas as servidões descontínuas e as contínuas não aparentes anteriormente ao código civil por prescrição, se alegasse e provasse a existência do uso e costume em harmonia com o qual se deu a prescrição. Tal doutrina representa, porém, uma interpretação pouco reflectida do § único do artigo 2273.º, como pouco reflectida foi a redacção dêste parágrafo.

O autor do nosso código civil, que traduziu do código civil francês os artigos 690.º e 691.º, inseriu a última parte dêste artigo, em que se diz: «La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir; sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les

¹ Volume 45.º, n.º 1898, página 85.

² Na *Revista de legislação e de jurisprudência*, volume 39.º, n.º 1691, página 368.

servitúdes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière», no § único do artigo 2273.º, não vendo que as tradições jurídicas do nosso país em matéria de aquisição das servidões pela prescrição eram muito diversas das que havia em França. Neste país eram diversos os costumes, como já notámos, a este respeito, havendo alguns que excluíam sempre a prescrição, outros que a admitiam sempre, e outros ainda que só a admitiam em determinadas condições. Compreende-se, pois, que o autor do código civil francês, querendo ressaltar os direitos adquiridos, se referisse aos usos e costumes que admitiam a prescrição e que considerasse legítimamente adquiridas por esse meio as servidões que, em harmonia com esses usos e costumes, se haviam constituído.

No nosso país não havia, porém, diversidade de usos e costumes. Era admitida pelos nossos praxistas a prescrição para as servidões descontínuas aparentes ou não aparentes e para as contínuas aparentes. Entre os nossos praxistas não se discutia se eram ou não susceptíveis de posse as servidões referidas. O que se controvertia é se estavam sujeitas a prescrição ordinária ou se só lhes aproveitava a posse imemorial¹. No nosso país foram as tradições romanistas que exerceram a sua influência em matéria de aquisição das servidões pela prescrição, não se formando cá, como se formaram em França, costumes, ao lado do direito escrito, em que se estabeleceram normas diversas das que vigoravam neste direito.

Ou se exigisse posse imemorial, opinião que domina na nossa jurisprudência posteriormente à publicação

¹ Veja-se o dr. Teixeira de Abreu, *Das servidões*, tomo 2.º, páginas 103-105 e os escritores aí citados.

do código civil, ou fosse suficiente a posse ordinária, é incontestável que no nosso antigo direito as servidões descontínuas e as contínuas não aparentes podiam ser adquiridas pela prescrição. As servidões assim constituídas representavam, pois, direitos adquiridos, e, para os ressaltar, desnecessário era que a tais servidões se fizesse referência, sendo aplicável ao caso sujeito o disposto no artigo 8.º, pelo qual a disposição do código civil, que não considera a prescrição como meio de adquirir as servidões descontínuas e as contínuas não aparentes, não tendo efeito retroactivo, não podia ofender situações subjectivas constituídas no domínio da legislação anterior.

Não sabemos se em algumas terras haveria usos e costumes com que os vizinhos se conformassem relativamente à prática de certos factos que se pudessem considerar representativos de servidões. O que sabemos é que a posse, embora imemorial, é sempre individual, que por ela se constitui uma situação subjectiva quando se admite como meio da prescrição e que os usos e costumes a que o § único do artigo 2273.º se refere só podem entender-se como constituindo direito objectivo, em harmonia com o qual a posse fosse meio de adquirir.

Sendo assim, vê-se que, anteriormente à publicação do código civil, não era necessário invocar os usos e costumes; tinha de se alegar e provar a posse ordinária ou a imemorial. E, desde que por esta se constituíam servidões descontínuas e contínuas não aparentes, as servidões assim adquiridas não podem deixar de se considerar ressaltadas pelo código civil. Exigir que se prove a existência do uso ou costume em harmonia com o qual se deu a prescrição, seria estabelecer, com efeito retroactivo, uma condição, que o nosso direito anterior não exigia. Seria mais:

anular completamente o fim que o legislador teve em vista ao consignar no código o § único do artigo 2273.º, visto que, não havendo, ou sendo pelo menos desconhecidos, usos e costumes das terras relativos à aquisição das servidões, a prova de que a aquisição se fez em harmonia com elles seria impossivel.

O dr. Teixeira de Abreu, para evitar sem dúvida esta consequência do disposto no parágrafo citado, diz afigurar-se lhe «que o legislador português usou das expressões *uso ou costume* da terra como sinónimas de *prescrição*, caindo numa confusão que vem já de antiga data, pois até o nosso Almeida e Sousa contra ela se insurgiu nas suas *Notas a Mello*»¹.

Em face da redacção do parágrafo, julgamos inadmissível esta interpretação. E' indubitável que a disposição nele exarada se refere às servidões contínuas não aparentes e às descontínuas aparentes e não aparentes e, quanto a estas servidões, só no que respeita à sua aquisição pela prescrição. Foi nesta parte que o código civil alterou o nosso direito anterior e foi em relação a essa alteração que quis salvaguardar os direitos anteriormente adquiridos. Isto resulta, de modo iniludível, das palavras: *a disposição deste artigo não prejudicará as servidões adquiridas anteriormente à promulgação deste código*, pois tais palavras não podem deixar de aplicar-se às servidões adquiridas pela prescrição, único meio de aquisição que o código civil excluiu.

A palavra *adquiridas* não pode, pois, deixar de se referir à prescrição, devendo o parágrafo interpretar-se como se, em seguida à mencionada palavra, se dissesse *por prescrição, ou por este meio, ou pela posse*.

¹ Das *servidões*, tomo 2.º, página 115.

As palavras *uso ou costume das terras*, se por elas se quisesse exprimir a *prescrição*, não seriam precedidas do advérbio *conforme*, pois seria completamente incorrecta a dição *conforme a prescrição*. E incorrecto seria também, e completamente desarmonico com as nossas tradições jurídicas, que pelas palavras *uso e costume* se quisesse exprimir uma situação subjectiva. Por estas palavras apenas poderiam exprimir-se os factos por que essa situação subjectiva se constitua, quando esses factos representem *praxes* ou determinados modos de proceder a que se atribuam certos efeitos jurídicos, e as normas em harmonia com as quais certos factos adquirem determinada efficácia jurídica, isto é, o direito consuetudinário local.

Para nós foi este o sentido que o autor do nosso código civil, seguindo o código civil francês, attribuiu às palavras *uso ou costume das terras*, o que de modo algum significa que quisesse aplicar, no caso de não haver tal uso ou costume, a disposição que considera imprescritiveis as servidões descontínuas e as contínuas não aparentes às servidões constituídas anteriormente à publicação do código civil.

Não foi este o pensamento do autor do código, sendo, pelo contrario, o intuito de respeitar essas servidões que o levou a inserir no código aquella disposição. A correcção do texto não autoriza a nosso ver que se ponha de lado o espirito da lei deixando de reconhecer como legitimamente constituídas pela posse, anteriormente à publicação do código civil, as servidões descontínuas aparentes ou não aparentes e as contínuas não aparentes.

Não nos referiremos agora ao modo por que pode provar-se a posse ordinária e a posse imemorial anterior ao código civil. Já dissêmos a esse respeito o que julgamos necessário a propósito do § único do

artigo 438.º, sendo aqui applicáveis as mesmas considerações que então fizemos ¹.

A prescrição das servidões contínuas e aparentes, únicas que por este meio podem ser adquiridas, applicam-se os princípios gerais. Esta applicação, que derivaria já do disposto no artigo 2272.º, é confirmada pelo artigo 530.º, em que expressamente se declara que as disposições dos artigos precedentes, que tem por objecto a prescrição dos imóveis e direitos imobiliários, só podem ter excepção, com relação à prescrição dos direitos imobiliários, nos casos em que a lei expressamente o declarar.

Sendo applicáveis os princípios gerais à prescrição das servidões, vê-se que as condições que na posse se requerem para a prescrição e o tempo em que, segundo as condições da posse, a prescrição se verifica, são os mesmos nas servidões que na aquisição da propriedade. E' assim que, sendo a servidão titulada e de boa fé e achando-se registada a sua posse, será de cinco anos o prazo da prescrição; se, nas mesmas condições quanto ao título e boa fé, tiver sido registado o título de aquisição, o prazo será de dez anos; não sendo a posse titulada ou de boa fé, mas estando registada a mera posse ou o título de aquisição, será, no primeiro caso, de quinze anos, e, no segundo, de vinte; havendo justo título e boa fé, mas não havendo registo de mera posse ou do título, o prazo da prescrição será de quinze anos (artigos 526.º-528.º).

O encargo que, como acto de tolerância ou vinculo de obrigação, se constitua num prédio, embora em proveito de outro prédio, nunca dará posse que seja

útil para a prescrição. Assim, consentindo o proprietário de um prédio que noutro se abra uma janela que deite directamente sobre o seu prédio ou que neste se construa um aqueduto para conduzir as águas para outro prédio, mas sendo dado esse consentimento com a condição de que o proprietário a quem foi permitida a abertura da janela ou a construção do aqueduto tapará a janela ou obstruirá o aqueduto logo que elle o queira ou decorrido que seja um determinado prazo, a posse da janela ou do aqueduto nunca poderá ser invocada, quer pelo proprietário a quem foi feita a concessão, quer pelos seus herdeiros, para a prescrição.

E' uma posse precária.

Esta posse não poderá ser também alegada por quem adquire o prédio por título singular. Quando este desconheça, porém, o carácter da posse e comece a exercê-la como representando um direito seu, essa posse considerar-se há útil para a prescrição, tornando-se necessário consequentemente que o concedente use em tempo conveniente dos meios adequados para que não possa ser alegada a prescrição.

As principais dúvidas que em matéria de prescrição das servidões podem suscitar-se resultam de a posse poder ser exercida por quem não é proprietário do prédio dominante e de não se haver adquirido ainda, ao tempo em que se dá a reivindicação, o direito de alegar a prescrição. Quando haja direito adquirido à prescrição em relação ao prédio, não pode efectivamente, em nosso parecer, deixar de admitir-se que o adquirente do prédio terá direito à servidão constituída por esse meio. Elle fica sendo o representante do transmitente e, havendo este adquirido pela prescrição direito ao prédio, também por este meio podia

¹ Veja-se o 1.º volume, n.º 20, páginas 131-134.

adquirir quaisquer direitos inerentes ao mesmo prédio. Só pôde discutir-se, pois, se a servidão pode adquirir-se pelo mero possuidor do prédio dominante e se se transmite para o adquirente do prédio o direito de a alegar.

Sendo certo que a prescrição não representa um meio de aquisição derivada mas de aquisição originária e que, conseqüentemente, o proprietário do prédio não é, quanto à servidão, representante do possuidor e que não sucede no direito dele, não é menos certo que, do mesmo modo que fica constituído nos encargos que oneram o prédio e nos direitos a êle inerentes quem o adquire pela prescrição, também o proprietário, quando o reivindica, fica com êsses ónus e direitos. Tais ónus e direitos não são a conseqüência da transmissão do prédio de uma para outra pessoa, mas do facto de tais ónus e direitos representarem um acessório do prédio, cuja subsistência é independente da pessoa do proprietário.

Sendo assim, tanto podem constituir-se como extinguir-se as servidões emquanto sôbre o prédio dominante ou sôbre o prédio serviente existe apenas uma mera relação de facto. E esta consideração leva-nos a admitir que o proprietário de um prédio pode invocar a posse que se tenha constituído anteriormente à reivindicação.

Esta doutrina é tanto mais de aceitar quanto é certo que a lei, exigindo para a prescrição das servidões que haja obras ou sinais por meio dos quais elas se manifestem, pois que só as servidões continuas e aparentes se podem adquirir por êsse meio, de modo algum exige que essas obras ou sinais sejam postos pelo proprietário. Desde que haja portanto as obras ou os sinais e se exerça a servidão como representando um direito, começará a posse, que será exercida

como se as obras fossem realizadas pelo proprietário quando possua em nome dele quem as fez e que poderá ser alegada pelo proprietário quando quem fez as obras era um possuidor em nome próprio.

A doutrina que exige que o proprietário tenha pelo menos conhecimento das obras, funda-se em que só assim haverá por parte dele a intenção de possuir e em que tal intenção ou ânimo é completamente necessário para que haja posse útil para a prescrição.

Esta razão seria procedente se o proprietário tivesse de alegar uma posse exercida por êle. A verdade, porém, é que êle, em nosso parecer, tanto pode invocar a sua posse como a posse de um terceiro, desde que, em relação a êste, do mesmo modo que em relação a êle, se dêem as condições necessárias para a prescrição. Sendo assim, desnecessário é que tenha conhecimento das obras quando estas hajam sido feitas por outrem.

A doutrina que acabamos de expor acêrca da constituição das servidões pela prescrição applica-se às modificações pelas quais se agravem as servidões. Essas modificações, sempre que se prolonguem durante o tempo e nas condições necessárias para que haja a prescrição, representarão um direito adquirido para o proprietário do prédio dominante quando a servidão respectiva se possa constituir pela prescrição. Não sucederá o mesmo se, tornando-se necessário um título de aquisição, dêste mesmo título constem as condições em que a servidão deve ser exercida, determinando-se por êle o seu conteúdo ou extensão. Neste caso, as mesmas razões que obstam à constituição da servidão pela prescrição impedem que esta se agrave por êsse meio, não podendo um determinado

modo de ser da servidão ser alegado senão para interpretar o título que a constituir.

15. Servidões legais; factos por que se constituem. Nas servidões legais que representam uma limitação excepcional ao direito de propriedade torna-se necessário um título pelo qual imediatamente se constitua a servidão, determinando-se por esse título o conteúdo dessa servidão ou o modo por que deve ser exercido o respectivo direito. A lei apenas reconhece o direito a que se constitua a servidão, dá um poder objectivo, poder que se subjectiva no momento em que a servidão se constitui.

Para esta constituição é sempre suficiente o acôrdo dos interessados. É óbvio que, sendo reconhecido por lei um poder, se as pessoas a quem respeita a pretensão que dêse poder deriva a reconhecem espontaneamente, voluntariamente, nenhuma necessidade há de recorrer ao poder judicial para que, dando-se os pressupostos exigidos por lei para o exercício dêse poder, se cumpra a obrigação correlativa.

Assim, se os habitantes de um determinado lugar não tem próxima uma fonte donde se abasteçam de água para os seus gastos domésticos nem caminho público por onde vão buscar a água a uma corrente não navegável nem flutuável, poderá, por acôrdo entre a respectiva câmara municipal e o proprietário de um prédio marginal, constituir-se a servidão neste prédio, determinando-se nesse acôrdo a indemnização que deve receber o proprietário. O decreto n.º 5787 IIII (artigo 6.º §§ 2.º e 3.º), determinando que esta servidão só se dará verificando-se que as pessoas ou a povoação que a reclamam não podem haver água de outra parte, sem grande incómodo ou dificuldade, e

que as questões que a este respeito se levantarem serão resolvidas administrativamente pela câmara municipal, excepto no tocante a indemnizações, que serão liquidadas judicialmente, previne o caso de as partes interessadas não chegarem a acôrdo, não excluindo de modo algum que a servidão se constitua por este meio.

O que dizemos em relação a esta servidão é aplicável a quaisquer outras que, sendo facultadas por lei, tenham de se constituir por meio de um título.

E' por este título que a servidão se cria, que o poder legal relativo a essa constituição se subjectiva, sendo indiferente que, no caso de os interessados não chegarem a acôrdo, a constituição se faça por sentença judicial ou por deliberação ou decisão de qualquer côrpo ou autoridade administrativa.

Contra a doutrina exposta tem-se objectado: «A sentença do juiz não cria servidões, não poderia mesmo criá-las sem desvirtuar a função social do órgão de que emana. O poder judicial tem por única missão declarar e aplicar a lei aos casos occorrentes; não cabe nas suas atribuições dispor da propriedade individual, sob qualquer pretexto ou razão. E' esta a verdade hoje indiscutível no campo da ciência.

«Não pode, por isso, a servidão, que comporta sempre um desmembramento da propriedade, ser constituída pelo poder judicial.»

¿Onde se fundam pois as servidões estabelecidas por sentença?

«Na lei e só na lei. E' ela que estabelece as condições em que as servidões devem ser criadas, e o modo como devem sê-lo; ao juiz cumpre sómente declarar se na hipótese submetida á sua apreciação se verificam ou não essas condições»¹.

¹ Dr. Teixeira de Abreu, *Das servidões*, tomo 2.º, páginas 17-19.

Não cabe aqui a discussão sobre o fundamento e alcance da distinção entre as sentenças que tem por fim a verificação da tutela jurídica relativa a um determinado interesse já criado ou constituído, e as que tem por fim a realização desse interesse ou a sua constituição juntamente com a verificação das condições em que esse interesse pode ser criado ou constituído.

Aceitando a distinção, cumpre-nos apenas acentuar que o poder legal relativo à constituição das servidões legais só pode ser exercido, quando por parte do proprietário do prédio serviente haja opposição e sempre que na lei se não adoptem a esse respeito providências de carácter excepcional, pedindo-se em juízo, com o fundamento de que a lei dá direito a determinada servidão, que se dê cumprimento a essa disposição de lei, sendo o proprietário do prédio serviente condenado na constituição da servidão. O juiz, verificado o direito do autor e julgado conseqüentemente procedente o pedido, ordena que a lei se cumpra. Neste caso, a sentença não se limita a verificar que procede a pretensão do autor, não declara apenas que é ele o titular do direito cuja existência a lei reconhece; vai mais longe, ordenando que a lei se execute, criando-se uma determinada relação jurídica. Nesta parte a sentença não pode considerar-se apenas, em nosso parecer, um título executivo. Por meio dela concretizou-se, subjectivou-se um poder legal relativo à constituição de uma servidão. Essa sentença será o título da própria servidão, determinando-se por ela o seu conteúdo e modalidades.

Pela sentença executa-se coercitivamente uma norma legal, cuja execução podia efetuar-se por acôrdo dos interessados. É esta, a nosso ver, a função que em tal caso exerce a sentença.

Sendo assim, vê-se que as servidões legais podem constituir-se pelos mesmos modos por que se podem constituir as servidões voluntárias, pois por qualquer deles pode realizar-se o interesse que a lei tutela, impondo para a sua realização tais servidões. Pode conseqüentemente estabelecer-se por meio da destinação do pai de famílias uma servidão de trânsito para um prédio encravado, como pode estabelecer-se pelo mesmo meio ou pela prescrição uma servidão legal de aqueduto.

¿Mas poderá constituir-se a servidão de trânsito por meio da prescrição?

Esta pergunta parecerá descabida a quem, considerando as servidões legais constituídas por lei, veja nesta o título da servidão e exclua conseqüentemente qualquer outro meio de as adquirir, designadamente a prescrição. Desde que é a lei que estabelece a servidão, esta subsistirá enquanto vigora a lei, não sendo possível nem a sua aquisição pela posse, nem a extinção pelo não uso. É assim que no artigo 6.º § 4.º do decreto n.º 5787 III se declara imprescritível o direito ao uso da água para significar sem dúvida que, sempre que se dêem os pressupostos da lei, também não prescreve o direito à servidão de trânsito.

Não é, porém, nestes termos que a questão deve ser posta. A lei não constitui a servidão; faculta a sua constituição, derivando esta de um título. Sendo assim, é conseqüência lógica que temos de verificar se entre esses títulos há a prescrição.

Por esta, e em relação às servidões legais, podem dar-se os seguintes efeitos: a) desnecessidade de verificar judicialmente ou administrativamente se há ou não de facto os pressupostos para a servidão legal; b) desnecessidade de verificar se, tal como se acha constituída, a servidão representa, para o prédio ser-

viente, o mínimo encargo a que, para que se realize o interesse que o legislador teve em vista ao estabelecer a servidão, elle deve ficar sujeito; c) a isenção de qualquer indemnização que por este encargo fosse devida.

Sendo estes os efeitos que attribuímos à prescrição em relação às servidões legais, desnecessário será acentuar que, sempre que se verifiquem, quanto a estas servidões, os requisitos que para as servidões em geral a lei estabelece para que possam ser adquiridas pela prescrição, se dará a prescrição. E' assim que as servidões legais continuas e aparentes, como a servidão de aqueduto, poderão ser adquiridas pela prescrição.

A única dúvida que a este respeito pode suscitar-se é no que respeita às servidões descontínuas aparentes e não aparentes, como é a de passagem.

Para afirmar que, em relação a estas servidões, se deverá considerar a prescrição como meio legítimo de aquisição, poderá dizer-se que, sendo elas estabelecidas pela lei, quando tais servidões existam de facto não podem de modo algum attribuir-se ao *jure familiaritatis*, mas ao reconhecimento do direito do proprietário do prédio dominante.

Esta razão não poderia deixar de considerar-se procedente se, verificados os factos de que depende a constituição da servidão, pela posse apenas se estabelecesse o modo de ser dessa servidão. Em tal caso, pela posse interpretar-se-ia o título constitutivo da servidão, dando-se a esse título, pela prática, uma execução em que não poderia deixar de ver-se realizada a intenção das partes que outorgaram ou intervieram no título constitutivo da servidão.

Não se trata, porém, de determinar o modo de ser de uma servidão, mas sim do próprio título por que

a servidão se constitui. Ora, assim posta, parece-nos que não pode deixar de ser resolvida negativamente a questão se a prescrição é meio legítimo de adquirir as servidões legais, que não tenham os requisitos que na lei se exigem para poderem ser adquiridas por esse meio. A disposição dos artigos 2272.º-2273.º, em que nenhuma excepção se faz a tal respeito, leva-nos a esta conclusão, que é confirmada, em relação à servidão de passagem para prédios encravados, pelo artigo 2312.º, que expressamente manda aplicar os artigos citados como reguladores desta servidão.

§ 5.º — Exercício das servidões

16. *Como se determina em principio o uso e modo das servidões.* Encargo perpétuo estabelecido num prédio em proveito de outro prédio, a servidão não pode ficar dependente, quanto ao seu uso e modo de ser, da vontade do proprietário do prédio dominante ou da vontade do proprietário do prédio serviente. O principio que domina esta matéria é o da subsistência do encargo tal como foi constituído ou o da fixidez da servidão, não se admitindo modificações que não resultem de título idêntico àquele por que a servidão se pode constituir ou do exercício de direitos que, em casos nela previstos, a lei attribua ao proprietário do prédio serviente ou ao proprietário do prédio dominante.

Esta doutrina que Coelho da Rocha já havia sintetizado nesta fórmula: «Os direitos e obrigações resultantes da servidão devem ser regulados pelo título constitutivo»¹, foi incompletamente reproduzida no

¹ *Instituições*, § 601.

código civil, artigo 2275.º, em que se declara: As servidões estabelecidas por contrato ou por testamento, serão reguladas nos termos do respectivo título.

Há, como vimos, servidões constituídas por prescrição e por destinação do pai de famílias, e, em relação a estas, do mesmo modo que nas constituídas por contrato ou testamento, também se aplica o princípio de que serão reguladas nos termos do respectivo título. E' assim que, quanto às servidões constituídas por prescrição, se aplica o princípio *tantum præscriptum, quantum possessum*; quanto às servidões constituídas por destinação do pai de famílias, deve ter-se em vista a situação de facto existente ao tempo da separação dos prédios, e, se esta separação se der em relação a prédios que hajam sido adquiridos com a servidão já constituída anteriormente à separação quanto ao domínio, deverá atender-se ao título por que essa servidão se constituiu, considerando-se esse título como subsistente sempre que, desde a junção dos prédios no mesmo proprietário, não se haja feito qualquer modificação na servidão.

O princípio de que, constituída uma servidão, será regulada nos termos do respectivo título, não se considerou suficiente para resolver, por um lado, todas as questões que, quanto ao exercício da servidão, se podem suscitar, e, por outro lado, casos há em que a lei deve admitir, designadamente em proveito do dono do prédio serviente, que, não havendo prejuízo sensível do proprietário do prédio dominante, se façam determinadas alterações na servidão. E' por este motivo que em todas as legislações se estabelecem normas, já de carácter supletivo, já de carácter imperativo, relativas ao exercício das servidões, determinando-se pelas primeiras quais são os direitos do

proprietário do prédio serviente ou do proprietário do prédio dominante, na falta de declaração do título constitutivo da servidão, quanto ao modo por que esta deve ser regulada, e pelas segundas as modificações que na servidão constituída podem ser feitas.

Há a este respeito normas gerais e normas especiais para determinadas categorias de servidões, designadamente para a de aqueduto. Neste lugar trataremos das normas que regulam de um modo geral o exercício das servidões, notando que estas normas se aplicam também às servidões legais, qualquer que seja o título por que estas se constituam, sempre que na lei não se faça a este respeito excepção.

17. *Direitos e obrigações do proprietário do prédio dominante e do prédio serviente.* Os direitos do titular da servidão ou proprietário do prédio dominante podem exprimir-se pela fórmula de que essa servidão lhe faculta a prática de todos os actos que sejam necessários para o uso da servidão em relação ao fim para que esta foi constituída. Esta fórmula não é mais do que a aplicação às servidões do princípio relativo ao exercício de direitos consignado no artigo 12.º do Código civil: Toda a lei que reconhece um direito legitima os meios indispensáveis para o seu exercício, e está sancionada no artigo 2276.º, assim redigido: O dono do prédio dominante tem o direito de fazer no prédio serviente todas as obras necessárias para o uso e conservação da servidão, mas de modo que a não altere ou torne mais onerosa.

No título constitutivo da servidão podem indicar-se as obras que se julguem necessárias para o uso e conservação da servidão, e, em tal caso, é ao título que deve atender-se para ver quais as obras que o

titular da servidão pode realizar. Até neste caso, porém, terá de recorrer-se ao artigo 2276.º sempre que as obras indicadas no título constitutivo da servidão sejam insuficientes para o seu exercício, devendo em tal caso, com o limite estabelecido no artigo — não se alterar ou tornar mais onerosa a servidão, considerar-se o titular da servidão com o direito de, além das obras indicadas no título, realizar as que praticamente se reconheçam necessárias para o uso da servidão.

Variam estas obras conforme a natureza da servidão e a situação dos lugares, e, no caso de não haver a êsse respeito acôrdo entre o proprietário do prédio dominante e o do prédio serviente, compete ao juiz, tendo em vista especialmente o parecer dos técnicos, determinar quais as obras necessárias para o uso ou conservação da servidão.

O proprietário do prédio dominante tem o direito de fazer as obras, mas não pode ser compelido a realizá-las, excepto se a isso se tiver obrigado no título constitutivo da servidão pelo interesse que o proprietário do prédio serviente pode ter nessas obras, ou se, por falta das obras, o proprietário do prédio serviente sofrer um dano que deva considerar-se injusto, isto é, que o titular da servidão deva evitar, conservando a servidão em bom estado. E' assim que, havendo um aqueduto para a condução das águas, estando êsse aqueduto obstruído, resultando dessa obstrução a infiltração das águas no prédio serviente e sendo essa infiltração prejudicial, o dono do prédio dominante deverá remover o obstáculo ao escoamento das águas.

Não determina o nosso Código o tempo e modo por que devem realizar-se as obras. O principio que a êste respeito se deve ter sempre em vista é o de

que o proprietário do prédio serviente só deve sofrer os prejuízos que sejam necessária consequência da servidão e o de que, em relação a êsses prejuízos, não tem direito a indemnização alguma. Sendo assim, o tempo em que devem realizar-se as obras é aquêle em que, tendo em atenção o estado do prédio serviente e natureza delas, estas causem menor prejuízo, e, quando dessas obras resulte qualquer alteração no prédio serviente, deverá ser restabelecido o primitivo estado até onde êsse restabelecimento seja possível. A doutrina exposta pode considerar-se uma aplicação do principio sancionado no artigo 14.º

E' o dono do prédio dominante quem tem de realizar as obras necessárias para o uso e conservação da servidão, correndo por sua conta as respectivas despesas, salvo o caso de serem vários os prédios dominantes ou de o dono do prédio serviente também se utilizar da servidão. Relativamente ao caso em que haja vários prédios dominantes, preceitua-se no § 1.º do artigo 2276.º que todos os donos deles serão obrigados a contribuir, na proporção da parte que tiverem nas vantagens da servidão, para as despesas, do que só poderão eximir-se desistindo da servidão em proveito dos outros. A esta mesma obrigação fica adstrito o dono do prédio serviente quando também se utilize da servidão, em virtude do que se preceitua no § 2.º do mesmo artigo.

O dono do prédio serviente pode obrigar-se a custear as obras necessárias para o uso e conservação da servidão no seu título constitutivo. Prevê esta cláusula o artigo 2277.º, em que se declara que, se o dono do prédio serviente se houver obrigado no respectivo título a custear as obras necessárias, poderá eximir-se dêste encargo, abandonando o seu prédio ao dono do prédio dominante.

Trata-se de uma obrigação condicionada por um direito real — o da propriedade do prédio, obrigação que acompanha sempre o prédio e que, em harmonia com o princípio de que é permitida a renúncia a qualquer direito subjectivo, sempre que a lei a não proíba, deixará de existir no caso de abandono do prédio. Nem sequer é facultada ao dono do prédio serviente a renúncia ao direito de abandono do prédio para se eximir por esse meio do encargo de custear as obras necessárias para o uso ou conservação da servidão. Essa renúncia não o prejudicaria só a elle mas a todas as pessoas para quem o prédio serviente fôsse transmitido, vendo-se assim que tal renúncia não significaria a perda de um direito subjectivo mas a de um poder objectivo inerente ao direito de propriedade.

Consideramos inaceitável a argumentação de Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau contra a doutrina exposta, que é a seguida geralmente na jurisprudência francesa.

Dizem estes juristas que nada impede que a obrigação se dê um carácter meramente pessoal para o promittente; que, embora assim não fosse, a supressão pura e simples do direito de abandono é compatível com o carácter da realidade da obrigação, no sentido de que esta se impõe a quaisquer possuidores do prédio, que apenas não podem, dada essa renúncia, subtrair-se ao encargo, e que a servidão não representa por esse facto um encargo imposto ao dono do prédio serviente, pois que as pessoas que sucedam no prédio não ficam adstritas à servidão, mas apenas a custearem as despesas necessárias para o seu exercício ¹.

¹ *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*, página 862.

Posta nos seus termos mais simples, a questão limita-se a verificar se, dada uma determinada organização da propriedade e, em harmonia com ela, a existência de obrigações que por tal organização sejam condicionadas, estas obrigações podem revestir um carácter pessoal de modo que se possam efectivar em qualquer tempo e integralmente no património de quem venha a succeder no direito de propriedade. É basta enunciar assim a questão, para se ver que não é de modo algum defensável a doutrina de Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau.

Não há dúvida de que o proprietário que estabelece no seu prédio a servidão pode assumir a obrigação pessoal de efectuar as obras necessárias para a sua constituição e conservação durante a sua vida. Neste caso, não será applicável o disposto no artigo 2277.º, pois que haverá uma obrigação pessoal. A hipótese que neste artigo se prevê, completamente idêntica à do artigo 699.º do Código civil francês, é a de o proprietário haver assumido, como tal e não pessoalmente, o encargo de custear as obras. E' neste caso que tal obrigação acompanha o prédio e é neste caso que a lei admite que o proprietário se exonere da obrigação abandonando o prédio.

E notaremos de passagem que o artigo 2277.º do nosso Código não suscita as dúvidas que na jurisprudência francesa e italiana se levantaram sobre se só é permitido o abandono de todo o prédio onerado pela servidão, ou se é admitido o abandono da parte do prédio sobre que está constituída a servidão. No citado artigo do Código civil francês diz-se: *il peut toujours s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds au quel la servitude est due*. No nosso Código as palavras grifadas foram substituídas por *o seu prédio*, tornando-se

assim óbvio que o abandono só liberta o proprietário do prédio serviente da obrigação de custear as obras quando esse abandono tenha por objecto todo o prédio.

Parece que o autor do Projecto do código civil teve em vista o artigo 543.º do Projecto do código espanhol de 1851 acêrca do qual diz Goyena: «Este ponto, questionável em direito francês, deve deixar de o ser segundo o espírito e latitude que a comissão deu ao artigo pois que, tendo-se agitado a mesma questão, por esse motivo se escreveu o *seu prédio*. A servidão pesa *habitualmente* sobre todo o prédio, embora o seu uso ou exercício *actual* se concretize em lugar determinado para ser menos gravosa. Se assim não fosse, poderia muitas vezes tornar-se illusória a obrigação».

É esta a doutrina que, admitida a obrigação como inerente ao prédio, julgamos mais harmónica com os princípios. Do mesmo modo que a obrigação recai sobre todo o prédio, limitando o seu direito de gozo, também o encargo de custear as obras necessárias para a servidão, que representa um acessório da servidão e que onera do mesmo modo que esta o prédio, deve recair sobre todo êle.

Diz o artigo 2277.º *abandonando* o seu prédio ao dono do prédio dominante. O abandono é a perda voluntária do direito de propriedade sobre o prédio. Esta perda não representa, de per si, um título que possa ser invocado por qualquer pessoa, quere dizer, pelo abandono não se transfere a propriedade do prédio, nem pode transferir-se, visto que é um negócio jurídico unilateral. Pelo abandono, o prédio deveria ficar sendo uma coisa *nullius* e portanto apropriável pela occupação.

Em relação, porém, a bens imóveis, a occupação só pode dar-se nos termos em que a lei a admite, visto que a aquisição e transmissão desses bens está sujeita a formalidades especiais. Não pode, pois, qualquer pessoa, só pelo facto de o proprietário de um prédio declarar que o abandona, apropriar-se desse prédio pela occupação. O que pode é adquiri-lo pela prescrição, possuindo-o durante o tempo que a lei exige para esse feito.

Julgamos, porém, que nem a posse do prédio abandonado é garantida a quem não seja proprietário do prédio dominante. Nos termos do artigo 2277.º, o abandono do prédio considera-se feito, em virtude do encargo que sobre êle pesa e que determina o abandono, em proveito do proprietário do prédio dominante, só êle podendo invocar esse abandono. Para este, o abandono representa, pois, desde que entre na posse do prédio, um título que êle pode invocar até contra o antigo proprietário do prédio.

Para este, o abandono significa a perda definitiva do direito ao prédio desde que, entrando na posse dele o proprietário do prédio serviente em favor de quem o abandono se entende feito, se torne irretratável a vontade que pelo abandono se manifestou.

Atribuindo ao proprietário do prédio dominante o direito de fazer no prédio serviente as obras necessárias para o uso e conservação da servidão, o artigo 2276.º põe como limite a esse direito não se alterar ou tornar mais onerosa a servidão.

Pelos termos em que este artigo está formulado, parece que é proibida qualquer alteração na servidão, haja ou não prejuízo para o proprietário do prédio serviente. É assim que nesse artigo se diz *de modo que a não altere ou torne mais onerosa*.

¿O que deverá entender-se por *alteração* da servidão? Deverá assim ser considerada qualquer inovação que na servidão se dê?

A nosso ver, a alteração a que o artigo 2276.º se refere é a que respeita ao conteúdo da servidão, pretendendo-se por ela ampliar abusivamente esse conteúdo.

E' óbvio que, determinado no título constitutivo da servidão o direito que por ela pode exercer-se, qualquer questão que se levante quanto à extensão desse direito terá de ser resolvida por esse título, independentemente do prejuízo que no prédio serviente possa causar a extensão. Desde que o titular da servidão pretenda auferir por ela utilidades a que pelo seu título constitutivo, ou por qualquer modificação que nesse título se haja dado, não tenha direito, o proprietário do prédio serviente poderá opor-se a essa alteração.

E' assim que, tendo sido a servidão constituída para um determinado uso do prédio serviente, não poderá aproveitar-se essa servidão para outro uso. Se, tendo sido concedida servidão de passagem para um prédio urbano, se limitar no seu título constitutivo essa passagem para os usos domésticos do mesmo prédio, não poderá tal servidão ser aproveitada para quaisquer outros fins a que o prédio venha a ser destinado: Se a servidão de passagem tiver sido, porém, constituída de um modo geral, isto é, se não se limitar essa servidão a um determinado uso especificado no seu título, deverá em princípio interpretar-se este título, quanto ao conteúdo da servidão, como compreensivo, em relação ao prédio dominante, de quaisquer utilidades de que esse prédio seja susceptível. E' assim que essa servidão poderá ser aproveitada tanto para as necessidades de cultura do prédio como

para fins domésticos, quando nesse prédio venha a construir-se qualquer casa.

Constituída uma servidão, esta não se torna mais onerosa pelo facto de ser mais frequente, e, por outro lado, desde que no título constitutivo não se limitou o uso da servidão, deve entender-se que, sendo ela constituída em proveito do prédio dominante, pode ser utilizada para quaisquer necessidades deste prédio em harmonia com as modificações que nele venham a produzir-se ¹.

Estabelecida, porém, uma servidão em proveito de um prédio, não poderá ser utilizada para outros prédios que venham a pertencer ao proprietário do prédio dominante e que nele até se encorporem, embora não se agrave a servidão. Tal servidão tem como limite o proveito do prédio dominante. Não pode, pois, pelo seu próprio título constitutivo, ser aproveitada para outros prédios ².

E' necessário todavia ter em consideração a este respeito que só haverá alteração proibida na servidão quando esta seja aproveitada directamente por um prédio que a ela não tenha direito, não podendo o proprietário do prédio serviente opor-se a que a servidão seja aproveitada indirectamente para outros prédios. Assim, havendo uma servidão de aqueduto para um prédio, o proprietário do prédio serviente não poderá embaraçar o uso dessa servidão pelo facto de o proprietário do prédio dominante ceder as águas a um vizinho.

Esta cessão é posterior ao exercício da servidão, dando-se este exercício em proveito do prédio domi-

¹ Veja-se a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, volume 48.º, n.º 2007, página 299 e o acórdão da Relação do Porto de 7 de agosto de 1896, na *Revista dos tribunais*, volume 15.º, página 85.

² Veja-se a *Revista* citada volume 39.º, n.º 1692, página 372.

nante. O direito de disposição das águas pertence ao proprietário deste prédio, não se alterando a servidão só pelo exercício desse direito.

Limitada a servidão às utilidades para que se constitui, podem nessa servidão fazer-se quaisquer modificações desde que por elas se não torne mais onerosa. Não se altera neste caso a servidão, sendo o mesmo o seu conteúdo ou extensão. Assim, constituída uma servidão de aqueduto para um prédio por um cano de pedra e pretendendo o proprietário do prédio dominante substituir esse cano por um de ferro, o proprietário do prédio serviente não poderá opor-se a essa substituição.

O proprietário do prédio dominante pode fazer as obras necessárias para o uso e conservação da servidão. Em relação a uma servidão de aqueduto, entram sem a mínima dúvida nesse direito todos os trabalhos que se tornem necessários para a conveniente condução da água, e, para este efeito, não poderá deixar de se considerar como facultada a substituição de um cano de pedra por um tubo de ferro, desde que pela colocação deste tubo não se agrava, como é óbvio, a servidão. A servidão fica sendo a mesma, havendo apenas uma modificação no modo por que é conduzida a água ¹.

Não se altera também nem se agrava a servidão de aqueduto pelo facto de por este serem conduzidas mais águas do que aquelas a que o proprietário do prédio dominante tinha direito ao tempo em que se constituiu a servidão. Constituída a servidão de aqueduto e de modo permanente, deve entender-se, sempre que no título constitutivo dessa servidão não haja

¹ Veja-se a *Revista* citada, volume 47.º, n.º 1972, página 246.

qualquer limitação, que o proprietário do prédio dominante se pode aproveitar dela em benefício deste prédio para a condução de quaisquer águas a que tinha direito ao tempo em que a servidão se constituiu ou a que venha a adquirir direito. Trata-se sempre de uma servidão de aqueduto em proveito de um prédio e não é portanto alterado o conteúdo dessa servidão; por outro lado, desde que a servidão é permanente, não se agrava pelo facto de se tornar mais frequente, visto que desse facto não deriva prejuízo algum para o proprietário do prédio serviente ¹.

Também não agrava a servidão de esgôto o proprietário do prédio dominante que no seu prédio modifica ou altera a pia ou o cano destinado a receber ou a conduzir as águas, desde que o conteúdo da servidão fique sendo o mesmo.

Nesta matéria, o que deve ter-se sempre em vista é o princípio de que, podendo o proprietário do prédio serviente fazer as obras que se tornam necessárias para o uso da servidão, pode nessas obras fazer quaisquer inovações desde que o conteúdo da servidão fique sendo o mesmo e esta se não torne mais onerosa, isto é, desde que por esse facto não seja prejudicado o dono do prédio serviente.

O proprietário do prédio serviente pode por seu turno fazer no seu prédio quaisquer modificações desde que por elas não embarace o uso da servidão (artigo 2278.º). O princípio que domina esta matéria, é o de que o proprietário do prédio serviente pode gozar e fruir o seu prédio auferindo dele todas as utilidades que sejam compatíveis com o exercício do direito de servidão.

¹ Veja-se a *Revista* citada, volume 48.º, n.º 2018, página 460.

É assim que a servidão de passagem constituída num prédio não obsta a que o seu proprietário possa vedar o seu prédio pelo modo que julgar mais conveniente e colocar uma porta no ponto de passagem, desde que entregue ao proprietário do prédio dominante as chaves que a êste sejam necessárias para que possa utilizar-se da servidão quando lhe convier. Pode até o proprietário do prédio serviente utilizar-se da servidão, desde que êsse uso seja compatível com o exercício da mesma servidão pelo proprietário do prédio dominante. Neste caso ficará êle constituído na obrigação de contribuir para as despesas que se tornem necessárias para o uso e conservação da servidão.

O proprietário de um prédio onde haja uma servidão pode até, quando o exercício da servidão, com determinado modo, se torne para êle mais onerosa do que se o for por outro modo que seja igualmente cómodo para o proprietário do prédio dominante, pedir que a servidão seja modificada. No artigo 2278.º previne-se a hipótese de mudança da servidão, preceituando-se que, se a servidão, no sítio assinado primitivamente para uso dela, se tornar prejudicial ao dono do prédio serviente, ou lhe obstar a fazer reparos ou melhoramentos importantes, poderá ser mudada por êle, contanto que o dono do prédio dominante não fique prejudicado.

A mudança da servidão poderá tornar-se vantajosa para o proprietário do prédio serviente, designadamente na servidão de passagem e na de aqueduto, e não é suficiente, para que se considere procedente o pedido de mudança de servidão, que o proprietário do prédio serviente alegue que nessa mudança não há prejuízo para o proprietário do prédio dominante; deve alegar e provar que a servidão, no lugar primi-

tivamente assinado para uso dela, se torna prejudicial para o seu prédio, já danificando-o ou diminuindo as suas utilidades, já obstando a que se façam reparos e melhoramentos que aumentem essas utilidades.

Sempre que cumulativamente se dêem as condições de não haver prejuízo para o prédio dominante e de ser vantajosa para o prédio serviente, deverá efectuar-se a mudança da servidão, seja qual for o título por que ela se haja constituído e quer se trate de uma servidão legal quer de uma servidão voluntária. É indiferente que o lugar da servidão tenha sido designado no seu título constitutivo ou que a servidão haja sido constituída no lugar em que é exercida pela posse ou por destinação do pai de família.

Para se verificar se a mudança é útil ao proprietário do prédio serviente e não prejudica o prédio dominante, deverá atender-se ao estado de qualquer dos prédios ao tempo em que se requere a mudança da servidão, sendo por meio de vistoria que se deve verificar em que condições é admissível a mudança da servidão e as obras que, para que a mudança se dê sem prejuízo do proprietário do prédio serviente, se devem realizar. Estas obras serão feitas, visto que revertem em seu proveito, a expensas do proprietário do prédio dominante, e só quando as obras estejam concluídas é que produzirá efeito a sentença que decretar a mudança, devendo ser resolvidas pelo juiz, mediante vistoria prévia, as dúvidas que se levantarem sobre estarem ou não concluídas as obras nos termos prescritos na sentença (código de processo civil, artigos 552.º a 554.º).

O direito atribuído pelo artigo 2278.º ao proprietário do prédio serviente de mudar a servidão é um poder objectivo ou legal, não tendo eficácia jurídica qualquer cláusula do título constitutivo da servidão

pela qual se renuncie a esse poder. Esta doutrina deriva não tanto, como notam Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, de que é por motivo de interesse geral da propriedade que a lei faculta a mudança de servidão, como do facto de que, não sofrendo o proprietário do prédio dominante prejuizo algum com a mudança, não pode considerar-se legítima a sua opposição, a qual seria determinada unicamente pelo espírito de emulação, que a lei não deve reconhecer ¹.

18. Acções por que se efectivam as servidões. O exercício do direito de servidão, quando seja ameaçado ou contestado, torna-se efectivo pelos mesmos meios que o exercício de qualquer outro direito real. Quando o titular do direito de servidão tenha de recorrer a juízo para que lhe seja reconhecido esse direito, há de propor o que, desde os juristas romanos, se chama uma acção *confessória*. O proprietário do prédio sobre que abusivamente se pretenda estabelecer uma servidão, terá de propor uma acção *negatória*. Tendo denominações especiais, a estas acções applicam-se os mesmos princípios que às acções de reivindicação, sendo, como estas, de processo ordinário. A única especialidade que nestas há é relativa à prova.

Sendo a servidão um encargo constituído num prédio pelo qual se limita o direito de gozo do proprietário do mesmo prédio e presumindo-se, uma vez provado o direito de propriedade, que este é absoluto e que abrange os direitos especificados no artigo 2169.º, não tendo outros limites senão os que lhe forem assinados pela natureza das coisas, por vontade

¹ *Traité théorique et pratique de droit civil. Des Biens*, página 878.

do proprietário ou por disposição da lei, segue-se que, quem pretenda exercer um direito sobre coisa alheia, deve provar esse direito, tendo o proprietário em seu favor a presunção legal de que o seu direito é não só absoluto mas perfeito (artigos 2170.º e 2172.º).

E' assim que a lei determina, em relação às servidões, os modos por que estas se podem constituir, sendo necessário alegar e provar esses modos ou títulos constitutivos, quer se trate de uma acção que seja proposta por quem pretende exercer a servidão, quer se trate de uma acção proposta pelo proprietário. O que este tem de alegar e provar é o direito de propriedade.

Não é só no juízo petitório que pode tornar-se efectivo o exercício do direito de servidão, podendo recorrer-se também para este fim às acções possessórias.

Relativamente a estas acções há, porém, a limitação estatuída no artigo 490.º do Código civil, em que se declara que as acções mencionadas nos artigos antecedentes, que são as que tem por fim a manutenção ou restituição da posse, não são applicáveis às servidões continuas não aparentes, nem às descontínuas, salvo fundando-se a posse em título provindo do proprietário do prédio serviente ou daqueles de quem este o houve.

A disposição consignada neste artigo é um consequente do princípio formulado no artigo 2273.º Desde que as servidões a que se refere o artigo 490.º não podem constituir-se pela prescrição, sendo considerados os actos por que se pretenda demonstrar o exercício da servidão como sendo actos facultativos ou de mera tolerância e não se applicando a estes actos o conceito de posse, é lógica a consequência de que

esta não pode ser invocada, e, não o podendo ser, não tem cabimento a acção possessória. Desde que o direito se não pode fundar na posse, não pode o seu exercício legitimar-se por ela, pela presunção de que tal exercício corresponde ao direito.

Para êste efeito é necessário, como no artigo 490.º se declara, um título provindo do proprietário do prédio serviente ou daqueles de quem êste o houve. Por êste título, o carácter de equivocidade que há na posse deixa de existir, sendo essa posse o exercício do direito a que o título se refere. O título do artigo 490.º pode, em nosso parecer, ser um negócio jurídico, pode ser uma sentença judicial e pode ser a destinação do pai de família, quanto às servidões que por êste meio se podem constituir¹. Nunca pode, porém, ser a prescrição, visto que esta não representa um meio de aquisição derivada mas um meio de aquisição originária. As palavras *provindo do proprietário do prédio* significam que o titular da servidão a exerce como representante de um direito que pertencencia ao proprietário do prédio serviente ou à pessoa de quem o mesmo proprietário houve o prédio.

O principio de que não pode invocar-se a posse para o exercício das servidões descontínuas e contínuas não aparentes tanto se deve aplicar no caso em que o titular da servidão pretenda efectivar por êsse meio o seu direito propondo em juízo a competente acção, como naquêle em que por êsse meio se pretenda defender contra qualquer acção possessória

¹ O conselheiro Dias Ferreira diz que a palavra *título* designa evidentemente só o *documento escrito*, visto que há de *provir do proprietário* do prédio serviente ou daquele de quem êste o houvesse. Veja-se o *Código civil anotado*, tomo 1.º, 2.ª edição, página 348. Na servidão que se constitui por destinação o título é esta destinação e provém do antigo proprietário, não sendo título escrito.

que contra êle intente o proprietário do prédio serviente.

Em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de junho de 1912 julgou-se que o disposto no artigo 490.º do código civil não impede que o indivíduo que está de posse de uma servidão descontínua, ou contínua não aparente, alegue a sua posse como matéria de defesa em acção possessória contra êle intentada¹. Diz-se nesse acórdão: «Considerando «que, como se depreende do confronto do artigo 490.º «do código civil, com o artigo 2273.º do mesmo «código, aquêle artigo só proíbe que se intentem «acções possessórias que tenham por fim conservar «as servidões a que alude e não é essa a hipótese «dos autos, além de que seria absurdo o admitir que, «podendo os autores demonstrar na presente acção «que o réu não tinha direito a passar para as suas «propriedades pelo caminho em questão, êste não «pudesse defender-se demonstrando que tinha tal «direito».

Afigura-se nos que não é verdadeira esta doutrina. Desde que a posse não pode ser, nas servidões descontínuas e nas contínuas não aparentes, fundamento da acção, também o não pode ser da defesa, pela razão de que se considera que em tal caso não existe a posse. Os actos que podem alegar-se em defesa e que constituiriam posse serão considerados não como actos de posse mas como actos facultativos ou de mera tolerância. Esta jurisprudência, que não consideramos harmónica com os principios sancionados no código civil, tem todavia uma certa justificação perante as necessidades da prática.

¹ Na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 26.º, página 215.

Como já notámos, a disposição consignada no artigo 2273.º não é aceitável nos termos em que está formulada, pois casos há em que de nenhum modo podem considerar-se como sendo de mera tolerância os actos praticados pelo titular da servidão. Representará, pois, uma revoltante injustiça que da servidão seja privado, pelo menos temporariamente até que a questão se decida no juízo petitorio, quem legitimamente a tenha adquirido, só pelo facto de não poder apresentar ou alegar o título por que a servidão se constituiu.

Daqui o haver-se já adoptado entre nós o mesmo expediente que na jurisprudência francesa: alegar-se a posse do terreno sobre que a servidão está constituída, em vez de se alegar a posse da servidão. E' assim que, tendo-se alegado a posse pública, contínua e pacífica de uma serventia de pé e carro e pedido a manutenção nessa posse, o Supremo Tribunal de Justiça julgou a acção procedente: «Considerando que, não se tratando neste processo de uma servidão «descontínua, mas sim da turbação da posse do terreno com serventia de pé e carro, de que o A. está «de posse pública, contínua e pacífica há muitos anos, «e de colher o que se cria na mota e cômodo. . . »¹. Em nota a este acórdão, diz a *Gazeta da Relação de Lisboa* que elle merece o reparo «de ter sancionado «o expediente usado de evitar a questão de poder ou «não empregar-se o processo especial do artigo 493.º «do código de processo civil para manter a posse de «uma servidão descontínua. O autor, segundo parece, «alegou, não que tivesse a posse dessa servidão, mas «do terreno em que ella está constituída. A ser assim, «porém, não há *serventia* alguma».

¹ Na *Gazeta* citada, volume 23.º, página 52.

Anteriormente à publicação do código civil podiam adquirir-se, como já vimos, as servidões descontínuas e as contínuas não aparentes por meio da prescrição. Daqui a dúvida se a essas servidões se applica ou não a disposição consignada no artigo 490.º, isto é, se tais servidões podem ou não defender-se pela posse.

A *Revista de leg. e de jurisprud.* opinou pela afirmativa¹. Pronunciou-se em sentido contrário o conselheiro Dias Ferreira, que deu largo desenvolvimento a esta matéria, sem dúvida por causa das divergências que se estavam manifestando na nossa jurisprudência².

Nota elle que o código respeitou os direitos adquiridos, mas não os meios de fazer valer esses direitos, tendo assim os titulares das servidões adquiridas por prescrição anteriormente ao código civil e que agora não podem ser adquiridas por esse meio de recorrer à acção de processo ordinário. Entre o § único do artigo 2273.º e o artigo 490.º não existe incompatibilidade alguma, pois que aquelle respeita ao direito e este respeita ao processo, não se confundindo um com o outro.

Não nos parece procedente esta argumentação.

O principio a que deve atender-se é o de que, sempre que um direito pode ser adquirido pela posse, esta pode ser a manifestação desse direito, devendo consequentemente admitir-se a acção possessória.

O artigo 490.º não admite a posse para defesa das servidões que não podem por ella adquirir-se. E' lógico.

¹ Veja-se o volume 3.º, n.º 117, página 204, 6.º, n.º 286, página 404 e 18.º, n.º 890, página 87.

² Veja-se a obra e volume citados, páginas 346 e 347. Seguem a mesma doutrina o dr. Dias da Silva, *Processos civis especiais*, 2.ª edição, página 470 e o dr. Ribeiro de Magalhães, *Manual das acções possessórias*, 2.ª edição, página 58.

Mas esta lógica não existe quando as servidões se hajam adquirido por êsse meio. E assim como, no caso de posse titulada, se admite o título para mostrar que a posse pode ser a manifestação de um direito legitimamente adquirido, também no caso do artigo 2273.º § único parece que deve admitir-se, sempre que se alegue que a servidão já existia anteriormente ao código civil, a prova dessa posse e nas condições alegadas.

O que a nosso ver não pode nem deve admitir-se é que seja, sem que se possa defender, privado da posse, quem tenha o direito correspondente a essa situação de facto.

E' esta a doutrina que se nos afigura mais racional e a que, combinando o artigo 490.º com o 2273.º e tendo sempre em vista a teoria da posse, nos parece que está sancionada no nosso direito.

§ 6.º — Extinção das servidões

19. *Extinção das servidões pela confusão.* No artigo 2279.º enumeram-se os casos em que acabam as servidões, especificando-se em primeiro lugar a reunião dos dois prédios, dominante e serviente, no domínio da mesma pessoa. A reunião dos dois prédios na mesma pessoa tanto se pode dar sendo adquirido o prédio dominante pelo proprietário do prédio serviente, ou vice-versa; como sendo adquiridos os dois prédios por terceiro. Em qualquer destes casos deixa de existir, pela confusão, um dos requisitos fundamentais da servidão, o encargo imposto num prédio em proveito de outro prédio pertencente a dono diferente, requisito que deriva de não se poder admitir no gozo do direito de propriedade a

limitação que pela servidão se constitui desde que ao proprietário do prédio pertença o direito de servidão. E' óbvio que o proprietário do prédio não poderá efectivar contra êle próprio o direito de servidão, pois pode dispor livremente tanto dèste como do direito de propriedade.

Pode dizer-se que a confusão produz, em relação às servidões, o mesmo efeito que em relação aos créditos: paraliza o exercício do direito de servidão.

E assim se explica que, nos casos em que se anule ou seja rescindido o acto pelo qual se operou a reunião na mesma pessoa da propriedade dos prédios dominante e serviente, a servidão reviverá, como reviverá também no caso de evicção. Em qualquer destes casos, cessa a confusão com efeito retroactivo, considerando-se a servidão como subsistente durante o tempo em que existiu a confusão, como se esta se não houvesse dado.

A servidão pode reviver também quando se transmite o prédio dominante ou o prédio serviente para um terceiro. Neste caso, porém, o renascimento da servidão não é uma consequência do próprio acto da transmissão, tornando-se necessário que esta se verifique em determinadas condições para que se produza tal efeito. E' assim que, sempre que no título de transmissão se não faça referência à servidão, já pela determinação do seu conteúdo, já pela alusão ao título por que primitivamente se haja constituído, a servidão só reviverá se for aparente e tiver subsistido nos termos do artigo 2274.º. Neste caso, a servidão revive por destinação do pai de famílias e o título por que ela se haja constituído reviverá também, determinando-se por êle o conteúdo e modo da servidão, sempre que durante a confusão não se tenham dado alterações que devam considerar-se subsistentes por

representarem a situação de facto que, existindo ao tempo em que cessou a confusão, as partes tiveram em vista.

No n.º 1.º do artigo 2279.º regula-se o caso da reunião dos dois prédios, dominante e serviente, no domínio da mesma pessoa. Quando não haja a reunião dos dois prédios mas só de uma parte determinada deles ou de uma quota parte pela constituição da compropriedade, no primeiro caso a servidão subsistirá ou extinguir-se há nos mesmos casos em que subsistirá ou se extinguirá pela divisão do prédio dominante ou do prédio serviente, devendo aplicar-se a disposição consignada no artigo 2279.º, e, no segundo, a servidão subsistirá em proveito dos comproprietários do prédio dominante que não sejam proprietários do prédio serviente, ou limitar-se há por ela o direito desses comproprietários se o forem do prédio serviente.

20. Extinção das servidões pela prescrição. No n.º 2.º do artigo 2279.º preceitua-se que as servidões acabam pelo não uso durante o tempo necessário para haver prescrição.

Extinguindo-se a servidão pelo não uso, deixa de existir a limitação ao direito de propriedade que por essa servidão se estabeleceu. Não se pode dizer rigorosamente que haja, neste caso, a aquisição de um direito pela prescrição positiva, visto que o próprio direito da servidão deixa de existir pelo restabelecimento do direito de propriedade normal. E tanto assim é, que não se torna necessária a posse pelo proprietário do prédio dominante. O não uso do direito de servidão representa propriamente um dos factos por que o titular desse direito pode

renunciar a êle, renúncia que se torna definitiva desde que decorra o tempo necessário para a prescrição.

Ao contrário do que se dá com as servidões, a perda do direito de propriedade não pode resultar apenas do seu não exercício. Tal perda não é a consequência de uma prescrição meramente extintiva; é a consequência da prescrição positiva que se dá em proveito de terceiro que possui a cousa durante o tempo e nas condições necessárias para essa prescrição.

Sob êste ponto de vista, é portanto fundamental verificar se se trata de uma servidão, se de um direito de propriedade. Na lei não se estabelece, porém, o tempo durante o qual deve perdurar o não uso da servidão para que se dê a prescrição, ao contrário do que sucede no código civil francês, artigo 706.º, em que se declara que as servidões se extinguem pelo seu não uso durante trinta anos.

A questão que se debate na jurisprudência francesa — se as servidões podem extinguir-se pela prescrição de dez ou de vinte anos quando o prédio serviente seja possuído como livre da servidão por terceiro de boa fé e com justo título, não pode, a nosso ver, ser posta entre nós nos mesmos termos em que o tem sido pela doutrina e pela jurisprudência francesa. E' assim que a opinião dominante é a de que, estando formulado o artigo 706.º de um modo absoluto, declarando-se nele que a servidão se extingue pelo seu não uso durante trinta anos, esta disposição exclui a prescrição de dez ou de vinte anos¹.

Não se determinando no artigo 2279.º o tempo durante o qual se deve dar o não uso da servidão para que esta se considere extinta pela prescrição,

¹ Veja-se Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, *Des Biens*, página 899.

e declarando-se no artigo 530.º que as disposições relativas à prescrição dos direitos imobiliários só podem ter excepção nos casos em que a lei expressamente o declarar, a doutrina que se nos afigura mais conforme à lei é a que aplicar aos possuidores, pelo que respeita à extensão do direito de propriedade pela extinção das servidões, as normas relativas à prescrição positiva, sempre que se dêem as condições necessárias para esta prescrição.

É assim que, relativamente a terceiros que tenham adquirido o prédio serviente como livre, pode dar-se a prescrição em prazo mais curto do que o exigido pela lei para a extinção de direitos. Suponhamos que o proprietário de um prédio em que há a servidão *altius non tollendi* desconhece a existência desta servidão e levanta o prédio, não havendo a mínima opposição por parte do proprietário do prédio dominante durante o tempo exigido pela lei para que se dê a prescrição positiva. Entendemos neste caso que, se o proprietário do prédio o houver adquirido como livre, a prescrição poderá dar-se em dez, quinze ou vinte anos.

Neste e noutros casos idênticos, a prescrição não actua apenas como extintiva de um direito; actua também, pela posse, para a subsistência de um estado de facto que se prolongou durante o tempo que a lei exige para que por elle se adquira um direito.

No código civil francês determina-se, artigos 703.º e 704.º, que as servidões cessam quando as cousas se acham em tal estado que já se não pode usar delas e que revivem se as cousas são restabelecidas de forma que se pode usar das servidões, contanto que não tenha ainda decorrido o tempo suficiente para que se verifique a extinção da servidão, como se declara no artigo 707.º.

No nosso código civil não se especifica este modo de extinção das servidões, a que aliás se referia Coelho da Rocha, dizendo que as servidões se extinguem «pela extinção do prédio dominante ou do prédio serviente, ou se as cousas chegarem ao estado de «não se poder fazer uso da servidão. Porém revive, «quando o prédio for restituído, ou reedificado, se lhe «não obstar a prescrição»¹.

Não discutiremos já a influência que, em relação à extinção da servidão pelo não uso, pode exercer a impossibilidade deste uso. Queremos referir-nos apenas ao facto de o não uso da servidão se tornar impossível ou não se dar de facto por facto realizado pelo proprietário do prédio dominante, que não tinha o direito de fazer obras com as quais é incompatível, no todo ou em parte, o exercício do direito de servidão.

Na jurisprudência francesa applica-se o princípio de que a servidão reviverá se, antes de decorrido o prazo de trinta anos, as cousas forem restabelecidas no estado anterior. Entre nós, entendemos que se não pode applicar esta doutrina desde que se dêem as condições necessárias para que se adquira, pela prescrição positiva, o direito de conservar as cousas no estado em que se encontram.

Nas condições para que se encurte o prazo da prescrição entra sempre, posta de lado a mera posse com registo, o título de aquisição, que pode ser acompanhado de registo e de boa fé, ou só daquele, ou só desta. Desde que o possuidor do prédio serviente esteja vinculado pelo título por que se constituiu a servidão, quer por nele haver outorgado, quer como

¹ *Instituições*, § 602.º.

herdeiro, só poderá dar-se a extinção da servidão no prazo de trinta anos.

Sendo a servidão um direito real, não podem aplicar-se à sua extinção pelo não uso as normas relativas à prescrição negativa e encurtar-se consequentemente o prazo dessa prescrição, no caso de boa fé e só em virtude desta. A boa fé deveria dar-se no proprietário do prédio serviente, pela ignorância do ónus que sobre ele recaía; mas a libertação desse ónus, representando a ampliação dos seus direitos sobre o prédio, só pode dar-se quando haja as condições necessárias para a prescrição positiva.

Embora, pois, a extinção das servidões pelo não uso não seja rigorosamente uma prescrição positiva, parece-nos que é a esta prescrição que o nosso código civil se refere nos artigos 2279.º n.º 2.º, 2280.º e 2281.º. Sendo assim, é pelas normas relativas à prescrição positiva que deve determinar-se se há ou não o tempo para ela necessário, visto que o nosso legislador, ao contrário do que se estatuiu no nosso antigo direito, no código civil francês e noutros códigos, não fixou prazo certo decorrido o qual se extingam as servidões pelo seu não uso.

Ao contrário do que sucede com a sua aquisição, a extinção das servidões pela prescrição dá-se em relação a todas, não havendo, sob este ponto de vista, que fazer distinção entre servidões contínuas e descontínuas, aparentes e não aparentes. É, porém, importante a distinção entre servidões contínuas e descontínuas para a determinação do momento em que a prescrição começa a correr, preceituando-se a este respeito, no artigo 2280.º, que a prescrição correrá, nas servidões descontínuas, desde o dia em

que se deixar de usar, e, nas contínuas, desde o dia em que começar a interrupção da servidão.

A servidão descontínua, pressupondo um facto do homem que se tem de renovar incessantemente ou periodicamente, deixará de ser exercida desde o momento em que esse facto se não renove e nesse momento terá o seu início a prescrição. A dúvida que a este respeito pode suscitar-se é relativa às servidões que só se exercem em períodos determinados, e consiste em verificar se o tempo da prescrição corre desde que se deu o último uso da servidão, se desde o momento em que ela deveria ser usada de novo.

Na jurisprudência francesa domina a opinião de que o prazo da prescrição começa a correr desde o momento em que deve ser exercida de novo a servidão e não desde o último uso. Assim, havendo uma servidão de passagem de dez em dez anos para corte de madeiras, o prazo para a prescrição não correrá desde o último corte, mas desde que, tendo de fazer-se um novo corte, o titular da servidão deixou de exercer o seu direito de passagem pelo prédio serviente¹. Alguns juristas pensam que a doutrina contrária é a que melhor se coaduna com o texto do artigo 707.º, pois que, fixando-se nele o prazo de trinta anos desde o dia em que cessou o gozo da servidão, é sempre desde o último gozo efectivo que esse prazo se deve começar a contar².

Afigura-se nos que, não podendo a servidão ser exercida senão em períodos determinados, só deverá dizer-se que o titular da servidão deixa de a exercer no momento em que, podendo usar dela, não usou.

¹ Veja-se Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, volume 12.º, n.º 1013, e Laurent, *Traité de droit civil*, volume 8.º, n.º 307.

² Veja-se Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, *Des Biens*, página 892.

É desde este momento que pode entender-se que ele renunciou ao seu direito, não devendo, para este efeito, computar-se o tempo decorrido desde o último exercício efectivo, visto que, sendo a servidão periódica, esse não exercício nenhuma eficácia pode ter para a prescrição.

Nas servidões contínuas, que se exercem de per si ou sem facto actual do homem, o não uso só pode dar-se quando se produz qualquer facto contrário à servidão ou pelo qual esta é interrompida. Esta interrupção pode resultar, se a servidão é afirmativa, de um obstáculo material em virtude do qual cessa a servidão, como a obstrução de um aqueduto, e, sendo a servidão negativa, da realização de quaisquer obras pelas quais se viola a obrigação de não fazer que incumbe ao proprietário do prédio serviente, como, por exemplo, havendo a servidão de vistas ou *altius non tollendi*, a construção de um edificio a distância do prédio dominante inferior à que por lei é exigida ou o levantamento do edificio.

É indiferente que o acto pelo qual se dá a extinção da servidão seja realizado pelo proprietário do prédio serviente ou por um terceiro.

No código civil francês, artigo 707.º, diz-se *un acte contraire à la servitude*, entendendo a jurisprudência que se torna necessário, para que a prescrição comece a correr, um facto material pelo qual se produza uma modificação no estado dos prédios de que resulte o não exercício da servidão, não sendo suficiente para tal efeito qualquer protesto do proprietário do prédio serviente ou a notificação por ele feita ao proprietário do prédio dominante com proibição formal de exercer a servidão. Estes actos representam uma manifestação da vontade e não actos contrá-

rios ao uso da servidão, actos que obstem ao exercício efectivo do direito ¹.

A mesma doutrina deve ser seguida em face do nosso código civil. A *interrupção* da servidão não pode deixar de significar o seu não exercício efectivo. Não podem, pois, considerar-se como actos interruptivos da servidão os mesmos que interrompem a prescrição.

Estes actos podem dar-se para que, tendo começado a correr a prescrição, o proprietário do prédio dominante torne efectivos os seus direitos obstando a que a prescrição se complete, mas nenhuma eficácia tem para a interrupção da prescrição.

Tem-se discutido se, quando seja em virtude de caso força maior que se deixe de usar ou se interrompa a servidão, deverá contar-se o tempo para a prescrição.

O conselheiro Dias Ferreira, seguindo a doutrina que havia ensinado Correa Telles ², sustentou que, se o não uso da servidão for devido a caso de força maior, não começa a correr a prescrição, declarando que é essa a disposição do n.º 3.º do artigo 545.º do Projecto do código civil espanhol, que é também o que dispõem os artigos 703.º e 704.º do código civil francês, e que, se o nosso legislador não sancionou expressamente esta doutrina, foi pelo facto de a julgar compreendida nos princípios gerais de direito ³.

Como já notou a *Revista de leg. e de jurisprud.*, ⁴ a doutrina do Projecto do código civil espanhol e a do código civil francês não é a que o anotador do nosso

¹ Veja-se Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, *obra citada*, página 893.

² *Digesto Português*, livro III, artigos 494.º e 495.º.

³ Veja-se o *Código civil anotado*, tomo 5.º, 1.ª edição, página 60. Na 2.ª edição, não ventila a questão.

⁴ Volume 37.º, n.º 1628, página 530.

código lhes atribui. Nos artigos por êle citados determina-se que as servidões cessam, quando há a impossibilidade de usar delas, mas que revivem quando as cousas se restabelecem de modo que êsse uso seja possível, excepto se houver já decorrido um espaço de tempo sufficiente para que se presuma a extinção da servidão.

A linguagem daqueles códigos, quando dizem que as servidões cessam, é inexacta, pois que a impossibilidade de usar da servidão constitui um obstáculo ao exercício do direito e não a perda dêste, havendo apenas uma interrupção no seu exercício.

Esta impossibilidade pode ter efectivamente como consequência a extinção da servidão, quando se dê o não exercício dela durante o tempo exigido pela lei. E na jurisprudência francesa é quasi unânime a doutrina de que o artigo 704.º só faz reviver a servidão extinta pela impossibilidade do seu exercício, quando o uso dela se torne possível antes de expirar o prazo de trinta anos. E notam os juriscultos que, podendo o proprietário do prédio dominante obstar à prescrição do seu direito, de que é ameaçado pelo não uso forçado, mediante o reconhecimento voluntário ou judicial da servidão, não deve aplicar-se no caso sujeito o princípio *contra non valentem agere non currit praescriptio*¹.

Em face do nosso código civil é esta, a nosso ver, a única doutrina admissível. O legislador não considerou o facto de o uso da servidão se tornar impossível como causa de extinção da servidão, mas também não atribuiu a êsse facto efficácia especial quanto à prescrição. Tudo se resumê em verificar se a servidão

¹ Veja-se Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, *volume citado*, páginas 899 e 890.

foi ou não exercida durante o tempo necessário para a prescrição.

¿ Sobre quem recairá o ónus da prova de que a servidão se extinguiu ?

¿ Provando o proprietário do prédio dominante a servidão, mas havendo-se esta extinguido pelo não uso, será o proprietário do prédio serviente que terá de provar êste facto, ou será o proprietário do prédio dominante que terá de provar que exerceu a servidão ?

Atento o princípio de que tem de provar o facto quem o alega, é indiscutível que, nas servidões contínuas, alegada que seja a prescrição pelo proprietário do prédio serviente, quem terá de provar o facto que interrompeu a servidão e desde o qual começou a correr a prescrição é êle. O mesmo princípio deverá aplicar-se nas servidões descontínuas. Provado que seja, pelo título constitutivo da servidão, a existência do respectivo direito, há a presunção de que, uma vez exercido êsse direito, o seu titular se mantém na sua posse.

As servidões podem modificar-se pela prescrição. É assim que no artigo 2280.º § único se declara que, relativamente ao modo da servidão, a prescrição correrá nos mesmos termos.

A fonte desta disposição é o código civil francês no artigo 708.º, em que se formulou o princípio: «O modo da servidão pôde prescrever como a própria «servidão e da mesma maneira».

A doutrina sancionada neste artigo é devida a Domat que afirmou, interpretando erradamente as leis romanas: «As servidões perdem-se pela prescrição; ou são reduzidas ao que delas é conservado pela «posse durante o tempo necessário para prescrever».

«Com efeito, dizem Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, o direito romano consagrava uma regra muito diferente, que os outros autores do antigo direito tinham compreendido e seguido. Na verdadeira solução romana, a servidão não podia extinguir-se nem reduzir-se pela prescrição, quanto ao seu modo de exercício; a servidão conservava-se integralmente por qualquer uso, mesmo parcial; era necessário sómente verificar se se tinha querido constituir uma servidão comportando diversos modos de exercício ou várias servidões distintas; neste último caso, o exercício de uma das servidões não impedia a extinção das outras pelo não uso. Era uma solução mais jurídica do que a norma consignada no artigo 708.º; a servidão pode formar um direito único, posto que susceptível de proporcionar diversas utilidades; por conseguinte o uso, ainda mesmo restrito, do direito basta para assegurar a sua conservação, para desviar qualquer idea de renúncia ao benefício parcial deste direito. O artigo 708.º tem a seu favor a mera aparência de uma dedução lógica; um exame superficial fez acreditar que, se o não uso tinha como efeito a extinção completa, um uso restrito não assegurava senão uma conservação parcial do direito; julgou-se que o adágio *tantum praescriptum quantum possessum* devia aqui escrever-se *tantum praescriptum quantum non possessum*, que o direito prescrevia na medida em que havia deixado, por negligência, de ser exercido, esquecendo o verdadeiro fundamento da prescrição extintiva¹.»

A jurisprudência francesa, julgando inaceitável, em face dos princípios jurídicos e das necessidades

práticas, o princípio formulado no artigo 708.º, tem procurado reduzir as suas aplicações.

Assim, quanto às servidões contínuas, essa jurisprudência é unânime em considerar parcialmente prescrita a servidão positiva que, durante trinta anos, não tenha sido exercida nas condições determinadas no seu título constitutivo. O proprietário que, podendo abrir determinado número de janelas e de certas dimensões, sobre um prédio vizinho abre janelas em número e dimensões inferiores aos constantes do título, já não pode, decorrido que seja o prazo referido, abrir mais janelas ou aumentar as dimensões das existentes. O acto contrário, que se torna necessário para que a prescrição comece a correr, consiste, no caso sujeito, numa situação de facto que, provindo do proprietário do prédio dominante, é interpretada, pela sua subsistência durante determinado prazo, como significando o abandono parcial do direito; se provier de terceiro, e consistir num obstáculo material ao exercício pleno do direito de servidão pelo proprietário do prédio dominante, como a renúncia deste ao seu direito na medida do mesmo obstáculo; se emanar do proprietário do prédio serviente, não só há a mesma renúncia, mas uma ofensa directa ao exercício pleno do direito de outrem, uma usurpação deste direito; em que se pode fundamentar, pela prescrição positiva, a libertação desse prédio. Nas servidões contínuas negativas, os actos contrários à servidão, que representem a violação parcial dos direitos do prédio dominante e subsistam durante trinta anos, extinguirão também parcialmente a servidão na medida em que esta se não pode tornar efectiva. Se houver em favor de um prédio a servidão *altius non tollendi* e for levantado mais um andar em parte do prédio serviente, já não se poderá, decorrido que seja o referido prazo, fazer

¹ *Des Biens*, páginas 904 e 905.

demolir o andar, embora o proprietário do prédio dominante se possa opor a que se levante mais um andar na restante parte do prédio.

O título da servidão subsiste, mas foi modificado pela situação de facto que, tendo perdorado durante o tempo necessário para a prescrição, não pode ser suprimida.

Nas servidões descontinuas e no caso de haver uma só servidão que, segundo o seu título constitutivo, possa ser usada de vários modos, não se considerará extinta em parte a servidão sempre que, dependendo só do titular da servidão exercê-la no todo ou em parte, elle exerce os seus direitos em harmonia com o título e com as suas conveniências. Se houver num prédio uma servidão de carro e de pé, o facto de só se exercer a servidão de pé durante trinta anos não inibe o proprietário do prédio dominante, quando nisso tenha conveniência, de usar da servidão carral. Se a restrição no gozo pleno da servidão não é determinada, porém, pela exclusiva vontade do titular da servidão, mas por outra causa, deverá aplicar-se a disposição consignada no artigo 708.º. Assim, se houver uma servidão de pé e de carro, mas se houverem feito obras no prédio serviente em virtude das quais não pode efectivar-se a servidão de carro, a servidão extingue-se há parcialmente.

Planiol, afirmando que o artigo 708.º significa evidentemente que o *não uso parcial* tem o mesmo efeito extintivo que o *não uso total*, diminuindo a servidão na mesma extensão em que não foi exercida de forma que, uma servidão que só em parte tenha sido utilizada durante trinta anos, não poderá de futuro ser exercida em toda a sua plenitude, considera a distinção admitida pela jurisprudência como o reconhecimento de que a aplicação rigorosa do artigo

citado às servidões descontinuas levaria a resultados inadmissíveis¹. No mesmo sentido se pronunciam Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau².

É de notar que estes juristas, ventilando a questão de uma servidão ter sido exercida em condições diversas das que houverem sido estabelecidas no seu título constitutivo, modificando-se o lugar ou o tempo fixados para o seu uso, como se foi estabelecida uma servidão de passagem numa parte determinada de um prédio e foi constantemente exercida durante trinta anos noutra parte, ou se foi constituída uma servidão de presa desde as seis horas até ao meio dia e é exercida desde o meio dia até às dezoito horas, opinam que a servidão primitiva se extingue porque não foi exercida em harmonia com o título, e que o titular da servidão só poderá valer-se da prescrição positiva se a servidão for contínua, para se determinar pelo gozo efectivo as relações entre o prédio dominante e o prédio serviente. A distinção que a este respeito se faz também na jurisprudência francesa entre o caso de serem limitativas, imperativas, ou representarem um elemento essencial do direito de servidão, as condições para esta estabelecidas, caso em que a servidão se extingue sendo exercida de modo diverso, e o de tais condições terem uma importância secundária ou accessória, contendo apenas a indicação demonstrativa de um determinado modo de exercício da servidão, caso em que a servidão subsiste, é considerada por elles como inadmissível em face do artigo 708.º; embora afirmem que, teóricamente, é preferível a distinção admitida pela jurisprudência³.

¹ *Traité élémentaire de droit civil*, tomo 2.º, n.º 1913 e 1914.

² *Des Biens*, página 98.

³ *Obra citada*, páginas 909-911.

Mazzoni, interpretando o artigo 668.º do código civil italiano, que é a tradução literal do artigo 708.º do código civil francês, diz que com o não uso se extingue o modo da servidão, se esta for exercida de forma diversa da estabelecida. Assim, se durante trinta anos se não tiver usado da água nocturna havendo-se derivado de dia, perder-se há o direito à água nocturna. Pelo contrário, não se extingue o modo mais vantajoso da servidão por haver sido exercido um que o seja o menos. Assim, havendo o direito de passar por um prédio a pé, a cavallo ou de carro e exercendo-se esse direito durante trinta anos passando só a pé, não se perderá o direito de passar a cavallo ou de carro. Criticando a jurisprudência francesa, diz que, sendo mais aceitável, em face do princípio da indivisibilidade das servidões, a doutrina do direito romano, a diferença aparente entre esta doutrina e a sancionada no código civil francês consiste em que aquela admite um único modo nas servidões e esta, além de um modo originário, um novo modo, pelo exercício parcial.

E acrescenta: «Mas, reconhecendo-se isto, o artigo 688.º faz excepção ao princípio da indivisibilidade das servidões, admitido incontestavelmente pelos artigos 671.º e 672.º ou deve ser referido ao modo diverso ou ao uso de uma diversa servidão? Julgamos que é possível demonstrar a verdade da segunda proposição. Efectivamente, o artigo 666.º declara extintas as servidões *quando se não use delas*; o artigo 667.º fixa o começo nas servidões descontinuas desde o dia em que *cessou o uso*.

«Ora como pode afirmar-se que eu não use, que tenha deixado de usar da servidão de passagem, se, em vez de passar a cavallo ou de carruagem, atravesso o teu prédio a pé, que não use ou tenha

«deixado de usar da presa de água se, em vez de mil, me aproveito de cinquenta módulos?»

«A nova doutrina imporá o trânsito a cavallo ou de carruagem, para conservar com este modo a servidão de passagem. Mas vê-se que esta imposição não é séria. Donde, atendendo por um lado à origem confusa e errônea do pretendido novo princípio, e, por outro lado, à concorrência no nosso direito de todos os motivos que fundamentavam o antigo, e considerando a proeminência indiscutível deste sobre aquele, chegamos à conclusão de que o modo da servidão a que se refere o artigo 668.º se extinguirá se for diverso do indicado pelo título e não se for menor»¹.

A *Revista de legislação e de jurisprudência* pronunciou-se sobre a aplicação do artigo 2280.º § único a propósito de uma servidão de aqueduto que só havia sido exercida durante o verão e cujo titular pretendia exercê-la também durante o inverno. Procurando determinar o alcance do referido parágrafo, discutiu se o modo da servidão abrange tanto o exercício parcial quanto à *extensão* como quanto ao *tempo*, ou se abrange apenas o exercício parcial quanto à *extensão*, e foi de parecer que apenas se referia ao exercício parcial quanto à *extensão*, fundando-se especialmente em que o modo significa o exercício efectivo em determinadas condições, a forma desse exercício, podendo a servidão ser exercida durante certo tempo pelo modo estabelecido no título ou de modo diverso, e não

¹ *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4.ª edição, volume 3.º, parte 2.ª, página 298, notas 4 e 5.

podendo assim o *modo* confundir-se com o *tempo*, que no direito civil representa um elemento distinto do *modo* ¹.

A servidão que seja exercida em tempo diverso do constante do título não poderá considerar-se como sendo a servidão originária, pois o tempo não pode em tal caso considerar-se como sendo um elemento acessório; é um elemento essencial. E, se a nova servidão não puder constituir-se pela prescrição, extinguir-se há pelo não uso a primitiva e não haverá uma nova servidão. Neste caso, não se aplicará o disposto no artigo 2280.º § único, mas o artigo 2279.º n.º 2.º. Se a servidão for exercida de harmonia com o título fazendo-se dela um uso parcial mas não diverso, necessário é ter em consideração a doutrina sancionada no artigo 2280.º quanto ao começo do tempo para a prescrição, afim de se verificar a servidão se extinguiu ou não parcialmente. É assim que, tratando-se de uma servidão contínua, não é suficiente, a nosso ver, que a servidão haja sido parcialmente exercida de certo modo para que se considere extinto o direito a outro uso. É indispensável que tenha sido interrompida, quanto a este uso, a servidão. Se não houver esta interrupção, a servidão subsistirá nos mesmos termos em que haja sido constituída. Tratando-se de uma servidão descontínua, em que a prescrição se dá pelo simples facto do não uso, se é certo que o princípio da indivisibilidade das servidões nos leva a admitir como mais racional a doutrina sancionada no direito romano, o texto do § único do artigo 2280.º dificilmente se pode harmonizar com ela. Desde que, em relação ao modo da servidão, a

prescrição corre nos mesmos termos que em relação à servidão, parece que forçoso é concluir que a servidão se pode extinguir parcialmente, vindo assim a dar-se, pela prescrição, um novo modo da servidão. Não se visa na disposição citada a hipótese de diversas servidões constituídas pelo mesmo título, mas a de uma servidão que pode proporcionar utilidades diversas e em que, pelo facto de só em parte haverem sido aproveitadas durante o tempo necessário para a prescrição, se fixa pelo seu exercício efectivo o conteúdo, a extensão da servidão.

Como já notámos, para que subsista o direito de servidão basta o seu uso, sendo indiferente que a servidão seja exercida pelo seu próprio titular ou por qualquer outra pessoa que dele se considere representante. Este princípio é aplicado no artigo 2281.º e § único, em que se declara que, se o prédio dominante pertencer a vários proprietários indivisamente, o uso que um deles fizer da servidão impedirá a prescrição relativamente aos demais, e que se, por excepção legal, a servidão não puder prescrever contra algum dos proprietários dominantes, aproveitará o favor da lei a todos os outros.

Não consideramos estas disposições fundadas no princípio da indivisibilidade da servidão, mas no princípio referido de que o exercício da servidão obsta à sua extinção pela prescrição e de que, estando indiviso o prédio dominante, a servidão se mantém em favor do mesmo prédio. Ao tempo em que se dê a divisão do prédio dominante ou a partilha e desde que um dos comproprietários tenha exercido a servidão, esta considerar-se há subsistente em benefício de qualquer dos comproprietários ou de terceiro a quem o prédio seja adjudicado.

¹ Volume 47.º, n.º 1986, página 472.

21. *Extinção das servidões pela renúncia.* No artigo 2279.º n.º 3.º preceitua-se que as servidões se extinguem pela *renúncia* ou *cedência* do dono do prédio dominante.

Correa Telles especificou, entre os modos de extinção das servidões, o seguinte: «Se o senhor do «prédio dominante consente ao serviente fazer obra «incompatível com a servidão, tácitamente lhe remite «a dita servidão. Mas se o domínio daquele, que faz «tal remissão, for resolúvel, o seu sucessor pode «requerer a restauração da servidão»¹.

Coelho da Rocha ensinava que as servidões se extinguem «pela remissão, a) ou expressa, b) ou «tácita, quando o dominante consente obra, que o «prejudica»².

O autor do código civil, falando em *renúncia* ou *cedência*, confundiu dois negócios jurídicos de natureza completamente diversa.

A *renúncia* é um negócio jurídico unilateral; a *cedência* é um contrato, gratuito ou oneroso. Pela *renúncia* perde-se o direito independentemente de qualquer declaração de vontade por parte do proprietário do prédio serviente. Na *cedência* existe esta declaração.

Explica-se que o código se referisse à *renúncia* e à *cedência* visto que por qualquer destes negócios jurídicos se extingue a servidão, dando-se a normalização dos direitos do proprietário, desde que a *cedência* seja feita em benefício do proprietário do

prédio serviente. O regime jurídico, porém, da *renúncia* é completamente diverso do da *cedência*.

A *cedência*, como um contrato relativo a direitos imobiliários e por que se verifica a transmissão destes direitos, só pode ser realizado por documento autêntico na nota ou fora da nota conforme o valor desses direitos.

A *renúncia* pode ser expressa ou tácita, conforme existe ou não uma declaração de vontade que tenha por fim directo a extinção da servidão, ou a intenção de extinguir a servidão se deduz de factos incompatíveis com a sua subsistência.

Necessário é, neste último caso, que essa incompatibilidade se deduza necessariamente do facto, visto o princípio de que não se presume a *renúncia*. Assim, se o proprietário de um prédio que tem sobre outro a servidão *altius non tollendi* ou uma servidão de passagem, consentir expressamente em que o proprietário do prédio serviente levante a casa e pratique assim um acto contrário à servidão ou vede o prédio de forma que a servidão de passagem não possa ser exercida, entender-se há que renunciou ao seu direito de servidão. Não basta, porém, para esse efeito que elle não se oponha a que se façam as obras referidas. A não opposição não será considerada como consentimento para o efeito de se deprender dela a *renúncia*.

A *renúncia* só pode dar-se pelo titular da servidão e por ela não poderão ser lesados quaisquer direitos que terceiros hajam adquirido sobre o prédio dominante.

Tendo a *renúncia* um efeito extintivo da servidão e dando-se este efeito independentemente da vontade do proprietário do prédio serviente, que de modo algum pode constringer o dono do prédio dominante

¹ *Digesto Português*, tomo 3.º, artigos 497.º e 498.º.

² *Instituições*, § 602.º.

ao exercício da servidão, segue-se que basta provar o facto da renúncia para que a servidão se considere extinta, não se tornando necessária a prova da aceitação dessa renúncia para que a vontade que por esta se manifesta se torne definitiva ou irrevogável.

CAPÍTULO II

DA SERVIDÃO DE PRESA

§ 7.º — Conceito da servidão de presa

22. *A servidão de presa de água confundida com o direito à água e com a servidão de aqueduto.* O meio por que as águas se utilizam para os principais fins a que são destinadas consiste na sua derivação das correntes, fontes ou depósitos, e a essa derivação chama-se *presa de água*. Feita a derivação, a água é conduzida por canais, valas ou aquedutos, tornando-se por vezes necessário, para o seu conveniente aproveitamento, *represar a água*, e podem fazer-se, ao longo do canal, vala ou aqueduto, derivações secundárias, que podem considerar-se como constituindo, em relação ao aqueduto, outras tantas *presas*.

Considerada assim materialmente a presa da água, juridicamente pode representar ou não uma servidão, conforme a derivação da água é feita ou não em prédio alheio e em proveito de outro prédio.

É óbvio que, se se tratar da água de correntes e a derivação se fizer no próprio prédio para que a água se destina, ou noutro pertencente ao mesmo proprietário, não se tornando para esse fim necessário efectuar obras em prédio alheio, haverá o direito de presa da água, mas não o direito de servidão de presa. Se se tratar de uma fonte ou reservatório e forem feitas no próprio prédio em que a água brota ou se

acha estancada e pelo dono dêsse prédio as obras necessárias para a sua derivação, o direito de presa representará uma manifestação do seu direito de propriedade e não uma servidão constituída no seu prédio. Nos casos, porém, em que para a derivação das águas das correntes se tornem necessárias obras no seu leito ou nas margens de prédios pertencentes a outros proprietários, teremos então não só o direito de presa, mas a servidão de presa. Dar-se-há o mesmo se houver o direito de derivar as águas que brotem ou se achem estancadas em prédio alheio. A derivação das águas sobre que há o direito de propriedade representará materialmente um encargo constituído em prédio alheio e, se êsse encargo representar um benefício para outro prédio, haverá juridicamente um direito de servidão.

A servidão de presa, quando se relaciona êste direito com o facto material da derivação da água no ponto em que ela sai da corrente, fonte ou depósito, não pode deixar de considerar-se distinta da servidão de aqueduto. É assim que, segundo o disposto no artigo 463.º do código civil, reproduzido no artigo 122.º do decreto n.º 5787 III, quando o possuidor de um prédio sito, na margem de qualquer corrente, ao uso de cujas águas tenha direito, só puder aproveitá-las fazendo presa, açude ou obra semelhante, que vá travar no prédio de outro vizinho, e use do direito que, mediante prévia indemnização, a lei lhe faculta, realizando essa obra, constituir-se há a servidão de presa e não haverá servidão de aqueduto se a água for derivada directamente da presa ou açude para o prédio que por êsse açude se pretende irrigar.

Considerando-se a presa como o próprio facto da derivação, e relacionando-se esta derivação com o uso

da água que, sem solução de continuidade, é conduzida para o prédio ou local em que se aproveita, a presa e o aqueduto formam um todo. Para se determinarem, porém, as relações jurídicas que pela presa e pela condução da água se podem constituir, necessário se torna distinguir entre o direito de presa e o direito de aqueduto, entre a servidão de presa e a servidão de aqueduto.

Na noção que demos de presa, dissemos que esta consistia na derivação da água da corrente, fonte ou depósito. E assim compreendida que a presa se relaciona com o aqueduto, tornando-se necessário distinguir o direito de presa, já do direito de extrair ou apreender a água para gastos domésticos na corrente, fonte ou depósito, já do direito de numa corrente, fonte ou depósito se usar da água para determinados fins, como para bebedouro de animais. Neste caso, a água é utilizada directamente na corrente, fonte ou depósito, não havendo a derivação, e, no primeiro, separa-se deles, deixando assim de existir a relação de continuidade entre a água que se utiliza e a corrente, fonte ou depósito donde é extraída, mediante a sua derivação.

Esta distinção entre o direito de presa exercendo-se pela derivação da água por um aqueduto, direito por que se constitui o que técnicamente se chama servidão de presa, e o direito de utilizar directamente a água na corrente, fonte ou depósito, que tem como accessória a servidão de trânsito, era já conhecida dos juriconsultos romanos.

23. *A servidão de presa no direito romano não se considerava distinta do aqueduto. No direito romano, a servidão de aqueduto compreendia a presa, a con-*

dução da água e o escoamento, o que facilmente se explica atendendo a que todos êsses direitos se exerciam pela condução da água. Não deixaram, porém, os juriconsultos romanos de se referir ao facto da presa, embora como dependente do direito de aqueduto.

Dizendo que «*aquæ ductus est jus aquam ducendi per fundum alienum*»¹, consideravam êste direito como sendo não só o de condução da água, mas o de presa, declarando que «*aquæ ductus et haustus aquæ per eundem locum, ut ducatur, plurimis concedi potest*»² e que «*servitus aquæ ducendæ, vel hauriendæ, nisi ex capite, vel ex fonte, constitui non potest*»³.

Nestas passagens, embora se faça referência ao facto da derivação da água, que se exprime pelas palavras *haustus* e *hauriendæ*, considera-se êste facto como compreendido na servidão de aqueduto. A derivação e a condução da água representam o mesmo direito, não constituindo aquela uma servidão distinta.

A servidão *aquæ haustus* e a *pecoris ad aquam adpulsus*⁴, que eram computadas como a de aqueduto nas servidões rústicas, não correspondiam ao direito de derivação da água mas ao de apreender a água. É assim que, tratando-se do interdicto de fonte, se determina: «*Hoc interdictum proponitur ei, qui fontana aqua uti prohibetur. Servitutes enim non tantum aquæ ducendi esse solent, verum etiam hauriendi; et sicut discretæ sunt servitutes ductus*

¹ Digesto, 8, 3, 1.

² Digesto, 8, 3, 2, § 2.º.

³ Digesto, 8, 3, 9.

⁴ Digesto, 8, 3, 1.

«*aquæ, et haustus aquæ: ita interdicta separatim redduntur*»¹.

Constituindo a servidão *aquæ haustus* uma servidão distinta da servidão *aquæ ductus*, nenhuma dúvida há de que nesta se compreendia a servidão de presa como actualmente é entendida. E' terminante a êste respeito a seguinte passagem: «*Si fundo Seiano confinis fons fuerit, ex quo (fonte) per fundum Seiano num aquam jure ducebam, meo facto fundo Seiano manet servitus. Hauriendi jus non hominis, sed prædii est*»².

Vê-se não só que o direito de presa se considerava compreendido no aqueduto, mas que êsse direito só podia ser, como êste; constituído em proveito de um prédio.

24. Requisitos da servidão de presa. Entre os juriconsultos há divergências sobre a natureza jurídica do direito de presa.

Romagnosi distingue o direito de presa constituído sobre um prédio em proveito de outro prédio, que êle comprehende na servidão de aqueduto, do direito em que falta qualquer dêstes requisitos e que considera como uma relação de obrigação³.

Gianzana que, seguindo a orientação de Romagnosi, havia feito distinção entre o direito de água e a servidão de presa de água, chamando servidão a presa vinculada pelo título primordial a um determinado prédio, e direito de água o direito de a captar sem que o respectivo contrato tenha relação com um

¹ Digesto, 43, 22, 1, 1.

² Digesto, 8, 3, 20, §§ 1.º e 2.º.

³ Cit. por Alfredo Mazza, *Dei diritti sulle acque*, página 195.

determinado prédio, rejeitou depois, por falta de rigor, esta distinção, dizendo que o facto de a água estar ou não relacionada com um determinado prédio e ter assim ou não o carácter de direito real não pode ter no direito italiano importância alguma, porque o destino da água não exerce a mínima influência sobre a natureza ou carácter da servidão, que subsistirá sempre, na forma do título por que se constitui, sobre o prédio serviente.

Gianzana rejeita também a distinção feita por Dionisotti, que considerou a presa de água sob dois aspectos distintos, ou como um direito de propriedade, ou como um direito de servidão. Considerou a presa sob o primeiro aspecto sempre que por qualquer título contratual, oneroso ou gratuito, é concedida uma determinada água, no todo ou em parte, sem que a essa água se atribua um destino especial, relacionado com um determinado prédio. Considerou a presa de água sob o segundo aspecto, quando em virtude do contrato celebrado entre o concedente e o concessionário a água deve ser aproveitada num determinado prédio.

Rejeitando esta doutrina, Gianzana diz que, não se applicando no primeiro caso as normas reguladoras das servidões, nenhuma norma haveria que regulasse em tal caso as relações entre o concedente e o concessionário¹.

Esta questão está directamente relacionada com o conceito de servidão. Não se admitindo, como nós não admitimos, que o direito de servidão compreenda o de fruição, é óbvio que o direito à água

¹ *Teorica delle acque private*, no *Digesto Italiano*, volume 1.º, parte 1.ª, página 565.

que brote em prédio alheio não poderá considerar-se um direito de servidão. Sobre a água há o direito de propriedade; sobre a água não pode constituir-se um direito de servidão, desde que se considere a água como formando objecto do próprio direito e não o prédio em que ela brota, corre ou se acha depositada.

O direito de presa da água ou a sua derivação pode exercer-se em prédio alheio. Esse direito representa consequentemente um encargo constituído no prédio onde a água brota.

Quando a água que se deriva não esteja relacionada com determinado prédio, não se poderá considerar esse encargo como constituindo uma servidão propriamente dita, e, mesmo que esteja, poderão suscitar-se dúvidas a tal respeito, sempre que a utilidade que a água presta se possa considerar em separado do prédio dominante, não sendo uma utilidade que só por intermédio deste possa ser gozada e não constituindo assim uma servidão.

No caso em que haja direito à água que brota em prédio alheio, a água relaciona-se com o prédio e pode determinar a constituição de encargos nesse prédio para que o direito à água se torne efectivo. Estes encargos podem deixar de se relacionar com determinado prédio, mas tem a mesma natureza das servidões. Relacionam-se com o direito à água e considerar-se hão como acessórios deste direito, do mesmo modo que, se houver o direito de abastecimento de água cuja fonte fique dentro de um prédio, a servidão de trânsito será um acessório do direito à água, visto que este direito não pode exercer-se sem aquela servidão.

Sobre a água que brota num prédio pode haver o direito de compropriedade e ser o prédio objecto de propriedade singular. Neste caso, haverá a ser-

vidão de presa em favor dos comproprietários da água que não sejam proprietários do prédio onde ela brote.

Pressuposto o direito à água, a presa da água e a sua condução através do prédio onde ela brote serão consideradas como acessórios daquele direito. Donde resulta que, extinguindo-se o direito à água, o direito de presa e o de aqueduto não poderão subsistir. E, como já notámos e de novo teremos ensejo de verificar, podem ser diversas as normas que regulem o direito à água e o de servidão de presa e de aqueduto pelo que respeita à sua aquisição ou extinção.

Temos assim de distinguir o direito à água do direito de presa e de ver neste direito uma servidão sempre que a água, brotando ou correndo em prédio alheio, seja nele derivada.

25. Caracteres da servidão de presa. Para a determinação dos caracteres da servidão de presa de água fácil é a aplicação dos princípios gerais que expusemos sobre a classificação das servidões. Embora para a derivação da água se tornem necessárias obras, que tanto podem ser permanentes como transitórias, uma vez efectuadas essas obras, para a derivação não se torna necessário facto actual do homem, vendo-se assim que a servidão de presa é contínua e que pode ser aparente ou não aparente, conforme a derivação se revele ou não por obras ou sinais exteriores.

Ao contrário do que se dá com a servidão de presa, a servidão *aque hæustus* é uma servidão descontínua, pois a apreensão da água efectua-se por facto do homem.

§ 8.º — Adquirição do direito de presa

26. Adquirição do direito de presa; ideas gerais.
A aquisição do direito de presa applicam-se os princípios gerais, que já expusemos, sobre a aquisição das servidões quanto ao modo por que se pode dar esta aquisição. É assim que a servidão de presa se pode adquirir por negócio jurídico, pela posse e por destinação do antigo proprietário, sempre que, em relação a estes dois modos de aquisição, se verificarem os requisitos que, de um modo geral, são exigidos por lei.

Na servidões de presa que são impostas por lei, mas tais servidões não representam um encargo que derive da immediata applicação da lei, tornando-se para esse efeito necessário um negócio jurídico, uma sentença judicial ou concessão administrativa mediante os quais a servidão é constituída.

Em relação às águas públicas, sempre que o seu aproveitamento é facultado por lei ou concedido administrativamente, a constituição da servidão de presa ou de derivação pode considerar-se, em princípio, como sendo um consecatório do direito à água, visto que, se assim não fosse, tal direito não poderia efectivar-se. Nas águas particulares, sempre que por lei é facultado o seu aproveitamento ou expropriação, a servidão de presa representa também uma consequência necessária do direito à água.

No estudo que vamos fazer procuraremos determinar o modo por que se constitui o direito de presa tanto em relação às águas públicas como em relação às águas particulares.

Considerando-se águas públicas no decreto n.º 5787 III tanto as navegáveis ou fluviáveis como as não navegáveis nem fluviáveis, é todavia certo que é diverso o regime dessas águas e trataremos por isso em separado da servidão de presa nas águas públicas navegáveis ou fluviáveis e não navegáveis nem fluviáveis.

27. *Constituição da servidão de presa nas águas navegáveis e fluviáveis.* Os proprietários marginais das correntes navegáveis ou fluviáveis podem, para a irrigação dos seus prédios, aproveitar as águas dessas correntes, desde que pela sua derivação não prejudiquem os serviços da navegação ou da flutuação. Essas águas também podem ser aproveitadas, mediante licença, para fins industriais e, mediante concessão, para outros fins.

Relativamente a estes aproveitamentos, estatui-se no decreto 5787 III:

Art. 14.º Nos lagos, lagoas e correntes de água navegáveis ou fluviáveis, os proprietários marginais poderão montar livremente bombas e qualquer outro aparelho braçal ou de motor animal, para extrair água destinada à rega dos seus prédios, sempre que daí não resultem prejuízos à navegação ou flutuação.

§ 1.º A colocação de bombas e outros aparelhos com força motriz mecânica depende de licença do respectivo director dos serviços fluviais e marítimos, quando a sua montagem não exija obras que alterem o estado e disposição das margens ou do leito.

§ 2.º Se para a elevação da água tiver de recorrer-se à construção de obras que modifiquem as margens ou o leito, a licença depende dos ministros do

comércio e comunicações ou da agricultura, nos termos dos regulamentos.

Art. 15.º A derivação das águas públicas navegáveis ou fluviáveis por meio de levadas, canais ou obras semelhantes, só poderá fazer-se no regime das concessões estabelecido neste decreto.

Art. 16.º As licenças e concessões para aproveitamento das águas públicas navegáveis ou fluviáveis entender-se não sempre outorgadas sem prejuízo dos interesses da navegação ou flutuação, ficando os impetrantes e concessionários obrigados a modificar as obras que se reconheça afectarem aqueles interesses, sem direito a indemnização.

Art. 21.º Os estabelecimentos industriais localizados na proximidade das correntes e depósitos de águas públicas poderão, com licença da autoridade ou corporação que superintender nas respectivas águas, aproveitar as que necessitam para o seu uso industrial, sob condição de não alterarem ou corromperem as que não consomem e que tem de voltar à corrente, comunicando-lhes propriedades ou substâncias que as tornem insalubres e inúteis ou prejudiciais àqueles que igualmente tem direito ao seu uso.

Art. 23.º As administrações de caminhos de ferro explorados pelo Estado ou empresas concessionárias poderão aproveitar, mediante licença, as águas públicas necessárias à sua exploração, estabelecendo, para derivação e condução delas, a servidão forçada de aqueduto ou canalização em terrenos particulares, com prévia indemnização de seus donos liquidada judicialmente nos termos do título 3.º deste decreto.

Art. 53.º A publicação no *Diário do Governo* do decreto de concessão importa a declaração de utilidade pública e correlativo direito de expropriação nos prédios particulares e nas concessões de inte-

resse privado preexistentes, de quaisquer terrenos, oficinas, servidões ou outros direitos que sejam necessários para a execução das obras, represamento e derivação das águas, ficando a cargo do concessionário a liquidação e pagamento das indemnizações, nos termos da lei reguladora das expropriações por utilidade pública.

Vê-se destas disposições que, sendo concedido o aproveitamento das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis e tornando-se para esse efeito necessária a sua derivação por levadas, canais ou obras semelhantes, há o direito de constituir a servidão de presa, nos termos em que tiver sido feita a concessão, nos prédios que confinam com essas correntes.

Para a irrigação dos prédios marginais pode a água ser captada por meio de bombas e outros aparelhos, não sendo facultada a sua derivação por meio de levadas, canais ou obras semelhantes, para o que se torna necessária concessão. Não se exige, porém, concessão mas simples licença para a derivação das águas necessárias para caminhos de ferro, a qual poderá ser feita mediante aqueduto. Neste caso poderá a derivação fazer-se em prédio marginal havendo a servidão de presa no ponto em que se faz essa derivação.

¿ Terão o mesmo direito os donos dos estabelecimentos industriais localizados na proximidade das correntes ou lagos navegáveis ou fluviáveis, quando lhes seja dada licença para aproveitar as águas que sejam necessárias para o seu uso industrial?

Parece que tais estabelecimentos, sempre que não estejam instalados em prédios marginais, poderão conduzir as águas através destes prédios e realizar,

mediante prévia indemnização, nos mesmos prédios as obras que sejam necessárias para a condução das águas, visto que, se lhes não fora reconhecido este direito, nenhuma eficácia teria a disposição que os autoriza a aproveitar-se das águas.

Contra esta doutrina pode argumentar-se, já com o carácter restritivo que, representando uma limitação ao direito de propriedade, tem as servidões legais, já com o preceituado no artigo 20.º do citado decreto 5787, que, facultando para o aproveitamento da força motriz das correntes, mediante licença do governo, a instalação de máquinas nas correntes navegáveis ou fluviáveis, torna essa licença dependente de quem delas se pretende aproveitar ser dono das margens a que as atracções devem fazer-se ou de obter licença de quem o seja, já com o artigo 23.º, que não importaria para a derivação e condução das águas a servidão forçada de aqueduto ou canalização em terrenos particulares, se por ventura esta servidão se devesse considerar como sendo um consuetário do direito à água.

Há ainda a notar a exigência, para que os estabelecimentos industriais possam aproveitar-se mediante licença das águas das correntes navegáveis e fluviáveis, de que fiquem na proximidade destas correntes, circunstância que nos revela que o legislador não quis, sempre que nisso não houvesse interesse público ou privado que legitimasse a concessão das águas, onerar os prédios contíguos às correntes com servidões, que para esses prédios podem ser muito onerosas.

Donde parece dever concluir-se que os estabelecimentos industriais que, ficando na proximidade das correntes navegáveis e fluviáveis, não sejam instalados em prédios que fiquem contíguos às correntes

ou que pertençam ao mesmo dono dos estabelecimentos, não poderão aproveitar-se das águas das correntes estabelecendo a servidão de presa e de aqueduto, quando a tais servidões se oponham os proprietários dos prédios marginais. É óbvio que os proprietários destes prédios podem consentir que se estabeleçam essas servidões e que, quando êsse consentimento não seja dado por documento autêntico, pode pela prescrição positiva adquirir-se o direito à servidão, desde que esta seja aparente.

28. *A servidão de presa nas correntes não navegáveis nem flutuáveis.* Para se determinarem, em relação às correntes não navegáveis nem flutuáveis, os casos em que se faculta a constituição da servidão de presa nos prédios marginais, necessário é ter em vista os fins a que se destina a derivação das águas dessas correntes e se tal derivação representa ou não o exercício de um direito.

Trataremos, em primeiro lugar, da servidão de presa para a irrigação dos prédios marginais.

No artigo 17.º do decreto 5787 III preceitua-se que os donos dos prédios marginais das correntes não navegáveis nem flutuáveis poderão usar, para irrigação desses prédios, nos termos dos artigos 434.º e 436.º do código civil, das águas das mesmas correntes que não estejam concedidas, podendo aproveitá-las em qualquer parte da linha marginal, sem prejuízo dos direitos de terceiros legítimamente adquiridos à data da publicação deste decreto. Dependendo o novo aproveitamento da construção de açude, represa ou outra obra permanente, carece de licença do respectivo director dos serviços fluviais e marítimos, a qual só pode ser dada a título precário

e sempre sob a condição que subentende, posto que não seja expressa, de que não confere ao impetrante direitos contra as concessões que hajam de fazer-se nos termos dêste decreto.

Lendo-se êste artigo e tendo-se em vista as dúvidas que suscitaram os artigos 434.º e 336.º do código civil sobre se a derivação das águas podia ou não fazer-se em prédios superiores, pode parecer que o autor do decreto, como aliás seria justo, faculta a derivação das águas em prédios superiores, podendo assim constituir-se nestes prédios a servidão de presa e a de aqueduto para irrigação dos prédios inferiores, aproveitando-se as águas, mediante aquelas servidões, em melhores condições quer económicas quer agrícolas.

Basta ler, porém, o artigo 122.º § 2.º para que se veja que no decreto se sancionou a mesma doutrina que, segundo o nosso parecer, foi sancionada no código civil e nos decretos de 1 e de 19 de dezembro de 1892.

Preceitua-se no artigo citado: Quando o possuidor dum prédio sito na margem de qualquer corrente ao uso de cujas águas tenha direito, nos termos dêste decreto, só possa aproveitá-las fazendo presa, açude ou obra semelhante que vá travar na margem do prédio fronteiro, não poderá o dono dêste obstar à dita obra, uma vez que seja previamente indemnizado, se algum prejuízo daí lhe provier.

§ 1.º Os prédios urbanos não ficam sujeitos à servidão mencionada neste artigo.

§ 2.º A servidão de travamento de presa ou açude entre prédios superiores é inerente às concessões reguladas no título III dêste decreto, mas tão sómente nos termos e para os fins aí declarados pode ser imposta.

Não pode, pois, sempre que os proprietários dos prédios superiores nisso não consintam, constituir-se a servidão de presa ou de açude em prédios superiores para se tornar efectivo o poder legal que aos proprietários marginais é dado quanto ao aproveitamento das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis. Não é necessário que, para essa opposição, os proprietários dos prédios superiores invoquem o prejuízo que da presa ou açude resultará para elles.

A lei só impõe a servidão quando as águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis hajam sido concedidas.

Servidão legal para o uso das águas pelos proprietários dos prédios marginais, considerado esse uso como o exercício dum poder objectivo attribuído pelos artigos 434.º e 436.º do código civil, só há a de travamento no prédio fronteiro para a construção da presa ou açude.

Os estabelecimentos industriais localizados nas proximidades das correntes não navegáveis nem fluviáveis e as administrações dos caminhos de ferro explorados pelo Estado ou empresas concessionárias poderão aproveitar-se também das águas destas correntes nos mesmos termos em que podem aproveitar-se das águas das correntes navegáveis e fluviáveis. Os artigos 21.º e 23.º, em que se lhes faculta esse aproveitamento, falam de *águas públicas* e, no regime do decreto, tanto são públicas as águas das correntes navegáveis e fluviáveis, como as das não navegáveis nem fluviáveis.

Para a exploração dos caminhos de ferro, pode constituir-se a servidão de presa e de aqueduto através de prédios particulares. Não succede o mesmo

em relação aos estabelecimentos industriais. Para estes, não há a servidão legal de presa, salvo se houver concessão da água para algum fim de utilidade pública ou de interesse particular.

Escusado será notar que o aproveitamento pelos estabelecimentos industriais localizados na proximidade das correntes não navegáveis nem fluviáveis está dependente de haver ou não águas sobejas. Pelo regime do decreto 5787 III e enquanto não houver decorrido o prazo de dez anos desde a sua publicação, fixado no § 1.º do artigo 17.º, as águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis são destinadas principalmente para a irrigação dos prédios marginais.

Não se estabelecendo a servidão legal de presa nos prédios superiores para a irrigação dos prédios marginais inferiores, não há disposição alguma no decreto que obste a que, mediante consentimento dos respectivos proprietários, se estabeleça essa servidão. A obrigação de devolver as águas remanescentes ao leito da corrente dar-se há neste caso em relação aos últimos prédios inferiores irrigados de qualquer das margens da corrente.

No decreto previne-se a hipótese, artigo 77.º, de um proprietário ou grupo de proprietários, que possuam terrenos em situação de beneficiar com o aproveitamento, requerer concessões para tirar das correntes, nascentes ou outras águas públicas, canal ou levada destinados à rega, enateiramento e outros fins, e declara-se, artigo 78.º § único, que a área do aproveitamento, para os efeitos do mesmo decreto, é formada pelos terrenos em situação de serem beneficiados desde o ponto de derivação das águas até o da devolução das remanescentes ao leito da corrente.

Independentemente do regime das concessões, para o qual se estabeleceu esta disposição, afigura-se-nos que, por acôrdo entre os proprietários dos prédios marginaes, se pode, para o efeito da irrigação dèsses prédios, derivar as águas em prédios superiores e devolvê-las à corrente em qualquer ponto da linha marginal dos prédios inferiores comprehendidos na irrigação. Os proprietários marginaes inferiores de modo algum serão prejudicados, visto que as águas sobejas e as remanescentes são devolvidas à corrente em condições de aqueles proprietários delas poderem usar, e não há portanto motivo que proceda contra o aproveitamento das águas nas hipóteses referidas.

No artigo 121.º preceitua-se que os prédios regados que, por acto de divisão ou partilha, forem repar-tidos em glebas, continuarão a aproveitar a água que anteriormente lhes pertencia, estabelecendo-se as servidões de aqueduto ou rêgo que forem necessárias, sem indemnizações aos donos dos prédios servientes.

Esta disposição, que foi inserida no título v, em que se trata das *obras e servidões relativas ao uso das águas*, é, em nosso entender, applicável aos prédios marginaes das correntes não navegáveis nem flutuáveis que, em consequência da sua divisão, deixarem de o ser. Resolveu-se assim, no mesmo sentido em que interpretámos o código civil, a dúvida que êste suscitava sôbre se as glebas que não ficassem confinantes da corrente tinham ou não direito à água da corrente.

Atribuído êste direito a essas glebas, ficam elas tendo o direito de presa e o de aqueduto na gleba marginal.

São as servidões de presa a que acabamos de nos referir as que admite o decreto 5787 IIII relativamente ao aproveitamento da água para irrigação dos prédios confinantes com as correntes e dos que, em consequência de divisão ou partilha, deixarem deo ser, independentemente de concessão das mesmas águas.

No regime das concessões, o princípio a aplicar é o de que, dada a concessão, o concessionário fica tendo o direito de presa ou de derivação da água, quer se trate de aproveitamentos de interesse público, quer de aproveitamentos de interesse privado, e sejam quais forem as águas objecto da concessão.

São, porém, respeitantes especialmente às correntes não navegáveis nem flutuáveis os aproveitamentos de interesse privado. Referir-nos hemos aqui a estes aproveitamentos, determinando as condições em que para elles se pode constituir a servidão de presa.

Os aproveitamentos de interesse privado podem ter fins agrícolas ou industriais.

Nos artigos 77.º e 78.º estabelecem-se as condições em que se podem fazer concessões para fins agrícolas, dizendo-se que é lícito a um proprietário ou grupo de proprietários, que possuam terrenos em condições de beneficiar com o aproveitamento, requerer concessão para tirar, das correntes, nascentes e outras águas públicas, canal ou levada destinada à rega ou enateiramento, ou para colmatar ou dessalgar as suas terras, sendo inundadas ou salgadas, podendo fazer açude ou reprêsa em qualquer ponto do leito das correntes e estabelecer servidões de travamento e aqueduto sôbre prédios alheios para derivação das águas e devolução das remanescentes. O pedido de licença procede quando seja assinado pelos proprietários de dois terços, pelo menos, dos

terrenos compreendidos na área do aproveitamento, sejam ou não confinantes com os depósitos ou cursos de água, contanto que do refluxo não possa resultar prejuízo aos prédios superiormente situados e que inferiormente se restituam à corrente as águas remanescentes. A área do aproveitamento será formada pelos terrenos em situação de serem beneficiados desde o ponto de derivação das águas até o da devolução das remanescentes ao leito da corrente.

No artigo 79.º declara-se que, em idênticas condições, podem requerer o aproveitamento das águas públicas com aplicação à produção da energia para fins industriais:

1.º O proprietário que, possuindo oficina ou engenho hidráulico em exploração, empreenda aumentar ou transformar a produção da energia;

2.º O proprietário, associação ou empresa que possuam na área do aproveitamento terrenos em situação adequada para a instalação das fábricas ou oficinas, ou para a construção de tanques ou viveiros destinados à criação e engorda do peixe.

Quer tenham fins agrícolas, quer industriais, os aproveitamentos não serão concedidos, conforme se preceitua no artigo 80.º, quando sobre as águas pedidas haja direitos adquiridos por justo título nos termos da lei civil, os quais serão respeitados achando-se em efectivo exercício, salvo, porém, o caso de as águas serem sobejas e poderem ter cômoda divisão sem prejuízo da cultura já feita ou do engenho já construído.

Sendo a concessão requerida para fins agrícolas por dois terços dos proprietários, não poderá considerar-se legítima a opposição fundada em direitos adquiridos, desde que os prédios que teem tais direitos estejam compreendidos no perímetro da

concessão e lhes seja atribuída a água que até então aproveitavam, e também os mesmos direitos adquiridos não constituirão legítimo fundamento de opposição se, pedida uma concessão para fins industriais, tais direitos puderem ser compensados. Nos termos do artigo 84.º, deverá verificar-se se há direitos adquiridos que possam obter compensação e, desde que a possam obter, tais direitos não devem constituir obstáculo à concessão, e no artigo 85.º § 1.º determina-se que, existindo direitos adquiridos que, nos termos do artigo 80.º, tenham de ser respeitados e que possam conciliar-se com o aproveitamento requerido, far-se há desde logo a divisão da água, para o efeito de se marcar o volume que fica pertencendo aos prédios anteriormente regados, determinando-se o local e a forma de derivação.

No diploma de concessão indicar-se há (artigo 85.º n.º 2.º) o local onde deve ser construído o açude ou barragem, fixando a sua altura, ou o processo por que hajam de derivar-se as águas.

Todos os prédios que confinam com as correntes e, tendo de efectuar-se derivações secundárias, quaisquer prédios onde estas devam fazer-se ao longo do canal ou aqueduto, ficam sujeitos à servidão de presa, exceptuando as casas de habitação e os pátios, jardins e quintais que lhes forem imediatamente contíguos, os quais, segundo o disposto no artigo 81.º, ficam exceptuados da obrigação de dar as servidões a que se refere o artigo 77.º.

29. *A servidão de presa nas outras águas públicas.*
Os princípios que acabamos de expor acerca da servidão de presa nas correntes navegáveis e flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis são aplicáveis

às outras águas públicas, quer estas sejam pertencentes ao Estado, quer às autarquias locais. E' assim que, em relação às concessões de interesse privado, de que acabamos de nos ocupar, se preceitua nos artigos 88.º e 89.º 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, observando-se os regulamentos especiais que devem elaborar para a sua fruição e que, na falta de regulamentos especiais para fruição das suas águas, ficam os corpos administrativos obrigados a apropriar as disposições da presente lei.

E' assim que, podendo ser aproveitadas as águas que brotem ou nasçam em terrenos públicos, as águas sobejas de fontes ou reservatórios públicos e as águas de canais, valas ou aquedutos, haverá, com o direito de presa ou de derivação dessas águas, o de constituir a respectiva servidão. Desta servidão só são exceptuadas as casas de habitação e quintais, jardins, hortas ou pátios adjacentes a essas casas. Estes prédios só podem ser expropriados quando se trate de concessões de águas de interesse público se no inquérito se tiver demonstrado a impossibilidade material ou económica de realizar as obras sem utilizar os referidos prédios.

Em relação às águas sobejas das fontes, poços ou reservatórios públicos, declara-se no § 1.º do artigo 32.º que, emquanto lhes não for regulado o uso, poderão os proprietários vizinhos aproveitar as águas sobejas a título precário e de mera tolerância. Para este uso, a derivação das águas só poderá fazer-se, não sendo o prédio marginal, mediante consentimento do proprietário do prédio que o seja.

Em relação aos aquedutos, dispõe-se no artigo 120.º que, se a água do aqueduto não for toda necessária a seus donos e os donos dos prédios servientes quiserem ter parte no excedente, ser-lhes há concedida essa parte a todo o tempo em que a requeiram mediante prévia indemnização e pagando, além disso, a quota proporcional à despesa feita com a condução dela até o ponto donde a pretendem derivar.

Esta disposição é applicável, a quaisquer aquedutos tanto aos que sejam construídos pelo Estado ou autarquias locais, como aos que o sejam por particulares. Por ela faculta-se o direito ao aproveitamento da água sobeja. Mas deverá entender-se que, se a derivação só puder ser feita em prédio superior, poderá ser constituída a servidão de presa neste prédio?

Há a notar a este respeito que o Código civil facultava o aproveitamento da água a qualquer *outro proprietário*. Donde se concluía logicamente que a aquisição da parte no excedente se podia fazer a favor de proprietário que não fosse o do prédio serviente e portanto derivando-se a água por meio de aqueduto neste prédio. No decreto, porém, só se faculta esse direito aos donos dos prédios servientes, donde parece dever inferir-se que só estes podem utilizar-se da água derivando-a no seu prédio.

Relativamente às águas pluviais de barrancos, correntes e enxurros, preceitua o artigo 27.º que os donos dos prédios marginaes poderão construir barragens de terra e pedra solta, ou açudes móveis, para a derivação dessas águas, com prévia licença ou concessão, contanto que daí não resulte prejuízo aos prédios vizinhos, nem embaraço no trânsito dos caminhos públicos, e o artigo 28.º declara que essas águas poderão ser represadas, em albufeiras ou

depósitos permanentes, com licença do director dos serviços fluviais e marítimos, para serem utilizadas na irrigação ou colmatagem.

Pelo disposto no artigo 29.º e § único, quando a utilização das águas por meio destas obras tiver durado incontestada por espaço de vinte anos, os que delas se aproveitarem poderão impedir que os donos dos prédios superiores os privem dessa utilidade. Se, porém, utilizarem apenas parte das águas, não poderão impedir que outrem aproveite a porção superabundante.

A utilização das águas por meio de albufeiras ou depósitos permanentes pode ser feita em proveito de prédios marginais ou não marginais, visto que na lei não se estabelece a este respeito distinção, e poderá assim constituir-se a servidão de presa e de aqueduto, desde que o proprietário do prédio marginal nisso consinta, para aproveitamento e condução das águas pluviais. Decorrido que seja o prazo de vinte anos, ter-se há adquirido pela prescrição não só o direito de derivar a água, mas também a servidão de presa, sem a qual aquele direito se não pode efectivar.

30. A servidão de presa nas águas particulares. Relativamente às águas particulares, fez o decreto 5787 IIII uma modificação importante no Código civil. Por este Código, era imprescritível, desde a sua publicação, o direito às águas das fontes e nascentes. No citado decreto, em que se preceitua (artigo 99.º) que o dono do prédio em que houver alguma fonte ou nascente de água pode servir-se dela e dispor do seu uso livremente, salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido a esse uso

por justo título, declara-se (artigo 99.º § único): Considera-se título justo qualquer meio legítimo de adquirir os direitos imobiliários reconhecidos pela lei civil. A prescrição, porém, sómente será atendida para os efeitos d'este artigo, quando, além dos demais requisitos exigidos na lei geral, seja acompanhada da construção de obras no prédio onde existir a fonte ou nascente, de onde possa inferir-se o abandono do primitivo direito do dono do mesmo prédio.

Como notámos, em face do Código civil podia adquirir-se pela prescrição o direito de servidão de presa e de aqueduto em relação às fontes ou nascentes, mas não podia adquirir-se o direito à água senão por título autêntico. Donde resultava que, não havendo sido adquirido por este título o direito à água, não podia subsistir a servidão de presa e a de aqueduto, que não podiam deixar de considerar-se accessórias daquele direito, sempre que o proprietário do prédio onde a água brotasse se opusesse à sua derivação, embora esta se fizesse há longos anos.

Esta incoerência desapareceu no decreto 5787 IIII, admitindo-se a prescrição como meio legítimo de adquirir as águas das fontes ou nascentes, desde que se verifique a condição de se construir obra no prédio onde existir a fonte ou nascente de onde possa inferir-se o abandono do primitivo direito do dono do mesmo prédio. Esta obra, em relação a águas já exploradas, tem por fim a sua derivação ou condução e necessário é, para que essa obra seja útil para a prescrição, que satisfaça aos requisitos a que, segundo a nossa jurisprudência, devem satisfazer as obras que no artigo 438.º § único do Código civil se exigem para que possa invocar-se a prescrição anterior ao Código civil.

Conveniente seria que o decreto esclarecesse as dúvidas que o Código civil suscitou. Desde que o não fez e apenas se referiu a obra no prédio superior, esta deve ser permanente e visível ou aparente. Só assim é que a servidão de presa será pública, requisito que se torna necessário para que a posse conduza à prescrição.

A *oposição não seguida* a que se refere o mesmo § único do artigo 438.º não foi reconhecida como facto idóneo para a prescrição. Criando-se por essa posição uma situação de facto incompatível com o direito do proprietário da fonte ou nascente e reconhecendo-se no Código civil a oposição ao exercício do direito como meio de inverter o título da posse, pareceria lógico que se reconhecesse esse meio de adquirir por prescrição o direito às águas das fontes e nascentes. Raros serão, todavia, os casos em que a derivação e condução das águas se não façam por meio de obras no prédio onde as águas brotam, sendo assim praticamente de valor quasi nulo a observação que acabamos de fazer. E, por outro lado, como se deve adquirir, com o direito à água, a servidão de presa e de condução, e estas servidões só podem adquirir-se quando se manifestem por obras ou sinais, a doutrina sancionada afigura-se nos razoável.

Temos assim que, entre os meios por que pode constituir-se a servidão de presa em relação às águas particulares, há a prescrição.

Desnecessário será notar que esta servidão representará um acessório do direito à água sempre que este se adquira por qualquer outro título. E' assim que, concedido por título autêntico o direito às águas subterrâneas de determinado prédio, com o direito às águas entender-se há que foi atribuído o direito de as derivar e conduzir através do prédio.

Este direito deverá ser exercido de forma que cause o menor prejuízo ao proprietário do prédio serviente dentro dos limites em que as águas possam ser convenientemente utilizadas pelo seu proprietário.

Pela servidão de presa e de aqueduto que assim se estabelecerem entendemos que nenhuma indemnização será devida ao proprietário do prédio onde haja a nascente, visto que com o direito à água se devem entender concedidos os meios necessários para o seu aproveitamento, não representando o direito de presa e de condução da água mais do que acessórios daquele direito.

31. *O direito de presa, relacionando-se directamente com o regime das águas públicas, está, em princípio, sujeito no seu exercício à superintendência dos serviços hidráulicos.* A derivação das águas das correntes públicas, exigindo ordinariamente obras para o seu represamento, está directamente relacionada com o regime dessas águas e, por este motivo, sujeita à autorização e ingerência dos serviços hidráulicos a realização das obras necessárias para essa derivação. Sempre que o direito de presa seja atribuído por lei ou resulte de concessão administrativa, para a execução das obras que tenham por fim a efectivação desse direito requere-se ordinariamente a sua prévia aprovação ou determinação, a cujo estudo se dedicam cuidados especiais.

E' assim que, em relação às concessões de utilidade pública, na memória justificativa do pedido que, segundo o artigo 1.º do decreto n.º 6287, de 20 de dezembro de 1919, o deve acompanhar, se determina (artigo 2.º § 1.º) que em especial deverão ser indicados com suficiente aproximação: a) A situação dos

açudes ou barragens previstos e os limites superiores das respectivas represas; b) O local onde se pretende derivar as águas do seu leito natural e aquele onde se restituem ao mesmo leito, quando pela natureza da concessão não hajam de ser consumidas. Em relação aos aproveitamentos de interesse particular, preceitua-se no artigo 63.º do mesmo decreto que no requerimento serão designadas as águas públicas que se pretende aproveitar e o objectivo do aproveitamento, o ponto onde se projecta fazer a derivação e aquele onde devem ser restituídas as águas ao seu leito natural.

Nos casos em que a lei faculta a derivação das águas independentemente de concessão, a realização das obras necessárias para essa derivação, mesmo no caso em que para elas não seja necessária autorização prévia, está sujeita à superintendência da direcção dos serviços fluviais e marítimos, que poderá ordenar a sua demolição sempre que por essas obras se altere o regime das águas. É assim que no decreto 5787 III, artigo 60.º, se declara que, dependendo o novo aproveitamento da construção de açude, reprêsa ou outra obra permanente, carece de licença do respectivo director dos serviços fluviais e marítimos.

Daqui resulta que, para se exercer o direito de presa em relação às águas públicas, se torna necessário, antes de se recorrer ao poder judicial para, na falta de acôrdo entre os interessados, se resolver qualquer questão relativa à constituição das respectivas servidões, obter autorização, seguindo-se os devidos trâmites, da direcção dos serviços hidráulicos para a execução das obras necessárias para esse fim. Autorizadas as obras, é que, para se fixar a indemnização pelas servidões que se pretende constituir ou para impugnar direitos de terceiros que com essas obras

se julguem lesados, se tem de recorrer ao poder judicial.

Sempre que haja concessões de utilidade pública, a execução das obras necessárias para a derivação e a constituição das respectivas servidões são facultadas pela publicação no *Diário do Governo* do competente decreto, tendo apenas de ser determinada pelos tribunais civis a indemnização que é devida aos interessados e podendo o concessionário proceder à execução das obras logo que esteja feito o depósito ou caução correspondente à importância fixada pelos referidos tribunais depois da primeira vistoria (decreto 5787 III, artigo 53.º § 3.º). Nestas concessões não pode discutir-se perante os tribunais civis a legalidade da concessão.

Os direitos às águas, em tais concessões, não tem de ser respeitados, verificando-se se é ou não possível conciliar esses direitos com os interesses do concessionário. Este tem o direito de expropriação e os expropriados o direito de indemnização, que é regulado pelas disposições gerais relativas à expropriação por utilidade pública e pelas disposições especiais relativas a águas e à concessão de que se trata.

Não sucede o mesmo com as concessões de interesse privado.

Em relação a estas concessões, preceitua-se no citado decreto que aquele que, tendo obtido uma concessão de interesse privado, a pretenda tornar efectiva contra terceiros e liquidar as indemnizações devidas aos donos dos prédios servientes, deduzirá o seu pedido, sem dependência de artigos, perante o juiz de direito da comarca onde for situada a área do aproveitamento ou a maior parte dela, fazendo citar os interessados para na terceira audiência depois de acusada a citação deduzirem por artigos a opposição

que tiverem. Nesta opposição, que é feita por embargos, pode impugnar-se a validade da concessão e os termos em que foi feita; mas os tribunais deverão julgá-la subsistente sempre que se mostre que não contraria os princípios fundamentais estabelecidos no decreto para esta categoria de aproveitamentos, nem ofende direitos de terceiros que não possam conciliar-se ou receber indemnizações nos termos do mesmo decreto. A derivação das águas, tratando-se de concessões de interesse privado, está pois dependente, não só do alvará de concessão, em que se determinará (decreto 5787, III, artigo 85.º) a área do aproveitamento, com a designação dos prédios e nomes dos proprietários nela abrangidos, o local onde deve ser construído o açude ou barragem, fixando a sua altura, ou o processo por que hajam de derivar-se as águas, e a direcção e forma dos canais, levadas ou aquedutos de derivação e devolução à corrente, com individuação dos prédios que tenham de ser onerados com servidões, mas ainda de verificação pelo poder judicial, que pode alterar êsse alvará (decreto citado, artigo 87.º) em decisão proferida sobre matéria de embargos. Quando não haja embargos, ou estes tenham sido julgados improcedentes, segue-se a liquidação das indemnizações (decreto 5787 III, artigos 91.º § 2.º e 92.º e decreto 6287, artigo 71.º §§ 1.º e 3.º).

A constituição da servidão de presa sobre águas particulares, nos casos em que estas não sejam objecto de concessão por utilidade pública, é da exclusiva competência do poder judicial, que terá de julgar não só se há o direito de derivar a água mas as condições em que a servidão deve ser constituída e a indemnização que é devida ao proprietário do prédio serviente.

É a este caso que especialmente se refere o artigo 127.º do decreto 5787 III, em que se determina que as questões relativas à constituição ou mudança das servidões serão resolvidas pelo poder judicial se as partes se não concertarem amigavelmente, observando-se a forma do processo estabelecida na secção 2.ª do capítulo 3.º, título 3.º do presente decreto.

32. Direitos e obrigações do titular do direito de presa. Tornado efectivo o direito de presa da água pela realização das obras necessárias para a sua derivação, os direitos e obrigações do titular do direito de servidão de presa são, em principio, os que pertencem ao titular de qualquer direito de servidão.

Tratando-se de concessões, as águas que tenham sido pedidas para o fim de determinado aproveitamento não poderão, sem que preceda novo pedido e nova concessão, ter applicação diferente (decreto 5787, artigo 39.º), e, conseqüentemente, não poderá o titular do direito de presa exercer este direito senão para o fim para que a concessão foi feita. Se as águas forem particulares e nenhuma restrição houver ao uso dessas águas ou à sua derivação, o direito de presa poderá ser, nas condições em que houver sido estabelecido, exercido livremente. Se a água, quer seja pública, quer particular, houver sido concedida por tempo determinado, só durante esse tempo poderá ser exercido o direito de presa.

A este respeito determina-se no decreto 5787 III, artigo 136.º, que, sempre que nas concessões e nos actos e contratos se não expresse outra cousa, entender-se há por uso contínuo o de todos os instantes, por uso diário o de vinte e quatro horas, a contar da

meia noite, ou, mais rigorosamente, de zero horas, por uso diurno ou nocturno o que medeia entre o nascer e o pôr do sol ou vice-versa, por uso semanal o que principia ao meio dia de domingo e termina à mesma hora em igual dia da semana seguinte, por uso estival o que começa em 1 de abril e termina em 1 de outubro seguinte, por uso hibernal o que corresponde aos outros meses do ano.

Quando haja sido determinado no título por que é conferido o direito à água, quer seja concessão, quer contrato ou negócio jurídico, o volume da água a utilizar, só esse volume poderá ser derivado. Quando não haja sido determinado esse volume, deve entender-se nas concessões que há apenas o direito de utilizar a água para o fim a que é destinada e que a sobeja fica disponível (decreto 5787, artigo 35.º).

Se o direito à água houver sido adquirido por prescrição, o volume da água que se pode derivar será determinado pela posse.

As despesas necessárias para a execução e conservação das obras destinadas à derivação das águas serão feitas pelo titular do direito de presa, sempre que no título constitutivo da servidão tais obras não fiquem a cargo do proprietário do prédio serviente, que poderá todavia libertar-se dêsse encargo abandonando o prédio (Código civil, artigo 2277.º). Quando as águas sejam utilizadas em comum por vários proprietários que em comum realizaram as obras ou hajam adquirido posteriormente direito a participar nas águas que mediante essas obras são derivadas, todos os conteúdos são obrigados a contribuir para as despesas necessárias à sua conservação proporcionalmente ao seu uso, salvo o direito de renunciarem a êsse

uso (decreto 5787, artigos 113.º, 120.º, 123.º, 125.º e 126.º § 2.º).

Para a realização dos concertos necessários à conservação das obras e para a derivação das águas, teem os utentes o direito de passagem pelos prédios servientes (decreto citado, artigo 118.º). Em quaisquer trabalhos que se tenham de realizar relativos à servidão de presa, deverá o utente das águas escolher o tempo e a forma mais convenientes para causar o mínimo prejuizo ao dono do prédio serviente.

Constituída a servidão de presa para um determinado volume de água, se posteriormente o seu utente adquirir direito a maior volume, poderá derivá-lo, sem indemnização para o proprietário do prédio serviente, sempre que com isso não seja agravada a servidão. No caso contrário, essa derivação só poderá ser feita mediante prévia indemnização correspondente a êsse agravamento.

Neste, como em quaisquer outros pontos relativos ao exercício do direito de servidão de presa, deverão observar-se as normas gerais relativas às servidões.

33. Direitos e obrigações do proprietário do prédio serviente. O proprietário do prédio serviente é apenas obrigado, em princípio, a consentir que o utente das águas faça a derivação delas em harmonia com o direito que tem às águas e com as condições estabelecidas para a sua derivação. Pode, porém, o proprietário do prédio serviente tomar sobre si o encargo de conduzir as águas através do seu prédio para um ponto determinado em que elas deverão ser utilizadas. Neste caso, entender-se há que todas as obras necessárias para a condução das águas até o ponto onde devem ser postas à disposição do utente delas

correrão por conta do proprietário do prédio serviente.

Se o proprietário do prédio serviente se utilizar também das águas, será obrigado a contribuir para as obras e trabalhos necessários à conservação da servidão na proporção do seu interesse (decreto citado, artigo 126.º, § 1.º). Poderá, porém, renunciar ao seu direito à água do mesmo modo que qualquer dos outros utentes e, dada essa renúncia, não lhe poderá ser imposta essa obrigação.

À servidão de presa aplica-se a disposição genérica consignada no artigo 2278.º do Código civil, que, quanto à servidão de aqueduto, foi exarada no artigo 119.º do decreto 5787, relativa à mudança da servidão. Se no sítio primitivamente assinado para a derivação da água, tal derivação for muito incômoda para o proprietário do prédio serviente ou tornar impossível a realização de reparos ou melhoramentos importantes no prédio e com tal mudança não houver prejuízo para o utente das águas, pode o referido proprietário requerer essa mudança, que deverá ser feita a expensas dele.

O proprietário do prédio serviente é obrigado a não fazer coisa alguma que de qualquer modo prejudique a derivação ou curso das águas. Se o fizer, será responsável pelos prejuízos que com isso causar ao utente das águas, como responsável será também por todos os prejuízos que, por culpa sua, êste sofra no aproveitamento das mesmas águas. Nesta parte teem de aplicar-se os princípios gerais sobre responsabilidade civil.

§ 9.º — Extinção da servidão de presa

34. *Factos por que se extingue o direito de presa.*
O direito de presa, constituindo uma servidão,

extingue-se pelos mesmos factos por que se extinguem ou modificam as outras servidões, e, representando um acessório do direito à água, extingue-se com êste direito.

Nos casos que, segundo o disposto no artigo 34.º do decreto 5787 III, determinam a caducidade da concessão ou aproveitamento das águas públicas, a extinção do direito de presa ou de derivação da água, logo que seja decretada a caducidade da concessão ou aproveitamento, dar-se há para o concessionário; mas, como as obras ou instalações que se hajam feito revertem para o Estado ou autarquia local a quem pertencer o domínio das águas (decreto citado, artigo 34.º § único), as servidões que se tenham constituído consideram-se subsistentes para o efeito da utilização directa das águas pelo mesmo Estado ou corpo administrativo ou para novas concessões ou aproveitamentos.

De resto, à extinção do direito de presa aplicam-se as disposições gerais relativas à extinção das servidões, devendo ter-se em consideração, quanto ao direito de uso ou de aproveitamento das águas, as disposições especiais sancionadas na legislação respectiva.

CAPÍTULO III

DAS SERVIDÕES DAS ÁGUAS

§ 10.º — Noções gerais

35. *Conceito de aqueduto.* No direito romano definia-se o aqueduto como sendo o *jus aquæ ducendi per fundum alienum* ¹. Como já notámos, segundo este direito compreendia-se no aqueduto o direito de presa da água, tratando-se dêste direito na servidão de aqueduto. Por este conceito de aqueduto se dirigiram os romanistas nos importantes tratados que escreveram sobre esta interessante matéria e alguns jurisconsultos modernos, como Wangerow e Ruggieri, ainda sustentam que a essência jurídica da servidão de aqueduto consiste, não em ter o *rivus* aberto em propriedade alheia limitando este direito, mas em fazer derivar a água por meio do *rivus*. Ruggieri chega a afirmar que a presa, complemento necessário da servidão de aqueduto, é que constitui a servidão de aqueduto propriamente dita, sendo o rêgo ou canal condutor uma servidão de aqueduto imprópria ².

Outros jurisconsultos opinam que a essência da servidão de aqueduto consiste na condução da água através do prédio de outrem. É assim que Mazzoni

¹ Digesto 8, 3, 1.

² Veja-se Montellá, *Tratado de las servidumbres en materia de aguas*, páginas 106 e 107.

define servidão legal de aqueduto o direito de conduzir a água por prédio alheio para uso e utilidade de prédio próprio ¹. E, na verdade, parece que o aqueduto, compreendendo tanto a água que se conduz, num determinado volume, por um cano ou rêgo, como o próprio cano ou rêgo por meio do qual se realiza a condução, se deve relacionar especialmente com a água, pois é desta que deriva a utilidade para que a servidão se constitui.

O facto, porém, que constitui a existência da servidão de aqueduto e pelo qual se limita o direito de propriedade, é o cano ou rêgo condutor que atravessa prédios alheios. É, pois, a êste facto que deve atender-se especialmente e é a êle que efectivamente se tem atendido na regulamentação da servidão.

É assim que já no direito romano, apesar do conceito que neste direito se formava do aqueduto, e de que resultava poderem considerar-se comuns as disposições relativas à aquisição do direito de presa e de aqueduto, aos fins para que eram destinados e às pessoas que tinham o direito de aqueduto, havia muitas disposições que eram privativas do aqueduto condutor, designadamente as que respeitavam ao exercício do direito de aqueduto, como as relações que por esta servidão se estabeleciam com o prédio serviente, os direitos e obrigações do proprietário dêste prédio e do prédio dominante, as normas que deviam ser observadas na condução das águas.

Embora seja, pois, o direito de conduzir a água que determina a servidão de aqueduto, nós consideramos esta servidão como sendo essencialmente constituída pelo cano ou rêgo condutor.

¹ *Obra citada*, volume 3.º, parte II, página 216.

Pelas palavras cano ou rêgo designamos qualquer meio por que a água seja conduzida através de prédio alheio. Entre os romanos havia a determinação dos vários modos por que na prática se conduziam as águas, relacionando-se com êles as normas por que se regulava a construção do aqueduto e o seu exercício. Chamando especialmente *rivi* aos canais de irrigação, que correspondiam aos nossos regos ou canais descobertos, e que tanto podiam ser simples escavações no terreno como construídos com pedra ou outros materiais, aos canais que se destinavam para o uso das cidades davam os nomes de *specus*, *fistulae* e *tubuli* ¹. O modo por que actualmentê se faz a condução das águas é indiferente, sob o ponto de vista das normas que respeitam à constituição e regulamentação da servidão de aqueduto.

Não se dá o mesmo com os fins para que o aqueduto se constitui, só havendo o aqueduto legal ou coacto para determinados aproveitamentos da água.

36. Fins para que se constitui. No Código civil, artigo 456.º, preceituava-se que era permitido a qualquer encanar subterrâneamente ou a descoberto, em proveito da agricultura ou da indústria, as águas que tivesse direito, através dos prédios rústicos alheios, não sendo quintas muradas ou quintais, jardins, hortas ou pátios adjacentes a prédios urbanos. No artigo 461.º declarava-se que os donos dos prédios inferiores áquele a que se dirige o aqueduto, eram obrigados a receber as águas vertentes, ou a dar-lhes passagem, contanto que fossem indemnizados dos prejuizos que daí lhes

¹ Veja-se Gianzana, *La teoria delle acque private*, no *Digesto italiano*, parte 1.ª, página 484.

venham a resultar. E no artigo 462.º determinava-se que as disposições dos artigos precedentes eram applicáveis às águas provenientes de gaivagem, canos falsos, valas, guardamatos, alcorcas ou de qualquer outro modo de enxugo de prédios, quando essas águas houvessem de atravessar prédio ou prédios de diverso dono, para chegarem a alguma corrente ou outra via de escoamento.

Estas disposições, que foram reproduzidas, quasi sem alterações, no decreto 5787 IIII. artigos 114.º, 116.º e 117.º, contem as normas gerais relativas à servidão legal de aqueduto pelo que respeita especialmente às águas particulares.

Ao lado destas disposições havia, porém, como há no citado decreto 5787, outras disposições relativas a aquedutos para águas que houvessem sido concedidas para fins de interesse público, entre os quais há os aproveitamentos para abastecimento de povoações. Em todas estas concessões há o direito de constituição das servidões que se tornam necessárias para aproveitamento das águas, havendo assim a servidão legal de aqueduto.

Nos casos para que não seja reconhecida esta servidão, o aqueduto só pode ser estabelecido voluntariamente ou por meio da prescrição, quando satisfaça aos requisitos que, para êste efeito, são exigidos por lei.

Nos fins agrícolas compreendem-se não só os da irrigação dos prédios por meio de rega ou de lima, como a colmatagem ou dessalgamento de terrenos; nos fins industriais compreende-se tanto o aproveitamento da água em espécie como o que tenha por fim a energia eléctrica.

Constituído o aqueduto para determinado fim, a servidão legal não se limita à condução das águas até o ponto em que se dá êsse aproveitamento; a

servidão estende-se até onde seja necessário para o conveniente desagramento ou escoamento das águas. Êste escoamento, sempre que representa uma condição necessária para o aproveitamento das águas, pode considerar-se, relacionado como está com o aqueduto, como constituindo um complemento necessário desta servidão, e não como formando de per si a servidão de escoamento ou de esgôto das águas.

37. *O aqueduto como servidão; seus caracteres.*

O aqueduto só constitui uma servidão quando a condução das águas se faz através de prédio alheio. E só poderá considerar-se uma servidão propriamente dita se êsse aproveitamento se der em favor de determinado prédio, qualquer que seja a utilidade que forme o conteúdo dêsse aproveitamento.

Não se tratando, porém, em todas as concessões de águas do seu aproveitamento para fins agrícolas, industriais ou domésticos, que estejam relacionados com determinados prédios, e sendo livre, em principio, quando se trata de águas particulares e uma vez constituída a servidão de aqueduto, derivar essas águas dando-lhes o destino que ao proprietário do prédio para onde são derivadas melhor aprouver, segue-se que o aqueduto nem sempre é constituído em favor de determinados prédios ou para utilidades que só mediante êsses prédios possam ser fruídas, deixando assim de dar-se no aqueduto um dos requisitos que para as servidões em geral se exigem.

Não deixa, porém, em qualquer dos casos, o aqueduto de constituir um encargo excepcional pelo qual se limita o exercício do direito de propriedade e, sendo assim, o aqueduto não pode deixar de considerar-se uma servidão. E é assim que a nossa lei o

considera, tanto no caso em que se relaciona com determinado prédio, como naqueles em que tem por fim a realização de qualquer interesse público, como o abastecimento de povoações e a produção da energia electrica.

Nos casos em que a servidão de aqueduto esteja relacionada com determinado prédio, constituirá, enquanto não for alienado o direito à água, um acessório do prédio, e ficará portanto sujeita ao mesmo regime que este quanto a qualquer negócio jurídico que tenha como objecto o prédio dominante. Nos casos em que a servidão de aqueduto não esteja relacionada com determinado prédio, essa servidão considerar-se há um acessório do direito à água e, sempre que se aliene ou onere este direito, a servidão de aqueduto considerar-se há compreendida nesse acto de alienação ou ficará sujeita ao mesmo ónus.

Como servidão que é, é óbvio que o aqueduto nunca poderá ter autonomia jurídica, constituindo de per si o objecto de qualquer negócio jurídico.

Ao aqueduto como servidão, quer seja constituído em proveito de um prédio, quer em proveito de um serviço público, applicam-se os princípios gerais sobre servidões quanto à determinação da sua natureza jurídica e dos seus caracteres.

Sendo sempre uma servidão continua, o aqueduto pode constituir uma servidão aparente ou não aparente, conforme se manifesta ou não por meio de obras ou de sinais visíveis e permanentes.

As hesitações que por vezes se tem dado na nossa jurisprudência a este respeito quanto aos aquedutos subterrâneos, não tem, a nosso ver, justificação séria.

Desde que o aqueduto, embora seja subterrâneo, se manifesta por meio de quaisquer obras ou sinais exteriores em relação ao prédio em que a servidão se acha constituída, quer no ponto em que há a presa ou derivação da água, quer durante o curso desta, quer no termo desse curso, a servidão não poderá deixar de considerar-se aparente. É óbvio que, existindo essas obras, pode haver conhecimento da servidão e tanto basta para que a posse desta se deva considerar como sendo pública.

Também não temos que atender, para considerar ou não aparente a servidão de aqueduto, à natureza das obras que para a condução das águas se realizam; o que se torna necessário verificar é se essas obras são visíveis e permanentes, significando de per si que foram feitas para o fim da condução das águas. É assim que um rêgo permanentemente aberto num prédio, embora não haja obras de arte nesse rêgo, não poderá deixar de considerar-se como sendo uma servidão aparente ¹.

Não sucederá o mesmo quando o rêgo seja aberto unicamente para a rega de cada vez que esta se faça ou durante um determinado período do ano.

Nestes casos, a servidão será não aparente.

38. *Onde pode ser constituída a servidão legal de aqueduto.* A servidão legal de aqueduto pode constituir-se para concessões de utilidade pública ou de utilidade particular e, independentemente de concessão, para o aproveitamento de quaisquer águas a que se tenha direito.

¹ Veja-se o acórdão da Relação do Porto de 24 de agosto de 1892, na *Revista dos Tribunaes*, volume 12.º, página 135.

Quanto às concessões de utilidade pública, preceitua-se no decreto 5787 IIII. artigo 53.º, que a publicação no *Diário do Governo* do decreto da concessão importa a declaração de utilidade pública e correlativo direito de expropriação nos prédios particulares e nas concessões de interesse privado preexistentes, de quaisquer terrenos, oficinas, servidões ou outros direitos que sejam necessários para a execução das obras, represamento e derivação das águas, ficando a cargo do concessionário a liquidação e pagamento das indemnizações, nos termos da lei reguladora das expropriações por utilidade pública. Como limitação ao direito de expropriação para a construção de quaisquer obras e constituição de servidões que se tornem necessárias para a derivação das águas apenas há, quanto aos prédios em que podem ser realizadas as obras e constituídas as servidões, a imposta no § 2.º do citado artigo, em que se determina: As casas de habitação e os pátios, jardins, alamedas ou quintais, quando sejam contíguos às casas, sómente serão expropriados se no inquérito se tiver demonstrado a impossibilidade material ou económica de executar as obras sem utilizar os referidos prédios.

Esta disposição é applicável sómente às concessões de águas cujo aproveitamento seja de utilidade pública.

Quanto às concessões de interesse privado, applica-se a disposição consignada no artigo 114.º do citado decreto, pela qual só é permitida a constituição de aquedutos nos prédios rústicos alheios que não sejam quintas muradas ou quintais, jardins, hortas ou pátios adjacentes a prédios urbanos, precedendo indemnização do prejuízo que disso resultar para os ditos prédios. Sendo o aproveitamento de interesse privado, entendeu-se que se devia subordinar a constituição da servidão legal de aqueduto à mesma

limitação que na nossa legislação se estabeleceu para o aproveitamento de quaisquer águas a que, independentemente de concessão, se tenha direito.

Estabeleceu-se, porém, para os aproveitamentos de águas públicas em virtude de concessão o principio (decreto citado, artigo 40.º) de que esta concessão importa sempre a permissão de utilizar os terrenos do domínio público necessários à execução das obras e sua conveniente exploração, bem como a de estabelecer servidões nos mesmos terrenos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos em vigor.

Resolveu-se assim, mas só em parte, a dúvida que se suscitava, em face da legislação em vigor ao tempo em que foi publicado o citado decreto, sóbre se a servidão de aqueduto era imposta em estradas, caminhos ou vias públicas e qual o modo por que, no caso afirmativo, se devia tornar efectivo o respectivo direito.

Tratando-se de concessões de águas públicas, apenas se requiere a intervenção das entidades a quem pertence a administração das estradas, caminhos ou vias públicas para o efeito de se observarem os regulamentos relativos a estes bens do domínio público, no intuito sem dúvida de que pela construção do aqueduto não seja prejudicado o trânsito.

¿ Quando se trate, porém, da condução de uma água a que se tenha direito que não resulte de concessão, será imposta a servidão de aqueduto em estradas, caminhos ou vias públicas?

Opinou em sentido negativo o dr. Adriano Anthero¹, fundando-se principalmente no artigo 456.º

¹ *Revista dos Tribunais*, volume 4.º, páginas 305 e 306.

do Código civil, reproduzido no já mencionado artigo 114.º do decreto 5787, na natureza dos bens do domínio público e nas disposições legais relativas a estradas. Eis a sua argumentação:

1) O artigo 456.º do Código civil apenas permite encanar, subterrâneamente ou a descoberto, as águas a que houver direito através de prédios rústicos alheios, e as estradas, caminhos e vias públicas não são *prédios*, por mais que se amplie o sentido desta palavra; 2) A adjudicação do aqueduto através de bens do domínio público envolveria a apropriação exclusiva de uma parte desse domínio, o subsolo ocupado pelo mesmo aqueduto, e essa adjudicação iria contrariar os artigos 371.º e 380.º do mesmo código, que não permitem a apropriação exclusiva; 3) O decreto de 31 de dezembro de 1864 dá, nos artigos 24.º e 25.º, às câmaras municipais e ao Estado a liberdade de concederem ou negarem as licenças para tais aquedutos nas respectivas estradas e até de as revogarem, e por isso os tribunais judiciais não podem impor definitivamente aquela servidão.

Nesta orientação, o dr. Adriano Anthero nem sequer admitia que da recusa de licença pelas câmaras ou pelo Estado para o estabelecimento de aquedutos houvesse recurso para o contencioso administrativo, fundando-se em que: a) Se o código civil não atribuía o direito à servidão, também tal direito não era dado por nenhuma lei administrativa, não podendo conseqüentemente a denegação de licença ser objecto de contencioso administrativo;

b) Se o proprietário tivesse o direito de conduzir as águas através de estradas, esse direito seria civil, como se vê do artigo 3.º do código civil, e, portanto, só nos tribunais civis podia ser discutido se o Estado

ou as câmaras tinham a liberdade de recusar a pretendida licença;

c) Concedida esta, poderia ser livremente revogada em harmonia com o que se estatuiu no citado decreto de 31 de dezembro de 1864, e portanto os tribunais administrativos não podiam forçar as câmaras ou o Estado a conceder licenças definitivamente ou por um tempo determinado.

Concluindo que não havia no nosso direito um meio eficaz de conseguir um aqueduto definitivo através de estradas, o dr. Adriano Anthero criticava tal sistema, dizendo: «Certamente que, tendo sido «o desejo de beneficiar a agricultura que ditou o «artigo 446.º do código civil, em harmonia com o «código sardo e com o Projecto do código espanhol «que, nesta parte, lhe serviram de fonte, esse pensamento devia levar também o legislador a estender «a facultade do mesmo artigo até às próprias estradas, com as devidas cautelas e com as precisas «formalidades. Não está, porém, esse direito consi- «gnado na lei e *dura «lex sed lex».*

Em acórdão da Relação do Porto de 14 de junho de 1908, julgando-se incompetente o juízo cível para uma acção em que se pretendia obrigar uma câmara municipal a dar licença para um aqueduto subterrâneo através de caminho público, modificava-se um pouco, nas respectivas tenções, a doutrina do dr. Adriano Anthero pelo que respeita ao recurso para o contencioso administrativo da denegação da licença.

Foi relator desse acórdão o dr. Rocha Calisto que, com a lucidez e sobriedade que lhe eram habituais, fundamentou a sua decisão dizendo que na constituição de um aqueduto através de uma estrada

não se tratava de direitos exclusivamente privados ou individuais, porque, se de um lado aparecia o direito de um proprietário no aproveitamento da água, surgia por outro lado o estabelecimento de uma servidão através de um caminho por todos utilizado. A questão estava assim fora do âmbito do direito civil. Um caminho público está no domínio e sob a administração de uma câmara, mas esta não pode dispor dele livremente, pois a todos é lícito utilizá-lo individual ou colectivamente e não pode ser individualmente apropriado nem constituir objecto de qualquer contrato.

Não estão consequentemente os caminhos compreendidos nos «prédios rústicos alheios», visto que o direito, por esta forma adquirido, ficaria constituindo uma propriedade que, embora imperfeita, passaria para o domínio privado.

E concluiu assim:

«Essa servidão . . . não podia ser estabelecida sem «autorização da Câmara recorrida, como se determina «nos artigos 51.º n.º 4.º do código administrativo e «65.º n.º 6, 66.º e 106.º do regulamento de 19 de «setembro de 1900. E destes textos também se vê «que, quando concedida, conserva sempre a natureza «de precária, não constituindo propriedade dos AA. «e podendo ser revogada sem indemnização alguma «por essa mesma utilidade».

«Se a Câmara, negando a competente autorização, «violou os direitos dos AA., não tem o poder judicial «competência para revogar esse acto camarário; é ao «contencioso administrativo que pertence apreciar o «assunto.»¹

¹ Na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 22.º, página 234.

O dr. Dias Ferreira sustentou a doutrina de que existe a servidão legal de aqueduto em bens do domínio público e que, para tornar efectivo o direito de constituir essa servidão, se deve recorrer ao poder judicial.

«Ainda que sejam do Estado, do município ou de «qualquer corporação ou repartição pública, diz elle, «os prédios sujeitos à servidão, deve ser resolvida a «questão, na falta de acôrdo com os representantes «dessas corporações ou repartições públicas, pelo «poder judicial, e não pelo poder administrativo, «porque estas questões são relativas a direitos civis «artigo 3.º e envolvem matéria de utilidade *particular*, e não de interesse geral como nas hipóteses «dos artigos 431.º § 2.º e 471.º, visto tratar-se da «expropriação de terrenos para o aqueduto, e da «respectiva indemnização, e porque as vistorias e «processos são actos judiciais artigo 20.º § 1.º e «artigo 25.º do decreto de 1 de dezembro de 1892, «e artigo 121.º do regulamento de 19 do mesmo «mês e ano. A justiça porém deve ter em consideração os respectivos regulamentos da administração, «sempre que os aquedutos hajam de atravessar caminhos públicos.»¹

Nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de agosto de 1909 e de 6 de dezembro de 1910 julgou-se em harmonia com esta doutrina².

A *Revista de Legislação e de Jurisprudência* também se pronunciou³ sobre este assunto, considerando a doutrina de que a servidão de aque-

¹ *Código civil português anotado*, volume 1.º, 2.ª edição, página 322.

² Na *Gazeta da Relação de Lisboa*, volume 23.º, página 437 e volume 25.º, página 61.

³ Volume 44.º, n.º 1876, páginas 263-265.

duto não pode ser coactivamente imposta pelo poder judicial em vias públicas como a que melhor se harmoniza com as disposições do direito civil e do direito administrativo. Dêste direito, porque as servidões sobre bens do domínio público tem o carácter de precárias, a licença para o seu estabelecimento tem de ser concedida pelas entidades a quem esse domínio pertence e tais concessões podem ser revogadas, como, em relação às estradas, se declara no decreto de 19 de dezembro de 1900, artigos 65.º n.º 6.º e 66.º. Do direito civil, porque as cousas públicas, consideradas no seu conjunto, são insuscetíveis de propriedade privada, e as servidões, representando uma forma desta propriedade (código civil, artigo 2189.º), não podem constituir-se sobre elas. Concluía assim que não era admissível a acção de adjudicação de aqueduto sobre caminhos públicos, sendo a natureza precária desta servidão incompatível com tal acção. Reconhecia, porém, que há o direito à servidão desde que não contrarie o interesse público, e que, sendo arbitrariamente denegada a licença, deveria esse direito tornar-se efectivo pelo contencioso administrativo.

E' esta a doutrina que consideramos verdadeira.

Na palavra *prédios* do artigo 114.º do decreto 5787, III, do mesmo modo que na do artigo 456.º do Código civil, não podem considerar-se comprehendidas as estradas, caminhos e vias públicas. Fala-se no artigo referido em *prédios rústicos alheios* e não pode aplicar-se esta expressão áquela parte do domínio público. Nem este domínio pode considerar-se completamente subordinado às normas do direito privado pelo que respeita à constituição de servidões sobre êle, nos casos em que estas servidões, com fun-

damento no interesse público ou no interesse privado, sejam impostas pela lei.

Tratar-se há, em qualquer destes casos, de um uso especial ou excepcional do domínio público, uso que deve ser compatível com o seu uso normal ou ordinário, sendo as entidades a quem pertence a propriedade e a administração das cousas públicas que deve verificar se existe ou não essa compatibilidade.

Donde se conclui que, mesmo na hipótese de o uso especial ou excepcional do domínio público ser facultado pela lei, este uso está dependente, em princípio, de licença com a prévia verificação das condições em que deve ser exercido, para o efeito de que por êle não seja ofendido o uso ordinário daquele domínio. Facultado que seja pela lei o uso especial ou excepcional das cousas públicas, estando esse uso apenas dependente de licença de forma que esta não envolva uma concessão propriamente dita, de modo algum pode ser discricionária a denegação dessa licença. Tal denegação só pode basear-se no interesse público e só pode portanto considerar-se legítima quando não seja possível harmonizar este interesse com o interesse público ou privado que o uso especial ou excepcional representa.

É esta a única doutrina aceitável em princípio e é a nosso ver a que, pelo que toca à servidão de aqueduto, está sancionada na nossa legislação.

No decreto de 19 de setembro de 1900 preceitua-se (artigo 61.º): Quando os proprietários tiverem necessidade de fazer passar águas de um para outro lado de uma estrada, só o poderão fazer em canos soterrados, construídos à sua custa com a devida segurança, se para isso lhes for concedida licença pelo Governo. E declara-se ainda (artigo 65.º n.º 6.º) que os proprietários dos prédios confinantes com as estradas

públicas são obrigados a não construir sobre elas aquedutos sem licença do Govêrno nas de 1.ª e 2.ª ordem, e da municipalidade nas de 3.ª ordem.

No decreto 5787 IIII, artigo 40.º, declara-se que as concessões de águas importam sempre a permissão de estabelecer servidões nos terrenos do domínio público e através de estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos em vigor. Nestas concessões compreendem-se as de interesse privado, e aos aproveitamentos que delas resultam não podem deixar de aplicar-se os mesmos princípios que aos de quaisquer águas a que se tenha direito, sendo certo que, para efectivar estas concessões pela condução de águas por prédios rústicos alheios, se tem de recorrer ao artigo 114.º do mesmo decreto.

A construção de aquedutos sobre as estradas públicas é consequentemente facultada, estando essa construção, pelo que respeita aos aquedutos subterrâneos, regulada pelo próprio decreto que a faculta, devendo assim entender-se que a concessão da licença, de que fica dependente tal construção, não é discricionária. Se o fosse, não haveria o direito de conduzir as águas através das estradas, que a lei aliás atribui aos proprietários, mas uma concessão do Govêrno ou das câmaras municipais. Nem seria compreensível que, podendo harmonizar-se completamente o interesse público com o interesse privado na condução de águas através das estradas públicas, a lei deixasse no pleno arbítrio das entidades a quem pertence a administração dessas estradas a licença para a construção das obras necessárias para aquela condução, quando impõe a servidão de aqueduto nos prédios particulares.

Quem pretenda conduzir águas através de estradas caminhos ou vias públicas tem, pois, de pedir

licença para a construção das obras que para esse efeito são necessárias e não de pedir a adjudicação de aqueduto fundada no artigo 114.º do citado decreto 5787. Essa licença não pode ser arbitrariamente recusada. Se o for, há recurso para os tribunais competentes.

Quais são ?

Quando a condução das águas seja destinada para um aproveitamento de interesse privado, pode e deve considerar-se o direito de aqueduto como sendo, atento o seu conteúdo, um direito privado, e como tal se deve considerar também, porque é um direito individual, a faculdade que a lei atribui aos proprietários para essa condução. Sendo assim, parece que da denegação de licença, nos casos em que tal denegação não se legitima pelo interesse público, resulta a ofensa de um direito privado, e, sempre que se trata da ofensa ou lesão destes direitos, há, em princípio, o recurso para o poder judicial e não para o contencioso administrativo.

A verdade, porém, é que o exercício deste direito se dá sobre bens que estão no domínio público, que, para se verificar se é ou não legítimo esse exercício, se deve ter em vista o destino desses bens e se é ou não possível harmonizar este destino com o exercício daquele direito, e que tem de ser anulada ou confirmada a denegação da licença, que representa uma deliberação do Govêrno ou de um corpo administrativo, podendo assim concluir-se que o recurso deve dar-se para o contencioso administrativo e não para o poder judicial.

E em face do disposto no § 2.º do artigo 30.º do decreto 5787 IIII, parece-nos que é esta a doutrina que actualmente deve ser seguida. Trata-se neste

artigo do direito de perfurar minas e abrir poços, ordinários ou artesianos, em terrenos públicos, municipais ou de freguesia, para exploração de águas subterrâneas, precedendo licença da autoridade ou corporação a quem a administração dos terrenos pertencer. No § 1.º preceitua-se que, salvo nos casos de a exploração poder afectar o público, ou fazer diminuir o caudal ou o volume de fontes e reservatórios destinados a uso público, deve a licença ser concedida, e declara-se no § 1.º que, da concessão ou denegação da licença, compete recurso para os tribunais do contencioso administrativo, por violação de lei ou ofensa de direitos fundados nas leis e regulamentos de administração pública.

O direito de que se trata neste artigo é da mesma natureza que o direito de conduzir águas através de estradas, caminhos ou vias públicas; representa, como este, um uso especial das cousas que estão no domínio público. Se, pela ofensa deste direito, tem de se recorrer para o contencioso administrativo, não pode a nosso ver deixar de admitir-se a mesma solução pelo que respeita à ofensa do direito de conduzir águas a que se tenha direito através de estradas, caminhos ou vias públicas.

A servidão de aqueduto pode constituir-se sobre quaisquer prédios rústicos alheios que não sejam os exceptuados pelo artigo 114.º do citado decreto 5787. É assim que, embora esses prédios sejam dotais, estão sujeitos à servidão de aqueduto, apesar de o artigo 1149.º do Código civil não se referir às expropriações por utilidade particular, em que deve compreender-se a constituição de aqueduto para aproveitamento de águas de interesse privado, mas somente às expropriações por utilidade pública. Como já

se notou na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*¹, a enumeração das excepções do artigo 1149.º não deve considerar-se taxativa e tanto assim que o artigo 1666.º do mesmo código se refere expressamente ao empraçamento. E o artigo 610.º § 3.º do código de processo civil, determinando que as disposições do mesmo artigo e do antecedente são igualmente applicáveis ao produto de bens expropriados por utilidade pública ou particular, equipara os dois casos em que deve ser aplicado o mesmo processo, sendo assim irrecusável a conclusão de que a expropriação de bens dotais é permitida com fundamento na utilidade para que a lei a faculta, quer essa utilidade seja pública quer privada. Nem assim podia deixar de ser, visto que a inalienabilidade dos bens imobiliários dotais, que tem por fim garantir a aplicação desses bens aos encargos resultantes da constituição da família, em cousa alguma é prejudicada pela expropriação por utilidade particular, atenta a subrogação que do produto dessa expropriação deve ser feita em outros bens de igual valor que ficam tendo a mesma garantia, e, quando não fosse admitida essa expropriação, seriam gravemente prejudicados os interesses a que a lei, concedendo a expropriação, quer prover.

39. *Em que condições é imposta a servidão de aqueduto.* No artigo 115.º do decreto 5787 III declara-se: Quem pretender estabelecer a servidão de que trata o artigo antecedente deverá alegar, com obrigação de o provar, se for impugnado;

a) Que a água lhe pertence;

¹ Veja-se o volume 31.º, n.º 1400, página 214.

b) Que a natureza, direcção e forma do aqueduto que pretende construir são as mais convenientes e as menos onerosas para o prédio serviente.

Determinaram-se neste artigo as condições em que a lei impõe a servidão de aqueduto ou os casos em que há a servidão legal.

Quanto ao direito à água, é completamente indifferente o título de que esse direito resulta, como indifferente é também o modo por que a água haja sido explorada ou a modalidade dessa água. É assim que a servidão de aqueduto poderá ser constituída para conduzir através de prédios alheios às águas que sejam extraídas de um poço por meio de uma nora¹.

Quanto aos prédios sobre que a servidão deve ser constituída, a lei não teve apenas em vista, nem podia ter, sómente um prédio em relação ao qual se deva determinar a natureza, direcção e forma do aqueduto. Em muitos casos há vários prédios através dos quais as águas podem ser conduzidas; e, sempre que os haja, é necessário alegar e provar que é pelo prédio em que se pretende que seja adjudicado o aqueduto que a condução da água é a mais conveniente e a menos onerosa. Quando por ventura não se dêem estas condições, isto é, sempre que haja outros prédios em que, sendo a condução da água igualmente conveniente, não seja tão onerosa para o prédio serviente, causando nesses prédios menor prejuízo ou gravame, o pedido da adjudicação não poderá considerar-se procedente. E também assim não deverá ser considerado sempre que, embora seja igualmente onerosa para o prédio serviente o aqueduto, a condução da água através deste prédio, não seja igualmente con-

veniente, isto é, quando haja outro prédio através do qual a água possa ser conduzida em melhores condições, sendo, por exemplo, de menor importância a construção das obras para esse efeito necessárias.

A lei quis excluir o arbitrio, por parte do proprietário ou concessionário da água, na escolha do prédio em que a servidão de aqueduto deve ser constituída, adoptando um critério que, apesar de não ser expresso pela mesma fórmula, se deve considerar correspondente ao que se estabeleceu no artigo 2310.º do código civil quanto à servidão de passagem para prédios encravados, em que se preceitua que a passagem será concedida pelo lado por onde haja de ser menos prejudicial aos donos dos prédios sujeitos.

Necessário é ter em vista não só o prejuízo do prédio serviente, mas também as obras que devem effectuar-se para a condução das águas.

O critério de que a direcção do aqueduto deve ser a mais conveniente e a menos onerosa para o prédio serviente applica-se, a nosso ver, mesmo no caso em que haja prédios do proprietário da água através dos quais esta possa ser conduzida para o ponto em que deve ser aproveitada. E' assim que, se for menos conveniente ou mais onerosa a constituição do aqueduto em prédio do proprietário ou concessionário da água, entendemos que se pode pedir a adjudicação do aqueduto através de prédios alheios. A lei não estabeleceu, nem devia estabelecer, como condição para a servidão legal de aqueduto a impossibilidade de a água ser conduzida através de prédios pertencentes ao proprietário ou concessionário da água. Embora não se dê essa impossibilidade, a construção do aqueduto em prédio próprio pode representar um prejuízo incomparavelmente superior ao que haverá

¹ Revista cit., vol. 41.º, página 84.

constituindo-se a servidão em prédio alheio, e, dada a indemnização a que o proprietário do prédio serviente tem direito, a lei não devia neste caso colocar o proprietário da água no dilema ou de não se aproveitar dela ou de a conduzir através de prédio seu com dispêndio muito maior do que teria de fazer se a conduzisse por outro prédio.

Em acórdão da Relação do Porto de 20 de março de 1907¹ julgou-se que só podia usar do direito que o artigo 456.º do código civil facultava o proprietário que não pudesse conduzir a água através de prédio seu. O fundamento desta doutrina pode considerar-se sintetizado no seguinte:

«Considerando que a hipótese sobre que legisla «o artigo 456.º do código civil, base da acção, é «únicamente aquele em que o dono da água não tem «terreno seu por onde possa conduzi-la ao ponto «desejado, como se induz da confrontação dêsse artigo «com o 444.º e 2309.º, sobretudo com o 462.º «nas palavras “quando essas águas houverem de «atravessar prédio, ou prédios de diverso dono” e «ainda como artigo 557.º do código espanhol nas «palavras “a fazê-la passar por prédios intermédios, «com obrigação de indemnizar os seus donos.”»

Não julgamos aceitável esta doutrina, mesmo em face do código civil, em que não vinham estabelecidas as condições em que a servidão legal de aqueduto pode ser constituída. Nos artigos dêsse código que se citam no considerando transcrito não se encontra sancionado o princípio de que só pode ser constituída a servidão de aqueduto em prédio alheio no caso de ser impossível a condução da água por prédio do

próprio dono da água, não podendo assim concluir-se que o artigo 456.º só legisla para êsse caso. A analogia que se invoca do artigo 2309.º não procede, não sendo a servidão de aqueduto da mesma natureza que a de passagem para prédios encravados. E, mesmo em relação a esta servidão, a lei não faz cessar a obrigação legal de dar passagem quando o dono do prédio encravado tenha terreno por onde possa comunicar com a via pública. Exige, para êsse efeito, que a comunicação com a via pública seja *igualmente cômoda*. O artigo 462.º, em que se trata da servidão de escoamento, fala *em prédio ou prédios de diverso dono* pela simplicíssima razão de que só em relação a prédios que não sejam do dono do prédio que se pretende enxugar se pode constituir aquela servidão, não sendo assim considerado servidão o aqueduto que se construa em prédio do mesmo dono. Não significa, porém, a referência a prédio ou prédios de diverso dono que nestes só possa constituir-se a servidão quando haja a impossibilidade de fazer chegar as águas de esgoto a alguma corrente ou a outra via de escoamento por prédios que pertençam a quem pretenda constituir a servidão. Embora não haja a impossibilidade do escoamento, desde que êste só em condições menos convenientes ou mais onerosas se possa fazer através daqueles prédios, entendemos que se pode constituir a servidão estabelecida no artigo 462.º.

É esta a doutrina mais aceitável teóricamente, que nós consideramos sancionada no decreto 5787 e que as disposições do código civil de modo algum contrariam.

Quando a servidão de aqueduto tenha de ser constituída em virtude de partilha de prédios, essa servidão deverá ser estabelecida nas outras gلبas

¹ Na *Revista dos Tribunais*, volume 25.º, página 345.

em harmonia com o disposto no artigo 121.º do citado decreto.

Admitiu-se, em relação a esta servidão, o mesmo princípio que, para a servidão de passagem, foi formulado no artigo 2311.º § único do Código civil.

§ 11.º — Constituição da servidão de aqueduto

40. *Modos por que se adquire a servidão de aqueduto; constituição do aqueduto forçado.* Os títulos de aquisição da servidão de aqueduto são, pelo que respeita ao aqueduto voluntário, os mesmos que para as servidões em geral. É assim que essa servidão pode constituir-se, sendo o aqueduto aparente, por negócio jurídico, pela destinação do pai de famílias e por prescrição, e, quando não seja aparente, só por negócio jurídico.

Quanto ao aqueduto forçado, a sua constituição, facultada pela lei, está dependente da verificação dos pressupostos que a lei exige para essa constituição, sendo essa verificação administrativa ou judicial conforme as determinações da mesma lei.

Tratando-se da servidão de aqueduto para o aproveitamento de águas em virtude de concessão por motivo de utilidade pública, no inquérito a que tem de se proceder para essa concessão são determinados os canais ou aquedutos subterrâneos necessários para a efectivar, os quais devem constar dos projectos aprovados pelo Governo, e é garantido aos concessionários o direito de atravessar os prédios particulares com esses canais ou aquedutos subterrâneos na conformidade dos referidos projectos (decreto 5787 III, artigo 56.º). Nestas concessões não pode discutir-se, desde que seja publicado o respectivo decreto, a legalidade das servidões que por êle sejam impostas, tendo

apenas os interessados o direito de fazer valer perante os respectivos tribunais civis os direitos ás indemnizações que por lei lhes são garantidos (decreto citado, artigo 53.º), e só podendo o concessionário proceder à execução das obras desde que seja feito o depósito ou prestada caução correspondente à importância fixada pelos tribunais civis, depois da primeira vistoria, como valor das indemnizações aos interessados (artigo citado, § 1.º).

Há um aproveitamento de águas de interesse público que pode dar-se independentemente de concessão: é o aproveitamento para abastecimento de povoações a que se refere o artigo 59.º do decreto citado, em que se determina que, podendo aproveitar-se ou explorar-se águas públicas para abastecimento de povoações sem ofensa de direitos de terceiro e sem necessidade de expropriação, é lícito aos corpos administrativos fazer o aproveitamento independentemente do processo de concessão, mediante simples licença da direcção dos serviços fluviais e marítimos, quando as águas sejam derivadas de correntes ou reservatórios públicos, ou tenham de ser captadas em terrenos públicos do Estado. No § único do artigo citado declara-se que, para a derivação das águas a que o artigo se refere, poderá estabelecer-se a servidão forçada de aqueduto em terrenos públicos, mediante indemnização liquidada nos termos do mesmo decreto.

Neste caso não há apenas, a nosso ver, que liquidar a indemnização; deverá verificar-se também se a servidão deve ou não ser imposta no caso de os proprietários dos prédios em que se pretende constituir-la impugnem a obrigação de a prestar, ou de a prestar nas condições em que for pedida, por a direcção do aqueduto ou a sua natureza e forma não serem as mais convenientes ou as menos onerosas

para o prédio serviente. E deve ser o poder judicial o competente para essa verificação, sendo aplicáveis neste caso as normas gerais relativas à constituição das servidões.

É óbvio que os corpos administrativos não podem proceder discricionariamente nesta matéria, devendo ser por eles observados os preceitos da lei relativos às servidões que por ela sejam impostas.

Nas concessões para aproveitamentos de interesse privado, deve determinar-se no respectivo alvará (decreto citado, artigo 85.º § 3.º) a direcção e forma dos canais, levadas ou aquedutos de derivação e devolução à corrente, com individuação dos prédios que tenham de ser onerados com servidões. Nestas concessões, porém, quem pretenda torná-las effectivas contra terceiro deve deduzir o seu pedido, sem dependência de artigos, perante o juiz de direito da comarca onde for situada a área do aproveitamento ou a maior parte dela, fazendo citar os interessados para na terceira audiência depois de acusada a citação deduzirem por embargos a opposição que tiverem (decreto citado, artigo 91.º). Os proprietários e usufrutuários dos terrenos compreendidos na mencionada área e designadamente os que tenham de ser onerados com servidões terão de ser citados e, podendo por embargos impugnar os termos em que a concessão foi feita (artigo citado, §§ 1.º e 2.º), parece que, consequentemente, podem impugnar a constituição da servidão nos seus prédios quando haja outros em que essa servidão possa ser imposta de modo mais conveniente ou menos oneroso. Tratando-se de aproveitamentos de interesse privado, consideramos assim aplicável, pelo que respeita à constituição da servidão de aqueduto, a disposição consignada no artigo 115.º

do citado decreto, e, quando essa disposição não haja sido acatada no alvará de concessão, entendemos que o poder judicial deverá julgar procedentes os embargos.

Nestes pode alterar-se o alvará de concessão em qualquer dos pontos nele resolvidos, como expressamente se declara no artigo 87.º do mesmo decreto.

Pertence exclusivamente ao poder judicial a verificação das condições em que deve ser constituída a servidão de aqueduto nos casos em que não haja concessão. As condições que a lei exige para este efeito já foram por nós expostas, limitando-nos aqui a notar que é pela sentença ou pelo acôrdo das partes a esse respeito que a servidão de aqueduto se constitui ou adquire, havendo apenas, anteriormente a essa sentença ou acôrdo, um poder legal pelo qual se pode tornar efectiva a constituição da servidão.

41. Indemnização devida pela servidão de aqueduto. Para esta constituição torna-se necessária prévia indemnização aos proprietários dos prédios servientes. Os critérios que a lei estabelece para esta indemnização não são os mesmos para os aproveitamentos de águas de interesse público e de interesse privado.

Nas servidões que tenham por fim os aproveitamentos de interesse público, determina o citado decreto 5787, artigo 56.º § único, que sómente são devidas indemnizações aos proprietários por estas servidões, quando delas resulte diminuição do rendimento da propriedade ou redução da sua área, sendo em tais casos fixadas as indemnizações pelos tribunais civis. Entre as servidões a que o citado § único se refere estão especificados os canais ou aquedutos

subterrâneos necessários ou impostos pela concessão.

Nestas concessões não podem, pois, liquidar-se indemnizações atendendo a todos os prejuízos que necessariamente possam resultar do estabelecimento da servidão, conforme os preceitos do direito civil. O legislador, atendendo ao fim para que é imposta a servidão, limitou a indemnização unicamente ao caso em que haja diminuição do rendimento do prédio ou da área da sua cultura.

Para as concessões que tenham por fim aproveitamentos de interesse privado, determina-se no citado decreto, artigos 92.º a 97.º, que, tendo sido os interessados citados para nomearem peritos, na audiência de louvação deverão os autores declarar qual o valor que oferecem como indemnização a cada um dos donos dos prédios servientes, e que, se houver acôrdo entre elles, que o juiz deverá promover, será esse acôrdo reduzido a auto; quando não haja acôrdo, será consignado no auto o valor reclamado e o oferecido, e os peritos, tomando por base o diploma da concessão, a planta dos terrenos quando a houver e a sentença proferida sobre embargos, avaliarão as indemnizações, atendendo a todos os prejuízos que nesse acto se reconhecer deverem necessariamente resultar nos termos da lei civil.

Nestas concessões segue-se, pois, o mesmo princípio que na constituição de servidões de aquedutos que tenham por fim o aproveitamento de águas a que se tenha direito independentemente de concessão.

Há a notar que não são devidas indemnizações pelas servidões que se constituírem nas concessões de interesse privado sempre que os proprietários dos prédios servientes queiram aproveitar-se, nos casos em que a lei lhes reconhece este direito, das águas que são conduzidas através dos seus prédios.

É assim que, em relação às concessões de interesse privado, se preceitua no artigo 94.º, § 1.º, que os donos dos prédios servientes que durante o prazo do inquérito administrativo não declararem querer participar do aproveitamento, poderão ainda deduzir esse pedido na audiência de louvação, sendo atendidos se os autores concordarem, e que, tendo participação no aproveitamento, nenhuma indemnização lhes é devida, considerando-se para todos os efeitos comproprietários da água.

Os conteúdos das águas são obrigados a contribuir para as despesas com a sua condução em proporção do benefício que auferirem, não estando assim isentos dessa obrigação os proprietários dos prédios servientes.

Relativamente aos aquedutos que se constituam para aproveitamentos de águas a que se tenha direito independentemente de concessão, preceitua-se no artigo 120.º que, sendo a participação no excedente da água requerida antes de construído o aqueduto, deduzir-se há o pedido como matéria de embargos no prazo destes e, sendo atendido, a obra tornar-se há desde logo comum, fazendo-se na liquidação das indemnizações as compensações a que houver lugar. Neste caso pode haver, pois, ou não, direito a indemnização pela constituição da servidão, conforme o prejuízo por esta causado exceda ou não a indemnização que ao proprietário das águas é devida pela participação que nelas fica tendo o proprietário do prédio serviente e a parte da despesa que o proprietário da água haja feito com a sua condução até o ponto onde o proprietário do prédio serviente a pretender derivar, parte que este proprietário deva pagar.

§ 12.º — Exercício da servidão de aqueduto

42. *Fórmula em que se determinam de um modo geral os direitos e obrigações do proprietário do prédio serviente.* No artigo 458.º do código civil preceituava-se: Pertence aos donos dos prédios servientes tudo o que os marachões ou motas produzam naturalmente. Os ditos donos só são obrigados a dar passagem para a inspecção do aqueduto, ou para nele se fazerem os concertos necessários, e bem assim a não fazer cousa que de qualquer forma prejudique o aqueduto ou o curso das águas. Este artigo acha-se textualmente transcrito no artigo 118.º do decreto 5787 IIII, determinando-se nele, de um modo geral, os direitos e obrigações dos que teem o direito de aqueduto e dos que suportam esta servidão.

Pela servidão de aqueduto constitui-se no prédio serviente o ónus da condução da água e o titular da servidão apenas fica tendo o direito a esta condução e à prática dos actos que para esse efeito sejam necessários. Quaisquer utilidades que possam resultar do terreno em que a servidão está constituída e cujo aproveitamento não prejudique o aqueduto pertencem ao proprietário do prédio. É assim que na lei se preceitua que pertencem ao dono do prédio serviente tudo o que os marachões ou motas produzam naturalmente.

O direito de propriedade do dono do prédio serviente apenas fica limitado no seu exercício quanto à prática dos actos que de qualquer modo prejudiquem o aqueduto já pelo que respeita ao livre curso das águas já à conservação do mesmo aqueduto. Não fica, pois, o proprietário do prédio serviente

inibido de fazer quaisquer construções sobre o aqueduto, desde que por elas não embarace o curso das águas nem danifique o aqueduto. Pode também o proprietário do prédio em que haja o aqueduto vedá-lo, tornando esse prédio uma quinta murada. O que elle não pode é opor-se à passagem pelo seu prédio, embora o torne quinta murada, para a inspecção do aqueduto ou para neste se fazerem os concertos necessários¹.

A lei não impõe a servidão de aqueduto em quintas muradas, ou quintais, jardins, hortas ou pátéos adjacentes a prédios urbanos. Não proíbe, porém, que, constituída a servidão de aqueduto, se dêem quaisquer transformações no prédio serviente compatíveis com o exercício daquela servidão, não podendo todavia ser prejudicado por essas transformações o titular do direito de servidão.

Entendemos que o proprietário do prédio serviente poderá realizar no próprio aqueduto obras que, sendo convenientes para elle, não prejudiquem o aqueduto. É assim que poderá cobrir o aqueduto para passar sobre elle e até para cultivar o terreno. O princípio que a este respeito se deve observar é que o proprietário do prédio serviente não pode de modo algum estorvar o uso da servidão constituída (código civil, artigo 2278.º), podendo conseqüentemente utilizar o seu prédio como melhor lhe convier desde que não storve ou prejudique o uso da servidão.

43. *Obras de reparação e conservação do aqueduto. Em que casos é permitida a substituição da forma do*

¹ Vej. a *Revista de leg. e jurisprud.*, vol. XLII, página 522.

aqueduto. No citado artigo 118.º declara-se que o dono do prédio serviente é obrigado a dar passagem pelo seu prédio para no aqueduto se fazerem os concertos necessários. Na palavra *concertos* comprehendem-se propriamente as reparações do aqueduto ou, como dizia Lobão, a sua refeição: *reficere est, quod corruptum est, in pristinum statum restaurare*, tendo êsses concertos por fim a devolução do aqueduto às condições necessárias para a normal circulação das águas. Os concertos representam, pois, obras extraordinárias, que o titular do direito de servidão tem não só o direito de realizar mas a que é obrigado, pois impende sobre êle a indemnização de quaisquer danos que, constituído o aqueduto, venham a resultar da infiltração ou erupção das águas, ou da deterioração das obras feitas para a condução destas e consequente necessidade da sua reparação. É o que se preceitua no § único do artigo 114.º do decreto 5787 III, em que, salvas as palavras *e consequente necessidade da sua reparação*, cujo alcance não nos é dado atingir, se reproduziu o § único do artigo 456.º do código civil.

Nos *concertos* do aqueduto não se abrangem as obras que devem realizar-se periodicamente e que tem por fim a sua conservação, como a limpeza ou expurgação do aqueduto. Estas obras devem ser realizadas também, salvo qualquer cláusula do título constitutivo da servidão, pelo titular desta, e, para êsse efeito, tem também o direito de passagem pelo prédio serviente.

Quer para as obras extraordinárias quer para as ordinárias, o dono do aqueduto tem não só o direito de passar pelo prédio serviente mas pode depositar neste os materiais que para essas obras sejam necessários.

Poderá o dono do aqueduto alterar a sua forma, substituindo, por exemplo, um cano de pedra por um tubo de ferro? No artigo 118.º fala-se apenas em *concertos necessários*, donde parece dever concluir-se que o dono do aqueduto não pode realizar quaisquer obras que tenham por fim a sua substituição. A êste respeito deve aplicar-se, porém, o princípio geral formulado no artigo 2276.º, pelo qual o dono do prédio dominante tem o direito de fazer no prédio serviente todas as obras necessárias para o uso da servidão, mas de modo que a não altere ou torne mais onerosa, e que, em relação às servidões de águas, se applicou no artigo 126.º do decreto.

Como já notámos, não deve considerar-se alteração da servidão qualquer inovação que nesta se dê, mas a que tenha por fim ampliar abusivamente o conteúdo da servidão. Em relação ao aqueduto não pode, pois, dizer-se que se altere a servidão pelo mero facto de se substituir a forma do mesmo aqueduto, quando dessa alteração não resulte, por exemplo, que por êle seja conduzida mais água aumentando-se para êsse efeito a sua capacidade. Neste caso, haverá alteração da servidão e, salvo prévio acôrdo dos interessados, tal alteração só pode dar-se verificando-se, pelo mesmo modo que para a constituição da servidão, se há ou não direito a ela e sendo o proprietário do prédio serviente indemnizado dos prejuizos que dessa alteração necessariamente possam derivar.

Desde que subsista o mesmo conteúdo da servidão de aqueduto, entendemos que o titular dêste direito não está inibido de fazer quaisquer alterações que, não a tornando mais onerosa, sejam convenientes para o seu uso. Dizia Lobão a êste respeito: «Da mesma maneira o dominante pode fazer o aqueduto de pau, ou de pedra, ou mudá-lo daquela matéria

«para esta, como lhe for mais útil, sem que o senhor do prédio serviente lhe possa obstar, a menos que desta mudança ou alteração lhe não resulte grande prejuízo e ao dominante pouca utilidade»¹.

Consideramos admissível esta doutrina em face dos princípios sancionados no nosso direito, não podendo de modo algum justificar-se a opposição do proprietário do prédio serviente a qualquer inovação que este pretenda fazer no aqueduto e que, sendo útil para ele, nenhum prejuízo cause no prédio serviente. Do artigo 126.º do decreto resulta que o dono do prédio serviente, desde que as inovações que se pretende fazer no aqueduto sejam necessárias para o conveniente aproveitamento da água, contanto que não importem alteração da servidão nem a tornem mais onerosa, não pode opor-se às obras e trabalhos para esse fim necessários.

As despesas com as reparações e conservação do aqueduto, quando sejam vários os utentes das águas, devem ser pagas por todos elles, em proporção do seu uso. É o que se preceitua no artigo 125.º do decreto: Quando algumas águas forem fruidas em comum por dois ou mais conteúdos, qualquer deles tem o direito de obrigar os outros a contribuir para as despesas necessárias ao seu conveniente aproveitamento, na proporção do seu uso, podendo para esse fim executar-se as obras necessárias e fazer-se os trabalhos de pesquisa indispensáveis, quando se reconheça haver perda ou diminuição de volume do caudal.

Quando o dono do prédio serviente seja conteúdo das águas é obrigado a contribuir para essas despesas

¹ *Tractado pratico e compendiarío das aguas*, § 167.

na proporção do seu interesse, só podendo eximir-se desta obrigação se desistir do uso das mesmas águas em proveito dos outros compartes.

É o que se preceitua no artigo 126.º, §§ 1.º e 2.º, do decreto.

44. *Direitos do proprietário do prédio serviente quanto à mudança e participação na água.* O dono do prédio serviente pode, em qualquer tempo, exigir a mudança do aqueduto para outra parte do mesmo prédio, se esta mudança lhe for conveniente e não prejudicar os interesses do dono do aqueduto, contanto que faça a dita mudança à sua custa. É o que se preceitua no artigo 119.º do decreto, em que se reproduz textualmente o artigo 459.º do código civil, cuja disposição não é mais do que a aplicação à servidão do aqueduto do princípio formulado no artigo 2278.º quanto à mudança das servidões.

Se a água do aqueduto não for toda necessária a seus donos e os donos dos prédios servientes quizerem ter parte no aqueduto, ser-lhes há concedida essa parte a todo o tempo em que a requeiram, mediante prévia indemnização e pagando, além disso, a cota proporcional à despesa feita com a condução dela até o ponto donde a pretendem desviar (decreto citado, artigo 120.º). A indemnização a que este artigo se refere é relativa à água, e devida pelo facto de não poderem dispor livremente dela os donos da mesma água.

§ 13.º — Extinção da servidão de aqueduto

45. *Extinção da servidão do aqueduto.* Os factos por que se extingue a servidão de aqueduto são os mesmos que determinam a extinção do direito de presa.

A servidão de aqueduto é, do mesmo modo que a servidão de presa, um acessório do direito à água, sendo conseqüente que, cessando aquele direito, cesse também a servidão de aqueduto. Nos casos em que se transmita o direito à água, transmite-se com elle o direito de servidão.

Como na servidão de presa, a servidão de aqueduto, quando caduque a concessão ou aproveitamento das águas públicas, deixará de existir em relação ao concessionário, mas os aquedutos já constituídos ficarão pertencendo ao Estado ou à respectiva autarquia local, considerando-se subsistentes para a utilização directa das águas ou para novas concessões.

CAPÍTULO IV

DA SERVIDÃO DE ESCOAMENTO

§ 14.º — Idéas gerais

46. O que compreendemos na expressão *servidão de escoamento*. Nos diferentes aproveitamentos das águas torna-se necessário o desaguamento das sobejas numa via natural de escoamento, que é ordinariamente uma corrente não navegável nem flutuável ou navegável e flutuável.

Independentemente das águas sobejas, a servidão de escoamento torna-se necessária sempre que, mediante acção do homem, em qualquer prédio brotem águas e ainda nos casos em que, por acção do homem também, para um prédio sejam conduzidas águas que não tenham via natural de escoamento, qualquer que seja a origem dessas águas.

Em qualquer dos casos referidos, a lei impõe a servidão legal de aqueduto e não podia deixar de a impor visto que, se pelos prédios inferiores não fosse dado escoamento às águas, impossível se tornaria o seu aproveitamento ou a conveniente utilização dos prédios em que há águas subterrâneas.

O escoamento das águas torna-se ainda necessário, já para que possam ser convenientemente cultivados prédios em que haja águas estagnadas, já por motivo de hygiene e salubridade pública, e, em qualquer destes casos, essa servidão é também imposta pela lei.

Na expressão *servidão de escoamento* compreendemos o encargo constituído num prédio para que por elle vão desaguar numa corrente as águas que dela tenham sido derivadas ou que brotem, mediante a acção do homem, em qualquer prédio ou por esse meio para elle sejam conduzidas.

Não consideramos, pois, como servidão de escoamento o encargo dos prédios inferiores de receberem as águas que decorrem, naturalmente e sem obra do homem, dos prédios superiores, assim como a terra ou entulhos, que arrastam na sua torrente.

É verdade que este encargo se considera servidão no artigo 2282.º do código civil e que também assim é considerado no artigo 110.º do decreto 5787 III, em que aquella disposição foi textualmente reproduzida.

Basta atender, porém, a que o escoamento das águas que, naturalmente e sem obra do homem, decorrem dos prédios superiores, não representa um encargo excepcional imposto nos prédios inferiores através dos quais se dá esse escoamento, resultando tal encargo da própria situação desses prédios e limitando-se a lei a reconhecê-lo, proibindo que no prédio inferior se façam obras que estorvem o livre curso das águas e no prédio superior obras que possam agravar aquele encargo. Estamos, pois, num caso característico de regulamentação do direito de propriedade e não de limitações excepcionais a este direito.

E é assim que no § único do citado artigo 110.º se declara que, quando as obras feitas no prédio superior tiverem por objectivo algum dos lícitos aproveitamentos permitidos neste decreto, serão os donos dos prédios inferiores indemnizados do prejuízo que lhes resultar das águas vertentes. Neste caso é que, sendo desviadas as águas do seu curso natural, o encargo imposto aos prédios inferiores, através dos quais

teem de ser conduzidas as águas vertentes, já não representa uma mera consequência da situação destes prédios, não é uma limitação ao direito de propriedade que resulte imediatamente da lei; é um encargo por esta imposto, uma servidão legal, tendo de verificar-se, para a sua constituição, se há ou não os pressupostos que a lei exige e tendo o dono do prédio a ella sujeito direito a ser indemnizado dos prejuizos que para elle necessariamente resultem dessa servidão.

Não temos, pois, que tratar do escoamento natural das águas através dos prédios inferiores, devendo apenas verificar os casos em que o decurso das águas assim se deve considerar.

47. Modalidades da servidão de escoamento. A servidão de escoamento não é imposta sempre nas mesmas condições, divergindo estas conforme se trata de águas que, tendo sido derivadas de uma corrente, tenham de ser devolvidas as sobejas à mesma corrente, ou de águas para que não haja uma determinada via natural em que tenha de dar-se o desaguamento das sobejas. A condição de que as águas sobejas sejam devolvidas à corrente donde foram derivadas dá-se nos aproveitamentos de interesse privado que sejam concedidos para fins agrícolas ou industriais.

Esta circunstância e ainda a de que a servidão de escoamento, quando seja imposta aos donos dos prédios inferiores àquele para que se dirige um aqueduto, deve considerar-se como sendo um complemento necessário desta servidão, aconselham-nos a tratar da servidão de escoamento como complemento da servidão de aqueduto em separado da servidão de escoamento de águas que brotem num prédio ou nele estejam represadas.

§ 15.º — O escoamento das águas de aqueduto

48. *A servidão de escoamento como complemento da servidão de aqueduto.* No artigo 116.º do decreto 5787 III preceitua-se: Os donos dos prédios inferiores àquele a que se dirige o aqueduto são obrigados a receber as águas vertentes ou dar-lhes passagem, contanto que sejam indemnizados dos prejuízos que daí lhes venham a resultar, observando-se o disposto no § único do artigo 107.º e § único do artigo 114.º. No § único do artigo 107.º declara-se que na liquidação da indemnização será levado em conta o valor de qualquer benefício que aos prédios servientes possa resultar do uso das águas vertentes, e no § único do artigo 114.º que os donos dos prédios servientes teem também o direito de serem indemnizados dos prejuízos que de futuro vierem a resultar da infiltração ou erupção das águas, ou da deterioração das obras feitas para a condução destas e seqüente necessidade da sua reparação.

A servidão de escoamento das águas vertentes dos aquedutos representa um complemento necessário da servidão de aqueduto, e, como resulta já das disposições que reproduzimos, a servidão de escoamento está sujeita às mesmas condições que a servidão de aqueduto. É assim que essa servidão deverá ter, em princípio, uma natureza, direcção e forma que sejam as mais convenientes e as menos onerosas para o prédio serviente.

Casos há, porém, em que a servidão de escoamento tem de ser estabelecida de forma que as águas sobejas tenham de ser devolvidas à corrente, e, quando assim seja, a servidão de escoamento terá de ser constituída em prédios pelos quais se possa dar essa devolução, embora essa direcção não seja para êsses prédios a mais conveniente ou a menos onerosa.

Vejamos os casos em que se tem de dar esta devolução e em que condições.

49. *Requisitos a que o escoamento deve satisfazer.* No artigo 85.º n.º 3.º do citado decreto preceitua-se que no alvará de concessão para os aproveitamentos de interesse privado se deve determinar a direcção e forma dos canais, levadas ou aquedutos de derivação e devolução à corrente, com individuação dos prédios que tenham de ser onerados com servidões.

Nesta disposição deve ter-se tido principalmente em vista o regime das correntes não navegáveis nem fluviáveis, segundo o qual são os prédios contíguos às mesmas correntes que, sucessiva e eventualmente, teem direito às suas águas. Para irrigação de prédios que não sejam contíguos às mesmas correntes e para fins industriais só podem ser concedidas as águas sobejas, e como tal só podem considerar-se as que não sejam necessárias para a irrigação dos prédios contíguos à corrente, qualquer que seja o ponto da mesma corrente em que êsses prédios estejam situados.

Daqui resulta que, sempre que estes prédios sejam prejudicados sendo as águas sobejas dos aproveitamentos para fins industriais ou irrigação de prédios não marginaes suficientes para a sua irrigação, a concessão pode fazer-se, mas terá de ser feita sob a condição de que as águas sobejas tenham de ser devolvidas à corrente e num ponto em que quaisquer prédios inferiores possam aproveitar-se delas.

Este requisito de que as águas sobejas sejam devolvidas à corrente não se dá em quaisquer outros casos de concessão, como condição a que esta esteja subordinada. Pode, porém, estabelecer-se tal condição no decreto da concessão, sempre que, sob qual-

quer ponto de vista, se julgue conveniente a devolução das águas à corrente num ponto determinado.

No artigo 129.º do decreto preceitua-se que a parte remanescente das águas empregadas nos usos agrícolas ou industriais que tiver de voltar à corrente principal, não poderá ser inquinada de substâncias nocivas à agricultura, à hygiene ou à criação e vida do peixe.

No § único do mesmo artigo exceptua-se o caso em que o Governo, atendendo à importância do aproveitamento, conceda autorização especial, com as restrições que julgar convenientes, para que as águas inquinadas sigam o seu esgôto natural, ficando, sempre a cargo dos agricultores ou industriais indemnizar o Estado, corporações ou particulares que sejam lesados.

§ 15.º — O escoamento de águas que decorrem de prédios

50. *Os prédios inferiores teem de receber as águas que decorrem naturalmente e sem obra do homem dos superiores.* No artigo 110.º do decreto 5787 IIII, em que se reproduz textualmente o artigo 2282.º do código civil, preceitua-se: Os prédios inferiores estão obrigados a receber as águas que decorrem, naturalmente e sem acção do homem, dos prédios superiores, assim como a terra e entulho que arrastam na sua corrente. Nem o dono do prédio inferior pode fazer obras que estorvem esta servidão, nem o dono do prédio superior obras que a possam agravar.

Era princípio já sancionado no direito romano que a vontade do homem não pode modificar o escoamento natural da água, reconhecendo-se que a própria lei não pode alterar a situação dos lugares que determina êsse escoamento: *semper enim hanc esse servitutum*

inferiorum prædiorum, ut natura profluentem aquam accipiant ¹.

Formulando êste princípio em face dêste direito e do código civil francês, escreveu Correa Teles: «Há «servidões constituídas pela natureza: tal é a que os «prédios inferiores teem de receber as águas, que «nascem nos superiores, ou que ali caem quando «chove. Portanto o dono do prédio inferior não pode «fazer dique que impeça ou represe aquela corrente «natural; e o dono do superior não pode fazer obra, «com a qual esta servidão se faça mais onerosa ao «inferior, como seria se fizesse a corrente impetuosa «ou violenta» ².

Reconhecido em todas as legislações o princípio de que os prédios inferiores teem o encargo, a que a própria natureza os sujeita, de receber as águas que decorrem dos prédios superiores, em todas elas se limita tal encargo ao que a natureza requiere, não podendo ser agravado pelo dono do prédio superior nem realizada qualquer obra pelo dono do prédio inferior tendente a impedir o natural escoamento da água. É assim limitado directamente pela lei o direito de propriedade dos dois prédios, não podendo no exercício dêsse direito deixar de respeitar-se êsses limites sem que fique responsável pelos danos que causar quem os ultrapasse. Donde resulta que o dono do prédio inferior não pode fazer dique pelo qual faça refluir a água sôbre o prédio superior ou desviá-la para outro prédio, nem vedar o seu prédio sem que nessa vedação deixe as aberturas necessárias para que por elas se escoem as águas. Em qualquer dos prédios podem ser realizadas apenas as obras tendentes

¹ D. 39, 3, 1, 22.

² *Digesto Português*, livro 3.º, artigos 445.º e 446.

a regular o curso das águas, não se prejudicando por elas nem o prédio inferior nem o prédio superior.

As águas que os prédios inferiores teem de receber são: as águas pluviais que caem directamente no prédio superior ou que para êste decorram de outros prédios superiores a êle; as águas provenientes da liquefacção das neves e gelos; as que se infiltram no terreno, e as das nascentes que brotem naturalmente num prédio.

Em relação a qualquer destas águas, só há para os prédios inferiores o ónus de as receberem quando elas sigam o seu curso natural, que é o determinado pelo declive do terreno. Sempre que tais águas sejam desviadas do seu curso natural, cessa a obrigação que aos proprietários dos prédios inferiores é imposta pelo artigo 110.º, e, embora haja para os proprietários dos prédios inferiores a obrigação de dar escoamento às águas, essa obrigação só poderá ser imposta judicialmente, na falta de prévio acôrdo, e mediante indemnização judicial.

Dado mesmo que as águas sigam o seu curso natural, não poderá o dono do prédio superior agravar essa servidão por quaisquer obras que realize no seu prédio, quer por tais obras pretenda regularizar de modo mais conveniente para o seu prédio o curso da água, quer explorar agrícola ou industrialmente o mesmo prédio de modo mais produtivo.

51. *Quando se entende que no decurso das águas intervêm a acção do homem.* Na expressão da lei naturalmente e sem acção do homem devem considerar-se como proibidas quaisquer modificações no prédio superior de que resulte prejuízo para o prédio inferior, quer por elas se pretenda actuar directamente sobre

o decurso da água, quer se tenha apenas em vista o aproveitamento desta. As dúvidas que na jurisprudência francesa e na italiana¹ se teem suscitado sobre esta matéria quanto à cultura dos prédios, devem considerar-se removidas pela nossa legislação no sentido de que não é permitida qualquer modificação de que resulte agravamento para a servidão.

Com effeito, no § único do artigo 110.º determina-se: Quando as obras feitas no prédio superior tiverem por objectivo algum dos lícitos aproveitamentos permitidos neste decreto, serão os donos dos prédios inferiores indemnizados do prejuízo que lhes resultar das águas vertentes.

Na fórmula deste parágrafo comprehendem-se quaisquer obras que tenham por fim o aproveitamento da água para a cultura dos prédios, para a industria ou para consumo doméstico, sendo em qualquer destes casos o autor dessas obras responsável pelos prejuízos que, pelo facto de se derivarem as águas do seu curso natural, sejam causados aos donos dos prédios inferiores em virtude das águas vertentes.

A lei impõe em casos determinados a obrigação de receber essas águas mediante a constituição da servidão legal de escoamento. Em qualquer deles deixa de existir, porém, a obrigação immediatamente imposta pela lei de receber as águas dos prédios superiores.

¶ Também não existirá para os prédios inferiores a obrigação de receberem as águas dos prédios superiores, reconhecida pelo citado artigo 110.º, sempre que tais águas não brotem naturalmente do prédio mas em virtude de quaisquer transformações que se

¹ Veja-se Demolombe, *Servitudes*, n.º 82, e Caldi, *Delle servitù prediali*, volume 1.º, n.º 42.

efectuem nesse prédio? Assim, se as águas brotam em virtude da exploração de uma pedreira, de uma mina ou pela abertura de quaisquer fossos, o proprietário do prédio inferior não será obrigado a receber, senão mediante prévia indemnização, tais águas?

A fórmula do artigo 110.º refere-se ao *decurso das águas*, parecendo assim que não se trata nesse artigo do modo por que as águas brotam. Sempre que uma água subterrânea se torne superficial em virtude de quaisquer obras que se realizem num prédio e que não tenham por fim a exploração de águas, não poderá dizer-se que tal nascente seja descoberta por indústria, hipótese prevista no artigo 103.º, que se refere a qualquer dos modos indicados no artigo 102.º, e, sendo assim, parece consequentemente que não poderá aplicar-se a disposição consignada neste artigo e deverá aplicar-se a do artigo 110.º.

Efectivamente parece que, sendo as servidões legais de interpretação restrita e sendo a servidão legal imposta no artigo 103.º estabelecida em favor do proprietário que por indústria descobrir no seu prédio alguma nova nascente, se não considerarmos applicável o artigo 110.º, o proprietário ver-se-ia inibido de dar saída às águas, o que a lei não pode admitir, pela simplicíssima razão de que a natureza o não admite também.

Em refôrço desta doutrina, poderá ainda dizer-se que, não estando o proprietário de um prédio inibido de o explorar pelo modo que julgar mais conveniente, quando em virtude dessa exploração faça brotar uma nascente não deverá suportar os prejuízos que daí resultam, pois que tal facto não pode ser considerado ilícito.

Não nos parece aceitável esta doutrina.

Na fórmula do artigo 110.º *naturalmente e sem acção do homem* compreende-se não só o decurso das águas

mas também o modo por que essas águas apparecem no prédio e portanto o facto de se tornarem superficiais as águas subterrâneas. Seja qual for êsse facto, desde que a nascente brote em virtude de acção do homem, não poderá considerar-se devido só à acção natural o decurso dessa água, sendo o proprietário do prédio superior obrigado a indemnizar o proprietário do prédio inferior de quaisquer prejuízos que lhe cause.

Nem pode dizer-se que, sendo lícito ao proprietário explorar o seu prédio como melhor lhe convier, não pode considerar-se responsável por quaisquer prejuízos que para os outros prédios resultem dessa exploração, designadamente nos casos em que os não pode prever.

O direito de propriedade sôbre um prédio está natural e legalmente limitado pelo direito de propriedade sôbre os outros prédios, não podendo em qualquer deles exercer-se êsse direito de modo que os dos proprietários dos outros prédios sejam lesados. E é assim que, estando a exploração de um prédio, as utilidades que dêsse prédio podem ser auferidas, limitadas pela legítima esfera de acção dos outros proprietários, não se pode, em virtude dessa exploração, lançar sôbre outros prédios quaisquer productos que os vão prejudicar. Ora é êste facto que se dá sempre que se pretenda dar saída sôbre um prédio inferior a águas que não brotem naturalmente no prédio superior.

E embora não se possa considerar rigorosamente compreendida no artigo 103.º a nascente que tenha brotado por qualquer dos modos que não sejam os referidos no artigo 102.º, não se nos afigura duvidoso que existe também neste caso a servidão legal de escoamento.

Na indemnização dos prejuízos a que se refere o artigo 110.º, devem considerar-se compreendidos os

que resultam da constituição de qualquer servidão de escoamento das águas vertentes.

Sendo assim, é esta servidão imposta por aquele parágrafo, e como, no caso de que estamos tratando, também há a obrigação de indemnização dos prejuízos que resultam das águas que brotem em virtude da exploração do prédio superior, essa indemnização terá por conteúdo a servidão sempre que ela se torne necessária para o escoamento das águas.

52. *Servidão legal de escoamento de águas das fontes.* Pode estabelecer-se em princípio que, nos casos em que não há para os prédios inferiores a obrigação de receber as águas dos prédios superiores, existe a servidão legal de escoamento.

Pelo que respeita às águas das nascentes, é esta servidão estabelecida no artigo 103.º que diz: Ao proprietário que por indústria descobrir no seu prédio alguma nova nascente, é lícito encaminhar as águas vertentes sobre prédios alheios, contra a vontade dos donos, precedendo autorização judicial e indemnização do prejuízo, se algum causar.

§ único. Na liquidação da indemnização será levado em conta o valor de qualquer benefício que aos prédios servientes possa resultar do uso das águas vertentes.

Trata-se neste artigo de uma servidão de escoamento e não de aqueduto. A hipótese nela prevista é a de se encaminharem as águas para prédios vizinhos, abandonando-as o proprietário do prédio onde brota a nascente.

Se porventura elle quizer aproveitar essas águas fora do prédio onde elas nascem, teremos a servidão de aqueduto.

Em que condições pode constituir-se a servidão de escoamento?

No artigo 446.º do Código civil dizia-se — *só poderá encaminhar* as vertentes dela sobre prédios alheios, contra a vontade de seus donos, sendo autorizado por decreto judicial e mediante indemnização. A modificação de redacção não representa a mínima alteração na disposição.

A servidão de escoamento, sempre que não haja acôrdo, ou não seja imposta pelo transmitente do prédio serviente, só pode constituir-se verificando-se judicialmente se é ou não necessária e as condições em que deve ser estabelecida.

O proprietário da nascente não poderá encaminhar as águas para qualquer prédio vizinho; as águas terão de ser encaminhadas para o prédio vizinho em que a servidão seja menos onerosa e mais conveniente. Não podem deixar de aplicar-se neste caso as normas que regulam a constituição da servidão de aqueduto.

O proprietário do prédio serviente só tem direito a indemnização se do decurso das águas pelo seu prédio para elle resultar algum prejuízo. Se, por exemplo, as águas da nascente derem entrada em algum aqueduto já existente que seja suficiente para as conduzir, o proprietário do prédio, que nenhum prejuízo sofre, não terá direito a indemnização alguma.

Nos termos do § único do artigo 103.º, será levado em conta na liquidação da indemnização o valor de qualquer benefício que aos prédios servientes possa resultar do uso das águas vertentes. Pressupõe esta disposição o abandono destas águas por parte do proprietário do prédio onde elas brotam de forma que o dono do prédio serviente se possa aproveitar delas. Este só tem todavia direito às águas que o proprietário daquele prédio deixar correr para o prédio serviente,

não adquirindo o proprietário d'este, só pelo facto da constituição da servidão de escoamento, direito a determinadas águas.

Na falta de acôrdo entre os interessados, é ao juiz que compete, fundado no parecer dos peritos, determinar qual o proveito que para o prédio serviente podem ter as águas vertentes.

53. *A servidão de escoamento para enxugo de prédios.* No artigo 117.º do decreto 5787 III, em que se transcreve o artigo 462.º do código civil, preceitua-se: As disposições dos artigos precedentes são applicáveis às águas provenientes de gaivagens, canos falsos, valas, guardamatos, alcorcas ou de qualquer outro modo de enxugo de prédios, quando essas águas houverem de atravessar prédio ou prédios de diverso dono, para chegarem a alguma corrente ou a outra via de escoamento.

Esta disposição funda-se especialmente nas necessidades da agricultura, tendo por fim a conveniente cultura dos prédios onde haja águas estagnadas. A servidão de escoamento destas águas pode todavia ser constituída não só para este fim mas ainda para fins industriais, pois a lei não estabelece limitação alguma. O proprietário que, para construir casas, pretenda enxugar um determinado terreno, pode escoar as águas através de prédios alheios. A lei faculta-lhe o enxugamento ou drenagem do prédio, sem ter em consideração o fim para que elle é feito.

Devemos ainda ter em vista que a disposição a que nos estamos referindo tem não só por fim o conveniente aproveitamento dos prédios onde haja águas nocivas, mas ainda a salubridade ou a hygiene pública. E' assim que o escoamento das águas estagnadas pode

ser promovido pelos poderes públicos, sendo diversas as providências que a este respeito tem sido adoptadas.

No decreto 7040, de 18 de outubro de 1920, foi criada, pelo Ministério do Trabalho, uma comissão de defesa anti-sezonática, que tem por fim combater as causas da malária e os efeitos do sezonismo sobre a população, e a essa comissão incumbem (artigo 2.º, n.ºs 1.º a 4.º e 9.º): determinar as zonas palustres e o regime hidrográfico das zonas maláricas, especialmente no tocante a águas estagnadas, empoçadas ou represadas, natural ou artificialmente, transitória e permanentemente; fazer levantar, em face dos resultados obtidos por essas inquirições, as cartas do sezonismo, do paludismo e anotelismo em Portugal, as quais se deverão rever e renovar periódicamente; promover a salubridade das zonas maláricas pelos processos correctores das condições hidrotelúricas causais do impaludismo, tais como o enxugamento e drenagem dos terrenos encharcados, vazamento de pântanos, desobstrução e correção de leitos fluviais, culturas saneadoras, etc., conjugando a acção dos diversos serviços públicos e a intervenção dos municípios e dos proprietários.

Sempre que para o enxugamento de terrenos, qualquer que seja o modo ou entidade por que seja promovido, se tornem necessárias servidões de escoamento através de prédios alheios, os donos d'estes prédios terão o direito de ser indemnizados dos prejuízos que para elles resultem necessariamente da constituição dessas servidões, se esses mesmos prédios não forem beneficiados também. Neste caso, o beneficio que para elles resulta do enxugamento ou drenagem do seu terreno não poderá deixar de ser tomado em consideração, como o deve ser também

o proveito que possa auferir pelo uso das águas que pela drenagem sejam conduzidas para o seu prédio.

No artigo 117.º declara-se que são applicáveis as disposições dos artigos precedentes à servidão de escoamento para enxugo de prédios e no artigo 116.º preceitua-se que os donos dos prédios inferiores áqueles a que se dirige o aqueduto e que são obrigados a receber as águas vertentes serão indemnizados dos prejuizos que daí lhes venham a resultar, observando-se o disposto no § único do artigo 103.º, que determina que na liquidação da indemnização seja levado em conta o valor de qualquer benefício que aos prédios servientes possa resultar do uso das águas vertentes.

A servidão de escoamento para enxugo de terrenos não pode ser constituída em quintas muradas, ou quintais, jardins, hortas ou pátios adjacentes a prédios urbanos, sendo applicável a esta servidão, em virtude do artigo 117.º, o que preceitua o artigo 115.º e, para que se estabeleça essa servidão, torna-se necessário que se prove: 1) que sobre o prédio que se pretende enxugar há um direito de propriedade perfeita ou imperfeita em virtude do qual se pode effectuar o enxugamento dêsse prédio; 2) que a natureza, direcção e forma dos canos, valas ou outros meios de enxugo dos terrenos são os mais convenientes e os menos onerosos para os prédios servientes.

É esta a applicação que no caso referido pode ter o disposto no artigo 115.º, referindo-se a alínea a) dêsse artigo à propriedade do prédio em que se comprehende o direito às águas nesse prédio estancadas, como accessório que são do mesmo prédio.

Donde resulta que o arrendatário dum prédio, embora o arrendamento seja a largo prazo, não poderá requerer a constituição da servidão de escoamento para enxugo do prédio.

No artigo 117.º, exemplificando-se o enxugamento por gaivagem, por canos falsos, valas, guarda-matos, alcorcas, admite-se *qualquer outro modo de enxugo* de prédios, o qual não depende da vontade discricionária do dono do prédio dominante. O escoamento deve fazer-se pelo modo que seja mais conveniente ou menos oneroso para o prédio serviente, nos termos do artigo 115.º alínea b).

Da mesma maneira que para a servidão de aqueduto, necessário é ter também em consideração, em relação ao prédio dominante, o custo das obras que para o escoamento se tornam necessárias, de forma que se conciliem devidamente os interesses do proprietário dêsse prédio com os interesses do proprietário do prédio serviente.

Não fixando a lei um determinado interesse do prédio dominante que êle pretenda effectivar pelo enxugo dêsse prédio, entendemos que na constituição da servidão de escoamento não pode alegar-se, por parte dos proprietários dos prédios servientes, que o enxugamento não é útil para o prédio dominante ou, que, embora o seja, a constituição da servidão irá causar aos prédios inferiores um prejuízo superior ao proveito que para o prédio dominante resultará dessa servidão. O que judicialmente tem de se verificar é se pelos trabalhos projectados se obtêm o escoamento do terreno, effectivando-se assim o fim para que a lei concede a servidão legal de escoamento; se o escoamento pode ou não conseguir-se sem que seja causado prejuízo aos prédios inferiores

e, no caso negativo, quais são os prédios inferiores que devem suportar essa servidão por serem aqueles em que ela pode constituir-se da forma mais conveniente e menos onerosa.

É esta a doutrina da jurisprudência francesa em face do disposto no artigo 1.º da lei de 10 de junho de 1854 e a que segue a jurisprudência italiana em vista do que se preceitua no artigo 609.º do seu Código civil, estando esses artigos redigidos do mesmo modo que o artigo 264.º do nosso código civil. A opinião de Garnier no comentário àquela lei de que era necessário verificar se para o prédio que se pretendia enxugar se dava ou não uma real beneficiação não teve prosélitos ¹.

54. Escoamento das águas pluviais. As águas pluviais podem cair directamente em qualquer prédio rústico ou urbano e seguir o seu curso natural ou ser represadas para o seu aproveitamento, e podem formar torrentes ou enxurros, correndo por terrenos do domínio público ou por terrenos particulares. No decreto 5787 III as águas pluviais que revestem esta última modalidade são consideradas como águas do domínio público e as primeiras como águas particulares.

Sem nos prendermos com o alcance desta distinção, procuraremos determinar os casos em que para o escoamento destas águas, qualquer que seja a modalidade que revistam, se pode constituir a servidão de escoamento. É óbvio que não existe esta

servidão sempre que as águas pluviais não sejam desviadas do seu curso natural, applicando-se designadamente a estas águas a disposição consignada no artigo 110.º do citado decreto. Quando, porém, as águas pluviais sejam aproveitadas pelo dono do prédio onde caem ou correm e se desviem para esse aproveitamento do seu curso natural, terão os donos dos prédios inferiores o direito de ser indemnizados dos prejuízos que para elles resultem das águas vertentes.

Nos casos em que, sendo licito esse aproveitamento, sejam represadas as águas que caem directamente nos prédios, teremos de applicar à constituição das servidões de aqueduto e de escoamento os mesmos princípios que regulam as servidões que se constituem para as águas que decorrem dos prédios mediante acção do homem. Quanto às águas dos barrancos, enxurros ou torrentes, o seu aproveitamento é facultado no artigo 26.º do decreto, em conformidade com o artigo 453.º do Código civil, enquanto não forem objecto de concessão nos termos do mesmo decreto, e salvo o caso de sobre elas haver direitos legitimamente adquiridos que devam subsistir, podendo (artigo 27.º) os donos dos prédios marginaes construir barragens de terra ou pedra solta, ou açudes móveis, para derivação delas sem prévia licença ou concessão, ou, mediante licença do director dos serviços fluviaes e marítimos (artigo 28.º), represá-las em albufeiras ou depósitos permanentes, para serem utilizadas na irrigação ou colmatagem. Teremos, neste último caso, o direito, para quem represe essas águas, de as conduzir para qualquer prédio onde possam ser aproveitadas e de dar escoamento às águas sobejas. No primeiro caso, o aproveitamento das águas está dependente de não resultar dele prejuizo para os proprietários vizinhos,

¹ Veja-se Caldi, *Delle servitù prediali*, tomo 1.º, página 145 e Baudry-Lacaufinerie e M. Chauveau, *Des biens*, página 629.

nem embaraço ao trânsito nos caminhos públicos, como no artigo 27.º do decreto se declara. Não pode, pois, o proprietário que faça a derivação das águas obrigar os proprietários dos prédios inferiores a receber as águas vertentes e dar-lhes escoamento. Desde que o aproveitamento está assim condicionado em relação às águas dos enxurros ou torrentes, não se considerará lícito tal aproveitamento logo que haja prejuízo para os prédios inferiores, tendo o proprietário do prédio superior de desistir do aproveitamento ou de efetuar este em condições tais que os proprietários dos prédios inferiores não sofram prejuízo com as águas vertentes. Não é, pois, aplicável nesta hipótese o artigo 110.º § único do decreto, que apenas dá direito aos proprietários dos prédios inferiores a ser indemnizados dos prejuízos que para eles resultarem das águas vertentes. Este parágrafo pressupõe que é lícito o aproveitamento da água, embora desse aproveitamento resulte prejuízo, o que se não verifica no caso previsto no artigo 27.º.

No artigo 106.º fala-se de águas pluviais que caem directamente sobre prédio urbano. Em relação a estas águas, o código civil regula no artigo 2327.º o seu escoamento, determinando que o proprietário deve edificar de modo que a beira do seu telhado não goteje sobre o prédio vizinho, deixando, pelo menos, um intervalo de cinco decímetros entre os ditos prédio e beira, se de outro modo o não puder evitar.

Quando a construção se realize nas condições deste artigo e as águas pluviais caíam gota a gota sobre o terreno, os prédios inferiores são obrigados a receber as águas vertentes, applicando-se neste caso a disposição consignada no artigo 110.º do decreto. O espaço fixado por lei entre a beira do

edifício e o prédio vizinho é o que se considerou suficiente para que as águas que caem do edificio sejam embebidas pelo terreno ou se espraíem de forma que não causem grandes prejuízos aos prédios inferiores. Não sucederá, porém, o mesmo se as águas não caírem gota a gota mas forem conduzidas por caleiras ao longo dos beirais para tubos de descarga. Neste caso, os prédios inferiores não são obrigados a receber essas águas.

A lei não impõe a servidão legal de escoamento para as águas pluviais de prédios urbanos, tendo de realizar-se sempre a construção, quando não haja acôrdo com os proprietários dos prédios vizinhos ou não seja possível conduzir essas águas por meio de tubos para algum depósito, via de escoamento ou terreno público, de forma que as beiras do edificio fiquem à distância dos prédios vizinhos fixada pela lei.

Pode haver, porém, a servidão que os romanos chamavam *stillicidii recipiendi*, ou *fluminis recipiendi*, conforme a água caía gota a gota ou era recolhida, antes de cair no terreno, em caleiras, formando um volume maior ou menor.

Esta servidão, como continua e aparente que é, pode constituir-se por qualquer dos modos por que se estabelecem estas servidões e consequentemente por negócio jurídico, por destinação do pai de família e por prescrição.

A servidão de estilicídio tanto pode aproveitar ao dono do prédio onde caem directamente as águas pluviais como ao dono do prédio para onde essas águas são conduzidas. É assim que este pode aproveitar as águas conduzindo-as para qualquer cisterna ou depósito que tenha no seu prédio e o dono do prédio onde as águas caem estar

inibido de dar a essas águas outro destino em virtude de se haver adquirido legitimamente o direito a tais águas.

Em qualquer dos casos, os princípios a aplicar são os que regulam a matéria das servidões, quer pelo que respeita à sua constituição e extinção, quer à sua conservação e aos direitos que teem os proprietários dos prédios dominante e serviente. As variadas hipóteses que Lobão formulou sobre êste assunto ¹ e que ainda actualmente se dão na prática teem de ser resolvidas em face dêsses princípios.

É assim que a servidão de estílicidio não poderá ser agravada, já alargando-se os beirais do edificio, já conduzindo em calceiras ou tubos as águas que caíam gota a gota.

55. Obras defensivas das águas. Para as águas pluviais que formam barrancos, torrentes ou enxurros tornam-se por vezes necessárias obras defensivas para evitar que elas causem graves prejuízos quer aos prédios quer a povoações. Essas obras também podem ser necessárias para obstar a inundações causadas pelo engrossamento das águas de correntes. Independentemente das providências que pelas competentes entidades públicas sejam adoptadas a êsse respeito, o código civil entendeu que devia estabelecer normas relativas à construção dessas obras e à sua reparação, regulando esta matéria nos artigos 2283.º a 2285.º.

Estas disposições foram literalmente reproduzidas no decreto 5787 IIII, no título que tem por epígrafe

¹ *Dissertação sobre as águas pluviais.*

Das obras e servidões relativas ao uso das águas, nos seguintes artigos:

Art. 111.º O dono do prédio onde existam obras defensivas para conter as águas ou onde seja necessário, pela variação do curso das mesmas águas, construí-las de novo, é obrigado a fazer os reparos precisos ou a tolerar que os façam, sem prejuízo dêle, os donos dos prédios que padeçam ou se achem expostos a danos iminentes por falta de tais reparos.

Art. 112.º O que fica disposto no artigo precedente é applicável aos casos em que se torne necessário despojar algum prédio de materiais cuja acumulação ou queda estorve o curso das águas, com prejuízo ou risco de terceiro.

Art. 113.º Todos os proprietários que participam do beneficio proveniente das obras mencionadas nos artigos precedentes são obrigados a contribuir para as despesas delas em proporção do seu interesse, sem prejuízo da responsabilidade que possa pesar sobre o autor do dano, nos casos de culpa ou dolo.

Não se trata nestas disposições de servidões e obras relativas ao uso das águas, mas de obras que se tornam necessárias para evitar os prejuízos que das águas podem derivar. Os artigos respectivos teriam lugar mais adequado na parte em que se trata da regulamentação do direito da propriedade, pois não há no caso propriamente uma servidão, tomando-se esta palavra na sua significação técnica. Esta afirmação é evidente no caso em que se não trate senão da remoção de materiais, cuja acumulação estorve o curso das águas.

As obras defensivas das águas que se construam num prédio não interessam apenas a êsse prédio;

interessam a todos os prédios e ainda a povoações pelos prejuizos que essas águas lhes possam causar. É para evitar estes prejuizos que a lei faculta aos interessados a realização dos reparos necessários nas obras que tenham sido para êsse fim construídas, fazendo recair as despesas sôbre todos os que participam dos benefícios provenientes de tais reparos.

Além das disposições consignadas nos artigos citados do código civil e do decreto 5787 IIII, há o artigo 2396.º do código civil que faculta, com dano até em propriedade alheia, a prática dos actos que sejam necessários para evitar algum prejuizo iminente e que de outro modo se não possa evitar.

§ 16.º — Constituição, conservação e extinção da servidão de escoamento

56. *Constituição da servidão de escoamento.*

A constituição da servidão de escoamento legal, nas diversas modalidades que pode revestir, dá-se quando seja imposta por sentença judicial, ou por acto administrativo nos casos em que por decreto se faça a concessão de águas e nele se estabeleçam as servidões de escoamento das águas sobejas.

Nos casos em que a servidão é imposta por sentença judicial, é necessário que se dêem as condições que a lei exige para a constituição das servidões. Embora seja imposta legalmente, nada obsta a que os interessados constituam a servidão por mútuo acôrdo.

Quando a servidão se constitua por negócio jurídico, a capacidade jurídica que para êle se exige e o direito de disposição quanto ao prédio serviente são determinados pelos princípios gerais.

Sendo a servidão de escoamento contínua e aparente, há também a destinação do pai de famílias e a prescrição como meios legítimos da sua aquisição. Nesta parte não há também para a servidão de escoamento disposições especiais a aplicar.

57. *Direitos e obrigações dos proprietários dos prédios dominante e serviente.* Constituída a servidão de escoamento, os proprietários dos prédios dominante e serviente ficam tendo, enquanto essa servidão subsistir, os direitos e obrigações que para o seu uso se tornam necessários. É assim que o proprietário do prédio dominante tem o direito de realizar todas as obras que se tornam necessárias para a conservação da servidão. As normas a aplicar neste caso são as que regulam a servidão de aqueduto, mesmo no caso em que se trate de servidões de escoamento para enxugo de terrenos, tendo o proprietário do prédio dominante o direito de realizar nos meios de escoamento que hajam sido adoptados as obras necessárias para que êles se conservem em bom estado e podendo ser obrigado até a realizar essas obras sempre que isso se torne necessário para evitar a erupção ou infiltração das águas, além da indemnização dos prejuizos a que por êste facto esteja adstrito e pela deterioração das obras feitas para a sua condução e conseqüente necessidade da sua reparação. É o que preceitua o artigo 114.º § único do decreto, applicável à servidão de escoamento para enxugo de terrenos pelo artigo 117.º do mesmo decreto.

Quando o dono do prédio serviente tenha vantagem em mudar a servidão de escoamento para outra parte do prédio e tal mudança não prejudicar o dono

do prédio dominante, poderá fazer essa mudança a expensas suas.

O artigo 119.º do decreto refere-se apenas à servidão de aqueduto, mas aplicar-se há neste caso o princípio geral relativo às servidões consignado no artigo 2778.º do Código civil.

58. Extinção da servidão de escoamento. À extinção da servidão de escoamento aplicam-se os mesmos princípios que à servidão de aqueduto. No caso em que tais servidões hajam sido constituídas para qualquer aproveitamento de interesse público, o facto de esta concessão caducar não determina a extinção dessas servidões.

APENDICE

O regime das águas no decreto 5787 IIII

§ 1.º — Considerações gerais

1. *Fins do decreto.* Em sessão da Câmara dos Deputados de 19 de abril de 1917 foi apresentado pelo deputado Dr. J. A. Ferreira da Silva um *Projecto de lei do aproveitamento das águas*. Esse projecto não foi discutido nem sôbre êle houve parecer e o seu autor publicou-o pouco tempo depois em opúsculo, fazendo-o preceder de interessantes considerações acêrca do problema agrário, da nossa legislação vigente sôbre águas e do seu aproveitamento.

Em 6 de junho de 1919 foi distribuído o 24.º suplemento ao *Diário do Govêrno* de 10 de maio dêsse ano, 1.ª série, n.º 98, com o decreto 5787 III, sendo feita essa publicação no uso da autorização concedida ao Govêrno pelas leis n.º 378, de 2 de setembro de 1915, e n.º 491, de 12 de março de 1916. Esse decreto é, fundamentalmente, a reprodução do projecto de lei do Dr. J. A. Ferreira da Silva, em que o seu autor tinha principalmente em vista prover à urgente necessidade do desenvolvimento da nossa agricultura, cuja aflitiva situação as perturbações da produção e da circulação mundial, resultantes da conflagração europeia, vieram agravar e pôr em evidência.

Relacionou-se assim com as emergências do estado de guerra a remodelação do nosso regime jurídico das águas, embora a reforma mais importante, que é sem dúvida a que respeita ao aproveitamento das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis,

Relacionou-se assim com as emergências do estado de guerra a remodelação do nosso regime jurídico das águas, embora a reforma mais importante, que é sem dúvida a que respeita ao aproveitamento das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, fosse adiada por dez anos desde a publicação do decreto.

Talvez fosse possível que a acção administrativa, numa ou noutra região, conseguisse, dentro das faculdades que lhe eram atribuídas pela legislação vigente ao tempo em que o decreto foi publicado, modificar, com vantagens imediatas para a nossa agricultura, o sistema seguido no aproveitamento dessas águas, pela constituição de grêmios. E bem poderia o Governo, onde o espirito de rotina pretendesse impor-se intransigentemente as reformas aconselhadas pelos técnicos e sobre cuja eficácia não houvesse dúvidas, adoptar as medidas de carácter executivo que as circunstâncias reclamassem e fundar-se para isso nos poderes excepcionais que, para fazer face às consequências resultantes do estado da guerra, lhe haviam sido concedidos.

Era sem dúvida uma empresa mais modesta que a reforma da legislação sobre águas, mas seriam mais seguros os seus resultados práticos. No decreto de 1. e no regulamento de 19 de dezembro de 1892 havia muitas disposições de cuja efectivação podiam resultar para a nossa agricultura consideráveis benefícios. Essas disposições quasi ficaram letra morta, não chegando sequer a fazer-se a classificação das correntes, de que aquella efectivação estava dependente. E, sem que se fizesse um esforço sério para se pôr em prática a legislação vigente, reformou-se esta legislação, não se pensando talvez em que as perturbações que se dão sempre, em consequência

das reformas, nos serviços públicos, viriam embaraçar as providências de carácter executivo tendentes a melhorar a nossa situação agrícola.

É para nós indubitável que com a reforma agora decretada sucederá o mesmo que com a reforma de 1892, se não for outra a orientação que os nossos Governos adoptem, pensando mais nas medidas que em beneficio do país podem ser levadas a efeito dentro das leis vigentes do que na incessante alteração dessas leis. Nas matérias respeitantes à organização da propriedade, em que entra directamente o regime das águas, e muito especialmente até neste regime, a acção reformadora, salvo os abalos violentos que uma revolução pode causar e cujos efeitos salutarés, se os tiver, só muito tarde se podem fazer sentir, deve ser muito ponderada, examinando-se cuidadosamente todas as condições de que essa organização representa um efeito, as circunstâncias muito complexas que nela actuam e que a maior parte das vezes só por meio de uma acção lenta e tenaz podem ser modificadas. Quando se proceda de outra forma, a acção legislativa não será apenas ineficaz, será contraproducente, agravando os males presentes com novos males derivados das reformas adoptadas.

Supomos que não se produzirão estes males com a reforma da nossa legislação relativa ao aproveitamento das águas. Publicada há mais de um ano, ainda se não sentiram os efeitos dessa reforma e talvez que até nas regiões oficiais como que fosse desconhecida durante largos meses, citando-se a legislação anterior por ela revogada.

No decreto 5787 IIII não se formularam apenas as disposições que tinham por fim alterar a legisla-

ção vigente. Inseriram-se nesse decreto, reproduzindo-as quasi sempre textualmente, as disposições dessa legislação. Não se deu ao decreto o título pomposo de *Código das águas*, mas foi efectiva-mente um código sobre matéria de águas que o autor desse decreto quis organizar.

É assim que ele expõe os fins desse decreto no relatório que o precede:

«Sendo as águas das correntes, dos lagos e lagoas, bem como as pluviais e subterrâneas, um dos mais importantes factores da riqueza nacional, cujo desenvolvimento ao Governo cumpre auxiliar e fomentar;

Atendendo a que a legislação reguladora do uso das mesmas águas se encontra dispersa por vários diplomas, alguns dos quais, baseados em princípios que os progressos da sciência moderna condenam, carecem de ser reformados, e outros mais recentes incluem disposições cujos inconvenientes, revelados pela prática, importa prover de eficaz remédio;

Sendo da maior urgência promover desde já o aproveitamento da energia eléctrica das águas das bacias hidrográficas dos nossos rios, afim de diminuir quanto possível a importação das substâncias e combustível, intensificando e valorizando ao mesmo tempo o trabalho português;

Considerando que pela diversidade das disposições naturais em que se apresentam as águas terrestres, pela multiplicidade e interdependência das suas applicações, e ainda pela variação do regime legal a que estão sujeitas, muito convém reunir e sistematizar todas as disposições applicáveis ao uso das águas num único diploma redigido no espirito progressivo que hoje inspira neste assunto todas as legislações cultas...».

Tais são os fins do decreto. Não se pensou apenas em dar immediata satisfação às necessidades da nossa agricultura e da indústria facultando o aproveitamento das águas em condições diversas daquelas em que se regulava esse aproveitamento na legislação vigente; quis-se fazer uma reforma legislativa completa sobre o aproveitamento das águas, reunindo e sistematizando todas as disposições regularizadoras desta importantíssima matéria.

2. *A técnica jurídica do decreto.* No sistema que adoptou, o autor do decreto pôs até do lado a técnica jurídica do nosso Código civil alterando a classificação das águas em públicas, comuns e particulares, que, naquele Código civil e no decreto de 1 de dezembro, correspondia à classificação das cousas quanto às pessoas a quem pertencem e aos direitos que sobre elas podem ser exercidos, fazendo a classificação das águas em públicas e particulares e ligando à palavra *públicas* uma significação diversa da que na nossa linguagem jurídica lhe era attribuída. Estas alterações da técnica jurídica feitas em legislação avulsa, cujos princípios fundamentais são os mesmos que informam ou dominam outros institutos jurídicos regulados nas leis de carácter geral, estabelecem uma verdadeira anarquia na técnica jurídica, cujos efeitos perniciosos se fazem sentir não só no estudo do direito mas também na jurisprudência.

Reformas desta natureza não se devem fazer fragmentariamente, adoptando-se, sempre que nisso não haja graves inconvenientes, a técnica jurídica consagrada.

O que é mais grave, porém, é que, no decreto que estamos analisando, são expostos os princípios fundamentais sobre matéria de águas ao lado de

disposições que regulam os serviços públicos a elas relativos.

Quis-se reunir e sistematizar as disposições reguladoras das águas, e nessa sistematização não se teve em consideração a diversa natureza dessas disposições, das quais umas são da competência do poder legislativo e outras da competência do poder executivo. Já enfermava do mesmo vício o decreto de 1 de dezembro de 1892, agravado agora.

E daí o ser aquele decreto publicado pelo Ministério das obras públicas e este pelo Ministério do comércio, sendo certo que tanto naquele como neste as reformas relativas à classificação das águas e ao seu regime no que respeita aos direitos que sobre elas se podem exercer, são sem dúvida alguma reformas respeitantes ao regime da propriedade, o qual deve ser fundamentalmente estabelecido no Código civil, sendo em harmonia com esse regime que devem organizar-se os serviços públicos e regulamentar-se a sua acção. Determinar as águas que devem pertencer ao domínio público e ao domínio privado; declarar prescritivos ou imprescritivos os direitos sobre as águas; estabelecer as limitações que ao exercício do direito de propriedade devem ser impostas para o conveniente aproveitamento das águas, não é matéria da mesma natureza que a relativa à concessão das águas em harmonia com o destino para estas fixado, nem à acção dos poderes públicos tendentes a efectivar esse aproveitamento pela sua superintendência em quaisquer obras que o tenham por fim.

Pode ser conveniente reproduzir nos regulamentos as disposições fundamentais relativas ao regime das águas, para que os funcionários públicos que devem executar esses regulamentos tenham sempre

em vista essas disposições, pelas quais se limita a acção do poder executivo e dos seus agentes. O que é completamente desnecessário e contrário aos princípios de uma boa técnica jurídica é que numa reforma de carácter legislativo, em que aliás se determina (artigo 144.º) que o Governo publicará os regulamentos necessários à execução do presente decreto com força de lei e serviços correlativos de defesa, conservação e policia das águas, estabelecendo as penalidades a impor aos contraventores, se estabeleçam normas reguladoras da acção dos poderes públicos em matéria das águas.

No Código civil podia considerar-se feita com uma certa nitidez a distincção entre a competência da legislação civil e a da legislação administrativa em matéria de águas. No decreto 5787 IIII tal distincção, sob a aparente vantagem de sistematizar toda a legislação respeitante a águas, desapareceu.

Com o sistema que se tem adoptado, tanto na matéria das águas como nas reformas de institutos regulados no direito civil, reproduzindo-se acclausadamente muitas disposições que ficaram em pleno vigor e em que a maior parte das vezes se não fez a mínima alteração, essa actualização torna-se mais difficil. Tem-se avolumado, mas em grande parte só aparentemente, a nossa legislação, reproduzindo-se textualmente muitas disposições do direito vigente relativas a institutos que tem o seu assento no Código civil e que por êle devem continuar a ser regulados, declarando-se que ficam revogadas essas disposições só pelo facto de se ter feito a sua reprodução em diploma legislativo posterior. Em vez de se procurar actualizar o Código civil inserindo nêle a legislação avulsa, ao m

ta-se esta legislação, e, em grande parte, escusadamente.

Esta técnica legislativa, que de modo algum simplifica o estudo de direito, não tem vantagem alguma que a recomende.

Declarando-se no artigo 145.º do decreto: «Fica revogada a legislação vigente que recair sobre as matérias aqui reguladas, salvo as disposições do Código civil a que se faz referência, e as do Código de processo civil que não sejam contrárias ao estatuído neste decreto», podemos afirmar, depois do estudo que fizemos do decreto, que essa revogação é em grande parte meramente formal, continuando efectivamente em vigor as mesmas disposições que se encontravam formuladas no Código civil, tornando-se apenas necessário, visto que estas foram revogadas, citar as disposições do decreto e não as do Código civil.

Diz-se no último considerando do relatório que precede o decreto que este fôra «redigido no espírito progressivo que hoje inspira neste assunto todas as legislações cultas».

Este espírito progressivo não se refere sem dúvida alguma à técnica do decreto. Este espírito progressivo deve ser relativo ao uso das águas, respeitar as disposições fundamentais reguladoras desse uso. Veremos se, nesta parte, o decreto representa efectivamente um acentuado progresso sobre a legislação vigente ao tempo em que elle foi publicado.

3. *Legislação que foi revogada pelo decreto.*
Na fórmula revogatória do decreto, que já reproduzimos, diz-se que fica revogada a legislação vigente que recair sobre as matérias nelle reguladas, exceptuando-se as disposições do Código civil a que se

faz referência, e as do Código de processo civil que não sejam contrárias ao que nelle se estatui.

A revogação das disposições do Código civil sobre águas deve considerar-se expressa e desnecessário era ressaltar as disposições a que no decreto se faz referência, visto que, por virtude desta, tais disposições ficam fazendo parte do decreto. Sendo intuito do autor do decreto reunir e sistematizar todas as disposições sobre águas e havendo reproduzido muitos artigos do Código civil sem a mínima alteração, pode parecer estranho que, em relação a outros, se limitasse a mandá-los observar.

No decreto faz-se referência aos artigos 434.º e 436.º, 453.º, 460.º, 464.º nos artigos 17.º, 26.º e 94.º § 2.º, e deve ter sido a substituição do regime adoptado no Código civil quanto ao uso das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis que determinou essa referência, significando-se assim que, durante o prazo fixado no decreto para a applicação do regime das concessões nelle estatuído, subsistia aquelle regime.

Em relação as disposições do Código de processo civil, a revogação é tácita, pois apenas deixam de vigorar as que forem contrárias ao que no decreto se estatui. Escusado seria também ressaltar as disposições do Código de processo civil que forem contrárias ao que no decreto se estatui, se não houvesse sido destituída de força obrigatória toda a legislação que recair nas matérias que o decreto abrange. Dada esta revogação, poderia concluir-se que todas as disposições do Código de processo civil sobre processos relativos a águas que no decreto também fossem regulados ficariam revogadas e foi esta conclusão que sem dúvida se quis evitar.

Declarando-se revogada toda a legislação vigente

que recair sobre as matérias reguladas no decreto sem se fazer distinção entre legislação geral e legislação especial, há motivo para duvidar se está revogada ou não a lei n.º 141, de 20 de abril de 1914, pela qual se manteve o regime especial das águas das levadas da ilha da Madeira. Se é certo que, em princípio, a legislação geral não revoga a especial, a doutrina que a este respeito se pode considerar assente aplica-se no caso de revogação tácita e não no caso de revogação expressa; e a fórmula por que se declara revogada toda a legislação que recair nas matérias reguladas no decreto, e portanto toda a legislação sobre águas, deve considerar-se expressa. Neste caso, o que cumpre determinar é o alcance da fórmula da revogação.

É nosso parecer que a legislação especial sobre as levadas da ilha da Madeira continua em vigor. Se é certo que essa legislação recai sobre matérias que o decreto abrange, foi ela determinada por circunstâncias especiais que na referida ilha se dão e pelo decreto apenas se quis estabelecer um novo regime geral para as águas modificando-se o que estava sancionado no Código civil e na legislação posterior.

Por esse decreto não deve, pois, considerar-se revogada a legislação especial das águas das referidas levadas.

Revogando-se a legislação que recair nas matérias que o decreto abrange, deverão considerar-se compreendidas nessa revogação as disposições de carácter regulamentar pelas quais se procurou tornar efectiva essa legislação?

O princípio a aplicar a este respeito é o de que, servindo os regulamentos para a execução das leis,

devendo considerar-se as suas disposições como tendo eficácia em virtude da própria lei, do que a lei é revogada, revogado se deve considerar o regulamento. Sendo assim, parece que, desde a entrada em vigor do decreto 5787 IIII, não só o decreto de 1 de dezembro de 1892 mas também o regulamento de 19 do mesmo mês e ano e toda a legislação regulamentar posteriormente publicada se deve considerar revogada.

A verdade, porém, é que nos serviços públicos, como são os relativos às águas, não pode haver interrupção e que esses serviços não podem deixar de ser regulados. Quando se publica, pois, uma lei em que se alterem as disposições para cuja execução se publicaram regulamentos, deve entender-se que as disposições nestes contidas só ficam revogadas na parte em que são incompatíveis com as disposições da nova lei.

Nestas condições, é opinião nossa que, enquanto não forem publicados, em harmonia com o disposto no artigo 144.º, todos os regulamentos necessários para a execução do decreto e para os serviços correlativos de defesa, conservação e policia das águas, estabelecendo-se as penalidades a impor aos contraventores, continuam em vigor as disposições regulamentares anteriores que não sejam incompatíveis com as do decreto.

Para execução do decreto apenas foi até hoje publicado o regulamento do aproveitamento das águas públicas por concessão aprovado pelo decreto n.º 6287, de 20 de dezembro de 1911. Em todas as outras matérias, deve considerar-se em vigor o regulamento de 19 de dezembro de 1892, como as modificações que nele se fizeram.

4. *Direitos adquiridos que foram ressaltados.*

No decreto houve cuidado especial em se ressaltar os direitos adquiridos sobre as águas ao tempo em que elle foi publicado, de forma que os proprietários ou possuidores das águas não pudessem considerar-se lesados pela applicação das disposições do mesmo decreto.

O Dr. J. A. Ferreira da Silva diz a este respeito: «Os direitos adquiridos em efectivo exercicio ao tempo da publicação da nova lei, se o projecto merecer a aprovação do Congresso da República, são devidamente salvaguardados.

Nas concessões de utilidade pública, expropriam-se: nas concessões de interesse privado, ou são conciliáveis com o aproveitamento requerido, e adoptando-se as disposições e o traçado que a todos aproveitam, ou não o são, e então o pedido de concessão tem de ser repellido como offensivo daquelles direitos».

No decreto ressaltam-se os direitos adquiridos sobre as águas pluviais de barrancos, torrentes e enxurros que correm por terrenos, estradas, caminhos e ruas publicas (artigo 26.º); tratando-se de concessões de águas em geral, declara-se (artigo 41.º) que as concessões entender-se-hão sempre feitas sem prejuizo dos direitos de terceiro; a propósito dos aproveitamentos de águas publicas para abastecimento de povoações, determina-se que é permitido esse aproveitamento pelos corpos administrativos independentemente do processo de concessão, se não houver offensa de direitos de terceira e necessidade de expropriação (artigo 59.º); em relação aos aproveitamentos de interesse privado, declara-se que não serão concedidos quando sobre as águas pedidas haja direitos adquiridos por justo

título, nos termos da lei civil, os quais serão respeitados achando-se em efectivo exercicio, salvo, porém, o caso de as águas serem sobejas e poderem ter cómoda divisão sem prejuizo da cultura já feita ou do engenho já construído (artigo 80.º).

Vê-se desta disposição, que se refere especialmente ás águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, que a expressão *direitos adquiridos* abrange não só os que resultam de uma situação subjectiva constituída no dominio da legislação anterior ao decreto, mas ainda os direitos que pelo Código civil são attribuídos aos proprietários dos prédios contiguos ás correntes quando esses direitos estejam em exercicio efectivo. O autor do decreto atendeu sem dúvida a razões de equidade, como a tais razões já havia atendido o autor do decreto de 27 de maio de 1911, reconhecendo, para concessões de utilidade pública, o direito a indemnização e estabelecendo como condição para as concessões de interesse privado que não houvesse offensa d'esses direitos.

Que é este o alcance do artigo 80.º, deduz-se do seu confronto com os artigos 17.º, 50.º n.º 5.º, 54.º e 55.º. No artigo 17.º ressaltam-se os direitos de terceiros, legitimamente adquiridos á data da publicação do decreto, em relação aos proprietários dos prédios marginaes das correntes não navegáveis nem fluviáveis e quanto ao uso destas águas para irrigação d'esses prédios nos termos dos artigos 434.º e 436.º do Código civil. No citado artigo, contrapondo-se a expressão *direitos adquiridos* ao poder legal dos proprietários marginaes, não foram ressaltados estes poderes considerando-os como direitos adquiridos só pelo facto do seu exercicio. No artigo 50.º n.º 5.º declara-se, porém, que o decreto de

concessão determinará as obras que o concessionário é obrigado a construir para indemnizar em água ou em energia os proprietários de terras ou de concessões preexistentes, expropriáveis, prejudicados com a concessão, dado o caso de ser necessário fazê-las. No artigo 54.º preceitua-se que as indemnizações devidas aos possuidores de prédios regados ou aos proprietários de concessões de interesse privado preexistentes podem ser substituídas por indemnização em espécie quando elles o preferam, e no artigo 55.º que as indemnizações devidas pelo uso das águas são determinadas em atenção à quantidade de água ou energia real e efectivamente utilizadas anteriormente pelos proprietários de terras ou de concessões preexistentes para a rega ou para o exercício da indústria.

Em todos estes artigos, cujas disposições são relativas a concessões de interesse público, atende-se, para se atribuir o direito a indemnização, ao uso efectivo da água ao tempo em que é feita a concessão, reconhecendo-se assim que tem direito a ela os proprietários marginaes que estiverem utilizando a água das correntes não navegáveis nem fluviáveis. Este direito não pode, pois, deixar de considerar-se ressaltado pelo artigo 80.º e constituirá até um obstáculo à concessão sempre que não seja possível harmonizar com elle o aproveitamento requerido por meio da divisão da água, divisão que deverá ser feita no diploma da concessão, como se preceitua no artigo 85.º § 1.º, marcando-se o volume que fica pertencendo aos prédios anteriormente regados.

Em relação às águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, não só se ressaltaram, pois, os direitos adquiridos ao tempo da publicação do Código

civil, segundo o disposto no artigo 438.º e § único do mesmo Código, mas consideraram-se como adquiridos, para o efeito da indemnização no caso de concessão por utilidade pública e como meio de opposição às concessões de interesse privado, os direitos ao uso das águas pelos proprietários dos prédios marginaes sempre que tais direitos se tenham efectivado, embora tal uso não se fundamente em justo título nos termos do citado artigo do Código civil.

Este regime subsiste depois que começar a vigiar o sistema das concessões em substituição da contiguidade e da successão que estavam sancionados no Código civil.

Quanto ao disposto no artigo 438.º do Código civil, devemos desde já notar que no decreto foram abolidos alguns dos usos que em face do mesmo artigo se consideravam legítimos. É assim que no artigo 134.º se declara que são abolidos no aproveitamento das águas os usos e costumes e as posses de as utilizar pelo sistema chamado de *torva-tornavés* ou outros semelhantes, mediante os quais a água comum pertença ao primeiro occupante, sem outra norma de distribuição que não seja o arbitrio, susceptível de causar o extravasamento e perda. As águas que assim tenham sido utilizadas, consideram-se indivisas para todos os efeitos. No artigo 135.º declara-se que são igualmente abolidos e reprovados, como opostos aos fins do presente decreto, os usos e costumes e as posses, por mais antigas que sejam, de romper ou esvaziar os açudes e diques construídos superiormente, distraindo deles água para ser utilizada em prédios ou engenhos inferiormente situados, que por lei ou contrato não tenham comunhão nas águas. Existindo comunhão

fundada em título justo, as águas consideram-se indivisas.

Nos lugares adequados vemos qual o alcance destas disposições e referir-nos hemos a outras por que se alteraram as disposições do direito vigente, já pelo que respeita à perda do direito a determinadas águas já pelo que respeita à sua aquisição.

Para concluirmos esta matéria dos direitos adquiridos que foram ressalvados pelo decreto, notaremos ainda que nos artigos 32.º e 33.º foram ressalvados estes direitos pelo que respeita às águas sobejas das fontes, poços e reservatórios públicos construídos pelo Estado e corporações administrativas.

5. *A sistematização das matérias no decreto. Plano que adoptamos.* A sistematização da matéria das águas fez-se dividindo-a em títulos, dos quais o 1.º trata do *domínio das águas*, o 2.º do *uso das águas públicas*, o 3.º do *aproveitamento das águas públicas por concessão*, o 4.º das *águas particulares*, o 5.º das *obras e servidões relativas ao uso das águas* e o 6.º das *disposições gerais*.

Substituiu-se assim o sistema do Código civil em que se procurou coordenar as disposições relativas a águas pela natureza destas, tratando separadamente das águas públicas e particularmente das navegáveis e flutuáveis, das correntes de águas não navegáveis nem flutuáveis, das fontes e nascentes e das águas pluviais.

Sendo diverso o regime a que as águas, conforme as suas modalidades, estão sujeitas, é este em nosso parecer o sistema preferível, devendo apenas completar-se o Código civil, que não atendeu devidamente, na parte em que trata do uso das águas, a

algumas das modalidades que elas revestem. Há sem dúvida usos ou aproveitamentos das águas públicas que podem considerar-se comuns e talvez fosse a esta circunstância que o autor do decreto atendeu para expor num só título, em que as subdivisões em capítulos respeitam apenas às concessões dessas águas, toda a matéria relativa ao uso das águas públicas. Os usos ou aproveitamentos comuns não são, porém, os que fundamentalmente caracterizam o regime a que as águas ficam, conforme as suas modalidades, sujeitas. É tanto assim é que o decreto teve não só de classificar as águas conforme essas modalidades na enumeração que das águas públicas faz; como teve de referir-se a essas modalidades quando determina o seu destino ou aproveitamento.

§ 2.º — Classificação das águas

6. *O que significa a expressão «domínio público».* O decreto trata no título 1.º, que tem a epigrafe *do domínio das águas*, da sua classificação, enumerando as águas que estão no *domínio público*, e as que estão no *domínio particular*.

Na expressão *domínio público*, não se comprehendem apenas as águas que estejam, como tais, no gozo directo de todos, em harmonia com os regulamentos administrativos. As palavras *consus públicas*, rigorosamente sinónimas de cousas que estão no domínio público, deixou portanto de se attribuir o sentido que tinham no artigo 380.º do Código civil.

Que é assim, vê-se do facto de haverem sido consideradas como estando no domínio público as

águas nativas que brotarem em terrenos públicos, municipais ou de freguesia e as águas subterrâneas que nos mesmos terrenos existam. As águas não estão, só pelo facto de brotarem em terrenos públicos, no gozo directo de todos, e as águas subterrâneas, enquanto não forem exploradas, não estão no gozo directo de ninguém. Em relação a essas águas há o direito de as explorar, direito a todos attribuido no artigo 30.º do decreto. E no artigo 31.º declara-se que as águas subterrâneas que tiverem sido exploradas mediante a competente licença entram no domínio particular.

As águas subterrâneas, que sejam exploradas por particulares, não chegam pois, a estar, como tais, no domínio público. Essas águas representam, enquanto não formam de per si objecto do direito de propriedade, um acessório do terreno em que, correm. Esse terreno é que pode estar no domínio público e, em relação a esse terreno, é que existe a administração do Estado ou das autarquias locais.

Quanto às águas nativas que brotam em prédios ou terrenos do Estado ou das corporações administrativas, determina-se no § 4.º do artigo 32.º que ficam sujeitas ao mesmo regime das águas sobejas das fontes, poços e reservatórios públicos, em relação às quais se estabelece o principio, no corpo do artigo, que pertencem à entidade que tiver custeado a construção, a qual poderá regular o uso ou torná-lo objecto de concessão. Essas águas, podem deixar, pois, de estar no domínio público, quando a esta expressão attribuamos a sua significação técnica.

Nenhuma dúvida há de que o Estado ou a corporação administrativa que explorar água num terreno público poderá dar a essa água o destino que melhor

lhe aprover, não ficando tal água, só pelo facto de brotar num terreno público, no mesmo regime a que o terreno está subordinado.

A palavra *domínio* significa, pois, no decreto o mesmo que propriedade, e pela palavra *público* não se quer significar que as águas sejam, como tais, destinadas para o gozo directo de todos em harmonia com os regulamentos administrativos, compreendendo-se também nas águas públicas aquelas que brotem ou corram em terrenos públicos pelo facto de a sua propriedade pertencer, como acessório que as águas são do terreno, ao Estado ou corporações administrativas, embora essas águas, pela sua exploração ou pela concessão que delas tenha sido feita ou se venha a efectuar, se considerem no domínio particular.

A debatida questão da propriedade das águas públicas foi resolvida pelo decreto no sentido de que essas águas pertencem ao Estado ou às corporações administrativas. No § 1.º do artigo 1.º declara-se quais são as águas públicas que estão na administração do município e da freguesia e no § 2.º diz-se que todas as outras águas públicas estão na administração do Estado *a quem pertencem*.

7. Enumeração das águas públicas e particulares. A enumeração das águas que estão no domínio público é feita no artigo 1.º. Neste artigo declara-se que são do domínio público:

1.º As águas salgadas das costas, enseadas, baías, portos artificiais, docas, fozes, rios, esteiros e seus respectivos leitos, cais e praias, até onde alcançar o colo da máxima preamar de águas vivas;

2.º Os lagos, lagoas, canais, valas, e correntes de água navegáveis ou flutuáveis, com seus respectivos leitos e margens;

3.º As valas e correntes de água não navegáveis nem flutuáveis bem como os respectivos leitos nos troços em que atravessarem terrenos públicos, municipais ou de freguesia;

4.º Os lagos, lagoas e pântanos formados pela natureza nesses terrenos e os circundados por diferentes prédios particulares;

5.º As águas nativas que brotarem em terrenos públicos, municipais ou de freguesia, ás águas pluviais que neles caírem, as águas que por elles correrem abandonadas, e as águas subterrâneas que nos mesmos terrenos existam;

6.º As águas das fontes públicas, as dos poços e reservatórios construídos à custa dos concelhos ou freguesias;

7.º As águas que nascerem em algum prédio particular, do Estado ou dos corpos administrativos e as pluviais que neles caírem, logo que umas e outras transponham, abandonadas, os limites dos respectivos prédios, se forem lançar-se no mar ou em outras águas do domínio público.

Para se determinar com precisão as águas que se compreendem nesta enumeração, é conveniente aproximar dela a que se faz, seguindo-se o sistema do decreto de 1 de dezembro de 1892, das águas particulares. Esta enumeração é feita no artigo 2.º, assim redigido:

São do domínio particular:

1.º As águas que nascerem em algum prédio particular e as pluviais que nele caírem, emquanto não transpuserem abandonadas os limites do mesmo prédio, ou que, ultrapassando esses 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 passem 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;

3.º As águas subterrâneas que nos prédios particulares se encontrem;

4.º Os poços, galerias, canais, reservatórios, albufeiras e demais obras construídas por pessoas singulares ou colectivas para captagem, derivação ou armazenamento das águas públicas ou particulares no interesse da agricultura ou da indústria;

5.º O álveo das correntes não navegáveis nem flutuáveis e bem assim o das águas pluviais que atravessarem ou banharem prédios particulares.

Para se ver precisamente o alcance da enumeração das águas públicas e particulares feita no decreto e que acabamos de reproduzir, necessário é definir algumas das modalidades dessas águas e determinar o modo por que o decreto as considera. Referimo-nos especialmente à distinção entre correntes navegáveis e flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis.

O Código civil definia nos §§ 1.º a 4.º do artigo 380.º, em que se trata da noção de cousas públicas e se faz a sua inumeração, as correntes navegáveis e flutuáveis e determinava o que se entendia por leito ou álveo. Nos §§ 1.º a 7.º do artigo 381.º, em que se definem e enumeram as cousas comuns, determinava a quem pertencia a propriedade do leito ou álveo das correntes não navegáveis nem flutuáveis e que assim eram consideradas as correntes navegáveis ou flutuáveis que durante cinco anos

consecutivos não servirem à navegação nem à flutuação.

O decreto inseriu no artigo 3.º e seus parágrafos algumas das referidas disposições, com leves alterações, e colocou outras no título em que regula o uso das águas. Tratando-se de disposições que não podem deixar de se considerar complementares da enumeração das águas, já porque nelas se determina quais as águas que se compreendem em cada uma das categorias constantes dessa enumeração, já porque se declara o que, como acessório das águas, nelas se compreende, referir-nos-emos já à definição das correntes navegáveis e fluviáveis que no decreto se formulou e ao modo por que nele se considera o álveo e as margens dessas correntes e os das não navegáveis nem fluviáveis.

8. As correntes navegáveis e fluviáveis e não navegáveis nem fluviáveis e seus leitos e margens. No § 1.º do artigo 8.º declara-se que compete ao Governo decretar quais as correntes que, no todo ou em parte, são navegáveis ou fluviáveis, precedendo a classificação e demarcação das bacias hidrográficas nos termos do regulamento; no § 2.º preceitua-se que, emquanto a classificação se não fizer, considera-se corrente navegável a que fôr acomodada à navegação, com fins comerciais, de barcos de qualquer forma, construção e dimensões; e corrente fluviável aquela por onde estiver efectivamente em costume fazer derivar objectos flutuantes, com fins comerciais, ou a que de futuro fôr declarada tal pelo Governo, e determina-se no § 3.º que, quando toda a corrente não fôr navegável ou fluviável, mas só parte dela, a esta unicamente pertencerá a correspondente classificação. Nos §§ 5.º e 6.º do mesmo artigo diz-se

que o trôço da corrente navegável que durante cinco anos consecutivos não servir à navegação passará à categoria de corrente fluviável e o trôço da corrente fluviável que durante cinco anos consecutivos não servir à flutuação deixará de ser considerado como tal.

Estas disposições são a quasi textual reprodução das disposições do Código civil, com as leves alterações que nele havia feito o decreto de 1 de dezembro de 1892 no artigo 1.º §§ 1.º e 2.º, tendentes especialmente a sancionar doutrina já admitida pela jurisprudência.

O leito e margens das correntes navegáveis ou fluviáveis formam parte dessas correntes como tais consideradas. É assim que no artigo 1.º se diz que estas correntes estão no domínio público com seus respectivos leitos ou margens.

No artigo 3.º declara-se o que se entende por leito ou álveo, dizendo-se que é «a porção da superfície de terreno que a água cobre sem trasbordar para o solo natural, habitualmente enxuto».

Quanto às margens, apenas se declara no § 1.º que as faces ou rampas e os capelos dos cômodos, valados, tapadas, muros de terra, alvenaria ou enrocamentos, erguidos sobre a superfície natural do solo marginal não pertencem ao leito ou álveo da corrente, mas fazem parte da margem, estando sujeitos ao regime jurídico desta, como no regulamento se determinar.

No decreto não se reproduziram as disposições do artigo 4.º do decreto de 1 de dezembro de 1892 relativas às margens das correntes e lagos, havendo apenas esta referência e podendo assim parecer que o regime jurídico das margens deve ser determinado no regulamento. É óbvio que se trata de matéria

de carácter legislativo pelas limitações que dela resultam para os prédios marginais das correntes e lagos, tendo consequentemente essa matéria cabimento numa lei ou num decreto com força de lei. O que é certo, porém, é que as faces ou rampas e os capelos dos córporos, valados, tapadas, muros de terra, alvenaria ou enrocamentos, erguidos sobre a superfície natural do solo marginal, não-de ficar sujeitos ao regime jurídico das margens como no regulamento se determinar. As disposições referidas do decreto de 1 de dezembro não estão portanto em vigor, visto que sobre esta matéria tem de se providenciar no regulamento para a execução do decreto de 10 de maio.

Não se compreende bem o motivo por que não se regulou esta matéria no decreto, quando nele foram inseridas muitas disposições de carácter regulamentar. A verdade é que é no regulamento que se há-de determinar o regime jurídico das margens, tanto das correntes navegáveis e fluviáveis como não navegáveis nem fluviáveis.

Escusado será notar que, apesar de não estar reproduzida no § 1.º do artigo 3.º a última parte do § 4.º do artigo 380.º do Código Civil e de não se fazer referência a este parágrafo, as margens dos rios ou lagos que ao tempo da publicação deste decreto estivessem no domínio público se mantêm neste domínio. O decreto, revogando a legislação anterior sobre margens, não alterou nem podia alterar as situações subjectivas a esse tempo já constituídas e portanto a aquisição pelo domínio público de terrenos contíguos a correntes ou lagos para fins de navegação ou flutuação.

Os terrenos públicos tanto podem ser do Estado como de corporações públicas. Bastaria que a lei

falasse de terrenos públicos, sendo completamente escusada a referência no município e à freguesia.

Quanto ao leito ou álveo das correntes não navegáveis nem fluviáveis, esse leito ou álveo não é considerado como elemento componente ou integrante da corrente, sendo considerado pertença dos prédios banhados ou atravessados pela corrente.

Seguiu-se no decreto a mesma doutrina que estava sancionada no Código Civil, dando-se o caso, que não deixa de ser extravagante, de se mencionar esse leito ou álveo entre as águas do domínio particular no n.º 5.º do artigo 2.º. O álveo apenas é considerado como parte integrante da corrente não navegável ou fluviável, entrando com esta no domínio público, nos troços em que essas correntes atravessarem terrenos públicos, municipais ou de freguesia. É o que determina o artigo 1.º n.º 3.º.

Notaremos desde já que estes terrenos municipais ou de freguesia não-de ser terrenos públicos ou comuns. Quanto aos terrenos do Estado ou das autarquias locais que não estejam em qualquer daqueles domínios, tais terrenos estão sujeitos ao mesmo regime que se estabelece para os pertencentes a pessoas singulares. No decreto não se fez mais do que repetir uma fórmula largamente usada no Código Civil e que não pode ter significado diverso do que lhe atribuímos.

Pelo n.º 7.º do artigo 1.º, as águas que nascerem em algum prédio particular do Estado ou dos corpos administrativos só se consideram públicas logo que transponham, abandonadas, os limites dos respectivos prédios, se forem lançar-se no mar ou em outras águas do domínio público. As águas que brotem em prédios que as pessoas colectivas de

direito público possuam como se foram pessoas singulares, applica-se, pois, o mesmo princípio que as águas que brotem em prédios a estas pessoas pertencentes.

Completamente escusada era a referência aos prédios particulares do Estado ou dos corpos administrativos, visto que, em face das disposições formuladas nos artigos 3.º e 382.º § único do Código Civil, não podia deixar de se applicar a esses prédios o disposto no n.º 1.º do artigo 2.º do decreto. E a verdade é que as águas especificadas no n.º 7.º do artigo 1.º são águas particulares; tais águas só se tornam públicas quando se consideram como correntes não navegáveis nem fluviáveis e só assim se consideram quando transponham os limites dos prédios onde brotam em leito ou álveo de formação natural e vão lançar-se no mar ou em outras águas do domínio público.

Do que deixamos dito conclui-se que os critérios por que no decreto de 10 de maio se distinguem as nascentes das correntes e as correntes não navegáveis nem fluviáveis das correntes navegáveis ou fluviáveis são os mesmos do Código civil e do decreto de 1 de dezembro de 1892. Naquele decreto apenas se consignou expressamente que as nascentes só se consideravam correntes quando transpuserem *abandonadas* os limites do prédio onde brotam, pretendendo-se assim evitar as dúvidas que o decreto de 1 de dezembro e o regulamento de 19 do mesmo mês suscitavam por compreenderem nas mesmas disposições as correntes não navegáveis nem fluviáveis de formação natural e os aquedutos.

A doutrina que expusemos a este respeito é a que foi sancionada no decreto quanto a deverem considerar-se como correntes não navegáveis nem flu-

tuáveis, reguladas pelos artigos 434.º e seguintes do Código Civil, apenas as correntes de formação natural, excluindo-se assim deste regime as valas, canais ou quaisquer aquedutos por que se derivarem as águas, já dessas correntes ou de quaisquer outras águas públicas, já de nascentes.

A verdade, porém, é que, se o decreto sancionou nesta parte doutrina que consideramos aceitável e que era a que já estava sancionada pelo Código Civil, na parte que se refere a canais, levadas, aquedutos, etc., não teve na devida consideração o diverso regime a que estas águas estão sujeitas, considerando-as sempre como águas particulares, quando essas águas podem e devem estar, e efectivamente estão, sujeitas em alguns casos a um regime especial.

Para concluirmos a matéria relativa às correntes navegáveis ou fluviáveis e não navegáveis nem fluviáveis, resta-nos dizer que o decreto não modificou as disposições do Código Civil relativamente a leitos ou álveos que as correntes navegáveis ou fluviáveis abandonem, e que, attribuindo aos prédios marginaes das correntes não navegáveis nem fluviáveis a propriedade dos leitos ou álveos destas correntes, determinou no § 3.º do artigo 2.º que a cada prédio pertence o tracto comprehendido entre a linha marginal e a linha média do leito ou álveo, limitado superior e inferiormente pelas normais à linha média tiradas pelas extremidades da linha marginal de cada prédio.

E, com outra redacção, a mesma doutrina formulada no Código Civil (artigo 381.º § 5.º).

Continuamos a não considerar applicável ao leito ou álveo das correntes não navegáveis nem fluviáveis a disposição do artigo 2293.º do Código Civil.

9. *Os lagos e lagoas.* No decreto consideram-se (artigo 1.º n.º 4.º e artigo 2.º n.º 2.º) como estando no domínio público os lagos, lagoas e pântanos formados pela natureza em terrenos públicos, municipais ou de freguesia e os circundados por diferentes prédios particulares, e como sendo do domínio particular os lagos ou lagoas existentes dentro de algum prédio particular que não sejam alimentados por corrente pública. E no § 5.º do artigo 2.º determina-se que aos lagos, lagoas e pântanos formados pela natureza em terrenos públicos, municipais ou de freguesia e aos circundados por diferentes prédios particulares são applicáveis as disposições dos parágrafos anteriores que forem compatíveis com a natureza das suas águas.

Em relação a estas águas, o decreto, salva a modificação relativa a declarar como públicos os lagos e lagoas existentes em terrenos municipais ou de freguesia, não fez mais do que reproduzir as disposições do Código civil e do decreto de 1 de dezembro de 1892.

As considerações que fizemos acêrea dos lagos, lagoas ou pântanos que sejam circundados apenas por prédios particulares e cujo uso não seja público ou comum, são applicáveis ao decreto. Não é pela circunstância fortuita de, pela divisão de um prédio em que haja um lago éste ficar circundado de diferentes prédios particulares, que êle se deverá considerar público. A verdade é que a propriedade dêsse lago não pertence ao Estado nem aos corpos administrativos mas aos proprietários dos prédios que o circundam.

E o decreto, declarando no § 1.º do artigo 1.º que estão 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, exclui dessa administração os lagos que estejam circundados por prédios particulares, e declarando (artigo 1.º § 2.º) que todas as outras águas públicas estão na administração do Estado, revela claramente a idea de que, para que os lagos se considerem públicos, é necessário que estejam na administração do Estado ou das autarquias locais, administração que se torna necessária para a efectivação do seu uso. Ora os lagos não estão, só pelo facto de serem circundados por diferentes prédios particulares, na administração do Estado ou das autarquias locais.

Para que os lagos, lagoas ou pântanos se considerem públicos é necessário que, pelo facto de serem circundados por terrenos públicos ou de logradouro comum, tenham a mesma natureza dêstes terrenos, podendo as suas águas ser aproveitadas por todas as pessoas que tenham o direito de se utilizar dêsses terrenos.

10. *Os armazenamentos de águas e os aquedutos.* No n.º 4.º do artigo 2.º consideram-se como sendo do domínio particular os poços, galerias, canais, levadas, aquedutos, reservatórios, albufeiras e demais obras construídas por pessoas singulares ou colectivas para captagem, derivação ou armazenamento das águas públicas ou particulares no interesse da agricultura ou da indústria.

Considerando-se como sendo particulares estes depósitos de água ou aquedutos quando sejam feitos no interesse da agricultura ou da indústria, parece que deverão considerar-se como públicas quando tenham qualquer outro fim.

Pensamos que o autor do decreto teve em vista o armazenamento de águas ou a sua derivação para

abastecimento de povoações ou para gastos domésticos; águas que, sob a fórmula *águas das fontes públicas e poços e reservatórios construídos à custa dos concelhos e freguesias*, são consideradas públicas no n.º 6.º do artigo 1.º. A verdade, porém, é que nem só estes armazenamentos e derivações de águas se devem considerar do domínio público. Desde que as águas sejam aproveitadas para uso público e como tal deve ser considerado o que tenha por fim o interesse público, todas as obras que se tornem necessárias para esse aproveitamento devem considerar-se como estando no domínio público, quer esse aproveitamento se realize mediante concessão, quer por administração directa da entidade a quem as águas pertencem. E tanto é assim que no decreto se declara (artigo 37.º) que as concessões se justificam pela utilidade pública ou pelo interesse privado e que pertencem à primeira categoria, além de outras que as leis expressamente declararem, as que tiverem por objectivo algum dos aproveitamentos seguintes: 1.º aproveitamentos para abastecimentos de povoações; 2.º aproveitamentos para regas, enateiramentos ou colmatagens, quando se destinem a beneficiar uma área de terrenos superior a 50 hectares; 3.º aproveitamentos da energia das águas, quando tenham por fim o seu comércio em espécie ou quando a potência dos receptores hidráulicos a instalar não seja inferior a 200 cavalos vapor.

As águas que sejam aproveitadas para um fim de utilidade pública não pode evidentemente aplicar-se o mesmo regime que às águas particulares. E certo é que as atribuições que ao Estado e às autarquias locais pertencem sempre que se trata de concessões de águas que tenham por fim a utilidade pública,

bem claramente revelam que tais águas não podem considerar-se particulares.

Não consideramos esta matéria sujeita a discussão, notando apenas que o autor do decreto seria mais preciso na declaração das águas de aquedutos que devem considerar-se particulares se se referisse aos armazenamentos ou derivações de águas que têm por fim um interesse privado.

E tanto é verdade o que dizemos que, declarando-se no artigo 107.º do decreto que as águas dos canais, levadas e aquedutos de derivação, albufeiras e reservatórios de armazenamento construídos por por pessoas singulares ou colectivas, consideram-se particulares, pertencendo o seu uso aos prédios e oficinas em cujo proveito se mostrarem construídas as respectivas obras, os quais aproveitarão a água nos termos da concessão ou de harmonia com os direitos adquiridos fundados em justo título, no artigo 108.º e §§ 1.º e 2.º preceitua-se: que os canais, levadas ou aquedutos construídos pelo município ou pela freguesia serão administrados pela respectiva corporação, que regulará o uso e distribuição das águas; que, quando as obras desta natureza tenham sido construídas por uma ou mais povoações em comum, compete a sua administração à Câmara Municipal ou à Junta de freguesia, conforme as obras forem ou não de interesse para mais de uma freguesia do respectivo concelho; e que as corporações administrativas, nos termos d'este artigo, regularão o uso e distribuição das águas e proverão à conservação, limpeza e desobstrução das obras, podendo fazer posturas e regulamentos para esse fim, mas fica-lhes vedado fazer novas concessões de águas com prejuízo dos anteriores utentes.

Esta ingerência dos corpos administrativos no

uso e distribuição das águas não se compadece com o carácter de particulares que a essas águas é atribuído. Ressalvados como ficam os direitos das autarquias locais e os do Estado pelo que respeita às concessões, poderá dizer-se que as observações que estamos fazendo se limitam a uma questão de mera técnica jurídica.

A verdade, porém, é que, do facto de se haverem considerado como particulares as águas que sejam destinadas a fins de irrigação ou industriais, se tiraram algumas ilações no regime das respectivas concessões que consideramos completamente inadmissíveis.

Afigura-se-nos que o autor do decreto, ao considerar particulares as águas especificadas no n.º 4.º do artigo 2.º, teve apenas em vista distinguir as águas dos aquedutos destinados para a agricultura ou para a indústria das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, indicando por essa distinção que era diverso o regime a que essas águas estavam sujeitas. Não atendeu, porém, ao fazer tal distinção, a que, havendo aquedutos construídos por povoações em comum ou pelas autarquias locais e que têm por fim a satisfação de interesse de carácter local, quer agrícolas, quer industriais, a administração desses aquedutos devia pertencer a essas autarquias, como efectivamente pertence, não alterando o decreto neste ponto o nosso direito vigente.

Por outro lado, o regime das concessões de águas por motivo de utilidade pública, concessões que se efectivam pela derivação dessas águas por meio de aquedutos, é, enquanto essas concessões subsistirem, pelo uso público das águas ou pelo seu destino para serviços públicos, informado por princípios que dominam as cousas públicas, considerando-se como

tais, em harmonia com a doutrina sancionada no decreto, tanto as águas que são destinadas para o gozo directo de todos como as que são para gozo dos habitantes de uma determinada circunscrição administrativa, quer de um modo geral, quer relativamente aos que se encontrem em determinadas condições. Pode haver assim águas de aquedutos e armazenamentos que estejam no domínio público do Estado, do município ou da freguesia, tendo ingerência directa na administração dessas águas as entidades respectivas.

As considerações que acabamos de fazer evidenciam-nos que não estão sujeitos ao mesmo regime os poços, galerias, canais, levadas, aquedutos, reservatórios, albufeiras e demais obras construídas por pessoas singulares ou colectivas para captação, derivação ou armazenamento das águas públicas no interesse da agricultura ou da indústria, havendo obras desta natureza que, tendo sido construídas para fins de interesse geral ou utilidade pública ou para efectivar concessões de utilidade pública, se devem considerar como estando no domínio público.

11. Fontes e nascentes. Salva a supressão das fontes comuns, que foram incluídas nas públicas, o decreto não alterou o nosso direito vigente pelo que respeita a estas águas.

No n.º 6.º do artigo 1.º declaram-se no domínio público as águas das fontes públicas e as dos poços e reservatórios construídos à custa dos concelhos e freguesias.

Entende-se, relativamente a estes reservatórios, que estão no domínio público os que estão no gozo directo dos cidadãos, pois certo é que as autarquias locais podem construir poços ou reservatórios que

tenham fins agrícolas ou industriais aproveitando-se das respectivas águas como se fossem meros particulares.

As fontes e reservatórios que tenham sido construídos pelas autarquias locais tanto podem estar no gozo directo de todos os cidadãos como no gozo dos habitantes de um determinado lugar. O decreto não alterou a nossa legislação a este respeito, sendo pela natureza do terreno em que as fontes ou reservatórios se encontram que se deve determinar quem tem o direito de usar das respectivas águas. Considerando na administração do município ou da freguesia os reservatórios, fontes e poços construídos à custa do concelho ou da freguesia, reconhece-se ao município ou freguesia o direito de regular o uso da água, devendo ainda atender-se ao uso que efectivamente tem havido dessas fontes ou reservatórios para se determinar as pessoas que da sua água se podem aproveitar.

Para que uma fonte ou reservatório se considerem públicos não basta que das suas águas se utilizem os habitantes de uma determinada circunscrição; é necessário que existam em terreno público ou de logradouro comum ou que tenham sido construídos à custa do município ou da freguesia.

É assim que a água de fonte ou nascente existente em prédio particular de que há mais de cinco anos se abasteçam para seus gastos domésticos os habitantes de qualquer povoação ou casal, não é considerada pelo decreto (artigo 100.º), do mesmo modo que o não era pelo Código Civil (artigo 447.º), pública mas particular. Ao direito de livre disposição dessa água apenas se impõe uma restrição motivada pelo interesse público, não podendo mudar-se o seu curso costumado.

No decreto enumeram-se (artigo 1.º n.º 5.º) como públicas as águas nativas que brotarem em terrenos públicos, municipais ou de freguesia. Essas águas estão no domínio público como fazendo parte do terreno em que brotam e não porque de per si se considerem no domínio público, o que só se dá quando formem fontes ou reservatórios públicos. Sobre essas águas tem o Estado ou as autarquias locais o direito de livre disposição, podendo regular o seu uso ou torná-lo objecto de concessão, e apenas podendo os proprietários vizinhos aproveitar-se delas, emquanto não lhes for dado outro destino ou regulado o uso, a título precário ou de mera tolerância. É o que dispõe o § 4.º do artigo 32.º, que sujeita as águas nativas que brotarem em prédios ou terrenos do Estado ou das corporações administrativas ao mesmo regime das águas sobejas das fontes, poços e reservatórios públicos.

É conveniente notar que as águas nativas que brotam em terrenos públicos ou de logradouro comum, do mesmo modo que as águas sobejas das fontes e reservatórios públicos, podem estar individualmente apropriadas e que os direitos adquiridos sobre essas águas foram ressaltados pelo decreto do mesmo modo que o haviam sido pelo Código civil.

Para que as águas nativas de terrenos públicos ou de logradouro comum entrem, consideradas independentemente do terreno onde brotam ou correm, no domínio público, é necessário que, do mesmo modo que as águas que brotam ou correm em prédios particulares, transponham, abandonadas, os limites desses terrenos. Terão, neste caso, a natureza de correntes não navegáveis nem flutuáveis, se não forem lançar-se directamente em alguma

corrente navegável ou fluviável, deixando de existir sobre elas, por parte das entidades a quem os terrenos pertencem, o direito de livre disposição.

Do que deixamos dito se conclui que nenhuma necessidade havia de especificar, na enumeração das águas que estão no domínio público, as águas nativas dos terrenos públicos e de logradouro comum, e que a atribuição do carácter de públicas a essas águas, dado que pela palavra *públicas* apenas se queira significar que a propriedade dessas águas pertence ao Estado ou às autarquias locais, está muito longe de corresponder à verdade dos factos, visto que essas águas podem estar e efectivamente estão na sua maior parte individualmente apropriadas, deixando de considerar-se como parte integrante do terreno em que brotam ou correm para constituírem de per si objecto do direito de propriedade.

12. Águas subterrâneas. Também no decreto se consideram (artigo 1.º n.º 5.º e artigo 2.º n.º 4.º) no domínio público as águas subterrâneas que existem nos terrenos públicos, municipais ou de freguesia, e como águas particulares as que nos prédios particulares se encontram. É óbvio que a propriedade destas águas, como parte integrante que formam do terreno, pertence às mesmas pessoas a quem pertence a propriedade do terreno, desde que a lei não fez em relação às águas a restrição que fez em relação às minas, excluindo-as do conteúdo do direito de propriedade.

É de notar, porém, que, quanto às águas subterrâneas de terrenos públicos ou de logradouro comum, o princípio sancionado no decreto (artigo 30.º) e que já o estava no nosso direito anterior, é o de que a todos é facultada, precedendo licença

da autoridade ou corporação a quem a administração dos terrenos pertencer, a exploração dessas águas perfurando minas e abrindo poços ordinários ou artesianos.

A licença, como no § 1.º do artigo citado se dispõe, só poderá ser recusada se a exploração puder afectar o público ou diminuir o caudal ou o volume de fontes e reservatórios destinados a uso público. As águas subterrâneas existentes em terrenos públicos ou de logradouro comum, não estando de per si no domínio público visto que sobre elas não há gozo directo nem estando como tais na administração do Estado ou das autarquias locais, representam utilidades ou produtos desses terrenos que podem ser individualmente apropriados, apropriação que se dá pela exploração dessas águas mediante a competente licença. É assim que no artigo 31.º se declara que as águas assim exploradas entram no domínio particular, ficando o benefício que delas resulta perpétuamente incorporado nos prédios a que a exploração se destinou. Relaciona-se assim, mas a nosso ver indevidamente, o direito à água com determinados prédios, quando é certo que sobre as águas, desde que são particulares, fica havendo o direito de livre disposição, com as limitações estabelecidas por lei.

Havendo o direito de explorar as águas subterrâneas dos terrenos públicos ou de logradouro comum, não pode dizer-se rigorosamente que a propriedade dessas águas pertença às mesmas pessoas a quem o terreno pertence, visto que sobre essas águas não tem o Estado nem as autarquias locais o direito de livre disposição. O direito de exploração dessas águas, que pode considerar-se como um dos modos por que se efectiva o gozo do terreno em que elas

correm ou se acham estancadas, é, considerando-se as águas de per si, um direito que recai sobre cousas que, estando em bens do domínio público e não estando individualmente apropriadas, são susceptíveis de apropriação individual.

Era sobre estas cousas que no nesso antigo direito recaía o chamado direito de preocupação, que se diferenciava do direito de ocupação pela circunstância de que estavam no domínio público as cousas sobre que esse direito era exercido, sendo lícita a sua apropriação por determinados actos materiais fixados na lei.

Quanto às águas subterrâneas em prédios particulares, salvas as disposições relativas a águas minero-medicinais, o princípio a aplicar é que o direito de exploração dessas águas pertence ao proprietário do terreno em que elas correm ou se acham estancadas, que pode transmitir esse direito para terceiros por título oneroso ou gratuito, ficando assim limitado o seu direito de propriedade sobre o prédio. Pode dar-se até o direito de expropriação dessas águas em favor de empresas exploradoras dos caminhos de ferro, quando não possam obter as águas que para essa exploração se tornam necessárias pelos meios indicados nos artigos 23.º e 24.º do decreto. É assim que no artigo 25.º se preceitua que, na falta ou insuficiência dos meios autorizados nos artigos anteriores, as empresas terão o direito de abrir poços ordinários ou artesianos, galerias de pesquisa ou exploração nos terrenos particulares, mediante indemnização liquidada nos termos da lei de expropriação de 26 de julho de 1912.

13. Águas pluviais. Como as águas nativas e as subterrâneas, também se declaram (artigo 1.º,

n.º 5.º e artigo 2.º, n.º 1.º) as águas pluviais que caírem ou correrem abandonadas por terrenos públicos, municipais ou de freguesia como estando no domínio público, e como estando no domínio particular as águas pluviais que caírem em prédios particulares enquanto não transpuserem abandonadas os limites dos mesmos prédios. No artigo 26.º faz-se referência especial às águas pluviais de barrancos, torrentes e enxurros, que correm por terrenos, estradas, caminhos e ruas públicas, e no artigo 1.º, § 1.º, determina-se que estão na administração do município ou da freguesia as águas pluviais que caírem em terrenos baldios ou de logradouro comum, municipais ou paroquiais ou por elles correm, enquanto umas e outras não transpuserem, abandonadas, os limites do baldio ou logradouro, e as águas pluviais que correrem nas ruas da cidade ou vila sede de concelho e nas estradas e caminhos municipais ou nas ruas da sede da freguesia e povoações rurais e caminhos vicinais.

Trata-se de águas eventuais, isto é, de águas que não são perenes, sendo principalmente de defesa dos terrenos em que correm as providências que em relação a elas se adoptam e devendo considerar-se, enquanto não transpõem abandonadas os limites dos prédios ou terrenos de logradouro comum em que caem, como parte integrante desses terrenos. Desde que entrem numa corrente, ficarão sujeitas ao mesmo regime que ela, segundo a categoria a que pertencer. Formando torrentes ou enxurros de caudal descontínuo, o regime a que estão sujeitos não é o mesmo das correntes não navegáveis nem flutuáveis, não podendo dizer-se que estas águas estão no domínio público, quer por esta expressão se queira apenas significar que pertence ao Estado ou às au-

tarquias locais o direito de propriedade sobre elas, quer a administração dessas águas.

A lei determina apenas por quem podem ser aproveitadas e o modo do seu aproveitamento, declarando-se que os donos dos prédios marginais de barrancos, torrentes e enxurros de caudal descontínuo poderão construir barragens de terra e pedra solta, ou açudes móveis, para derivação das respectivas águas, sem prévia licença ou concessão, contanto que não resulte prejuízo aos proprietários vizinhos, nem embaraço ao trânsito nos caminhos públicos.

14. Valor jurídico da classificação das águas.
As considerações que acabamos de fazer mostram que a classificação das águas que no decreto que estamos analisando se formulou, se tem a vantagem de nos patentear quais as diversas modalidades que as águas podem revestir, não nos indica de um modo geral qual o regime jurídico a que as águas estão sujeitas. Pondo-se de lado nessa classificação a noção técnica de domínio público para considerar públicas as águas cuja propriedade pertence ao Estado ou às antarquias locais, não se atendeu a que algumas das águas que são enumeradas como públicas não estão na administração do Estado nem de corporações públicas e a que nem sequer se pode dizer que estejam por êles apropriadas.

Daqui resulta que a classificação das águas não tem o valor jurídico que poderia ter e que se torna necessário determinar de um modo geral o uso das águas que pelo decreto são consideradas como públicas para se ver qual o seu regime jurídico.

§ 3.º — Do uso das águas

15. Ideias gerais sobre o uso das águas. No decreto declara-se (artigo 4.º) que o uso das águas salgadas das costas, enseadas, baías, portos artificiais, docas, fozes, rias, esteiros e seus respectivos leitos, cais e praias, constitui objecto de legislação especial, pela qual continuará a regular-se. Relativamente a estas águas, o decreto nenhuma alteração fez na legislação anterior.

Quanto às outras águas públicas especificadas no artigo 1.º, formula-se (artigo 5.º) o princípio de que a todos é permitido usar delas para os fins a que por sua natureza são destinadas e com as restrições impostas na lei e regulamentos administrativos.

A este respeito deve ter-se em consideração que, podendo as águas públicas ser aproveitadas para quaisquer fins que a natureza ou modalidades dessas águas comportem, há, entre esses fins, um que prefere a todos os outros e em harmonia com o qual se estabelece o regime dessas águas. É assim que em relação aos lagos, lagoas e correntes de água doce navegáveis e flutuáveis, declarando-se (artigo 8.º) que são neles permitidas a navegação e a flutuação, em conformidade com as leis e regulamentos administrativos, não se quis apenas significar que tais águas podiam ser aproveitadas para esse fim mas que este prefere a quaisquer outros, que só poderão effectivar-se quando não haja prejuízo para a navegação ou flutuação.

Podendo pescar-se nas águas públicas (artigo 11.º), podendo aproveitar-se para irrigação dos prédios marginais as águas dos lagos, lagoas e corren-

tes navegáveis e fluviáveis (artigo 14.º) e ser objecto de concessão (artigo 15.º), a pesca e rega dos prédios só poderá fazer-se quando não resultem embaraços para a navegação ou flutuação (artigos 11.º e 14.º) e as licenças e concessões para aproveitamento das águas públicas navegáveis ou fluviáveis entender-se-ão sempre outorgadas sem prejuízo dos interesses da navegação ou flutuação, ficando os impetrantes e concessionários obrigados a modificar as obras que se reconheça affectarem aqueles interesses, sem direito a indemnização (artigo 16.º).

Do disposto neste artigo conclui-se que, sem autorização do poder legislativo, não poderá fazer-se a concessão para quaisquer fins de utilidade pública das águas das correntes navegáveis e fluviáveis, desde que o aproveitamento das águas para esse fim não seja compatível com os interesses da navegação ou flutuação.

Das disposições citadas infere-se também que, sendo permitida (artigo 22.º) nos lagos, lagoas e correntes do domínio público a maceração de linhos e outras plantas têxteis, com as reservas e cautelas estabelecidas nos regulamentos administrativos, essa maceração não poderá fazer-se nos lagos, lagoas e correntes navegáveis e fluviáveis desde que embaraça a navegação ou a flutuação.

As águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis eram pelo Código civil e ainda o são pelo decreto enquanto não decorrer o prazo de dez anos desde a sua publicação, destinadas especialmente para a irrigação dos prédios marginais (artigo 17.º). Sendo este o fim a que essas águas são especialmente destinadas, qualquer outro fim para que essas

águas possam ser aproveitadas deve considerar-se subordinado a elle, sempre que a lei não permita a concessão para outro aproveitamento com prejuízo da irrigação dos prédios marginais.

As águas das fontes e reservatórios públicos são especialmente destinadas para gastos domésticos (artigo 6.º), o que quer dizer que tais águas não poderão ser concedidas para outros fins em prejuízo de quem para aquelle fim delas se queiram aproveitar.

Representando os gastos domésticos a satisfação de necessidades primárias da vida, o decreto formula o principio (artigo 6.º) de que para esses gastos se podem utilizar não só as águas de fontes, poços e reservatórios a esse uso destinados, mas as das correntes do domínio público, quando para ellas haja acesso por terreno, estrada ou serventia pública, guardadas as prescrições dos regulamentos e posturas municipais. E declara-se também no decreto (artigo 7.º) que, em casos urgentes de incêndio ou calamidade pública, o representante da autoridade administrativa local poderá, sem forma de processo, nem indemnização prévia, requisitar a utilização imediata de quaisquer águas públicas e, na falta delas, a das particulares necessárias para conter ou evitar o dano.

Sancionou-se expressamente no decreto a doutrina que sustentámos em face do Código civil e designadamente do artigo 2396.º.

16. Restrições ao direito de livre disposição das águas particulares. Vê-se assim que o direito de livre disposição das águas particulares pode ser limitado para a satisfação de necessidades públicas, reconhecendo a lei o direito a indemnização pelos prejuizos que daí resultam.

Assim se explica a disposição consignada no artigo 100.º do decreto.

Além da restrição ao direito de livre disposição das águas particulares determinada pelo facto de os habitantes de alguma povoação ou casal delas se abastecerem para gastos domésticos, restrição que já havia sido estabelecida pelo Código civil, o decreto determina (artigo 25.º, § único) que as administrações de caminhos de ferro explorados pelo Estado ou empresas concessionárias, quando lhes não seja possível obter outras águas poderão utilizar-se das águas particulares que não sejam destinadas para gastos domésticos, indemnizando os seus proprietários, nos termos da lei.

Alc aproveitamento das águas para caminhos de ferro só prefere, pois, o aproveitamento para gastos domésticos, podendo dar-se, para aquele aproveitamento, a expropriação das águas particulares desde que com elle não seja prejudicado o uso das mesmas águas para gastos domésticos.

17. Usos de águas publicas que dependem de licença e de concessão. Os aproveitamentos das águas publicas a que nos temos referido, representando o fim para que essas águas são especialmente destinadas, têm lugar, em principio, independentemente de licença ou concessão das autoridades ou corporações que superintendem nessas águas, devendo apenas observar-se as disposições de lei ou de regulamentos em que se determina o modo por que se devem effectivar esses aproveitamentos.

Casos há, porém, em que, sendo facultado directamente pela lei um determinado aproveitamento, este não pode realizar-se sem que no leito ou margens das correntes se façam obras pelas quais pode alte-

rar-se o regime dessas correntes, tornando-se necessária neste caso a intervenção das entidades competentes para que pela realização de tais obras esse regime não seja prejudicado. É assim que, attribuindo-se (artigo 17.º) aos donos dos prédios marginaes das correntes não navegáveis nem flutuáveis o direito de usar das águas destas correntes para a irrigação dos seus prédios, se declara que, dependendo o novo aproveitamento da construção de açude, represa ou outra obra permanente, estas obras carecem de licença do respectivo director dos serviços fluviaes e marítimos, a qual só pode ser dada a título precário e sempre sob a condição que se sustentende, pôsto que não seja expressa, de que não confere ao impetrante direitos contra as concessões que hajam de fazer-se nos termos do mesmo decreto. Tratando-se da irrigação de prédios marginaes, a autorização que para as obras se torna necessária não envolve de modo algum licença ou concessão para o uso da água. Tal autorização tem apenas por fim evitar que com a construção das obras se prejudique a corrente. O título precário que a autorização para as obras se attribui, deve illuarse, pois, no regime que para as correntes não navegáveis nem flutuáveis se estabelece decorridos que sejam dez annos desde a publicação do decreto, não ficando com direitos alguns que derivem da autorização que lhe foi concedida quem, depois da publicação do decreto, fizer no leito e margens das correntes quaisquer obras permanentes que tenham por fim a derivação das águas para a irrigação dos prédios marginaes.

Nas correntes navegáveis ou flutuáveis também pode dar-se o aproveitamento das águas para a irrigação dos prédios marginaes, sendo facultado (ar-

tigo 14.º) aos respectivos proprietários montar livremente bombas e qualquer outro aparelho braçal ou de motor animal, para extrair água destinada a essa irrigação. Se, porém, para esse efeito se pretender a colocação de bombas e outros aparelhos com força motriz mecânica, tal colocação dependerá de licença do respectivo director dos serviços fluviais e marítimos, se na sua montagem não tiverem de se realizar obras que alterem o estado e disposições das margens do leito, porque, desde que se tenham de modificar as margens do leito, a licença dependerá dos Ministros do Comércio e Comunicações ou da Agricultura, nos termos dos regulamentos (artigo citado, § 1.º e 2.º).

— Nos casos referidos, a licença ou autorização é dada para as obras e não directamente para o aproveitamento da água, que é concedido pela lei. Em outros casos, porém, a licença é dada para o aproveitamento da água, podendo, juntamente com essa licença, ser autorizadas as obras que para esse efeito se tornam necessárias.

— No artigo 21.º estatui-se que os estabelecimentos industriais localizados na proximidade das correntes e depósitos de águas públicas poderão, com licença da autoridade ou corporação que superintender nas respectivas águas, aproveitar as que necessitarem para o seu uso industrial, sob condição de não alterarem ou comprometerem as que não consomem e têm de voltar à corrente, comunicando-lhes propriedades ou substâncias que as tornem insalubres e indúteis ou prejudiciais áqueles que igualmente têm direito ao seu uso.

— Declara-se no artigo 23.º que as administrações de caminhos de ferro explorados pelo Estado ou empresas concessionárias poderão aproveitar, mediante

licença, as águas públicas necessárias à sua exploração.

No artigo 23.º preceitua-se que, com licença do director dos serviços fluviais e marítimos, poderão as águas dos barrancos, torrentes e enxutos de caudal descontínuo ser represadas em albufeiras ou depósitos permanentes, para serem utilizadas na irrigação e colmatagem.

No artigo 13.º e § único diz-se que os concessionários e outros utentes de águas públicas para irrigação e usos industriais podem, com licença do respectivo director dos serviços fluviais e marítimos, construir nas respectivas levadas e canais, ou em terrenos contíguos que lhes pertençam, tanques, parques e viveiros destinados à criação e engorda do peixe, contanto que não alterem as condições essenciais do anterior aproveitamento, nem se prejudique o bom regime das águas.

— Falando-se nos artigos citados em *licença*, há outros em que se declara necessária a *concessão*.

No artigo 13.º preceitua-se que o aproveitamento das águas públicas em tanques, parques e viveiros, destinados à criação e engorda do peixe, dependem de concessão nos termos do decreto. No artigo 15.º determina-se que a derivação das águas públicas navegáveis ou fluviáveis por meio de levadas, canais ou obras semelhantes, só poderá fazer-se no regime das concessões estabelecido no decreto. No artigo 17.º § 2.º declara-se que os aproveitamentos das correntes não navegáveis nem fluviáveis para usos industriais e os que se destinam à irrigação de prédios não marginaes ficam desde já sujeitos ao regime das concessões.

Vê-se assim que no decreto se fez distincção entre as concessões de águas públicas e as licenças para

o seu aproveitamento; correspondendo esta distinção aos conceitos que já expusemos quando tratamos das licenças e concessões de águas em face das disposições do decreto de 1.º e regulamento de 19 de dezembro de 1892.

As licenças representam uma condição prévia, necessária para determinados usos das águas, que tem apenas por fim verificar se esses usos são ou não prejudiciais ao regime das mesmas águas ou ao seu aproveitamento para outros fins a que elas especialmente se destinam. Sendo a própria lei que atribui o direito às águas para os referidos usos, não derivando esse direito da licença mas da lei, conclui-se que a licença só pode ser recusada quando esses usos sejam prejudiciais, havendo assim recurso da denegação de licença que não seja devidamente motivada.

O decreto refere-se expressamente (artigo 30.º § 2.º), pelo que respeita à exploração de águas subterrâneas em terrenos públicos, municipais ou de freguesia, ao recurso da denegação da licença, que só pode ser recusada nos casos de a exploração afectar o público ou fazer diminuir o caudal ou o volume das fontes ou reservatórios destinados a uso público, donde parece inferir-se que não há recurso em quaisquer outros casos em que o uso das águas dependa de licença e não se declare que há recurso da sua denegação.

Esta doutrina é, porém, completamente inaceitável. Se da denegação de licença não procedesse recurso, poderiam as entidades a quem compete a sua concessão anular completamente a disposição de lei que, em determinadas condições, reconhece direito ao uso das águas. Assim, os proprietários dos prédios marginais das correntes não navegáveis

nem flutuáveis que, para a irrigação desses prédios, só possam aproveitar-se dessas águas mediante a construção de açudes ou outras obras permanentes, poderiam ficar privados desse direito se para a construção destas obras lhes fosse recusada licença, timbora com tais obras não fosse prejudicado o regime das águas e conseqüentemente os outros proprietários que a elas têm direito. E do confronto do artigo 17.º com o § 2.º do mesmo artigo, evidentemente resulta que os direitos dos proprietários marginais à irrigação dos seus prédios não podem ser preteridos por quaisquer outros aproveitamentos das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis.

O motivo por que, em relação às águas subterrâneas, se declarou que havia recurso da denegação de licença para a sua exploração em terrenos públicos ou de logradouro comum, foram as dúvidas que a esse respeito havia na nossa jurisprudência, e a que amplamente nos referimos, dúvidas que o decreto bem fez em esclarecer, dizendo os casos em que a licença podia ser recusada e para onde se recorria da sua denegação.

O que a este respeito se dispõe deve considerar-se applicável em todos os casos em que o aproveitamento das águas, sendo atribuído pela lei para determinados fins, depende apenas da verificação prévia das condições que para esse aproveitamento se tornam necessárias.

Dá-se o contrário com as concessões. Quando o decreto declara que o aproveitamento da água depende de concessão, não há, anteriormente a ela, direito a esse aproveitamento; esse direito resulta da própria concessão. Donde se conclui que, em princípio, não há recurso da denegação da concessão, pois não se ofende por ela nenhum direito que

se funda na lei ou em regulamentos de administração pública.

Esta doutrina está expressamente consignada no decreto. É assim que, quanto às concessões de utilidade pública, se declara (artigo 51.º § único) que do decreto de denegação da concessão não há recurso algum e a mesma declaração é feita pelo que respeita às concessões de interesse privado, quer estas competam ao Governo (artigo 84.º), quer às autarquias locais (artigo 89.º § 2.º).

Nesta parte, o decreto sancionou a mesma doutrina que era admitida no nosso direito.

Em outras partes foram, porém, profundas as alterações que o decreto fez na nossa legislação anterior, tornando-se assim necessário expor os princípios em que, segundo elle, assenta o regime das concessões de águas.

§ 4.º — Das concessões de águas

18. Fins para que as águas podem ser concedidas. No artigo 36.º declara-se que o uso das águas públicas pode ser objecto de concessão, no interesse dos serviços públicos, da agricultura ou da indústria, nos termos do presente decreto.

As concessões a que o decreto se refere só podem ter por objecto o uso de águas públicas, porque, representando tais concessões um acto de disposição das águas pela sua aplicação para esse uso, é óbvio que o Estado ou as autarquias locais só podem fazer concessões de águas que lhes pertencem e de que têm a administração. As concessões de águas que não estejam no domínio público só podem dar-se, ou mediante prévia expropriação, nos casos em que esta

é autorizada por lei e mediante a qual essas águas podem entrar no domínio público, ou pela transmissão voluntária do direito a essas águas, transmissão que é regulada pelas normas do direito privado. É assim que no artigo 60.º se preceitua que se pode decretar a utilização das águas particulares necessárias para o abastecimento de povoações na falta de águas públicas, com prévia indemnização, observando-se o disposto na legislação sobre expropriações por utilidade pública.

O regime das concessões a que nos vamos referir assenta no princípio de que as águas que estão no domínio público podem ser aproveitadas para outros fins que não sejam aquelles a que por lei são destinadas, desde que com tais aproveitamentos estes fins não sejam prejudicados.

A lei, deixando dependente das entidades a quem pertence a administração das águas a sua concessão, determina de um modo geral quais são os fins ou usos para que pode ser feita a concessão. Na fórmula, que reproduzimos, do artigo 36.º, indicam-se os serviços públicos, os interesses da agricultura e da industria. Pode dizer-se que nesta fórmula se incluem quaisquer aproveitamentos, tornando-se necessário, para se determinar quais são os interesses que legitimam e em que condições as concessões de águas públicas, ver o modo por que os diferentes fins para que podem dar-se as concessões são graduados.

19. Concessões de utilidade pública e de interesse privado. As concessões de águas podem ser de utilidade pública e de interesse privado, conforme é ou não considerado de utilidade pública o uso para que se faz a concessão.

O decreto não deixou a apreciação do carácter da utilidade, no arbitrio das entidades que fazem a concessão. É no próprio decreto que se estabelecem os critérios para verificar se uma concessão é ou não de utilidade pública, declarando-se (artigo 37.º) que as concessões se justificam pela utilidade pública ou pelo interesse privado, e que pertencem à primeira categoria, além daquelas que as leis expressamente declararem, as que tiverem por objectivo algum dos aproveitamentos seguintes:

1.º Aproveitamentos para abastecimentos de populações;

2.º Aproveitamentos para regas, encheiramentos ou colmatagens quando se destinem a beneficiar uma área de terreno superior a 50 hectares;

3.º Aproveitamentos da energia das águas quando tenham por fim o seu comércio em espécie ou quando a potência dos receptores hidráulicos a instalar não seja inferior a 200 cavalos vapor.

No § 1.º do artigo citado preceitua-se que as obras de saneamento de pantanos, que se reconheça serem insalubres, qualquer que seja a respectiva área, e o dissecamento de terras alagadas ou de dessalgação de terrenos, em área superior a 100 hectares, são equiparadas para os fins deste decreto aos aproveitamentos de que trata o n.º 2.º

No § 2.º estatui-se que todas as outras concessões são de interesse privado.

Temos assim que só podem haver-se como concessões de utilidade pública as que por lei como tais sejam qualificadas, entrando todas as outras concessões, qualquer que seja o fim para que se destinem, nas de interesse privado.

Os interesses privados, porém, para que podem ser feitas concessões estão especificados no decreto,

não podendo ser feitas concessões que não se legitimem com esses interesses.

A concessão representa um acto discrecionário por parte das entidades a quem compete fazê-la, não podendo dar-se senão nos casos em que se verifiquem as condições que para esse efeito são estabelecidas pela lei, sendo nesta que se indicam os fins para que a concessão pode ser feita.

As concessões de utilidade pública preferem às de interesse privado (artigo 37.º, § 3.º).

20. *Normas regulamentares das concessões em geral.* — No artigo 38.º preceitua-se que todas as concessões serão submetidas ao requerimento no qual se declara o nome e personalidade jurídica do requerente, o objectivo do aproveitamento, qual a área em que vai fazer-se, modo e processo de o realizar e volume de águas a utilizar, quando este não possa inferir-se directamente do objectivo da concessão. E no § único determina-se que o requerimento será registado na repartição pública ou que tenha de ser apresentado, com indicação do dia e hora da apresentação, regulando-se por esse registo a prioridade dos pedidos.

Os requerimentos para concessões de águas públicas pertencentes ao Estado são, quer a concessão seja de utilidade pública quer de interesse privado e seja qual for o fim da concessão, dirigidos ao Ministro do Comércio e Comunicações (decreto n.º 5787 III, artigos 44.º e 82.º, e regulamento aprovado pelo decreto n.º 6287, de 20 de dezembro de 1919, artigos 1.º e 38.º), e apresentados e registados na 3.ª Repartição da direcção geral das obras públicas (decreto 5787 III, artigos 55.º e § único e 82.º, e regulamento citado, artigos 3.º e 62.º).

As águas públicas que pertencerem aos corpos administrativos podem estes fazer concessões de interesse privado por deliberação das corporações que os representam, observando-se nessas concessões os regulamentos especiais que para a fruição dessas águas hajam sido aprovados, nos quais podem estabelecer-se taxas pelo seu uso. Na falta de regulamentos especiais para a fruição das suas águas, ficam os corpos administrativos obrigados a apropriar as disposições da lei que regula as concessões do Governo (decreto 5787 III, artigos 88.º e 89.º).

O direito de uso das águas resultante da concessão deve ser determinado por esta, sendo-lhos precisos termos em que a concessão haja sido feita que se pode efectivar esse uso. O aproveitamento para outro fim que não represente o objecto da concessão não pode considerar-se legítimo.

Assim que no decreto se preceitua (artigo 89.º) que as águas públicas pedidas para um fim determinado não podem ser concedidas para outro fim, nem ter diferente aplicação, no todo ou em parte, sem que preceda novo pedido e nova concessão.

Para efectivar esta disposição, declara-se no artigo 42.º que o Estado reserva-se sempre o direito de fiscalizar a construção das obras e a exploração das concessões, com o fim de obrigar ao cumprimento das condições com que foram feitas, para assegurar o bom regime e policia das águas e para impedir a violação dos direitos de terceiros, sem prejuizo da faculdade que a estes assiste de recorrer aos tribunais competentes, sendo o concessionário obrigado a facilitar a fiscalização aos agentes do Governo. Nos artigos 72.º e seguintes do regulamento de 20 de dezembro de 1919 está determinado o modo por que se deve exercer a fiscalização do

Governo, a que se refere o citado artigo 49.º do decreto.

A falta de cumprimento por parte do concessionário das obrigações que lhe foram impostas relativamente ao serviço público e disposição das obras ou o impedimento do exercício da fiscalização do Estado constitui delicto punivel com multa de 10\$ a 500\$ imposta pelos tribunais comuns.

No artigo 40.º preceitua-se que as concessões de águas públicas importam sempre a permissão de utilizar os terrenos do dominio publico necessários á execução das obras e sua conveniente exploração, bem como a de estabelecer servidões nos mesmos terrenos e através das estradas, caminhos e vias publicas, com sujeição aos regulamentos em vigor.

No artigo 41.º do decreto estatui-se que as concessões entender-se-hão sempre feitas sem prejuizo dos direitos de terceiro e sem responsabilidade para o Estado por diminuição do caudal, erro de calculo, ou por qualquer motivo previsto ou imprevisto.

Os direitos de terceiro a que este artigo se refere e que por elle são salvaguardados, respeitam não só á constituição das servidões que para a effectivação da concessão se tornam necessarias, servidões por que é reconhecido o direito de indemnização, mas ainda á indemnização pelos direitos sobre as próprias águas que sejam objecto da concessão, nos casos em que é permitida a expropriação desses direitos.

Em relação a este assunto, são diversas as normas que regulam as concessões de utilidade publica e as de interesse privado. Para se fixarem bem as normas relativas a umas e outras, expô-las hemos conjuntamente.

21. *Os direitos sobre as águas e a concessão destas: expropriação daqueles direitos.* No artigo 33.º do decreto declara-se que as águas públicas que ao tempo da sua publicação estiverem legalmente concedidas ou sobre as quais alguma pessoa, singular ou colectiva, tiver adquirido direitos fundados em justo título, de harmonia com a legislação em vigor, continuaram a ser aproveitadas nas mesmas condições, respeitando-se esses direitos adquiridos, salvo o caso de expropriação por utilidade pública e as demais restrições estabelecidas neste decreto, e sem prejuízo da devolução da água para o domínio público por motivo de escaridade.

Para se determinar o alcance desta disposição, necessário é aproximar dela os artigos do decreto em que se declararam as expropriações de águas que podem dar-se em virtude de concessões e respectivas indemnizações.

Nas concessões de utilidade pública é este assunto regulado nos artigos 52.º a 55.º do decreto.

No artigo 53.º declara-se que a publicação no *Diário do Governo* do decreto da concessão importa a declaração de utilidade pública e correlativo direito de expropriação nos prédios particulares e nas concessões de interesse privado preexistentes. No § 1.º do artigo citado preceitua-se que as concessões preexistentes de utilidade pública para aproveitamento de energia hidráulica não ficam sujeitas a expropriação ou diminuição do caudal que devidamente utilizam, por motivo de nova concessão da mesma natureza, salvo o caso de a nova concessão realizar o aproveitamento de uma potência hidráulica, no menos cinco vezes superior.

No artigo 54.º preceitua-se que as indemnizações devidas aos possuidores de prédios regados ou aos

proprietários de concessões de interesse privado preexistentes podem, quando elles o preferam, ser substituídas por indemnizações em espécie sob a forma dum quinhão de água ou de uma quantidade de energia, correspondentes à água que aproveitavam ou à energia de que dispunham, e no artigo 55.º que as indemnizações devidas pelo uso das águas são determinadas em atenção à quantidade de água ou energia real e efectivamente utilizadas anteriormente pelos proprietários de terras ou de concessões preexistentes para a rega ou para o exercício da indústria.

Nas disposições que se abamos de reproduzir incluí-se que quaisquer direitos relativos à derivação de águas públicas para a irrigação ou para indústrias, quer esses direitos se fundem em justo título, quer derivem da lei, quer de concessão de interesse privado, estão sujeitos a expropriação sempre que haja concessão dessas águas por motivo de utilidade pública; que essa expropriação é autorizada pelo decreto da concessão e que por essa expropriação ha o direito de indemnização. Se os arrendatários de águas públicas a título precário ou de mera tolerancia não têm direito a indemnização no caso de serem privados do aproveitamento de águas que por tal título estavam disfrutando.

O decreto usa da fórmula *expropriação por utilidade pública* para exprimir a privação do direito ao uso da água, quer esse direito represente um poder legal, quer uma situação subjectiva, isto é, quer esse direito resulte de mera disposição da lei, quer de um facto acquisitivo. É óbvio, porém, que só neste caso se dá rigorosamente a expropriação, porque só neste caso o direito à água entra no patrimonio privado. No caso de o direito à água re-

sultar de mera disposição da lei, tal direito representa um poder legal, não está no património de quem o exerce, não é, na linguagem consagrada, um direito adquirido.

Perante os princípios jurídicos, não há, pela perda desses direitos, expropriação e, conseqüentemente, não é reclamada pelos mesmos princípios a indemnização, que aliás é reconhecida no decreto, como já o era no decreto de 27 de maio de 1911. As leis que regulam os poderes legais são sempre de aplicação imediata e desta aplicação pode resultar a perda desses direitos sem que tal aplicação represente qualquer violação do princípio da não retroactividade da lei.

No caso de concessão por utilidade pública, a privação do direito à água resulta de um acto administrativo, mas este, autorizado como é pela lei, pode-lo hia ser um direito a indemnização, não havendo na disposição legal que assim regulasse as concessões nenhuma violação dos princípios jurídicos relativos às garantias dos direitos adquiridos ou das situações subjectivas legitimamente constituídas ao tempo em que as concessões se effectivam.

Explicta-se assim que para a fixação da indemnização se estabeleça como critério a utilidade que effectivamente estiverem usufruindo os utentes da água ao tempo em que se dá a expropriação, embora o valor da água seja muito superior pelos aproveitamentos de que ela se torne susceptível, nos casos em que, havendo sobre as águas direitos adquiridos e podendo conseqüentemente dispor-se livremente dessas águas, lhes pudesse ser dado outro destino mais vantajoso. Em face, porém, da disposição consignada no artigo 55.º do decreto, é nosso parecer que não pode atender-se, mesmo neste caso, ao

valor que a água realmente tem, sendo como é tal disposição aplicável a quaisquer utentes das águas para a irrigação ou para fins industriais. Nesta parte o decreto não é informado por princípios jurídicos rigorosos, não garantindo ao expropriado, sob o ponto de vista pecuniário, um valor igual ao que de que é privado. Teve-se sem dúvida em vista o fim para que são feitas as concessões e ainda a dificuldade de avaliar com rigor, pelas possíveis aproveitamentos das águas, o valor que estas representam.

Em relação a águas que se usam por título de concessão, a indemnização só se dá, em princípio, pelas concessões de interesse privado. Quando haja concessões de utilidade pública, essas concessões, enquanto não caducarem, obstam a que seja feita nova concessão das mesmas águas;

Relativamente, porém, as concessões de utilidade pública para aproveitamento da energia hidráulica, determina o decreto que as preexistentes não ficam sujeitas a expropriação ou diminuição do caudal que devidamente utilizem, por motivo de nova concessão da mesma natureza, salvo o caso de a nova concessão realizar o aproveitamento de uma energia hidráulica, ao menos cinco vezes superior.

Estabelecendo-se no decreto, como já vimos, o princípio de que as concessões de utilidade pública preferem às de utilidade privada, princípio de que a expropriação destas concessões em virtude da publicação no *Diário do Governo* dos decretos por que são feitas as de utilidade pública é uma consequência, não há no mesmo decreto uma norma por que se estabeleça, de um modo geral, a preferência entre as concessões de utilidade pública.

Trataremos deste assunto a propósito destas con-

cessões, limitando-nos aqui a notar que nas concessões para aproveitamento da energia hidráulica há a preferência estabelecida no § 1.º do artigo 5.º. A apropriação das concessões preexistentes para o mesmo fim não representa outra coisa.

Nas concessões, que estas sejam de utilidade pública, quer de interesse privado, sempre que não esteja fixado o volume da água a utilizar, deve entender-se que há direito apenas à água necessária para o fim a que é destinada, e que a sobeja fica disponível (artigo 35.º). Desta água podem fazer-se, como é óbvio, novas concessões, sem que o anterior concessionário tenha direito a qualquer indemnização.

Quanto às concessões de interesse privado, declarou-se no decreto (artigo 30.º) que os aproveitamentos que por meio dessas concessões são facultados não serão concedidos quando sobre as águas pedidas haja direitos adquiridos por justo título, nos termos da lei civil, os quais serão respeitados achando-se em efectivo exercício, salvo, porém, o caso de as águas serem sobejas e podem ter tido a divisão suas prejuizo da cultura já feita ou do engenho já construído.

Esa-se neste artigo da fórmula *direitos adquiridos por justo título*, a qual, na sua significação rigorosa, exprime os direitos que se tenham subjectivado em harmonia com a legislação anterior ao decreto, podendo assim considerar-se como não sendo por ela abrangidos os direitos que não resultam de um facto acquisitivo mas de mera disposição da lei. Quando se desse a mencionada fórmula esta interpretação, o Governo poderia conceder as águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis

para fins de irrigação ou industriais, preferindo os direitos que pelo Código civil foram attribuidos aos proprietários marginaes.

Não tem esta salvação a fórmula preferencial.

Os direitos dos proprietários marginaes foram, como se vê do artigo 17.º do decreto, salvaguardados durante o prazo de dez annos desde a sua publicação. Não pôde, pois, o Governo conceder águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis, desde que com tais concessões ofenda os direitos dos proprietários marginaes.

Quando no § 2.º do artigo citado se declara que os aproveitamentos para usos industriais e agrícolas destinados a irrigação de prédios não marginaes já sobre estes seam desde já sujeitos ao regime das concessões, deve entender-se que estas só podem fazer-se quando sejam respeitadas os direitos que pelo artigo 17.º são salvaguardados e, portanto, que se as águas sobejas podem ser objecto dessa concessão. Se outra for a interpretação deste parágrafo, se se entendesse que o Governo era facultado a concedê-las para aproveitamentos de interesse privado com prejuizo dos direitos que pelo artigo 17.º são garantidos aos proprietários dos prédios marginaes, mudar seria completamente esta disposição e intentopreensível seria a fixação do prazo de dez annos para que o regime do decreto quanto às concessões das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis se considere antigo.

Se o Governo, fixar, pôde admitir concessões de interesse privado com prejuizo dos direitos dos proprietários marginaes, entendemos que estes podem impugnar por embargos a utilidade da concessão, nos termos do § 1.º do artigo 91.º, e que se praticadas que os tribunais deverão julgar a concessão

subsistente sempre que se mostre que não contraria os princípios fundamentais estabelecidos no presente decreto para esta categoria de aproveitamentos, nem ofende direitos de terceiros que não possam conciliar-se ou receber indemnização nos termos do mesmo decreto. De facto, deve considerar-se princípio fundamental do decreto a disposição que garante aos proprietários marginais das correntes não navegáveis nem flutuáveis o uso das águas destas correntes, podendo consequentemente o Governo dispor apenas das águas sobejas.

Supomos que é esta a aplicação que nas estações oficiais está sendo dada ao decreto e somos até informados de que elas entendem que as pretensões para derivações de águas para fins industriais ou de irrigação de pródios não marginais, quando para essas derivações não se tornem necessárias obras permanentes no leito ou margens das correntes que possam alterar o seu regime, devem ser apresentadas e resolvidas nas divisões hidráulicas e não no Ministério do Comércio e Comunicações. A única razão que pode legitimar esta prática será a de que, não estando completamente em vigor o regime das concessões, devera considerar-se aplicável o regulamento de 19 de dezembro de 1892 às concessões das águas sobejas.

Não se harmoniza esta prática com o que no decreto 5787 LIII se estatui quanto às concessões de interesse privado e com as disposições do regulamento de 20 de dezembro de 1919 relativas às mesmas concessões. Desde que no § 21º do artigo 1º se declarou que os aproveitamentos para usos industriais e os que se destinem à irrigação de pródios não marginais das correntes ficam desde já sujeitos ao regime das concessões e que estas foram regula-

mentadas, não pode, a nosso ver, considerar-se em vigor nessa parte o regulamento de 19 de dezembro de 1892.

Decorridos que sejam os dez annos fixados no § 1º do artigo 17º, os proprietários dos pródios banhados ou atravessados pelas correntes não navegáveis nem flutuáveis deixarão de ter direito ao uso dessas águas. Desde esse momento ficará vigorando apenas o regime das concessões, tanto de utilidade pública como de interesse privado.

Picário, pois, os proprietários dos pródios marginais, desde que não tenham direitos adquiridos nos termos do artigo 138.º e § único do Código civil, sem direito algum às águas dessas correntes e nenhuma indemnização lhes será devida pelos concessionários a quem for atribuído o direito ao aproveitamento dessas águas.

É esta a situação criada pelo decreto, cuja execução, porém, supomos que será protracta muito para além dos limites nele fixados.

22. Concessões de utilidade pública: quem as pode requerer e a favor de quem podem ser instituídas. Preferências. — No regulamento de 20 de dezembro faz-se distincão, quanto ao requerimento e instituição das concessões de utilidade pública, entre pessoas singulares e pessoas colectivas. — Não há, pelo que respeita às pessoas singulares, limitação alguma, não succedendo outro tanto com relação às pessoas colectivas. É assim que estas devem ser portuguezas, podendo as pessoas singulares ser portuguezas ou estrangeiras.

Exigindo-se no artigo 38.º do decreto, para o pedido das concessões de utilidade pública, que se

declare o *nóme e personalidade jurídica* do requerente; fórmula vantajosamente substituída pelo artigo 1.º do regulamento de 20 de dezembro que fala em *pessoa singular ou colectiva*, determina-se no § 1.º d'êste artigo que no requerimento de laçar-se há qual o domicílio do indivíduo ou a *sede da sociedade ou empresa* que se propõem obter a concessão, não podendo os domicílios ou sedes indicadas ser situadas fora do território nacional.

O presente parágrafo restringe-se a capacidade das sociedades ou empresas colectivas para requerer as concessões de utilidade pública, não sendo reconhecida esta capacidade às sociedades estrangeiras. Desde que se exige que a sociedade ou empresa tenha *sede no país*, essa sociedade não poderá deixar de ser considerada para todos os efeitos como sociedade nacional e de ficar sujeita a todas as disposições da lei portuguesa. É assim que no artigo 110.º do Código commercial se preceitua que as sociedades que se queiram constituir em país estrangeiro, mas que devam ter sede no país e nele exercer o principal comércio, serão consideradas para todos os efeitos como sociedades nacionais e ficarão sujeitas a todas as disposições d'êste Código.

Estará esta restrição do regulamento dentro dos princípios formulados no decreto?

No § 2.º do artigo 62.º do decreto preceitua-se que as sociedades que se constituírem para a exploração das concessões deverão ser organizadas nos termos das leis portuguesas e ter a sua sede em território nacional. Como se vê do disposto no artigo 110.º do Código commercial, basta êste último requisito para que devam ser consideradas portuguesas e tenham de constituir-se consequentemente em harmonia com a lei portuguesa. É o parágrafo refe-

re-se, porém, à *exploração das concessões*, incluindo-se assim que uma sociedade ou empresa estrangeira que requeresse a concessão e a quem esta fosse dada, não a poderia explorar senão constituindo-se em harmonia com a lei portuguesa e estabelecendo a sua sede em Portugal, visto que no decreto não se exigia que tivesse a sua sede em Portugal para requerer a concessão.

A concessão com todos os direitos a ella inerentes constitui, nos termos do § 1.º do artigo 52.º do decreto, propriedade imobiliária garantida e regulada pelas leis nacionais e submetida à jurisdicção e competência dos tribunais portuguezes. Ora, pelo preceituado no artigo 162.º § 2.º do Código commercial, as sociedades que tiverem por objecto adquirir bens immobiliarios para os conservar em seu dominio e posse por mais de dez annos só se poderão constituir com especial autorização dos poderes legislativo e executivo segundo as leis vigentes.

Poderá invocar-se esta disposição para legitimar a restrição regulamentar?

Em primeiro lugar, o artigo 162.º § 2.º do Código commercial refere-se apenas ás sociedades anónimas e a restrição do regulamento refere-se a quaisquer sociedades ou empresas colectivas.

Em segundo lugar, o disposto no parágrafo citado do regulamento não pode deixar de considerar-se derogado pelo que respeita ás sociedades que se constituam para a instituição e exploração de concessões de águas, visto que estas são reguladas por lei especial. O decreto não exige que as sociedades constituídas para êste fim sejam autorizadas pelo poder executivo e legislativo e as disposições d'êste decreto têm a mesma força que as do Código

Em nosso parecer, a restrição do regulamento quanto às pessoas colectivas que podem requerer a concessão, não está de harmonia com as normas do decreto e é ilívio que esta matéria não pode deixar de considerar-se como sendo de carácter legislativo. Não deixaremos todavia de notar que, em face dos princípios que informam as relações internacionais, não só consideramos legítima a negação a estrangeiros, quer estes sejam pessoas singulares, quer sejam pessoas colectivas, de quaisquer concessões que tenham por fim o aproveitamento de águas públicas, mas que se estabelecesse, até, em relação às sociedades constituídas em harmonia com a lei portuguesa e que tenham a sua sede em Portugal, restrições pelo que respeita à nacionalidade dos seus sócios e representantes. Foi esta a orientação da lei francesa de 16 de outubro de 1919, relativa ao aproveitamento da energia hidráulica, em que não só se preceitua (artigo 26.º) que nenhuma concessão pode ser instituída senão a favor de franceses, disposição que o professor Louis Rolland qualifica de *très sage*¹, mas se determina também que o presidente do conselho de administração, os administradores delegados, gerentes, directores que possam usar da firma social e dois terços quer dos sócios em nome colectivo, quer dos administradores, quer dos membros do conselho fiscal, devem ser franceses. Preceitua-se ainda nessa lei (artigo 28.º) que os regulamentos de administração pública devem adoptar as medidas convenientes para assegurar aos interesses franceses na administração da sociedade a prépondérança necessária.

¹ *L'utilisation de l'énergie hydraulique et la loi du 16 octobre 1919*, na *Revue du droit public et de la science politique*, t. VIII, page 128.

Trata-se não só do aproveitamento de uma riqueza pública, mas da exploração de um serviço público, tornando-se assim não só conveniente, mas necessário até, afastar cautelosamente quaisquer conflitos de carácter internacional entre o Estado e os concessionários.

O princípio de que as concessões de aproveitamento de águas podem ser requeridas por qualquer pessoa singular ou colectiva não se aplica às concessões que tenham por fim o abastecimento de povoações. Em relação a estas, preceitua-se no decreto (artigo 57.º) que só podem ser requeridas pela câmara municipal ou por pessoa singular ou colectiva com quem aquela corporação tenha contratado o fornecimento.

Estabeleceu-se esta restrição por se considerar com serviço municipal o fornecimento de água às povoações, não podendo portanto fazer-se a concessão da água para êsse fornecimento senão aos municípios, já para exploração directa como serviço municipalizado, já para a exploração por meio de qualquer empresa que, para requerer ao Estado a concessão, o que se torna necessário sempre que ela respeite a águas públicas cuja propriedade e administração pertençam ao Estado, tem de legitimar-se com o contrato feito previamente com a respectiva câmara municipal.

Quando o município contrate o abastecimento de águas com uma pessoa colectiva, entendemos que deve satisfazer aos requisitos que o decreto exige para as concessões de utilidade pública, applicando-se-lhe o disposto no artigo 52.º § 2.º. O artigo 57.º do decreto, reconhecendo o direito exclusivo das câmaras municipais para requerer e contratar o serviço de abastecimento de águas para povoações,

só nesta parte modificou as normas gerais relativas às concessões, sendo todas as outras aplicáveis e, portanto, as que se referem à natureza jurídica das concessões e às pessoas que as podem explorar.

Quanto às concessões para irrigação e outros melhoramentos agrícolas e para aproveitamento da energia hidráulica, preceitua-se no decreto:

Artigo 49.º Verificando-se pelo projecto e respectivo inquérito que a concessão pedida é de utilidade pública e que o aproveitamento proposto está suficientemente justificado, poderá instituir-se a concessão a favor do requerente ou de quem deva preferir-lhe nos termos seguintes:

§ 1.º Tem preferência se a deduzir no prazo do inquérito perante a autoridade que a êle presidir:

Quando o objectivo da concessão sejam as regas ou melhoramentos agrícolas, o sindicato ou federação de sindicatos de proprietários ou agricultores de metade, pelo menos, dos terrenos abrangidos pela concessão;

Quando o objectivo da concessão seja o aproveitamento da energia hidráulica:

1.º O município ou municípios federados, em cuja área estiver situada o perímetro da concessão, quando principalmente a destinem à produção de energia eléctrica para iluminação pública ou viação e se mostrem habilitados a explorá-la como serviços municipalizados;

2.º O proprietário, sociedade ou empresa que já esteja utilizando, pelo menos, a quinta parte da energia a aproveitar.

§ 2.º Quando alguma das entidades a quem se reconhece o direito de preferência queira usar dele, terá de fazer um depósito de garantia igual ao que

tiver sido exigido ao primeiro requerente e indemnizar êste do valor do seu projecto.

§ 3.º Para os efeitos do parágrafo anterior, será o projecto avaliado antes da abertura do inquérito pela estação técnica competente, podendo o requerente recorrer dessa avaliação para um tribunal arbitral constituído nos termos do § 3.º do artigo 76.º dêste decreto.

§ 4.º Faltando a entidade preferente a algumas destas obrigações a preferência não lhe será reconhecida.

O regulamento de 20 de dezembro de 1919 determina (artigos 29.º a 31.º) o modo como hão de provar a sua legitimidade os preferentes a que se refere o artigo 49.º do decreto.

Tratando-se de concessões para regas ou outros melhoramentos agrícolas, e querendo preferir os proprietários ou agricultores de metade, pelo menos, dos terrenos beneficiáveis, devem apresentar os seguintes documentos: a) Acta da assembleia geral do sindicato ou federação de sindicatos já constituídos especialmente para realizar os fins da concessão, na qual se tenha deliberado deduzir a preferência com aceitação das condições gerais propostas pelo requerente, e em especial da tarifa das taxas que, pelo melhoramento dos prédios beneficiáveis, os seus possuidores hajam de pagar;

b) Escritura pública, na qual os proprietários ou agricultores dos mencionados terrenos, ainda não constituídos em sindicato, tomem o compromisso de o organizarem para o fim especial de explorarem a concessão, sujeitando-se igualmente às condições e tarifas referidas para os sindicatos já constituídos.

Nos pedidos de concessão para aproveitamento de energia hidráulica, sendo o município ou municí-

pios federados a deduzir a preferência, apresentarão cópia autêntica das actas, nas quais as respectivas câmaras municipais tenham deliberado preferir e assumir a obrigação de se habilitarem a explorar a concessão como serviço municipalizado. Se for proprietário ou empresa, no requerimento por êle escrito e assinado, com a letra e assinatura autênticamente reconhecidas, deverá expressamente declarar que se sujeita a todas as obrigações e encargos constantes da proposta do requerente, proporcionando ao Estado, município e ao público, pelo menos, as mesmas vantagens por êle oferecidas.

Estabelecendo preferências entre as concessões de utilidade pública que tenham o mesmo objectivo, quer êste seja o de regas e outros melhoramentos agrícolas, quer o de aproveitamento da energia eléctrica, o decreto não contém disposição alguma em que, havendo pedidos para concessões de utilidade pública que tendam a utilizar a mesma água mas que tenham diverso objectivo, se graduem, em atenção a êste, êsses pedidos.

No projecto Ferreira da Silva estatua-se a êste respeito: Artigo 5.º « Concorrendo pedidos interferentes para concessões da mesma categoria, serão graduados com preferência, tendo em atenção o objectivo a que se destinam, na escala seguinte:

- 1.º Abastecimentos de povoações;
- 2.º Regas e outros melhoramentos agrícolas;
- 3.º Aproveitamento da energia hidráulica;
- 4.º Meios de viação;
- 5.º Piscinas e viveiros.

§ único. Consideram-se interferentes os pedidos que, no todo ou em parte, tendam a utilizar a mesma água, embora para fins diversos.

Tendo-se declarado no § 3.º do artigo 4.º que as concessões de utilidade pública preferem às de utilidade privada, o artigo 5.º seria applicável, dentro de cada categoria, tanto a umas como a outras, e o autor do projecto entendeu que devia justificar a disposição nele consignada, escrevendo acêrca dela: « Dentro de cada uma daquelas grandes categorias de concessões, impunha-se, logicamente, considerar a natureza dos aproveitamentos, para dar preferência aos que correspondam a necessidades mais instantes, comportando por isso maior soma de benefícios para a colectividade.

« Sob êste aspecto, occupa o primeiro lugar a utilização da água para o consumo directo dos habitantes e para os serviços anexos de hygiene e de salubridade, o que tudo se compreende nesta designação geral — *abastecimento de povoações*.

« Satisfeita esta primacial necessidade da população, e achando-se também assegurada a função preponderante da água como *meio de transporte*, a qual é directamente assegurada pelo Estado, e se restringe às correntes de grande caudal, julgamos ter justificado nos capítulos anteriores que os aproveitamentos para *regas e melhoramentos agrícolas*, têm de preferir aos que se destinam à utilização da *energia hidráulica*.

« De resto, a interferência entre uns e outros aproveitamentos raras vezes, como dissemos, virá a dar-se, sendo ao contrário de esperar uma utilíssima conjugação de interesses, visto que ás utilizações industriais tendem sempre a aumentar o caudal de verão, proporcionando aos campos inferiores maior volume de água em melhores condições de regime.¹ »

¹ O aproveitamento das águas, páginas 73 e 74.

Pondo de lado as concessões para abastecimento de povoações, às quais não pode deixar de se atribuir sempre, em relação a quaisquer outras concessões, o primeiro lugar, tendo esse aproveitamento por fim, como efectivamente tem, a satisfação de necessidades primárias da vida e sendo pelo decreto garantido de modo especial, o que pode discutir-se é se deverá estabelecer-se preferência para as concessões que tenham por objectivo as regas e outros melhoramentos agrícolas em relação às que tenham por fim o aproveitamento da energia hidráulica.

No decreto de 27 de maio de 1911 admitiu-se a expropriação do direito dos proprietários marginais que estavam efectivamente irrigando as suas terras e ainda dos proprietários não marginais que tinham direito adquirido às águas. Criticando este princípio, diz o dr. Ferreira da Silva: «Prolongar o actual estado de cousas, que criou para as utilizações industriais um regime de preferência sôbre as utilizações agrícolas, muitas das quais a concessão hidro-eléctrica pode, sem indemnização, tornar para sempre irrealizáveis, afigura-se nos injusto e anti-económico. Pareceria traduzir uma defeituosa parcialidade da lei, em prejuízo dos nossos primaciais interesses agrícolas, e é de toda a evidência que nunca podia ser este o pensamento do ilustre ministro do governo provisório a quem se deve aquele diploma.

«De resto, os empreendimentos de uma e outra espécie devem conciliar-se quanto possível e para isso a própria natureza fez o primeiro serviço, localizando as terras mais férteis nas vastas planícies e dispondo as circunstâncias favoráveis às quedas de água nas serranias alcantiladas, ermas de cultura. Mas onde o aproveitamento agrícola possa fazer-se, êle deve preferir, embora tenha de repelir-se ou jul-

gar-se inviável a utilização industrial, nos raros casos em que, entre pedidos de objectivo diverso, venha a produzir-se a interferência¹».

Concordamos plenamente com esta doutrina e bom seria que houvesse sido consignada no decreto, embora não seja admissível que o Governo faça, salvas circunstâncias excepcionais, uma concessão de águas de correntes não navegáveis nem fluviáveis para aproveitamento de energia hidráulica quando esse aproveitamento possa inutilizar a fruição dos prédios que numa dada região estavam sendo irrigados com essas águas. Não há apenas no caso a ponderar os interesses de ordem económica, podendo tal facto produzir perturbações graves de outra natureza.

Em todo o caso, poder-se hia restringir o arbitrio por parte do Governo na concessão de águas para aproveitamento da energia hidráulica, salvaguardando os legítimos interesses da agricultura de forma que contra estes não se fizessem valer quaisquer pretensões que não representassem interesses que, embora de diversa natureza, devam ser preferidos. Perante a situação actual, pode considerar-se legítima a suspeita que na sustentação de uma tese apresentada no 1.º Congresso das Federações Agrícolas do Norte e Centro de Portugal, reunido em Coimbra em abril de 1921, enunciou o douto advogado e proprietário dr. Carlos de Sacadura Botte Pinto Mascarenhas:

«Pelo que respeita ao aproveitamento das águas, o recente decreto n.º 5787, de 10 de maio de 1919, que regulou o aproveitamento por meio de concessões, destina-se, a meu ver, quando se aplique a essas correntes (não navegáveis nem fluviáveis) a

¹ *Obra citada*, página 55.

produzir a mais fatal confusão, e graves perturbações na agricultura, de tal modo os serviços são centralizados na mão do ministro e tão fácil se torna aos industriais ricos e protegidos prejudicar os interesses agrícolas da região inteira, pagando a dinheiro aquilo que não se indemniza com dinheiro de espécie alguma ¹ ».

23. O processo das concessões de utilidade pública. Os serviços relativos às concessões de águas foram centralizados na Direcção Geral das Obras Públicas do Ministério do Comércio e das Comunicações, qualquer que seja o objectivo da concessão. Podendo, porém, tais concessões afectar interesses cuja defesa está confiada a outras repartições públicas, necessário era que elas fossem ouvidas sobre a concessão, dando as competentes informações. É o que se estatui de um modo geral no decreto de 10 de maio, achando-se determinados no regulamento de 20 de dezembro os serviços e repartições que devem ser ouvidos sobre as concessões em geral e sobre determinadas categorias.

Os pareceres de estações técnicas são exigidos, já para a autorização para estudos, já sobre o projecto definitivo.

No decreto de 10 de maio preceitua-se (artigo 45.º) que, registado o requerimento, as estações técnicas competentes do Ministério do Comércio e das Comunicações e da Agricultura serão ouvidas sobre a viabilidade da pretensão. Essas estações técnicas são a Direcção Geral dos Serviços Hidráulicos e a Direcção Geral da Hidráulica Agrícola que,

¹ *Necessidade do melhoramento das correntes de água como factores de produção*, página 14.

segundo o disposto no artigo 4.º do regulamento de 20 de dezembro, devem informar sobre a categoria do aproveitamento requerido, se afecta ou não alguns dos aproveitamentos existentes ou projectados, não expropriáveis, que tenham sido objecto de concessões ou cujos requerentes tenham obtido autorização para estudos, e ainda acêrca da viabilidade técnica e económica do pedido.

Obtidas estas informações, que a Direcção Geral das Obras Públicas poderá, se o julgar necessário, completar com informações próprias, o processo será apresentado ao Conselho dos Aproveitamentos Hidráulicos, que consultará sobre o deferimento ou rejeição do pedido, podendo, tanto este Conselho como aquela Direcção Geral, exigir do requerente novos esclarecimentos e informações (regul. cit., artigos 5.º e 6.º). Com o parecer do Conselho dos Aproveitamentos Hidráulicos, será o processo submetido a despacho do Ministro do Comércio e Comunicações, que resolverá definitivamente, podendo autorizar o requerente a proceder aos estudos. Concedida a autorização, o requerente será intimado para efectuar o depósito provisório que lhe tiver sido arbitrado, e, effectuado este, expedir-se há a favor dele o alvará de autorização para estudos, o qual será publicado no *Diário do Governo*, devendo constar desse alvará o prazo concedido para estudos e apresentação do projecto e o perímetro das obras a executar (decreto de 10 de maio, artigo 45.º, e regulamento citado, artigos 8.º a 10.º).

Pelo alvará de concessão fica garantido (decreto citado, artigo 46.º) ao requerente que dentro do referido perímetro e até resolução definitiva do seu pedido não será dada licença ou concessão nem autorização para estudos de aproveitamentos que pos-

sam prejudicar aquele, nem serão reconhecidos outros direitos senão os preexistentes ao registo do seu requerimento. Poderá fazer estudos, sondagens e pesquisas nos leitos das correntes de águas públicas, nos terrenos públicos do Estado, dos municípios e freguesias e nos prédios particulares, abertos, incultos ou sòmente plantados de arvoredo, sem prévia licença dos proprietários ou corporações administradoras dos mesmos terrenos, ficando, porém, sujeito a indemnização dos prejuizos, se alguns causar, liquidada administrativamente, indemnização que será fixada, na falta de acôrdo, pelo administrador do respectivo concelho, precedendo avaliação por dois ou três peritos da sua escolha, e com recurso para o governador civil. Nos prédios particulares murados e em terrenos cultivados só podem fazer-se estudos, sondagens e pesquisas, precedendo licença de seus donos, que poderá ser suprida pelo administrador do concelho, arbitrando neste caso o valor da indemnização, e, feito o depósito, poderá o requerente proceder aos estudos, embora haja recurso (decreto citado, artigo 47.º, regulamento citado, artigos 11.º e 12.º).

Dentro do prazo que for marcado, deverá o requerente, sob pênna de ser cancelado o registo do requerimento, apresentar o projecto definitivo. Esse projecto, cujo conteúdo está definido nos artigos 14.º e 15.º do regulamento, deve, se respeitar a abastecimento de povoações, satisfazer às prescrições técnicas estabelecidas no decreto de 11 de maio de 1904, para utilização das águas potáveis destinadas ao consumo público, juntando-se documento comprovativo do resultado do inquérito ordenado pelo artigo 5.º do citado decreto, comprovando que se verificaram as condições de salubridade das águas

públicas (regulamento citado, artigo 16.º). Tendo a câmara municipal contratado o fornecimento da água para uso público com algum particular, sociedade ou empresa, deverá constar do instrumento do contrato que o adjudicatário do fornecimento se sujeitou às cláusulas obrigatórias estabelecidas no artigo 58.º do decreto para esta espécie de concessões, em termos de lhes ser dada plena efectividade (regulamento citado, artigo 17.º).

O processo contendo o projecto definitivo e mais documentos será apresentado ao Conselho dos Aproveitamentos Hidráulicos que organizará o programa do inquérito público e fixará o valor do projecto, tendo de se observar nesta avaliação os critérios e formalidades estabelecidos nos artigos 20.º e 21.º do regulamento (regulamento citado, artigo 19.º).

Aprovado o programa de inquérito, será este publicado no *Diário do Govêrno* e remetido com es duplicados do projecto definitivo ao administrador ou administradores dos concelhos onde forem situados os terrenos abrangidos pelo perímetro hidráulico de aproveitamento; afim de estas autoridades, num dos cinco dias imediatos, abrirem o inquérito público e presidirem a êle. O programa do inquérito será publicado por edital afixado nos lugares do costume e publicado num jornal da localidade. O projecto definitivo e documentos anexos estarão patentes ao público na administração de cada concelho durante quarenta dias, a contar da data do respectivo edital, pelo menos em quatro horas durante cada dia útil (decreto citado, artigo 48.º, e regulamento citado, artigos 22.º e 25.º).

O programa do inquérito constará de uma exposição sucinta do pedido de concessão e seu objectivo

e das principais obras a executar, com indicação da sua projectada situação e da área que abrangem; indicará sumariamente os direitos que o requerente pretende adquirir e as servidões a impor, e quais as vantagens que oferece ao Estado, aos municípios e ao público, bem como as que o mesmo requerente deseja obter; contera especialmente uma série de perguntas redigidas em termos claros e precisos acêrca das vantagens e prejuízos que a concessão pedida poderá vir a produzir para a agricultura, comércio e indústria regionais e nacionais, navegação, segurança e hygiene públicas, e sôbre as garantias que convirá exigir ao concessionário no interesse local e geral (regulamento citado, artigo 24.º).

A todos é licito reclamar e responder quanto ao inquérito, sendo as reclamações e respostas, escritas em papel comum e devidamente assinadas, entregues na administração do concelho ou enviadas em carta registada. Os possuidores de prédios regados, os concessionários de interesse privado e os utentes da água com qualquer direito adquirido deverão declarar, durante o prazo do inquérito, se preferem que as indemnizações em dinheiro sejam substituídas por indemnizações em espécie (regulamento citado, artigo 25.º).

Terminado o prazo do inquérito, mandará o administrador juntar ao projecto, devidamente relacionadas, as reclamações e respostas que tiver recebido, cujas assinaturas forem reconhecidas ou por êle abonadas, bem como a certidão da afixação dos editais e um exemplar do jornal que publicar o programa e edital respectivo, remetendo todo o processo à Direcção Geral de Obras Públicas (regulamento citado, artigo 26.º).

Encerrado o inquérito, será logo enviado o ori-

ginal do projecto definitivo à Direcção dos Serviços Hidráulicos e o triplicado à Direcção Geral da Hidráulica Agrícola, para que por estas estações seja informado no prazo de seis meses contados da data da remessa, procedendo para êsse efeito aos reconhecimentos e estudos necessários (regulamento citado, artigo 42.º). Os pontos sôbre que deve versar a informação de cada uma destas direcções são indicados nos artigos 33.º e 34.º do regulamento, estando neles incluída a informação sôbre as preferências que tenham sido deduzidas.

Se a concessão pedida for para abastecimento de povoações, será ouvido sôbre o respectivo processo o Conselho dos Melhoramentos Sanitários, que emitirá a sua consulta num dos trinta dias imediatos (regulamento citado, artigo 26.º).

Todos os processos em que sejam previstos o estabelecimento e exploração de instalações eléctricas serão enviados à Administração Geral dos Correios e Telégrafos, que no prazo de trinta dias consultará sôbre as instalações projectadas, propondo as modificações ou alterações que julgar conveniente introduzir no projecto dessas instalações (regulamento citado, artigo 37.º).

Coligidas as informações e consultas, será o processo apresentado na primeira sessão do Conselho dos Aproveitamentos Hidráulicos para o apreciar e oportunamente emitir o seu parecer. Se a apreciação for favorável, será organizado pela repartição competente o caderno de encargos contendo as cláusulas a impor ao concessionário, e será ouvida o Conselho Superior de Obras Públicas acêrca das condições técnicas do projecto e cláusulas propostas. O parecer do Conselho dos Aproveitamentos

Hidráulicos, relatando os trâmites do processo, apreciará todos os elementos de informação aí produzidos e, considerando as vantagens e inconvenientes das obras projectadas, o seu alcance social e económico, concluirá por propor a instituição da concessão em favor do requerente ou de quem deva preferir-lhe, ou proporá, se o interesse público o aconselhar, a denegação da mesma concessão (regulamento citado, artigos 40.º e 41.º).

O caderno de encargos conterà, em termos precisos e ordenadamente, todas as obrigações do concessionário, em especial no que respeita ao regime das águas concedidas, ao perímetro das obras hidráulicas da concessão, às alterações no projecto e nos processos de construção propostos, às obras necessárias para anteriores utentes, aos prazos de execução e comêço da exploração das obras, às condições financeiras compreendendo tarifas, renda, bonus e outras vantagens, às condições de caducidade e de resgate e finalmente quanto à importância da caução sob a forma de depósito definitivo e ao prazo da concessão se for temporária (regulamento citado, artigo 42.º).

Com o parecer do Conselho dos Aproveitamentos, o Governo, sobre proposta do Ministro do Comércio e Comunicações, resolverá instituir ou denegar a concessão, bem como fazer preceder a instituição da abertura de concurso público, quando êste deva ter lugar. Instituíndo-se a concessão independentemente de concurso, será publicado o decreto de concessão, do qual fará parte integrante o caderno de encargos (regulamento citado, artigos 43.º e 44.º).

Compete ao Ministro do Comércio e Comunicações promover a elaboração dos decretos de instituição e denegação das concessões, exceptuando os pedidos

de concessões para regas ou outros melhoramentos agrícolas que tenham de ser subsidiadas pelo Governo e as concessões para o mesmo fim que sejam feitas sobre projectos mandados elaborar pelo Governo, casos em que é da competência do Ministro da Agricultura a elaboração do decreto de concessão (regulamento citado, artigo 45.º § 1.º).

O decreto de concessão será referendado pelos Ministros da Justiça, Finanças, Comércio e Comunicações e Agricultura (decreto de 10 de maio, artigo 50.º).

O requerente da concessão deverá depositar, dentro do prazo de vinte dias desde a publicação do decreto, na Caixa Geral dos Depósitos a quantia necessária para perfazer a importância total do depósito definitivo fixado no decreto, e, se a concessão houver sido feita a qualquer entidade a quem tenha sido reconhecido o direito de preferência sobre o originário requerente, deverá efectuar não só aquele depósito, mas também o da quantia que a êsse tempo estiver fixada como valor do projecto definitivo e a importância das despesas que houverem sido custeadas pelo depósito provisório do mesmo requerente. A falta de cumprimento destas prescrições presuppõe, por parte da pessoa ou entidade a quem foi feita a concessão, a renúncia ao benefício dela e o abandôno de qualquer preferência que lhe tenha sido reconhecida, podendo o Governo fazer a instituição da mesma concessão em favor de outra pessoa que pelo processo se mostre habilitada a explorá-la (regulamento citado, artigos 44.º e 45.º).

24. Em que casos tem lugar o concurso público e como é feito. Há casos em que o Governo só pode fazer a concessão mediante concurso público

e outros em que lhe é facultado recorrer a este meio.

No decreto 5787-III declara-se (artigo 68.º) que, reconhecida a impossibilidade de se realizar sem subsídio um aproveitamento para regas ou outros melhoramentos agrícolas com projecto aprovado pelas estações oficiais, poderá o Governo, sobre proposta do Ministro da Agricultura, ouvidas as estações oficiais competentes, conceder, para a execução das obras, subvenções e auxílios. Estas subvenções que, quando as concessões não sejam feitas aos sindicatos dos agricultores e não se trate de obras de reconhecida utilidade pública que interessem uma vasta região, podem ter como limite máximo 40% do custo orçamental das obras, pagável à medida que progredir a construção, e, tratando-se de obras de reconhecida utilidade pública que interessem uma vasta região, podem consistir numa garantia de juro, fixo ou variável, só podem ser concedidas em concurso público.

No decreto citado preceitua-se ainda (artigo 74.º) que, nos aproveitamentos de energia hidráulica em que a potência utilizável de um modo permanente exceda 10.000 cavalos, quando não tenha sido reconhecida preferência a alguma das entidades a que se refere o artigo 49.º, poderá o Governo, se assim o julgar conveniente, adjudicar a concessão em concurso público, devendo neste ser licitada a percentagem do *bonus* aplicável ao preço da energia utilizada pelo Estado ou pelos municípios.

São estes os casos em que as concessões de águas de utilidade pública têm de ser feitas em concurso público.

Vejam os casos em que pode efectivar-se este concurso.

No regulamento de 20 de dezembro determina-se (artigos 47.º e 48.º): Nos pedidos de concessões subsidiadas para regas ou outros melhoramentos agrícolas, reconhecida pelo Governo, em face do processo, a conveniência pública do aproveitamento requerido e a impossibilidade de o realizar sem subsídio do Estado, compete ao Ministro da Agricultura, ouvido o Conselho Superior de Agricultura, propor em Conselho de Ministros a percentagem dos subsídios a abonar ao sindicato dos agricultores que originariamente ou como preferente os tenha requerido e, bem assim, promover a abertura do concurso público para ser abonada a subvenção do artigo 68.º n.º 2.º. Aos projectos mandados elaborar pelo Governo com o fim de realizar algum aproveitamento para regas ou melhoramentos agrícolas interessando uma vasta região são applicáveis as disposições respeitantes ao inquérito público e demais trâmites do processo de concessão, que será promovida pelo Ministério da Agricultura, sendo aditada uma proposta de tarifa das taxas. Os proprietários ou agricultores nas condições applicáveis dos artigos 27.º a 29.º podem declarar, tanto no prazo do inquérito como no da informação técnica do processo, que pretendem executar e explorar directamente as obras de aproveitamento. Não fazendo essa declaração, será a concessão adjudicada mediante concurso público, podendo o Governo conceder, nesses termos, a subvenção ou a garantia de juro a que se referem as alíneas 2.ª e 3.ª do artigo 68.º do decreto com força de lei.

Quer nos pedidos de concessões quer nos projectos mandados elaborar pelo Governo para os aproveitamentos de águas que interessem uma vasta região, só há concurso público, se os sindicatos dos

proprietários ou agricultores não pretenderem explorar a concessão.

As concessões de energia hidráulica serão feitas em concurso público, nos termos do artigo 74.º do decreto, sempre que o Governo o julgar conveniente, referindo-se a esse concurso o regulamento no artigo 56.º, §. 3.º.

Os limites do concurso estão regulados nos artigos 54.º a 61.º, cujas disposições principais são as seguintes:

O concurso será anunciado no *Diário do Governo*, indicando-se as condições a impor ao concessionário, que constarão do caderno de encargos aprovado pelo Governo que será publicado com o anúncio, o custo das obras segundo o projecto aprovado, e bem assim as repartições onde podem ser examinados os documentos do processo, os requisitos a que devem satisfazer os concorrentes, a base da licitação e finalmente o dia, a hora e o local de recepção das propostas.

No dia e local annunciados para se realizar o concurso e durante o intervalo de tempo marcado, serão as propostas recebidas em sessão pública por uma comissão constituída pelo juiz presidente do Conselho dos Aproveitamentos Hidráulicos e pelos Directores Gerais de Obras Públicas e Hidráulica Agrícola.

A licitação recairá sobre o valor numérico a atribuir a uma única grandeza, cujo valor base constará do respectivo anúncio, sendo fixados neste e no caderno de encargos anexo todas as outras condições da concessão, insusceptíveis de alteração por parte dos concorrentes.

Nas concessões subvencionadas a que se refere o n.º 2.º de artigo 68.º do decreto, será licitado o va-

lor da subvenção do Estado, fixando o anúncio o modo do seu pagamento e a base de licitação, que será a subvenção máxima aprovada pelo Governo.

Nas concessões com garantia de juro referidas no n.º 3.º do citado artigo 68.º licitar-se-há o prazo ou o juro de garantia, o que se fixará no anúncio em termos de poderem deduzir-se todos os elementos que definem a garantia a conceder do valor d'uma única grandeza e só este será licitado.

Nas concessões de energia hidráulica a adjudicadas em concurso nos termos do artigo 74.º do decreto, a licitação recairá sobre a percentagem dos *brutos* a que se refere o mesmo artigo, tomando-se o valor de 50 % para base de licitação.

As propostas serão feitas em carta fechada, com a declaração feita e assinada pelo concorrente de pretender a concessão, sujeitando-se a todas as condições impostas e propondo o valor mínimo a atribuir a grandeza licitada.

As propostas que, além do prescrito, contiverem qualquer outra consideração, restrição ou vantagem, são declaradas nulas, não sendo tomadas em consideração para efeito algum.

Decorrido o tempo marcado para a recepção das propostas, serão estas abertas pela ordem da sua apresentação, dadas perante todos os presentes e publicadas pelos membros da comissão, lavrando-se um auto em que serão transcritas as propostas e o parecer da comissão indicando a mais vantajosa.

Coincidindo vários concorrentes em propor o mesmo valor mais vantajoso, será preferido o requerente sendo um dos coincidentes, e se o não for, preferirá o que primeiro houver apresentado a sua proposta.

O requerente que, tendo concorrido e sido admi-

tido ao concurso; não apresentar a proposta mais vantajosa poderá, num dos oito dias imediatos, declarar na Direcção Geral das Obras Públicas que deseja usar do direito de opção reconhecido no artigo 69.º ou no § único do artigo 74.º da lei, averbando-se a sua declaração no registo do primitivo requerimento.

Terminado o prazo fixado se houver o direito de opção e, no caso contrário, logo depois de aprovado e assinado o auto, será este apresentado ao Ministro da Agricultura ou do Comércio e Comunicações, conforme se tratar de aproveitamento agrícola ou de energia hidráulica, afim de elaborar o decreto de concessão.

O decreto será notificado ao concorrente preferido que, não sendo o requerente, deverá apresentar no prazo de oito dias a guia do depósito a que se refere o § único do artigo 44.º. Se o não fizer, reverterá para o Estado o depósito de garantia e o Governo poderá instituir a concessão em favor do concorrente que deva seguir-se na preferência.

25. Construção e exploração directa de oficinas hidro-eléctricas pelo Estado. Nos pedidos de concessão para energia hidráulica, declara-se no artigo 75.º do decreto de 10 de maio que o Estado reserva-se o direito de ter participação nas sociedades que vierem a constituir-se para a exploração de concessões desta natureza, podendo, quando o Governo o julgar conveniente, empreender directamente a construção e exploração das oficinas hidro-eléctricas. E preceitua-se, no § único do artigo citado, que esta última faculdade atribuída ao Estado será exercida sem prejuízo daqueles que, devidamente autorizados, tenham procedido a estudos e

elaborado projectos, os quais serão indemnizados nos termos do § único do artigo 49.º

No regulamento de 20 de dezembro determina-se (artigo 53.º e §§ 1.º e 2.º) que o Governo poderá, sobre proposta do Ministro do Comércio e Comunicações, ouvido o Conselho dos Aproveitamentos Hidráulicos, reservar para o Estado a construção e exploração directa, devendo a resolução do Governo, quando respeitae algum aproveitamento já pedido, ser notificada aos interessados e dando-se ao requerente o direito a indemnização conforme o disposto no § 1.º do artigo 46.º. Sobre os projectos cuja execução o Governo reserve para o Estado, haverá inquérito público e informação técnica dos respectivos processos, com sujeição às disposições do regulamento para os processos de concessão.

Vê-se destas disposições que, tratandose de concessões de energia hidro-eléctrica, o Governo pode fazer directamente as obras e explorar as oficinas. Em quaisquer outras concessões não é atribuída ao Governo esta faculdade.

26. Recurso do decreto que institui a concessão. A decisão do Ministro regarding a concessão representa um acto do livre exercício do poder público não sendo susceptível de recurso algum. E o que se declara no § único do artigo 51.º do decreto de 10 de maio, determinando-se no § único do artigo 50.º que a denegação da concessão será feita em decreto no qual se consignem os seus fundamentos.

No artigo 51.º preceitua-se que do decreto de instituição da concessão não há recurso, senão por excesso de poder, sem prejuízo para os interessados de fazerem valer nos tribunais civis os direitos as indemnizações garantidas pelo decreto.

No artigo 89.º, declarando-se que as autarquias locais, na concessão das águas públicas cuja administração lhes pertence, são obrigadas a apropriar-se, na falta de regulamentos especiais, as disposições do decreto, e que no alvará de concessão, fundado na deliberação que tiver concedido o aproveitamento, será para todos os efeitos equiparado a título diplomático expedido pela Direcção Geral de Obras Públicas nas concessões de águas públicas do Estado, diz-se no § 2.º da deliberação que tiver dado a concessão cabe recurso para os Tribunais do Contencioso Administrativo por violação de lei ou ofensa de direitos fundados nas leis e regulamentos de administração pública; e que da deliberação que a denegar não compete recurso algum.

A fórmula « violação de lei ou ofensa de direitos fundados nas leis e regulamentos de administração pública » deve considerar-se genericamente equivalente ao artigo 25.º do excesso de poderes, significando-se por esta expressão qualquer vício de que a concessão esteja afectada quer seja de fundo quer de forma.

O recurso tem de ser interposto do Governo para o Supremo Tribunal Administrativo em harmonia com as normas que regulam de um modo geral o contencioso administrativo.

Se há recurso do decreto que institui a concessão.

Quanto à decisão do Ministro nos processos preparatórios e aos actos, informações e consultas produzidas durante ele, procedu-se ao regulamento (artigo 8.º) que não poderão ser invocados pelo requerente ou por terceiros, a favor ou contra a concessão requerida, a qual representará sempre um acto de livre exercício do poder público insusceptível

de outros recursos que não sejam os expressamente facultados na lei.

Para os actos preparatórios, como o da concessão para estudos, de que derivam importantes benefícios, nenhum recurso foi facultado no decreto nem no regulamento.

27. *Natureza jurídica das concessões.* No decreto de 19 de março de 1911 se

Artigo 5.º.ª A concessão tem por objecto as suas dependências e acessórios, formando todo indivisível, que não pode ser alienado, no todo ou em parte, sem a autorização do Governo.

Artigo 6.º.ª O conjunto dos direitos inerentes à concessão constitui propriedade imobiliária regulada e submetida a jurisdição e competência dos tribunais portugueses.

No decreto de 27 de maio de 1911, relativo às concessões de energia das correntes de águas, determinava-se assim o carácter da propriedade das oficinas concedidas: « as oficinas de energia são propriedade do Estado ».

Artigo 8.º.ª As oficinas concedidas são compreendidas nesta designação todos os seus imóveis e maquinismos de utilização, transformação e transporte de energia, directos e indirectos, que lhes são atribuídas neste decreto com força de lei, constituindo uma propriedade imobiliária submetida às disposições do direito comum em tudo o que não for contrário à presente lei.

Artigo 9.º.ª As oficinas concedidas, formando um todo indivisível, não podendo nem ser alienadas, nem ser transformadas, nem ser submetidas a dependências de terceiros.

Como resulta do confronto destas disposições, o

decreto de 10 de março não se limitou a generalizar, compreendendo nelas todas as concessões de águas de utilidade pública, as disposições do decreto de 27 de maio; modificou a sua redação, e, no artigo 51.º e seu § 1.º respeitasse apenas as concessões de energia hidráulica, poderíamos afirmar que nessas modificações se tinha observado uma técnica jurídica mais rigorosa.

Criticando as disposições do decreto de 27 de maio, dissemos 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 são do domínio público, assegurando-se pela própria concessão e 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.

Sendo, assim, o concessionário não fica sendo proprietário das oficinas concedidas, tendo apenas o direito de as explorar durante o prazo da concessão, e, se, antes de finalizar esse prazo, nos termos da lei ou do respectivo contrato, 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. É este direito que fica garantido ao concessionário.

«A propriedade das correntes e a dos bens imobiliários e maquinismos 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 existir as garantias ao concessionário.

A doutrina que expusemos pode considerar-se contida nas fórmulas com que no decreto de 10 de maio se pretende exprimir a natureza jurídica das concessões, resultando delas, de modo inatendível, que pela concessão se constitui uma propriedade especial que, sendo regulada e garantida pelas leis nacionais, fica sujeita a uma ingerência directa por parte do Governo, sem que, sem autorização, não pode ser alienada ou obrigada no todo ou em parte. E bem se justifica esta doutrina tendo-se em vista que a concessão, considerada em relação ao conjunto de bens que a formam, faz parte do domínio público. Assim se explica também quando o concessionário fique numa situação muito especial quanto às expropriações que se tornem necessárias para a efectiva concessão, quanto ao direito de atravessar ou ocupar propriedades particulares e ainda quanto à exploração da concessão. E que pela concessão constitui-se um serviço público, devendo ao concessionário, em princípio, ser atribuídas garantias idênticas às que as leis concedem já ao Estado, já às autarquias locais no exercício das suas funções.

A doutrina de que as concessões devem ser assim consideradas pode dar-se como assente, notando-se até, por vezes, tendências para a sua exageração.

No relatório do decreto n.º 1581 A, de 1.º de julho de 1918, ensinando-se que «há, em direito, duas escolas extremas sobre a qualidade do acto de con-

cessão», sustentando uns «que é um contrato bilateral regido pelas normas do direito civil; outros que é um acto soberano do Estado, imperativo, caracterizado pela faculdade unilateral de resgatar, sem que o concessionário tenha o direito de contestar essa faculdade», afirma-se sem hesitação:

«Os serviços de utilidade pública, cometidos a particulares, não podem estar expostos às contingências particulares de uma empresa. Numa os interesses privados podem antepor-se aos interesses públicos; portanto o Estado, zelando o bem da comunidade, tem o direito de fazer cessar um contrato; que em determinadas circunstâncias, se torna prejudicial à colectividade».

No relatório do decreto nº 4628, de 30 de junho de 1918, como fundamento de que «todos os caminhos de ferro fazem parte da viação pública; e são do domínio publico, com todas as suas dependências, obras accessórias e linhas telegráficas, e, por consequência, «inalienáveis e insusceptíveis de hipotecar», e de que «o monopólio do transporte acelerado do sulfrato de uma parte do domínio nacional, devendo o crédito do Estado prevalecer a qualquer outro, no que respeita à obrigação de o concessionário manter a linha em estado de exploração ininterrupta», se voga-se a lei de 28 de junho de 1913 que facultava às companhias concessionárias de caminhos de ferro nas colónias portuguesas, sem subvenção nem garantia de juro, emitirem obrigações, transferindo para o poder dos obrigacionistas a construção e exploração, na total ou em parte, do caminho de ferro e seus anexos.

Consideramos estas applicações uma exaggeração do principio de que as concessões representam a constituição de um serviço publico, porque a exploração

dêste serviço não é incompatível com a existência de direitos patrimoniaes que recaiam sobre a concessão e que, podendo ser completamente necessários para a sua exploração, devem ser devidamente garantidos.

Se é, por um lado, incontestável que a regulamentação da concessão, em tudo o que respeita ao interesse publico a que por meio d'ella se procura prover, não pode deixar de ser attribuida ao Estado ou às autarquias locais, não é menos certo que não podem preterir-se os direitos de caracter patrimonial que pela concessão se constituem e que, nesta parte, a concessão não pode deixar de considerar-se como um conjunto de relações juridicas de caracter privado.

Estamos nesta parte no dominio das obrigações em que devem applicar-se os principios do direito commum.

Assim que os caracteres da alienabilidade e da imprescribibilidade que se dão nos bens do dominio publico não podem considerar-se applicaveis às concessões quanto ao valor patrimonial que estas representam. Quando se estabelecer este principio, ficariam sem exito e, consequentemente, sem um dos meios necessários para a consecução dos seus fins as empresas concessionárias de serviços publicos.

A doutrina de que as concessões de águas de utilidade publica representam, sob o ponto de vista patrimonial, bens susceptíveis de ser alienados, está consignada no artigo 52.º do decreto de 10 de maio, na parte em que diz que a concessão forma um todo indivisivel que não pode ser alienado, no todo ou em parte, sem autorização do Governo. Desde que o Governo conceda autorização, nenhuma d'vida

pode haver de que a concessão pode ser hipoteca da, como também a não pode haver de que a concessão é susceptível de transmissão ou alienação voluntária, desde que essa transmissão seja autorizada pelo Governo.

É óbvio que, neste caso, o adquirente da concessão tem de satisfazer a todas as condições que a lei require para a instituição da concessão e que fica sujeito a todas as obrigações do concessionário.

No caso de hipoteca, a arrematação judicial da concessão poderá ser uma consequência dela, como poderá dar-se também a arrematação no caso de falência da empresa concessionária.

Antes de expormos as normas que devem applicar-se em qualquer dos casos referidos, cumpre nos notar que não é a mesma a natureza jurídica de todas as concessões de águas de utilidade pública, não tendo que applicar-se a todas elas do mesmo modo o principio formulado no artigo 52.º e § 1.º.

As concessões para abastecimento de povoações e para aproveitamento de energia hidráulica consideram-se como sendo do domínio público, sendo tais concessões temporárias e havendo em relação a ellas o direito de revogação, que pode ser exercido, quanto ao abastecimento de povoações, pelos respectivos municípios (decreto de 10 de maio, artigo 58.º e § 5.º) e, quanto ao aproveitamento da energia hidráulica, pelo Estado, quando tais concessões não sejam exploradas directamente pelas câmaras municipais (decreto citado, artigo 76.º).

Quanto ás concessões para regas e outros melhoramentos agrícolas, declara-se no decreto de 10 de maio:

Artigo 65.º As concessões feitas directamente ao sindicato de agricultores são de sua natureza

perpétuas, ficando o beneficio proveniente delas incorporado na propriedade.

Artigo 66.º As concessões feitas a entidades não proprietárias terão o prazo máximo de 30 annos, findo o qual as terras ficam isentas do pagamento das rendas estabelecidas, passando ao sindicato dos agricultores o dominio colectivo das obras exclusivamente necessárias para a beneficiação.

Para se comprehender bem o artigo 66.º, é necessário ter em vista que, podendo as concessões para regas e outros melhoramentos agrícolas ser instituídas a favor dos corpos administrativos com jurisdicção na área a beneficiar e de pessoas singulares ou colectivas legalmente constituídas que se proponham realizar e explorar as obras necessárias ao melhoramento considerado mas que não tenham terras a beneficiar, tais concessões não podem tornar-se definitivas senão depois da constituição ou do compromisso da constituição de sindicato ou federação de sindicatos de proprietários ou agricultores de mais de metade da área dos terrenos beneficiáveis, com o fim determinado de realizar os objectivos da concessão, aceitando as condições gerais propostas, e, em especial, a tarifa das taxas que pelo melhoramento dos seus prédios hajam de pagar. É o que preceitua o artigo 63.º do decreto de 10 de maio, determinando-se no artigo 49.º e §§ 1.º e 2.º do regulamento de 20 de dezembro que, se o decreto for publicado sem que esteja constituído o sindicato, será nele marcado o prazo em que devem ser apresentados na Direcção Geral de Hidráulica Agrícola a acta da assembleia geral do sindicato ou federação de sindicatos já constituídos, ou a escritura pública em que os mencionados proprietários ou agricultores assumam o compromisso de o constituir. Satis-

feita esta condição, será publicado de novo o decreto e, não o sendo no prazo fixado, será a concessão anulada.

Sendo a concessão instituída para o sindicato dos agricultores, como o benefício dela proveniente fica incorporado na propriedade, dar-se há imediatamente a constituição de um direito real, que ficará sendo um elemento integrante ou acessório dos prédios beneficiáveis ou beneficiados. O sindicato ou federação de sindicatos, a quem ficará competindo, nos termos do decreto, o domínio colectivo das obras exclusivamente necessárias para a beneficiação, não será mais do que o administrador de uma propriedade comum que é, em relação aos prédios beneficiados pela concessão, um elemento acessório destes prédios. É assim que, alienado ou onerado um dos prédios, com essa alienação ou onus transmitir-se há para o respectivo adquirente ou onerador o direito à sua parte no mencionado domínio colectivo.

Este domínio é, por sua própria natureza indivisível e é óbvio que, relacionado como está com os prédios beneficiados pela concessão, não tem autonomia e não pode portanto ser alienado de per si. Como óbvio é também que, representando esse domínio colectivo um acessório dos prédios beneficiados, a compropriedade que nele se dá de modo algum pode limitar a propriedade dos prédios. E, conseqüentemente, nenhum dos comproprietários do domínio comum terá, em virtude desta compropriedade, direito de preferência na alienação dos prédios.

Sendo exacta, como pensamos que é, a doutrina que acabamos de expor, vê-se que as fórmulas do artigo 52.º e § 1.º do decreto, pelas quais a concessão, com todos os seus acessórios forma um todo in-

divisível que não pode ser alienado ou obrigado, no todo ou em parte, sem autorização do Governo e o conjunto dos direitos inerentes à concessão constitui propriedade imobiliária, são completamente inapplicáveis às concessões para regas e melhoramentos agrícolas, quando estas sejam feitas directamente a sindicatos ou federações de sindicatos. Nas disposições referidas pressupõe-se que os bens que formam a concessão ficam constituindo um todo autónomo, uma propriedade colectiva com determinado fim e sujeita a um regime adequado, e, no caso de que se trata, não existe, tal como emia, não há uma propriedade colectiva independente; existe uma compropriedade limitada a determinados elementos que entram na concessão e tal compropriedade é um acessório do direito de propriedade dos prédios; está, para usar da terminologia do decreto, incorporado no direito de propriedade dos prédios.

O que acabamos de dizer em relação às concessões para regas e outros melhoramentos agrícolas feitas directamente aos sindicatos ou federações de sindicatos de agricultores, é applicável às concessões feitas a entidades que não sejam proprietárias dos terrenos beneficiados, logo que expira o prazo por que a concessão foi feita. Terminado esse prazo, o sindicato ou federação de sindicatos ficará tendo o domínio colectivo das obras exclusivamente necessárias para a beneficiação, ou, melhor ficará administrando, como representante que é dos proprietários dos terrenos beneficiados, essas obras, substituindo a entidade a quem foi feita a concessão.

Enquanto não decorrer esse prazo, poderemos considerar a concessão como formando um todo autónomo, pelo valor patrimonial que ela representa,

e essa concessão não poderá ser alienada ou obrigada, no todo ou em parte, sem autorização do Governo.

É de notar que, tendo-se estabelecido no decreto preferências quer pelo que respeita às concessões de energia hidráulica, quer pelo que respeita às concessões para regas e outros melhoramentos agrícolas, não se estabeleceu essa preferência na alienação das concessões. É certo que esta alienação não pode dar-se sem autorização do Governo e poderá dizer-se que essa autorização não deverá ser dada, quando haja entidades que teriam direito à preferência na instituição da concessão, para a transmissão a favor de outras pessoas. Embora o Governo assim possa proceder, visto que a autorização é um acto facultativo para elle, não poderá considerar-se muito legítima a recusa da autorização com esse fundamento, visto que a lei não limitou o direito de alienação da concessão estabelecendo a preferência, devendo pois o Governo verificar apenas se o adquirente da concessão reúne ou não as necessárias condições para a sua exploração. Por outro lado, o Governo, quando legitimamente pudesse effectivar o direito de preferência pela recusa da autorização, não estaria de modo algum adstrito a essa effectivação.

Em nosso parecer, quaisquer entidades que tivessem direito a preferência na instituição da concessão, apenas poderão fazer valer esse direito na sua alienação quando possam provar que o requerente da concessão representou uma interposta pessoa com o intuito de anular o direito de preferência que a lei estabelecia a favor de outras pessoas.

Dissemos que a concessão, considerada como um valor patrimonial, pode ser onerada e é indubitável que responde pelas obrigações assumidas pelo concessionário, applicando-se as normas que no direito privado regulam estas obrigações.

Nesta applicação necessário é, porém, atender a que pela concessão se constitui a exploração de um serviço público, e, sendo assim, não poderão applicar-se a effectivação dos direitos dos credores sobre a concessão as normas que regulam de um modo geral essa effectivação. É assim que os bens que formam a concessão, quer considerada no seu conjunto, quer em parte, não poderão ser penhorados nem arrestados ou embargados, embora hajam sido hipotecados com autorização do Governo. Mesmo no caso de falência do concessionário, não poderá ser ordenada a suspensão da exploração da concessão.

Na lei n.º 677, de 13 de abril de 1917, sobre exploração de minas, procedeu-se (artigo 75.º) a que os tribunais ordinários não poderão, em caso algum, suspender o andamento de um processo de concessão e, salvo o caso de falência, ordenar a suspensão dos trabalhos de lavra de uma mina, nem das oficinas de preparação de minério ou metalúrgicas. Nas demandas por dividas contra estabelecimentos mineiros, de preparação de minério ou metalúrgicos, poderá fazer-se o embargo judicial sobre o todo ou parte dos produtos, mas nunca sobre o estabelecimento, de modo que seja interrompida a lavra da mina, ou suspensos os trabalhos daquelas oficinas.

Esta lei admite que, no caso de falência do concessionário, se suspendam os trabalhos de lavra de uma mina. Numa concessão de águas não pode applicar-se esta disposição.

Não pretendendo pôr em relêvo as diferenças que há entre as concessões de águas por motivo de utilidade pública e as concessões mineiras, bastará notar que por estas não se constitui um serviço público, ao contrário do que se dá com as primeiras, para se ver que, sempre que o concessionário esteja, por qualquer motivo, inibido de continuar a exploração da concessão, o Governo ou a respectiva autarquia local poderá ou deverá tomar as devidas providências para que não cesse a exploração, atentos os prejuízos que dêsse facto resultariam para o público.

Na lei de 2 de julho de 1867 que aprovou o contrato entre o Estado e a Empresa de abastecimento de água à cidade de Lisboa estabeleceu-se na cláusula 25.^a que, no caso de interrupção total ou parcial do fornecimento das águas conforme o referido contrato, o Governo proverá por sua própria autoridade a que o fornecimento continue, podendo para esse fim assumir a administração e posse de todas as obras e águas da empresa até que esta se mostre habilitada a continuar por si o fornecimento.

Esta disposição não pôde considerar-se peculiar de um ou outro contrato por que se faça a concessão de um serviço público; a faculdade que n'ella se attribui ao Governo deve considerar-se como uma consequência do facto de os bens que formam a concessão estarem no domínio público, devendo assegurar-se o seu gozo em harmonia com as necessidades a que pela concessão se procurou prover.

Estando os bens que formam a concessão no domínio público, os credores da empresa concessionária não podem exercer sobre elles os seus direitos. Nos casos em que o Estado ou uma autarquia local se substitui à empresa concessionária, apenas terão

o direito de receber do Estado ou autarquias as prestações ou indemnizações devidas ao concessionário.

Os direitos que resultam da concessão considerada como um negócio jurídico por que se constituiu uma situação subjectiva é que formam a patrimonial da empresa concessionária sobre que podem tornarem-se effectivos os créditos contra a mesma empresa. Relacionados como estão esses direitos com os bens que formam o objecto da concessão, a empresa pôde garantir por meio destes directamente esses créditos. Essas garantias não tocam por objecto os próprios bens; não resultam della a alienação d'esses bens no valor correspondente aos créditos por esse meio assegurados. Essas garantias têm por objecto os direitos dos concessionários quanto à exploração com fins lucrativos dos bens que entram na concessão e são esses direitos que se alienam.

Donde resulta que não podem ser penhorados, arrestados ou embargados os bens, mas os direitos que a empresa concessionária tem sobre eles e que, no caso em que a empresa seja retirada a concessão já pelo direito de resgate já pela rescisão da concessão, os credores só podem exercer os seus direitos, como os poderá exercer a própria empresa, sobre as indemnizações a que esta tem direito.

Esta doutrina que se nos allega mais harmonica com a natureza jurídica das concessões sempre que por estas se explora um serviço público.

Exigindo-se autorização do Governo para a alienação das concessões, não se determina no decreto nem no regulamento de 20 de dezembro a forma por que deve ser concedida essa autorização, tanto no caso em que a alienação se faça voluntariamente.

como no caso em que resulte de execução judicial. Tanto num como noutro caso, essa autorização deverá ser dada por meio de decreto ou de portaria publicada no *Diário do Governo*.

28. Regulamentação especial das concessões de águas públicas para abastecimento de povoações. Formularam-se no decreto disposições especiais para cada um dos aproveitamentos. Uma parte dessas disposições já foram por nós expostas a propósito das concessões em geral e das concessões de utilidade pública. Procedemos assim por ser êsse o meio de determinar o verdadeiro alcance de algumas disposições de carácter geral, que não se applicam do mesmo modo às diversas espécies de concessões. É assim que, a propósito das pessoas que podem requerer e a favor de quem podem ser instituídas as concessões, tivemos de notar que as concessões de águas públicas para abastecimento de povoações só podem ser requeridas pelas respectivas câmaras municipais ou por pessoas singulares ou colectivas com quem estas corporações hajam contratado êsse fornecimento. E não podíamos deixar de o fazer, para que não se julgasse que era applicável a todas as concessões o principio de que as concessões de águas públicas podem ser requeridas por qualquer pessoa singular ou colectiva ou a favor delas instituídas.

Na determinação da natureza jurídica das concessões, necessário era também referir-nos às disposições especiais relativas às concessões para regas e outros melhoramentos agrícolas, visto estas concessões terem natureza especial, não podendo considerar-se completamente abrangidas pelo principio geral que no decreto se formulou.

Relativamente às disposições especiais para cada um dos aproveitamentos, limitar nos hamos, pois, a tratar daquelas que não estão directamente relacionadas com as matérias de que já nos occupámos.

Quanto às concessões de águas públicas para abastecimento de povoações preceitua-se no decreto de 10 de maio: « Artigo 58.º As concessões desta natureza terão sempre como cláusulas obrigatórias:

« 1.ª Estabelecimento de uma tarifa de preços para venda da água aos particulares;

« 2.ª Limitação da quantidade fornecida gratuitamente para os serviços publicos;

« 3.ª Fornecimento gratuito da água necessária para as cadeias, hô-pitais, asilos e outros estabelecimentos de assistência publica;

« 4.ª Prazo máximo da concessão quando feita a um particular, regulando-se as condições da reversão ao município no fim daquele prazo.

« 5.ª Facultade de resgate reconhecida ao município, mediante indemnização ao concessionário.

No regulamento de 20 de dezembro declara-se, artigo 17.º, que, tendo a câmara municipal contratado com algum particular, sociedade ou empresa o fornecimento da água para uso publico, deverá constar do instrumento do contrato que o adjudicatário do fornecimento se sujeita às cláusulas obrigatórias estabelecidas no artigo 58.º do decreto para esta espécie de concessões, em termos de lhes ser dada plena effectividade.

Estas cláusulas, sempre que o fornecimento de águas para abastecimento de povoações seja contratado com uma empresa singular ou colectiva e não seja feito directamente pelo próprio município, não podem deixar de ser inseridas no contrato e de fazer

parte do caderno de encargos. Quando a concessão seja feita directamente ao município, são obrigatórias as três primeiras cláusulas:

No artigo declara-se que *as concessões desta natureza terão sempre como cláusulas obrigatórias* e só na cláusula 4.^a vem a restrição do prazo máximo da concessão quando feita a um particular, e só a este pode aplicar-se a cláusula 5.^a. Nas concessões feitas às câmaras municipais deverá, pois, estabelecer-se a tarifa de preços para venda, a quantidade de água fornecida gratuitamente para os serviços públicos e o fornecimento gratuito da água necessária para as cadeias, hospitais, asilos e outros estabelecimentos públicos.

As câmaras municipais só ficarão isentas destes encargos quando aproveitem ou explorem, nos termos do artigo 59.^o do decreto, águas públicas para abastecimento de povoações mediante simples licença da direcção dos serviços fluviais ou marítimos, ou quando esse fornecimento seja feito com águas cuja propriedade e administração pertençam ao próprio município. Tratando-se de águas públicas cuja administração pertença ao Estado e sendo feita por este a concessão, não poderão deixar de incluir-se no caderno de encargos as três primeiras cláusulas do artigo 58.^o do decreto.

A concessão feita ao município é perpétua e, sendo feita a uma empresa singular ou colectiva, para o município reverte no fim do prazo.

O contrato é feito neste caso com a câmara municipal e é esta que supervisiona a exploração da concessão, devendo ser feitas de acordo com ella quaisquer modificações do contrato.

29. Regulamentação especial das concessões

de águas públicas para irrigação e outros melhoramentos agrícolas. As concessões para irrigação e outros melhoramentos agrícolas, quando não sejam feitas directamente a sindicatos ou federações de sindicatos, só podem tornar-se effectivas, como já notámos, pela constituição de sindicatos ou federações de sindicatos ou pelo compromisso dessa constituição, sendo aceitas por esses sindicatos ou federações as condições gerais propostas pelo requerente da concessão e em especial a da tarifa das taxas que pelo melhoramento dos seus prédios hajam de pagar. Esses sindicatos devem ser constituídos por dez ou mais agricultores que mostram ser proprietários, usufrutuários, enfiteutas ou arrendatários, nominados por dez anos, de mais de metade dos terrenos abrangidos na área beneficiável pela concessão.

Tornada definitiva a concessão pela constituição do sindicato, a publicação do respectivo decreto importa, nos termos do artigo 64.^o do decreto, para todos os donos de terrenos comprehendidos na área beneficiável a obrigação de pagar ao concessionário, desde a data fixada para comecço da exploração e a título de renda ou annuidade, as taxas que se guizdo a respectiva tarifa devam responder nos seus prédios ou à parte deles que for beneficiável.

Como meio de tornar effectiva a obrigação que pelo artigo citado é imposta aos proprietários de terrenos na área beneficiável, precebeu-se no que do não cumprimento da obrigação imposta por este artigo, em prazo superior a dois annos consecutivos, resulta para o concessionário a faculdade de expropriar os respectivos terrenos pela valor que lhes seria attribuido antes da construção das obras de interesse comum a que a concessão deu lugar. E acrescenta-se no § 2.^o que os terrenos adquiridos

pelo concessionário nos termos do parágrafo anterior serão por este vendidos no prazo máximo de 10 anos, não sendo devida contribuição de registo por estas transmissões.

O legislador entendeu que, constituído o sindicato com os interessados na concessão que possuíssem mais de metade dos terrenos abrangidos na área benéficeável, devia, visto tratar-se de um melhoramento de utilidade pública, impô-lo aos proprietários que não entrassem no sindicato, e que, em relação a todos os donos de terrenos, devia garantir ao concessionário a efectivação da obrigação do pagamento da tarifa correspondente aos seus prédios pelo direito de expropriação.

É de notar que no artigo 64.º se fala em *donos dos terrenos* compreendidos na área a beneficiar, e que o sindicato pode ser constituído por *proprietários, usufrutuários, enfiteutas ou arrendatários ao menos por dez anos*. Considerando-se para este efeito a enfiteuta como sendo um proprietário e compreendido portanto na palavra *dono* do artigo 64.º, a aplicação deste artigo pode suscitar dúvidas quanto aos usufrutuários e arrendatários.

É óbvio que, dando-lhes o artigo 61.º o direito de entrarem no sindicato e de aceitarem as condições gerais propostas pelo requerente da concessão e em especial da tarifa das taxas que pelo melhoramento dos seus prédios hajam de pagar, são os usufrutuários ou arrendatários que ficam, nos termos gerais de direito, adstritos ao cumprimento dessa obrigação.

Nos casos em que a concessão haja sido feita ao sindicato de agricultores e haja entre elles usufrutuários ou arrendatários e nos casos em que, tendo sido feita a concessão a outra pessoa singular ou

colectiva, no compromisso dos agricultores interessados haja usufrutuários ou arrendatários a longo prazo, sendo sobre elles que fica impendendo a obrigação do pagamento da taxa e não sobre os proprietários, representará uma revoltante iniquidade que contra estes se use do direito de expropriação dos terrenos. E resultando, nos termos do § 1.º do artigo 61.º, este direito do não pagamento da taxa durante dois anos consecutivos, como este pagamento não podia ser exigido dos proprietários, parece que contra elles se não poderá usar do direito que o referido parágrafo faculta.

Se pode, porém, neste caso e em virtude da obrigação assumida pelos usufrutuários ou arrendatários, desviar-se a applicação contra os proprietários do direito de expropriação, já o mesmo não se poderá nos casos em que, havendo arrendamento a longo prazo, o arrendatário não haja entrado no sindicato e se recuse a pagar a taxa. A obrigação ficará impendendo neste caso sobre o proprietário, embora seja o arrendatário quem aufera o benefício durante o tempo do arrendamento, e poderá ser exercido se não cumprir essa obrigação. Justo seria que a lei facultasse neste caso ao proprietário o direito de aumentar a renda até à importância da taxa e, se o arrendatário não quisesse sujeitar-se a esse aumento, a rescisão do contrato.

Nos casos em que sobre os terrenos beneficiados haja o direito de usufruto, a obrigação do pagamento da taxa, sendo esta paga a título de renda ou annuidade, deve impender sobre o usufrutuário, embora não haja entrado no sindicato, em harmonia com os princípios estabelecidos no Código civil (artigo 2238.º). Não hesitamos na applicação deste principio, mas consideramos muito duvidoso que, se éle

não pagar a taxa, o proprietário possa evitar a expropriação do prédio em face do disposto no decreto, se a não pagar em lugar do usufrutuário, contra o qual poderá proceder nos termos gerais de direito. Dando o decreto o direito de expropriação dos terrenos pelo valor que lhes seria atribuído antes da construção das obras de interesse comum a que a concessão deu lugar, não se refere ao uso do direito de preferência sobre esses terrenos no caso de venda. Sendo a expropriação resultante do não cumprimento de uma obrigação, parece que o direito de preferência deveria ser ressalvado nos casos em que a lei reconhece esse direito.

Aos concessionários de águas públicas para regas e outros melhoramentos agrícolas é reconhecido no decreto (artigo 68.º):

1.º A faculdade de explorar pedreiras, recolher pedra solta, construir fornos de cal, gesso e tijolo, estabelecer fábricas de cimento, depositar materiais ou organizar estaleiros nos terrenos contíguos às obras, sendo gratuita esta faculdade se os terrenos forem públicos e mediante prévia indemnização, em processo judicial, se forem particulares;

2.º Isenção do pagamento de contribuição de registo devida pela aquisição de terrenos necessários para construção e exploração das obras;

3.º Isenção do pagamento das contribuições de contribuição industrial sobre os capitais empregados nas obras.

30. *Regulamentação especial das concessões de águas públicas para aproveitamento de energia hidráulica.* As concessões para aproveitamento de energia hidráulica, quando sejam requeridas pelo

município ou municípios federados em cuja área estiver situado o perímetro da concessão quando, principalmente, a destinem a produção da energia eléctrica para iluminação pública ou viação e se mostrem habilitados a explorá-la como serviço municipalizado, serão consideradas de utilidade pública e serão gratuitas enquanto forem exploradas directamente pelas câmaras (decreto de 10 de maio, artigo 11.º e § único).

As concessões desta natureza, feitas a outras entidades, serão gratuitas durante os primeiros dez anos, a contar da data fixada para o começo da exploração ou do princípio desta, sendo só a partir daquela data. Por cada período de dez anos a seguir pagará o concessionário, por cento de quilowatts-hora utilizados, uma quantia a fixar em ano antes de encetado o período a que se refere. A quantia a pagar no primeiro destes períodos será fixada no decreto de concessão. O município do concelho onde for situada a oficina pode cobrar uma importância não superior a 20 por cento da quantia cobrada pelo Estado, quando a energia for utilizada nesse concelho, e a 50 por cento, quando utilizada fora dele. Além do imposto mencionado não pode recair sobre a concessão imposição a título de contribuição industrial, quando se limite ao comércio de energia (decreto citado, artigo 72.º).

O decreto, falando de *quantia a fixar* para cada período de dez anos, parece pressupor que essa quantia deverá ser estabelecida sendo ouvido o concessionário. Não pode efectivamente atribuir-se ao Estado o direito de fixar arbitrariamente a importância a cobrar, mas nem o decreto nem o regulamento determinaram como, na falta de acordo entre o Governo e o concessionário, ela deverá fixar-se.

Nas concessões que não sejam feitas aos municípios e não sejam exploradas directamente pelas câmaras, o Estado reserva-se o direito de utilizar nos serviços públicos e nos municipais das cidades servidas pela rede de distribuição até um quinto da energia concedida, pagando-a pela tarifa aplicada ao público, com um bonus de 50 por cento. No entanto pode o concessionário ser autorizado a dispor da energia, requerendo ao Governo, por período não superior a dois anos, devendo o Governo notificá-lo, com seis meses de antecedência, a revogação da autorização para este fim. Não o fazendo, considera-se renovada a autorização por mais dois anos e assim sucessivamente (decreto citado, artigo 73.º).

Pelo disposto no artigo 78.º do decreto, o Estado reserva-se o direito de ter participação nas sociedades que vierem a constituir-se para exploração da concessão da energia hidráulica e o regulamento de 20 de dezembro de 1919 determina, artigo 51.º, que usará desse direito sob proposta do Ministro do Comércio e Comunicações, ouvido o Conselho dos Aproveitamentos Hidráulicos. No § único do artigo citado declara-se que deve constar do caderno de encargos respectivo a proporção com que o Estado assegurará a sua participação financeira.

Preceitua-se ainda no regulamento citado, artigo 52.º, que depende de lei especial o auxílio financeiro do Estado as sociedades que vierem a constituir-se para explorar concessões desta natureza que executem obras de grande interesse para determinados serviços públicos ou para a defesa nacional ou ainda que melhorem notavelmente o regime das correntes de água e as condições do seu aproveitamento.

O auxílio financeiro a que este artigo se refere é

independente de participação nas sociedades. Por esta participação, o Estado fica com direito aos benefícios resultantes da concessão na proporção em que se der a sua cooperação financeira. Por esta forma, pode o Estado não só facilitar a constituição de empresas para a concessão de energia hidráulica, mas tornar até possível essa constituição nos casos em que, sem a cooperação financeira do Estado, não se poderiam obter os capitais necessários para esse fim. Em qualquer destes casos, porém, desde que o Estado fique participando dos lucros da empresa, não será necessária autorização legislativa, que só é exigida quando o Estado preste auxílio financeiro independentemente de participação e não nos casos em que o Estado tenha participação na sociedade que para a exploração da concessão se constitua, participação que nem sequer é limitada. Deveria também neste caso assegurar-se ao Estado uma autorização directa na representação da sociedade, mas o decreto nada determina a este respeito.

Nas concessões de energia eléctrica não tem o direito de resgate quando tais concessões não sejam exploradas directamente pelas câmaras municipais. O direito de resgate foi regulado no decreto de 10 de maio, determinando-se nele, artigo 76.º, que o Estado não poderá exercer esse direito antes do decréto de concessão para começo da exploração e que, no caso de resgate, os fornecimentos de energia contratados pelo concessionário serão mantidos, pelo menos, durante cinco anos sem alteração das cláusulas dos contratos respectivos. Por esta forma resgatavam-se os direitos dos concessionários pelo prazo relativamente longo que para o uso do direito de resgate é fixado, facilitando-se assim a constituição

das empresas, e os direitos de terceiros que contraem com a empresa concessionária, assegurando-se o desenvolvimento regular da empresa que, se o Estado pudesse usar do direito de resgate sem respeitar os contratos por ella effectuados, seria gravemente prejudicado.

O Governo, quando queira usar do direito de resgate, fará infirmar a sua deliberação as concessões nântas com um anno de anticipação, a fim de que elle a consigne nos contratos que lavrar a partir daquella data e para que todos, sem excepção, sejam submettidos à sanção do Governo. E' o que determina o § 1.º do artigo 76.º do decreto, devendo entender-se que os contratos feitos com a sanção do Governo têm de ser mantidos nos termos em que forem feitos, não podendo ser modificados pelo Governo desde que decorram cinco annos.

A indemnização que o Estado tem de pagar no caso de resgate far-se-há pelo valor que a esse tempo tenham as instalações, maquinismos, transmissões e demais pertences relativos à produção, transformação e transporte da energia. A avaliação será feita por três peritos, sendo um nomeado pelo Governo, outro pelo concessionário e o terceiro de comum acôrdo pelos dois e, na falta de acôrdo, pelo presidente do Supremo Tribunal de Justiça (artigo 76.º; §§ 2.º e 3.º).

Nos artigos 77.º e 78.º do decreto de 10 de maio foram determinados os fins das concessões de interesse privado. Esses fins são a rega ou enateiramento, a colmatagem ou dessalgaçem das terras e a produção da energia para usos industriais e equivalentes. Há, portanto, nas concessões de interesse privado aproveitamentos agrícolas e aproveitamentos industriais ou equivalentes. Os usos das águas

equivalentes aos industriais são os destinados à criação e engorda do peixe (Decreto de 10 de maio, artigos 13.º e 79.º n.º 2.º).

E' pela área de terrenos a beneficiar que se faz a distincção, quanto aos aproveitamentos agrícolas, entre as concessões de águas publicas de interesse publico e as de interesse privado, salvo o saneamento de pântanos que se reconheça serem insalubres, e as obras são sempre de interesse publico qualquer que seja a área a beneficiar. Quanto aos aproveitamentos da energia, salvas as concessões requeridas pelos municípios e substituidas especialmente à produção da energia eléctrica para iluminação pública ou viação, que serão sempre consideradas de utilidade pública, qualquer que seja a energia a utilizar, depende da potência dos receptores a instalar a classificação das respectivas concessões. Os aproveitamentos para criação e engorda do peixe são sempre de interesse privado.

Do mesmo modo que as de utilidade pública, as concessões de interesse privado podem ter por objecto quaisquer águas publicas. E' assim que no artigo 77.º se declara que pode ser requerida a concessão para tirar das *correntes, nascentes e outras águas publicas*, sendo a disposição exarada nesse artigo e que respeita aos aproveitamentos agrícolas applicavel aos aproveitamentos da energia em virtude do preceituado no artigo 79.º, no qual se declara que *em idênticas condições podem requerer o aproveitamento*.

Há, porém, uma importantíssima restricção a fazer pelo que respeita às concessões de águas de correntes não navegáveis nem flutuáveis, em virtude do disposto no artigo 17.º e §§ 1.º e 2.º do decreto de 10 de maio. Por este artigo foram respeitadas não

só os direitos adquiridos, mas mantidos, nos termos dos artigos 434.º e 436.º do Código civil, os direitos dos proprietários dos prédios banhados ou atravessados por essas correntes. Só decorridos dez anos depois da publicação do decreto é que, nos termos do § 1.º, os aproveitamentos das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis poderão fazer-se no regime das concessões nele regulado.

Decorrido que seja este prazo, os proprietários marginais das correntes não navegáveis nem fluviáveis deixarão de ter o direito às águas das mesmas correntes fundado na contiguidade dos seus prédios, ficando o seu aproveitamento dependente da concessão. Esta será feita a um proprietário ou grupo de proprietários, cujos prédios sejam ou não confinantes com a corrente, não podendo os proprietários marginais, que não tenham direitos adquiridos à data da publicação do decreto, opor-se a essa concessão nem tendo direito a indemnização. As condições que no decreto se estabelecem para o aproveitamento das águas para fins agrícolas são: a) que do refluxo das águas pelo açude ou represa para a sua derivação não possa resultar prejuízo para os prédios superiormente situados; b) que inferiormente se restituam à corrente as águas remanescentes, sendo a área do aproveitamento formada pelos terrenos em condições de ser beneficiados desde o ponto da derivação das águas até o da devolução das remanescentes ao leito da corrente (decreto de 10 de maio, artigo 78.º § único).

Quando haja direitos adquiridos, esses direitos, achando-se em efectivo exercício, serão respeitados, salvo o caso de as águas serem sobejas e terem cômoda divisão sem prejuízo da cultura já feita ou do engenho já construído (decreto citado, artigo 80.º),

ou de os proprietários que tenham êsses direitos poderem obter, pela divisão da água, a devida compensação conciliando-se por êsse meio o aproveitamento requerido com o direito adquirido (decreto citado, artigo 85.º § 1.º).

Durante o prazo de dez anos fixado no decreto, a concessão das águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis não poderá fazer-se com prejuízo dos proprietários dos prédios marginais, não poderão ser requeridas concessões para determinadas áreas de terrenos confinantes ou não confinantes com as correntes. O direito a essas águas é o estabelecido nos artigos 434.º e 436.º do Código civil, não podendo fazer-se concessão senão de águas sobejas e sendo sobejas as águas que não se tornem necessárias para a irrigação dos prédios marginais. É indiferente que nestes prédios estejam ou não sendo aproveitadas já as águas das correntes. Tanto têm direito a elas os proprietários que ao tempo do decreto já irrigavam os seus prédios como os que os queiram irrigar de futuro dentro do referido prazo.

É assim que, dependendo êsse aproveitamento da construção de açude, represa ou outra obra permanente, os proprietários marginais apenas têm de pedir autorização para essas obras à Direcção dos Serviços Fluviais e Marítimos. Não há neste caso lugar para o pedido de concessão.

No § 2.º do artigo 17.º preceitua-se que os aproveitamentos para usos industriais e os que se destinam a irrigação de prédios não marginais ficam desde já sujeitos ao regime das concessões.

Que regime é?

Já notámos que nas estações officiais se entendia que as concessões a que êste parágrafo se refere não

eram da competência do Ministério do Comércio e Comunicações, mas das divisões hidráulicas, e que se nos afigurava que esta prática não se harmonizava com o que se estatui a tal respeito no decreto de 10 de maio e no regulamento de 20 de dezembro. Declarando-se que tais aproveitamentos ficam desde já sujeitos ao *regime das concessões*, parece que este regime é o definido e regulado pelos citados decreto e regulamento. Nem, parece-nos, se poderia declarar que *ficam desde já sujeitos ao regime das concessões*, se apenas se quisesse manter o regime do decreto de 2 de dezembro de 1892 e regulamento de 19 do mesmo mês e ano. O que, em tal caso, se deveria dizer é que os aproveitamentos para usos industriais e de irrigação de prédios não marginais, durante o prazo de dez anos, ficavam dependentes de concessão nos termos da legislação anterior. A verdade, porém, é que se declarou que ficam sujeitos ao regime das concessões e *desde já*, não podendo ter estas palavras outra significação que não seja a de que esses aproveitamentos não estavam sujeitos àquele regime.

Cumpre-nos todavia notar que os aproveitamentos a que o citado § 2.º se refere só podem recair sobre águas sobejas e que, sendo assim, as concessões devem ter o carácter precário que na anterior legislação lhes era atribuído. Não pode, pois, applicar-se a essas concessões o disposto no artigo 86.º do decreto de 10 de maio, pelo qual as concessões para regas e melhoramentos agrícolas são de sua natureza perpétuas, considerando-se os direitos delas emergentes incorporados nos respectivos prédios.

Quando se julgasse applicável esta disposição às concessões de águas sobejas das correntes não nave-

gáveis nem fluviáveis para prédios não marginais, ir-se hia prejudicar e gravemente a efectivação do sistema das concessões estabelecido pelo decreto pelas concessões de águas sobejas que anteriormente tivessem sido feitas. E seria completamente incompreensível que os proprietários de prédios não marginais pudessem adquirir tal direito e não o pudessem adquirir os proprietários dos prédios marginais. Para estes, a licença para a construção de açude para a derivação das águas teria carácter meramente precário; para os proprietários não marginais, a concessão teria carácter perpétuo. E todavia é certo que a concessão não poderia ser feita em prejuízo dos proprietários marginais!

Estas considerações mostram-nos que foi infeliz a fórmula do parágrafo que estamos analisando e que não pode atribuir-se-lhe o alcance que ela literalmente comporta.

Para as águas das correntes não navegáveis nem fluviáveis, e foram essas as que especialmente o legislador teve em vista ao regular as concessões de interesse privado, o regime das concessões só começará a existir, não na sua plena efectividade, mas na lei, decorrido que seja o prazo de dez anos desde a publicação do decreto de 10 de maio. Até que decorra este prazo, tais concessões só podem recair sobre as águas sobejas e só podem assim considerar-se as que não sejam necessárias para a irrigação dos prédios marginais, podendo os proprietários destes prédios usar das águas embora com isso prejudiquem os concessionários das águas sobejas.

Não pode, a nosso ver, deixar de considerar-se verdadeira a doutrina exposta em face do disposto no artigo 17.º do decreto.

31. Quem pode requerer as concessões; seu expediente. Quanto às pessoas que podem requerer as concessões de interesse privado, o decreto atribui esse direito (artigo 77.º), no que respeita às concessões para fins agrícolas, a qualquer proprietário ou grupo de proprietários que possuam terrenos em situação de beneficiar com o aproveitamento; no que respeita aos aproveitamentos industriais, é esse direito atribuído (artigo 79.º): 1.º ao proprietário que, possuindo oficina ou engenho hidráulico em exploração, empreenda aumentar ou transformar a produção da energia; 2.º ao proprietário, associação ou empresa que possuam na área do aproveitamento terrenos em situação adequada para a instalação de fábricas e oficinas, ou para a construção de tanques, parques e viveiros destinados à criação e engorda do peixe.

No regulamento de 20 de dezembro preceitua-se (artigos 62.º e 63.º) que o requerimento será formulado conforme o disposto no artigo 38.º do decreto de 10 de maio e dirigido ao Ministro do Comércio e Comunicações. Não tendo o requerente domicílio em Lisboa, constituirá procurador ali domiciliado que o represente. O requerimento, entregue pelo requerente ou seu mandatário na 3.ª Repartição da Direcção Geral de Obras Públicas, será registado no livro competente. No requerimento serão designadas as águas públicas que se pretende aproveitar, o objectivo do aproveitamento, o ponto onde se projecta fazer a derivação e aquele onde devem ser restituídas as águas remanescentes ao seu leito natural, bem como a direcção dos canais ou levadas, com individuação dos prédios sobre que haja a impor as servidões de travamento e aqueduto e de todos os terrenos que entre aqueles dois pontos estejam em

situação de ser beneficiados pelo aproveitamento pedido, podendo ser junta ao requerimento a planta dos prédios e terrenos referidos e quaisquer documentos e desenhos que possam elucidar o pedido.

«O expediente é assim regulado: (decreto, artigos 82.º a 85.º e regulamento, artigos 64.º e seguintes).

A Direcção Geral de Obras Públicas tendo verificado, mediante os necessários esclarecimentos da Direcção dos Serviços Hidráulicos, que o requerimento está nas condições legais quanto ao aproveitamento pedido, que não são afectados por este concessões de utilidade pública preexistente nem as garantias dos requerentes anteriormente autorizados a proceder a estudos, deve enviar o processo, no prazo máximo de trinta dias, ao administrador do concelho onde for situada a área do aproveitamento ou a maior parte dela. Esta autoridade deve abrir inquérito, mandando intimar os interessados certos e convocar por éditos os incertos para no prazo de vinte dias alegarem o que lhes convier sobre o objecto. As suas alegações serão juntas ao requerimento.

Os proprietários de prédios que tenham de ser onerados com servidões e os que possuam terrenos abrangidos no perímetro da área do aproveitamento em condições de ser beneficiados podem declarar no mesmo prazo de vinte dias que querem ter quinhão no aproveitamento, sujeitando-se ao rateio proporcional das despesas. Se a área do aproveitamento abranger apenas prédios situados numa das margens da corrente, os proprietários de terrenos situados na correspondente área fronteira da margem oposta poderão declarar, dentro do mesmo prazo, que querem participar do aproveitamento, o que lhes será concedido sempre que haja possibilidade da sua derivação em boas condições, sem prejuízo do aprovei-

tamento requerido e com sujeição ao rateio proporcional das despesas comuns.

As declarações e alegações serão entregues na administração do concelho ou enviadas em carta registada e podem ser feitas verbalmente perante o administrador, que delas fará lavrar termo assinado pelo declarante.

No prazo de vinte dias contado do termo dos éditos, o processo será remetido à Direcção Geral das Obras Públicas com um exemplar do edital que tiver sido afixado.

Logo que o processo dê entrada na Direcção Geral de Obras Públicas, será o requerente intimado para no prazo de vinte dias solicitar guia a fim de ir depositar na Caixa Geral dos Depósitos à ordem do director dos Serviços Hidráulicos, nos termos do § 3.º do artigo 84.º do decreto, a quantia de 50\$, devendo apresentar nos cinco dias imediatos a mesma guia com o competente recibo. Este depósito será reforçado quantas vezes isso se torne necessário para custear as despesas de informação técnica do processo (regulamento de 20 de dezembro, artigo 66.º e § único).

Satisfeitas estas diligências, a Direcção Geral de Obras Públicas mandará proceder aos estudos e reconhecimentos necessários com o fim de especialmente verificar se o aproveitamento requerido satisfaz às condições impostas no decreto, se pode prejudicar o bom regime das águas ou afectar alguma concessão de utilidade pública e se há direitos adquiridos que possam obter compensação, e concederá ou negará a licença, sem recurso algum. Não havendo água sobeja, deve o volume ser fixado, permanentemente ou com relação a certa época do ano, para que não sejam inutilizados os úteis aproveitamentos feitos a

jusante. Quando o julgue necessário, poderá aquela Direcção mandar levantar a planta dos terrenos, marcando-se nela as indicações referentes ao aproveitamento concedido (decreto de 10 de maio, artigo 84.º e §§ 1.º e 2.º).

Para execução do disposto neste artigo do decreto, o regulamento de 20 de dezembro determina (artigos 67.º a 69.º) que, efectuado o depósito, o processo será enviado à Direcção dos Serviços Hidráulicos a fim de, no prazo máximo de um ano, ser informado por esta Direcção, que para isso procederá aos reconhecimentos e estudos necessários, sendo solicitados, por intermédio da Direcção Geral de Obras Públicas e dentro do mesmo prazo, os esclarecimentos técnicos das estações do Ministério da Agricultura que forem julgados indispensáveis à completa informação do processo.

Se no inquérito administrativo houver sido produzida alguma das declarações ou alegações a que se refere o artigo 83.º do decreto e a Direcção Geral de Obras Públicas o julgar conveniente, serão convocados, por intermédio do administrador do concelho e com antecipação de oito dias, todos os interessados a comparecer por si, seus mandatários ou peritos, no local do aproveitamento pedido e em dia fixado, a fim de serem informados por um engenheiro dos serviços hidráulicos das disposições e dimensões da obra projectada e das suas consequências no regime das águas e bem assim para, na presença do mesmo engenheiro, exporem as reclamações e contestações que tiverem. Pelo engenheiro que a ela proceder será lavrado auto desta diligência de que constarão detalhadamente as informações e esclarecimentos por êle prestados e as observações e declarações úteis das pessoas presentes e dos interessados

bem como os acordos que estes celebrarem entre si. O auto será lido diante de todos e assinado pelos interessados, que nele poderão consignar as declarações que julgarem convenientes, e pelas testemunhas.

A informação dos Serviços Hidráulicos deve elucidar tecnicamente todos os pontos a que se refere o artigo 84.º e § 1.º do decreto e todas as condições e circunstâncias do aproveitamento que, nos termos do artigo 85.º do decreto, devem constar do alvará da concessão.

Neste artigo preceitua-se que no diploma de concessão se deve determinar:

1.º A área do aproveitamento, com designação dos prédios e nomes dos proprietários nela abrangidos;

2.º O local onde deve ser construído o açude ou barragem, fixando a sua altura, ou o processo por que hajam de derivar-se as águas;

3.º A direcção e forma dos canais, levadas ou aquedutos de derivação e devolução à corrente, com individuação dos prédios que tenham de ser onerados com servidões.

Quando haja direitos adquiridos que tenham de ser respeitados mas possam conciliar-se com o aproveitamento requerido, far-se há desde logo a divisão da água, para o efeito de se marcar o volume que fica pertencendo aos prédios anteriormente regados, determinando-se o local e a forma da derivação.

Quando tenha sido requerido, pelos proprietários que fiquem obrigados a servidões, o benefício do aproveitamento, ou pelos donos dos terrenos a que se referem os §§ 2.º e 3.º e do artigo 83.º do decreto, verificar-se há se os respectivos pedidos estão em condições de ser atendidos sem prejuízo do aprovei-

tamento requerido, atribuindo-se-lhes, em caso afirmativo, participação na concessão.

Nos aproveitamentos para regas e melhoramentos agrícolas, a participação terá o mesmo objectivo. Nos aproveitamentos para usos industriais será restrita a um quinhão de água para rega, quando possa ser concedida sem prejuízo do aproveitamento industrial requerido.

Nas concessões para usos industriais o diploma respectivo indicará sempre o local das fábricas e oficinas a construir, qual o volume de águas concedidas e a indústria a que se destinam.

É o director geral de Obras Públicas que concede ou denega a licença e, concedida a licença, o respectivo alvará será expedido em tantos exemplares autênticos quantos forem os participantes no aproveitamento, aos quais será entregue mediante termo de responsabilidade em que eles se obriguem ao cumprimento de todas as condições (regulamento citado, artigo 70.º e § 1.º).

32. *Fôrça probatória e executiva do alvará.*
No artigo 87.º do decreto preceitua-se que o alvará da concessão faz prova plena sôbre todos os pontos nele resolvidos, e só pode ser alterado em virtude de divisão judicial preferida sôbre matéria de embargos, nos termos adiante declarados. Na parte não alterada tem fôrça de sentença com execução aparelhada perante os tribunais civis e em todas as repartições do Estado, constituindo o título de aquisição regulador dos direitos dos proprietários ou compartes das águas.

O alvará de concessão não resolve definitivamente, salvo prévio acôrdo dos interessados, as divergências que tenham surgido no inquérito administrativo e as

que possam ainda surgir quando tenha de ser executado. Para resolver essas divergências não têm competência as entidades a quem pertence a concessão do aproveitamento, mas o poder judicial. É ao juiz de direito da comarca onde for situada a área do aproveitamento ou a maior parte dela que, para tornar efectiva a concessão contra terceiros ou liquidar as inlemnizações devidas aos donos dos prédios servientes, tem de recorrer o concessionário, fazendo citar os interessados para na terceira audiência depois de acusada a citação deduzirem por embargos a opposição que tiverem (decreto citado, artigo 91.º). Serão citados os proprietários e usufrutuários dos terrenos compreendidos na área do aproveitamento, ainda que não tenham de ser onerados com servidões, e aqueles em favor de cujos prédios haja direitos adquiridos, conciliáveis com o aproveitamento concedido (decreto citado, artigo 91.º, § 1.º). Nos embargos pode impugnar-se a validade da concessão e os termos em que foi feita; mas os tribunais deverão julgá-la subsistente sempre que se mostre que não contraria os princípios fundamentais estabelecidos no presente decreto para esta categoria de aproveitamentos, nem ofende direitos de terceiros que não possam conciliar-se ou receber indemnizações nos termos do mesmo decreto (decreto e artigo citado, § 2.º).

Conclui-se destas disposições que podem opor-se à concessão ou aos termos em que foi feita quaisquer proprietários de terrenos que estejam compreendidos na área do aproveitamento desde que não tenham sido respeitados os direitos adquiridos e ainda os direitos que lhes são atribuídos pelo artigo 17.º do decreto. E, sempre que esses direitos não sejam conciliáveis com o aproveitamento requerido, a con-

cessão não pode ser considerada subsistente na parte em que os afecta.

E não são apenas os proprietários de terrenos compreendidos na área do aproveitamento que podem opor-se à concessão. Também podem opor-se a ela quaisquer outros interessados que sejam prejudicados, embora os seus terrenos não estejam compreendidos na área do aproveitamento. É assim que no § 1.º do artigo 84.º do decreto se preceitua que, não sendo a água sobeja, deve o volume a conceder ser fixado para que não sejam prejudicados os úteis aproveitamentos feitos a jusante.

Desde que não sejam na concessão respeitados estes aproveitamentos e que a eles haja direito, os interessados poderão opor-se à concessão, tornando efectivos os seus direitos perante o juiz competente.

No decreto (artigo 87.º) e no regulamento de 20 de março (artigo 71.º § 1.º) preceitua-se que o alvará de concessão não pode ser alterado pelos tribunais, salvo nos casos de, como matéria de embargos, se provar que a concessão contraria os princípios fundamentais estabelecidos no citado decreto-lei com aplicação à categoria dos aproveitamentos de interesse privado ou afecta direitos de terceiros que não possam conciliar-se, ou receber indemnizações, nos termos do mesmo decreto.

Quaisquer terceiros, pois, que sejam prejudicados pela concessão, podem opor-se a ela, embora os seus prédios não estejam compreendidos na área do aproveitamento.

O alvará de concessão pode ser declarado insubsistente e pode ser alterado pelo poder judicial. Quando haja direitos de terceiros que possam conciliar-se com o aproveitamento concedido, o juiz po-

derá, para o efeito dessa conciliação, alterar o alvará de concessão, reduzindo os direitos do concessionário. É o que se depreende do disposto no artigo 91.º § 2.º do decreto e dos artigos 87.º do decreto e 78.º § 1.º do regulamento, em que se determina que os tribunais não podem alterar o alvará salvo nos casos nele especificados, vendo-se assim que, nestes casos, êle pode ser alterado, não tendo sempre que julgar-se insubsistente a concessão. No caso em que para conciliar os direitos de terceiros com os do concessionário se altere o alvará, será por êste e pela sentença que se determinará o regime a que a concessão fica sujeita.

* Dissemos que o alvará de concessão não podia valer contra terceiros, salvo o caso de prévio acôrdo. Se o houver, e tal acôrdo constar de escritura ou auto público, êsse acôrdo terá de ser respeitado pelos tribunais em tudo o que não envolver ofensa dos direitos de terceiros. É o que escusadamente se declara no regulamento de 20 de dezembro, artigo 71.º § 2.º.

Como auto público, para êste efeito deverá ser considerado o auto a que se refere o § 1.º do artigo 68.º do citado regulamento, donde devem constar os acordos que entre si façam os interessados.

Nos artigos 71.º §§ 3.º e 4.º do regulamento declaram-se quais os recursos que podem ser interpostos da sentença que julgar improcedentes os embargos e da que os julgar procedentes.

Da primeira não compete recurso especial, mas a apelação que afinal se interpuser, que será recebida só no efeito devolutivo, abrangerá também a decisão preferida sôbre embargos. Da segunda compete apelação nos dois efeitos.

33. Duração das concessões de interesse privado. Nos artigos 86.º e § único do decreto determina-se que as concessões para regas e melhoramentos agrícolas são de sua natureza perpétuas, considerando-se os direitos delas emergentes incorporados nos respectivos prédios, e que as concessões para aproveitamentos industriais são de carácter temporário, devendo sempre marcar-se-lhes o período da duração.

Não se fixa no decreto o período máximo de duração, podendo assim estabelecer-se um prazo maior ou menor conforme à Direcção Geral das Obras Públicas aprover. Apesar do arbítrio que ao concedente é atribuído, não atingimos bem o motivo por que se consignou na lei o princípio de que as concessões para fins industriais serão sempre temporárias.

Para o aproveitamento, pode tornar-se necessário um importante dispêndio, e, desde que não há, em relação a estas concessões, a faculdade para o Estado ou para as competentes autarquias locais de auferirem qualquer proveito da sua caducidade, o que se nos afigurava mais racional é que não se fixasse o princípio de que essas concessões serão temporárias. Não ficariam por essa forma prejudicadas quaisquer concessões de utilidade pública, visto que para estas há o direito de expropriação.

Notaremos ainda que conveniente seria que no decreto se houvesse estabelecido a preferência para os aproveitamentos agrícolas.

A única preferência nestas concessões é a que resulta da prioridade do registo do requerimento para a concessão. Ora é óbvio que os interesses industriais não estão nas mesmas condições que os interesses agrícolas pelo que respeita à possibilidade

da derivação de águas e que, havendo interesses agrícolas importantes numa determinada região, as águas que nela haja devem ser destinadas especialmente para a irrigação, tendo esta preferência em relação aos aproveitamentos industriais.

§ 5.º — Caducidade das concessões e aproveitamentos de águas públicas

34. *Noções gerais sobre a extinção dos direitos de aproveitamento das águas públicas.* Em princípio, o direito de uso das águas que estão no domínio público deriva da lei e é exercido em harmonia com os regulamentos administrativos. Esse direito representa um poder legal, e, como tal, é inalienável e imprescritível, não envolvendo o não uso desse direito durante qualquer tempo a sua perda. Esta só pode ser determinada pela própria lei quando destine as águas para outro fim e, administrativamente, quando seja alterada a sua classificação e dessa alteração resulte a sua sujeição a um regime diverso.

Sendo assim em princípio, há aproveitamentos das águas públicas que se obtêm por meio de concessão, usos que dependem de obras permanentes e usos que são, decorrido que seja determinado tempo, protegidos especialmente pela lei. Em relação a estes usos, não pode ter aplicação o princípio que domina o aproveitamento das águas públicas, visto que êles representam uma situação especial ou excepcional, em virtude da qual como que se apropria o direito às águas. É óbvio que não podem ser facultados a todos, individual ou colectivamente, usos idênticos, como óbvio é também que, sendo as águas uma fonte importantíssima da riqueza pública, não pode

nem deve deixar-se no arbítrio das pessoas a quem, por qualquer título, é dado um uso especial ou excepcional das águas públicas, tornarem ou não esse uso efectivo, com prejuízo neste caso do aproveitamento das águas.

Orientando-se por este princípio, já o Código civil havia preceituado (artigo 432.º e 433.º) que, dependendo o uso das águas públicas navegáveis ou flutuáveis de obra ou construção permanente, se o uso desta viesse a ser abandonado depois por mais de cinco anos, preserveria tal direito em benefício de quem fizesse obras análogas incompatíveis com aquêlas.

É claro que não se tratava de um caso de prescrição positiva propriamente dita, mas da perda do direito pelo não uso, resultando dessa perda que as entidades competentes podiam conceder licença ou autorização para as obras ou construções análogas, legitimando-se assim o uso dessas obras, não resultando conseqüentemente o direito do seu autor da posse e não se dando em virtude desta a perda do direito do anterior utente. Ao contrário do que se dá em princípio com os direitos reais que não representam uma restrição ao exercício do direito de propriedade, direitos que são facultativos, podendo ser exercidos ou não como ao seu titular convier e só se dando a perda desses direitos pela posse exercida por outrem em nome próprio e nas condições fixadas por lei, o direito de uso das águas das correntes navegáveis ou flutuáveis dependente de obras permanentes extinguiu-se pelo simples não uso durante o prazo de cinco anos.

35. *O abandono dos aproveitamentos.* O princípio formulado no Código civil em relação às correntes navegáveis ou flutuáveis foi ampliado pelo

decreto de 10 de maio a quaisquer águas públicas, preceituando-se nele (artigo 34.º n.º 4.º) que é motivo de caducidade de qualquer concessão ou aproveitamento de águas públicas o abandono do aproveitamento, considerando-se abandonadas as águas que por espaço de cinco anos não forem utilizadas para o fim a que eram destinadas.

Pressupõe-se evidentemente um uso especial ou excepcional das águas públicas e não se requiere que para esse uso haja obras permanentes, como não se alude também ao título por que esse uso ou aproveitamento se legitima.

Entre os aproveitamentos a que se refere o artigo citado há, sem dúvida e em primeiro lugar, os que estão especificados no artigo 33.º, que, tratando das águas públicas que ao tempo da publicação do decreto estivessem legalmente concedidas ou sobre as quais alguma pessoa, singular ou colectiva, tivesse direitos fundados num justo título de harmonia com a legislação em vigor, preceitua que continuarão a ser aproveitadas nas mesmas condições, respeitando-se esses direitos adquiridos, salvo o caso de expropriação por utilidade pública e as demais restrições estabelecidas no decreto, e sem prejuizo da sua devolução para o domínio público por motivo de caducidade.

Quaisquer direitos adquiridos sobre águas de correntes não navegáveis nem fluatáveis pelos títulos especificados no artigo 438.º do Código civil extinguir-se hão, pois, pelo seu abandono durante o prazo de cinco anos, não sendo essas águas aproveitadas para o fim a que eram destinadas.

Não tendo sido estabelecido, na legislação anterior ao decreto, o principio de que os direitos adquiridos às águas das correntes não navegáveis nem fluatáveis se extinguiriam pelo seu não uso durante o prazo

de cinco anos, a disposição consignada no artigo 34.º n.º 4.º só pode produzir os seus efeitos decorrido que seja, após a sua publicação, o período nela fixado, não se contando o tempo de abandono anteriormente decorrido. Este só poderá ser invocado para o efeito da prescrição extintiva, que se dava, segundo o direito anterior, decorrido que fosse o prazo de trinta anos.

Além dos aproveitamentos a que se refere o artigo 33.º, há as concessões e aproveitamentos regulados pelo decreto, sempre que destes resulte uma situação especial ou excepcional. O artigo 34.º não regula apenas a caducidade das concessões e aproveitamentos adquiridos anteriormente, mas de quaisquer concessões ou aproveitamentos.

Em relação às concessões, não se faz no artigo citado distinção alguma, compreendendo-se portanto nela não só as concessões temporárias mas também as perpétuas, isto é, as concessões para irrigação e outros melhoramentos agrícolas, das quais resultam direitos que, nos termos do decreto, ficam incorporados nos prédios beneficiados. Estes direitos que, como vimos, se devem considerar direitos reais, extinguem-se pelo seu não uso durante o prazo de cinco anos.

Sendo direitos reais, representam tais direitos, em relação às águas que estão no domínio público, uma restrição ou limitação aos poderes que sobre essas águas têm as entidades a quem elas pertencem. Cessando esses direitos, cessa tal restrição, podendo essas águas ser concedidas para outros aproveitamentos ou usar delas, independentemente de concessão e nos termos das suas leis reguladoras, outras pessoas.

Quanto a aproveitamentos que não resultem de

concessões, o disposto no artigo 34.º n.º 4.º applicar-se há sempre que esse aproveitamento seja excepcional, ou, por outras palavras, sempre que dele tenha resultado o direito às águas com exclusão de qualquer outro aproveitamento que o possa prejudicar ou que com elle seja incompatível.

Assim, quem tenha aproveitado as águas de barrancos, torrentes e enxurros de caudal descontínuo represando-as em albufeiras ou depósitos para serem utilizadas na irrigação ou colmatagem durante o espaço de vinte anos, poderá impedir (decreto, artigo 29.º) que os donos dos prédios superiores os privem dessa utilidade. Decorrendo, porém, cinco anos sem que as águas sejam utilizadas nas albufeiras ou depósitos, os donos destes já não terão a garantia que lhes era dada pelo artigo citado. O seu direito extinguiu-se pelo abandono, podendo ser consequentemente aproveitadas essas águas por quaisquer proprietários marginaes, como se tais albufeiras ou depósitos nunca houvessem existido.

No artigo 34.º fala-se de *águas públicas*, e como públicas devem ser consideradas, para tal efeito, todas as que se acham especificadas no artigo 1.º do decreto, embora em relação a elas não haja o uso público directo. É assim que as águas que brotam em terrenos públicos e que só se possam considerar públicas pelo terreno em que nascem, achando-se individualmente apropriados, estão também abrangidas no artigo citado. No artigo 31.º preceitua-se que as águas subterrâneas que tiverem sido exploradas mediante a competente licença, exploração que se dá em terrenos do domínio público ou comum, entram no domínio particular, ficando o benefício que delas resulta perpétuamente incorporado nos prédios a que a exploração se destinou. A apro-

priação de tais águas não obsta, porém, a que se dê a extinção do direito a elas em virtude do abandono, voltando assim essas águas para o domínio público.

A nosso ver a lei, estabelecendo o princípio de que o aproveitamento das águas públicas se perde pelo abandono não sendo tais águas utilizadas durante o prazo de cinco anos, quis referir-se a todas as águas que, considerando-se no domínio público em virtude da classificação que no decreto se faz, estejam sendo aproveitadas de modo excepcional e mesmo que esse aproveitamento represente a apropriação dessas águas, sendo elas consideradas em virtude dessa apropriação, como águas particulares.

Esta apropriação representará sempre uma limitação dos direitos que sobre as águas ou sobre o terreno onde elas brotam têm as entidades a quem essas águas ou terreno pertencem, e, sendo assim, os direitos resultantes dessa apropriação poderiam extinguir-se pelo seu não uso durante o espaço de trinta anos, restabelecendo-se a situação normal das águas ou do terreno. Pelo decreto, não é necessário que decorra tão longo prazo, pressupondo-se o abandono logo que decorra o espaço de cinco anos sem que as águas tenham sido utilizadas para o fim a que eram destinadas.

Concordamos com a doutrina do decreto e notaremos ainda que, se o abandono resultar de factos por que se evidencie a intenção de não continuar o aproveitamento das águas, como se, por exemplo, o aproveitamento depender de obras permanentes e estas forem destruídas, não deverá exigir-se que decorra tal prazo para que as águas se possa dar outro destino. Neste caso, o abandono não resultará, como presunção, do não uso, podendo provar-se por outros factos. Para que se dê o abandono do apro-

veitamento nos termos do artigo 34.º n.º 4.º, é suficiente a não utilização das águas durante o prazo de cinco anos, embora não se tenham destruído quaisquer obras que para essa utilização hajam sido feitas.

Tornar-se há necessária a verificação do abandono para que as águas se devolvam ao domínio público?

No § único do artigo citado declara-se que, *decretada a caducidade* da concessão ou aproveitamento, as águas consideram-se no domínio público, revertendo as obras e instalações para o Estado ou corpo administrativo a quem o domínio das águas pertencer.

Esta disposição é aplicável a qualquer aproveitamento, parecendo assim que, só depois de decretada a caducidade, é que as águas voltam para o domínio público, não bastando para êste efeito que se dê qualquer dos factos especificados no artigo 34.º n.ºs 1.º a 4.º, mas sendo necessária a verificação dêsses factos e que se decreta a caducidade do aproveitamento.

Vê-se, porém, da própria redacção do citado parágrafo que nele se tiveram especialmente em vista as concessões de águas e designadamente as concessões para serviços públicos, pois só nestas se dará a reversão para o Estado ou corpo administrativo das obras e instalações a que o mesmo parágrafo se refere. Afigura-se-nos que, ao redigi-lo, se teve em vista o artigo 21.º do decreto de 27 de maio de 1911. Neste decreto, porém, restrito às concessões de energia hidráulica, o artigo compreendia-se. Numa disposição aplicável a quaisquer concessões e aproveitamentos, e designadamente no caso do n.º 4.º, devemos declarar que não compreendemos o al-

cance que tem nem o modo por que deve ser aplicada.

Em nosso parecer, o direito ao aproveitamento extinguir-se há pelo abandono logo que a água não seja utilizada durante o tempo de cinco anos, independentemente de qualquer decreto em que se declare a caducidade do aproveitamento.

Tratando-se de águas que tenham sido concedidas e em que o seu aproveitamento seja de utilidade pública, é óbvio que, antes de se fazer nova concessão, deverá verificar-se, no caso de abandono, se êste se deu ou não, podendo ser publicado um decreto em que por tal motivo se declare caduca a concessão.

A não publicação de tal decreto não obstará, porém, a que quaisquer interessados que, em harmonia com as normas legais, possam aproveitar-se das águas quando um aproveitamento tenha sido abandonado, façam valer os seus direitos pelos meios competentes, provando que o abandono se deu efectivamente.

36. Outros factos de que resulta a caducidade dos direitos sobre determinadas águas públicas. No artigo 34.º foram ainda especificados, como factos que determinam a caducidade das concessões e aproveitamentos:

1.º Não começar as obras no prazo marcado; 2.º Não as concluir, sem motivo de força maior, no prazo fixado; 3.º Não fazer das águas um uso proveitoso, correspondente ao fim para que foram concedidas ou se destinavam.

Estes factos referem-se às concessões. Outros factos estavam especificados, relativamente às concessões de energia hidráulica, no citado decreto de

27 de maio, que no decreto de 10 de maio não foram reproduzidos.

37. *Adquisição do direito às fontes ou nascentes de prédio alheio.* O decreto de 10 de maio reproduziu textualmente, no artigo 99.º, o artigo 444.º do Código civil, estabelecendo o direito de livre disposição para o dono do prédio do uso das águas de fontes ou nascentes que nesse prédio houver e ressaltando o direito que algum terceiro tenha adquirido a essas águas por justo título. Foi só relativamente à aquisição do direito às águas de fontes ou nascentes de prédios alheios que o decreto alterou o Código civil, consignando no § único do citado artigo 99.º a seguinte disposição:

« Considera-se título justo qualquer meio legítimo de adquirir os direitos imobiliários, reconhecido pela lei civil. A prescrição, porém, somente será atendida para os efeitos deste artigo, quando além dos demais requisitos exigidos pela lei geral, seja acompanhada de construção de obras no prédio onde existir a fonte ou nascente, de onde possa inferir-se o abandono do primitivo direito do dono do mesmo prédio ».

Pelo § único do artigo 444.º, não podia adquirir-se o direito às águas das fontes e nascentes pela prescrição, aplicando-se a tais águas o princípio formulado no artigo 439.º do Código civil para as águas das correntes não navegáveis nem fluatáveis, que declarava imprescritível o direito dos proprietários marginais ao uso dessas águas. O decreto subordina a aquisição do direito às águas de fontes e nascentes às normas que regulam a aquisição dos direitos imobiliários e refere-se expressamente à prescrição, para o efeito de restringir este meio de

adquisição, determinando que, além dos requisitos exigidos na lei geral para a posse, esta seja acompanhada de obras no prédio em que existir a nascente de onde possa inferir-se o abandono do primitivo direito do dono do mesmo prédio.

O direito de fruição da água que brota num prédio é, compreendido como está no direito de propriedade, facultativo, podendo conseqüentemente ser exercido ou não pelo proprietário, sem que do seu não exercício resulte a perda dêsse direito. O facto, pois, de o proprietário abandonar essa água deixando-a seguir o seu curso natural e o aproveitamento, pelos proprietários vizinhos, da água assim abandonada, representam, em princípio, um acto facultativo e de tolerância da parte do proprietário da nascente, não constituindo o aproveitamento por terceiros, por mais largo que seja o prazo durante o qual êle se der, posse de que resulte ou possa resultar o direito à água. Para êste efeito, necessário se torna que, pela posse, se crie uma situação de facto cuja subsistência seja incompatível com o direito de livre disposição que o proprietário do prédio tem sobre as nascentes que nele haja.

Pelo disposto no decreto, esta situação só pode constituir-se pela construção de obras no prédio onde há a nascente. E por estas obras que o aproveitamento da água deixará de ser considerado como um acto de tolerância, desde que delas possa inferir-se o abandono do primitivo direito do dono do prédio. Não se declara que as obras devam ser construídas pelo dono do prédio inferior ou dominante ou por quem por meio delas pretende aproveitar-se das águas da nascente, devendo, assim, atender-se não só a êsse facto mas também e principalmente à natureza dessas obras e ao seu fim para

verificar se são ou não idóneas para a prescrição. Desde que essas obras só aproveitem ao dono do prédio inferior e que por elas se estabeleça uma situação de facto em virtude da qual o proprietário do prédio superior não tenha, dentro dos limites do seu prédio, o direito de livre fruição das águas, tais obras não podem deixar de considerar-se como relevantes para o efeito da posse e conseqüente prescrição.

Ao contrário do que se dava na resolução de 7 de agosto de 1775 que falava de « um açude ou canal com factura constante e permanente », o decreto de 10 de maio não exige que as obras sejam permanentes. Desde que, porém, para a prescrição se exige a posse nas condições determinadas pela lei civil e que, segundo esta, a posse deve ser pública e contínua, é óbvio que só as obras permanentes poderão ser tomadas em consideração para o efeito da aquisição pela posse das águas das nascentes. Desde que sejam permanentes, a maior ou menor importância das obras não tem de ser tomada em consideração.

Para se determinar o decurso de tempo que é exigido para a prescrição, necessário é atender às condições da posse e designadamente ao título e ao registo. É assim que, sendo o direito à água da nascente transmitido *a non domino* e registando o adquirente o título de aquisição, a prescrição dar-se há no prazo de dez anos contado desde a data do registo (Código civil, artigo 526.º, n.º 2.º). Havendo má fé e não sendo o título que se registar capaz de per si para transmitir o direito à água, o simples facto do registo encurta o prazo da prescrição que é de vinte anos (Código civil, artigo 527.º). Não havendo registo mas havendo justo título e boa

fé, o prazo da prescrição será de quinze anos (Código civil, artigo 528.º).

Em quaisquer outros casos, a prescrição só se dará decorridos que sejam trinta anos (Código civil, artigo 529.º).

A prescrição só é admitida pelo decreto quando se dê a posse da água mediante a construção de obras no prédio superior. Não se considerou, pois, como suficiente para a prescrição o facto de haver *oposição não seguida*, o qual, pelo disposto no artigo 438.º § único do Código civil, era suficiente para que o aproveitamento da água, embora não fosse acompanhado da construção de obras no prédio superior, deixasse de ser considerado como um acto de mera tolerância.

Não vemos a razão por que o decreto não admitiu a doutrina do Código civil, tanto mais quanto é certo que, nos termos do artigo 510.º, a opposição feita pelo possuidor ao direito daquele em cujo nome possuía e não repelida por este é suficiente para inverter o título da posse, facto sem dúvida de conseqüências mais graves que o considerar-se, dada tal opposição, como não sendo de mera tolerância mas de posse o aproveitamento da água.

Certo é, porém, que, embora tenha havido opposição e até no caso em que esta se dê judicialmente e não seja seguida, não começa a decorrer desde tal facto tempo útil para a prescrição. Esta só pode dar-se quando haja obras no prédio superior das quais possa depreender-se o abandono do direito à água. Em qualquer outro caso, necessário é que apresente título idóneo para a transmissão do direito à água quem pretenda exercer direitos sobre nascentes em prédios alheios. Entre esses títulos há a

destinação do pai de famílias, sendo a doutrina que a êsse respeito expusemos em face das disposições do Código civil a que se deve aplicar, visto que o decreto nenhuma alteração lhes fez.

O que no § único do artigo 99.º se estabelece relativamente à aquisição do direito às águas de nascentes pela prescrição, aplicar-se há especialmente à exploração de águas subterrâneas em prédios alheios. Essa exploração pode ter-se dado com licença ou sem licença do dono do prédio onde se fez a exploração, e, no primeiro caso, a licença pode ter sido dada verbalmente.

Na nossa jurisprudência tem havido dúvidas sobre os efeitos dessa licença, sendo todavia certo que por ela não se adquire direito à água, tornando-se assim necessário que decorra o tempo necessário para a prescrição para que tal direito se adquira. A mina que no prédio onde haja a nascente for aberta, desde que a sua existência seja revelada exteriormente, não pode deixar de considerar-se como construção de obras no prédio superior de que se infere o abandono do dono do mesmo prédio à exploração das águas subterrâneas dêsse prédio na parte em que a mina for aberta.

Nesta parte deixou de haver pelo decreto a anomalia que se dava no Código civil de se adquirir pela prescrição o direito à servidão e não se adquirir o direito à água.

Talvez fosse conveniente que a lei determinasse os efeitos da licença para a exploração de águas subterrâneas em prédios alheios, fomentando assim o desenvolvimento dessa fonte de riqueza e obstando a que o proprietário do prédio onde forem encontradas águas venha a ser privado delas pelo proprietá-

rio do prédio, sem que, pelo menos, êste tenha de o indemnizar não só das despesas que fez mas ainda do valor da água. Tendo a exploração das águas subterrâneas carácter aleatório, a exigência de um título autêntico para essa exploração vem dificultá-la.

38. *Limitação ao direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes fundada no uso de uma povoação ou canal.* No decreto de 10 de maio reproduziram-se, com algumas modificações, as disposições do Código civil relativas à restrição dos direitos do proprietário de uma fonte ou nascente quanto à mudança do seu curso costumado, quando dela se abasteçam para gastos domésticos os habitantes de uma povoação ou casal. As modificações que o decreto fez tiveram como fim principal evitar as dúvidas que o Código civil havia suscitado. Estão assim redigidas essas disposições:

«Artigo 100.º O proprietário de qualquer nascente não poderá mudar o seu curso costumado, se há mais de cinco anos dela ou das suas águas vertentes se abastecerem para seus gastos domésticos os habitantes de qualquer povoação ou casal.

«Artigo 101.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.

«§ 1.º Esta indemnização será proporcionada ao prejuízo que resulte para o proprietário de ser privado do livre uso das águas e ao que lhe causar o trânsito que se tiver feito pelo seu prédio, sem atenção ao proveito que daquele uso pode tirar a povoação ou casal.

«§ 2.º As questões que a êste respeito se susci-

tarem serão resolvidas judicialmente, sendo os habitantes da povoação ou casal representados pela junta de freguesia que pagará a indemnização ».

Pelo Código civil, não se exigia um determinado período mínimo de tempo em que os habitantes de uma povoação ou casal se abastecessem da água da nascente para que o proprietário desta ficasse inibido de mudar o seu costumado curso. Atendia-se unicamente ao facto do abastecimento. O decreto exige para êsse efeito que tal abastecimento se haja dado há mais de cinco anos.

O decreto previne expressamente o caso de os habitantes se abastecerem directamente da nascente ou das suas águas vertentes e, no § 1.º do artigo 101.º, declara que a indemnização devida ao proprietário quando o direito à água não tenha sido adquirido por justo título respeita não só ao prejuízo resultante de o proprietário ficar privado do direito de livre disposição da água mas também do que lhe for causado pelo trânsito que se tiver feito pelo seu prédio. Ficou assim resolvida a dúvida que o Código civil suscitava, e no mesmo sentido que havíamos opinado, sobre se o abastecimento da água podia dar-se dentro do próprio prédio no ponto onde brota a água ou em qualquer outro, ou só fora do prédio, recaindo o direito dos habitantes apenas sobre as fontes ou nascentes que tiverem um curso exterior.

Referindo-se às *águas vertentes*, quis o decreto significar especialmente que o proprietário está inibido de dispor livremente das águas da nascente mudando o seu curso, mesmo no caso em que não seja propriamente no aqueduto por que a água é conduzida mas em qualquer corrente em que êsse curso vá desaguar que se dê o abastecimento da

água. Era esta já a doutrina seguida em face do Código civil, como notámos.

Não se determinou no decreto o sentido da palavra *casal*. Mantemos a êste respeito a doutrina que já expusemos interpretando o Código civil.

Estabelece-se no decreto, como se estabelecia no Código civil, o direito de indemnização para o proprietário da nascente quando os habitantes da povoação ou casal não hajam adquirido por justo título o direito à água. Em face do Código civil, tal direito não podia ser adquirido pela prescrição, sendo applicável ao caso o disposto no § único do artigo 444.º.

Em face do decreto, só verificando-se o requisito especial que êle exige da construção de obras no prédio onde há a nascente é que poderá invocar-se a prescrição. O uso e costume, por mais longo que seja, não poderá legitimar o direito dos habitantes da povoação ou casal.

Conveniente seria, visto tratar-se da obrigação de indemnizar o dano causado ao proprietário do prédio pela limitação ao seu direito de disposição da água e pelo prejuízo resultante do trânsito pelo mesmo prédio, que se applicassem neste caso as normas relativas à prescrição negativa. Sendo, porém, o Código civil interpretado como não admitindo esta forma de prescrição no caso sujeito e não modificando o decreto nesta parte a fórmula do Código civil, parece-nos que se deve seguir a mesma doutrina que em face dele era seguida pela nossa jurisprudência.

No decreto determinou-se expressamente que os habitantes de povoação ou casal serão representados pela junta de freguesia e que sobre esta recai a obrigação de indemnizar o proprietário da nascente

Era já a doutrina seguida em face dos princípios formulados no Código civil, admitindo-se, porém, que os habitantes também pudessem ser representados pelo município, o que se daria quando as povoações ou casais que da água se abastecessem pertencessem a mais de uma freguesia.

§ 6.º — Das aguas particulares

39. Restrição ao direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes baseada nos direitos dos proprietários dos prédios inferiores.

O direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes que pelo artigo 99.º do decreto é atribuído ao proprietário do prédio onde brotam compreende a utilização delas no próprio prédio e em qualquer outro pertencente ao mesmo proprietário, tendo este o direito de conduzir para esse fim as águas através de prédios rústicos alheios que não sejam quintas muradas, ou quintais, jardins, hortas ou pátios adjacentes a prédios urbanos. Este direito está consignado no artigo 114.º do decreto, em que se reproduziu o disposto no artigo 456.º do Código civil.

A única restrição legal ao direito de livre fruição é determinada pelo escoamento das águas vertentes. A este respeito dispõe-se no decreto.

«Artigo 103.º Ao proprietário que por indústria descobrir no seu prédio alguma nova nascente, é lícito encaminhar as águas vertentes sobre prédios alheios, contra a vontade dos donos, precedendo autorização judicial e indemnização do prejuízo, se algum causar.

«§ único. Na liquidação da indemnização será levado em conta o valor de qualquer benefício que

aos prédios servientes possa resultar do uso das águas vertentes.

«Artigo 104.º Se o dono do prédio onde naturalmente ou por indústria as águas nasçam, 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 natural.

«§ único. Esta acção só poderá ser intentada durante dois annos, contados desde o dia da inovação»

A servidão imposta no artigo 103.º aos donos dos prédios inferiores de receberem, mediante indemnização, as águas vertentes de fontes que sejam descobertas por indústria, applica-se também ás águas de fontes que brotem naturalmente sempre que essas águas sejam desviadas, pela útil applicação que o seu proprietário lhes queira dar, do seu curso natural. As dúvidas que suscitava o artigo 446.º do Código civil combinado com o artigo 2282.º não podem hoje considerar-se subsistentes, já em face do disposto no artigo 116.º do decreto, pelo qual os donos dos prédios inferiores áquele a que se dirige o aqueduto são obrigados a receber as águas vertentes e a dar-lhes passagem, contanto que sejam indemnizados dos prejuízos que daí lhes venham a resultar, já em face do artigo 104.º, cuja disposição é applicável tanto as águas que nasçam por industria como ás que nasçam naturalmente, e, em virtude dela, os vizinhos só não são obrigados a receber as águas vertentes quando o proprietário da fonte ou nascente mude o curso seguido por essas águas durante os últimos cinco annos

Não concordamos, e dissemos já por que razão, com a restrição que ao direito livre de fruição das

águas é feita pelo artigo 104.º do decreto. Admitida, porém, essa restrição, deveria ser aplicada tanto às nascentes naturais como às que sejam descobertas por indústria.

No projecto do dr. Ferreira da Silva declarava-se (artigo 73.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 em que nascem», e tornava-se extensiva esta disposição (artigo 74.º) às águas provenientes de gaiivagem, canos falsos, valas, guardamatos, alcorcas, ou de qualquer outro modo de enxugo de prédios, quando essas águas, nos últimos cinco anos, tivessem sido utilizadas em prédio ou prédios de diversos donos, antes de chegarem a alguma corrente ou outra via de escoamento.

Estas disposições, que representavam uma alteração profunda no nosso antigo direito, pelo qual o decurso natural das águas não dava direito algum aos donos dos prédios que banhassem ou atravessassem e que por elas pudessem ser beneficiados, não foram inseridas no decreto, sendo, em vez delas, assim reconhecida a doutrina tradicional:

«Artigo 105.º Os donos dos prédios para onde se derivam as águas vertentes de qualquer fãnte ou nascente podem eventualmente aproveitá-las nos mesmos prédios, mas a privação dêste uso por efeito de novo aproveitamento, que faça o dono do prédio onde as águas nascem, não constitui violação de direito».

No artigo declara-se que a privação do uso da água *por efeito de novo aproveitamento que faça o dono do prédio onde as águas nascem*, não consti-

tui violação de direito, podendo inferir-se desta disposição que haverá violação de direito quando a privação que se dê não seja por efeito de novo aproveitamento. É justo era que fosse inibido o proprietário da fonte ou nascente de privar os proprietários vizinhos do uso da água sempre que essa privação não represente para êle um benefício e o proprietário da nascente apenas tivesse em vista prejudicar êsses vizinhos.

Como já notámos, na nossa antiga jurisprudência corrigia-se o arbítrio do proprietário a êste respeito pela doutrina da emulação. Esta doutrina não foi sancionada no Código civil nem o podia ser por estar desacreditada e, ao tempo em que êle se publicou, ainda não se havia construído a teoria do abuso do direito, que tem sido sancionada nos Códigos civis que se têm elaborado desde o Código alemão

Não admitindo o nosso Código civil esta teoria e estando nele sancionado o princípio (artigo 13.º): «quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito não responde pelos prejuízos que possam derivar dêsse exercício», duvidamos de que se considere precedente o argumento *a contrario sensu* pelo qual se deveria haver como ilegítima a mudança do curso das águas vertentes sempre que essa mudança não seja efeito de novo aproveitamento e se vão privar por ela do uso dessas águas os proprietários dos prédios inferiores. Contra êla poderá dizer-se que na própria lei está formulado o princípio de que o proprietário tem o direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes e que, exercendo êsse direito, não responde pelos prejuízos que causar.

Pode, porém, notar-se que não exerce o seu direito em conformidade com a lei o proprietário que privar os donos dos prédios inferiores do uso da água

desde que não seja por efeito de nôvo aproveitamento, visto que é a própria lei que declara que a privação de tal uso não constitui nesse caso violação de direito.

Quando se dê êste alcance ao artigo 105.º, poderá ainda dizer-se que a privação não é legítima sempre que, embora a água seja útilmente aproveitada, êsse aproveitamento não seja feito pelo dono do prédio onde as águas nascem.

Não se nos afigura que o artigo 105.º deva ser assim interpretado. O proveito que o proprietário do prédio pode auferir da fonte ou nascente tanto se pode dar em qualquer uso próprio, agrícola ou industrial, como na alienação da água para que seja utilizada por terceiro. Qualquer restrição a êste respeito que se funde apenas no curso natural da água e no prejuízo que para os prédios inferiores possa resultar da mudança dêsse curso não tem fundamento plausível.

40. Exploração das águas subterrâneas em prédios particulares; restrições. No artigo 102.º do decreto formula-se o princípio: « É lícito a qualquer procurar águas subterrâneas no seu prédio por meio de poços ordinários ou artesianos, fossos ou quaisquer escavações, contanto que não prejudique direitos que terceiro haja adquirido por justo título sobre águas dêsse prédio ».

Salvas as palavras *subterrâneas* e *ordinários ou artesianos* que escusadamente se acrescentaram, o artigo citado é a reprodução textual do artigo 450.º do Código civil. Parece que êste artigo nenhuma dificuldade de exêge suscitou, quando é certo que às palavras *por justo título* se tem dado sentido diverso, e que tem havido dúvidas sobre o direito do

proprietário do prédio à exploração de novas nascentes quando nele haja nascente pertencente a terceiro.

Vimos a êste respeito, a propósito do artigo citado do Código civil, qual o estado da nossa jurisprudência, nada tendo que dizer de nôvo sobre a matéria, visto que o decreto nenhuma alteração fez, e lamentando apenas que não houvessem sido devidamente esclarecidas no decreto as questões a que nos referimos.

Além da restrição ao direito de exploração resultante do direito que terceiro haja adquirido sobre águas do prédio, há a do artigo 109.º do decreto que preceitua « Aquele que, por qualquer forma, alterar ou fizer diminuir as águas de fonte ou reservatório destinados a uso público será obrigado a repor as cousas no estado anterior, e, não sendo isso possível, terá de fornecer para o mesmo uso, em local apropriado, água equivalente àquela de que o público foi privado ».

A primeira parte dêste artigo é a reprodução textual do artigo 451.º do Código civil e, acêrca dela, ficaram subsistindo as dúvidas que êste artigo suscitava, salvo a relativa a fontes e logradouros de uso comum, visto que, na classificação das águas feita pelo decreto, estas fontes e logradouros são públicos também.

Discutia-se a admissibilidade dos embargos de obra nova para o efeito de evitar que houvesse diminuição das águas da fonte ou reservatório. A obrigação em que fica quem, explorando águas, diminuir as de fonte ou reservatório público, de fornecer para o mesmo uso, em local apropriado, água equivalente àquela de que o público foi privado, faz-nos inclinar para a doutrina de que o embargo não é admissível.

41. *Águas pluviais que caem directamente em prédios particulares.* O decreto de 10 de maio, tendo considerado públicas as águas pluviais que caírem em algum prédio particular logo que transponham abandonadas os limites do respectivo prédio e se vão lançar no mar ou em outras águas do domínio público, e particulares as águas pluviais que caírem num prédio particular enquanto não transpuserem abandonadas os limites do mesmo prédio, determina o regime destas águas no artigo 106.º e § único, em que se reproduziu fundamentalmente o disposto no artigo 454.º do Código civil. O regime das águas pluviais que, formando torrentes ou enxurros, atravessam prédios particulares e bem assim das que correm por terrenos, estradas ou vias públicas, está regulado nos artigos 26.º a 29.º. Em relação a estas águas, o seu regime é o mesmo que havia sido estabelecido no Código civil, artigo 453.º, a que no decreto se faz referência. Quanto às águas dos barrancos, torrentes e enxurros que confinam com prédios particulares, os direitos que aos donos dos prédios marginaes são atribuídos pelo decreto são os mesmos que, em face dos princípios formulados no Código civil e das disposições dos decretos de 1 e de 19 de dezembro de 1892, tinham na legislação anterior, não estando essas águas subordinadas ao mesmo regime que as das correntes não navegáveis nem flutuáveis.

Relativamente às águas pluviais particulares, preceitua-se no artigo 106.º:

« As águas pluviais que caem directamente sobre qualquer prédio rústico ou urbano podem ser livremente ocupadas e usufruídas pelo dono do dito prédio, a quem será lícito represá-las por meio de obras permanentes, precedendo neste caso licença do res-

pectivo director dos Serviços Fluviais e Marítimos, restrita às condições de segurança e salubridade das construções ».

« § único. Não poderão os donos dos prédios onde caem águas pluviais desviar estas do seu curso natural para lhes darem outro, sem consentimento expresso dos donos dos prédios a quem tal mudança causar prejuízo ».

A faculdade que em face do Código civil, como lógico corolário do princípio da livre ocupação das águas que caem num prédio particular, dissemos que tinha o proprietário d'este de represar tais águas dentro do mesmo prédio, foi expressamente consignada no decreto, que apenas requiere para êsse efeito prévia licença da direcção dos Serviços Fluviais e Marítimos, licença que é restrita às condições de segurança e salubridade das construções. É óbvio que às águas represadas pode o seu proprietário dar o destino que melhor lhe aprouver, utilizando-as no próprio prédio ou em qualquer outro e alienando-as.

42. *Águas de canais, levadas e aquedutos de derivação.* Tendo sido considerados pelo decreto como do domínio particular os canais, levadas, aquedutos, reservatórios, albufeiras e demais obras construídas por pessoas singulares ou colectivas para captagem, derivação ou represamento das águas públicas ou particulares no interesse da agricultura ou da indústria, foram estas águas reguladas no título relativo às águas particulares. Não está, porém, completamente definido neste título o regime dessas águas, tornando-se necessário completar as disposições nele consignadas com as dos artigos 132.º a

135.º inseridos no título VI, que tem por epígrafe *disposições gerais*.

Em face do direito anterior ao decreto, considerámos os canais, levadas ou aquedutos de derivação de águas públicas ou de águas particulares como sendo *comuns* se as respectivas obras houvessem sido feitas a expensas dos municípios ou das freguesias, fossem estas que regulassem a distribuição das águas e estivesse a seu cargo a sua administração. Quando a derivação houvesse sido feita pelas pessoas singulares que dessas águas se aproveitassem, considerámos essas águas como particulares, podendo tais águas estar divididas ou *pro-indiviso* e sendo-lhes aplicáveis, neste caso, as normas relativas à divisão de coisa comum.

Apesar de considerar as águas dos aquedutos de derivação como sendo do domínio particular, o decreto refere-se especialmente aos canais, levadas ou aquedutos construídos pelo município ou freguesia e sujeita êsses canais, levadas ou aquedutos à administração das respectivas corporações. Embora não seja muito lógico êste regime, era o único que o legislador podia adaptar em face dos interesses criados e a que de outra forma não seria fácil prover.

Sendo certo que as águas dos aquedutos de derivação, até no caso em que estes fossem construídos a expensas de alguma autarquia local, estão individualmente apropriadas, sendo essas águas, já por sentença, já por uso ou costume, utilizadas na irrigação de determinados prédios ou para certos fins industriais, não o é menos que as obras para a sua derivação tiveram por fim o interesse comum e que de interesse comum se devem considerar, podendo assim tais águas ser incluídas no número daqueles bens que a nossa legislação administrativa considera

de logradouro comum. E assim se explicava que essas águas fossem administradas pelas câmaras municipais e juntas de freguesia e pudessem ser objecto de posturas ou regulamentos.

O decreto atendeu especialmente ao facto de tais águas estarem apropriadas para as considerar como águas particulares; não deixou, porém, de ter em vista que a derivação dessas águas, quando feita por algum município ou freguesia, tem por fim o interesse de povoações dêsse município ou freguesia e não de um ou outro indivíduo em particular, e que êsse mesmo interesse exigia que nessas águas superintendesse a corporação que administrativamente representava essas povoações.

Assim se explica que, tendo estabelecido no artigo 107.º o princípio de que as águas dos canais, levadas e aquedutos de derivação, albufeiras e reservatórios de armazenamento, construídos por pessoas singulares ou colectivas, consideram-se particulares, pertencendo o seu uso aos prédios e oficinas em cujo proveito se encontrarem construídas as respectivas obras, os quais aproveitarão a água nos termos da concessão ou de harmonia com os direitos adquiridos fundados em título justo, declara no artigo 108.º:

« Os canais, levadas ou aquedutos construídos pelo município ou freguesia serão administrados pela respectiva corporação, que regulará o uso e distribuição das águas.

« § 1.º Quando as obras desta natureza tenham sido construídas por uma ou mais povoações em comum, compete a sua administração à câmara municipal ou à junta de freguesia, conforme as obras forem ou não de interesse para mais de uma freguesia do respectivo concelho.

« § 2.º As corporações administradoras, nos termos dêste artigo, regularão o uso e distribuição das águas e procederão à conservação, limpeza e desobstrução das obras, podendo fazer posturas e regulamentos para êsse fim, mas ficando-lhes vedado fazer novas concessões de águas com prejuízo dos anteriores utentes ».

Os direitos dos proprietários que se utilizam das águas dos aquedutos, quer estes hajam sido construídos por pessoas singulares, quer por pessoas colectivas, que o decreto congloba na fórmula « direitos adquiridos fundados em justo título », podem ter sido adquiridos anteriormente à publicação do Código civil e posteriormente, devendo, no primeiro caso, ser determinados em harmonia com o preceituado no artigo 438.º e § único do Código civil, e, no segundo, conforme as disposições dêste Código e legislação posterior.

Dissemos que, em relação a estas águas e ao contrário do que sucedia com as das correntes não navegáveis nem fluviáveis e com as das fontes e nascentes, se podia adquirir e perder o direito a elas por meio da prescrição.

O decreto consignou a êste respeito, no artigo 133.º, a seguinte disposição.

« As águas fruídas em comum que por deliberação de carácter permanente do respectivo corpo administrativo, por uso e costume, ou posse, seguidos há mais de trinta anos, estiverem divididas ou subordinadas a um regime estável e normal de distribuição, continuarão a ser aproveitadas por essa forma, sem nova distribuição ».

As palavras *uso e costume* de que se usa neste artigo devem ter o mesmo alcance que as do artigo

438.º do Código civil, sendo as praxes seguidas na utilização das águas. Pelo uso e costume não se adquiriu direito a determinadas águas posteriormente ao Código civil, não obstante assim as praxes seguidas pelos proprietários a que se procedesse à divisão das águas dos aquedutos entre os proprietários que a elas tinham direito, divisão que deveria fazer-se em harmonia com as precisões de cada prédio. Apenas se respeitavam, pois, os usos e costumes anteriores ao Código civil

Em face do decreto, o uso e costume seguido há mais de trinta anos é título suficiente para a aquisição do direito às águas, não podendo ser alterada a situação que por êsse uso e costume se constituiu.

Refere-se o decreto também à *posse*. Esta é o uso agrícola ou industrial das águas em relação a cada prédio, por que, constituindo se uma mera relação de facto, se podia converter em situação jurídica pela prescrição. Segundo o decreto, para que a prescrição se dê é necessário que a posse se prolongue efectivamente durante trinta anos.

Sucedo, por vezes, que alguns proprietários tenham direito a determinados dias de água ao passo que em relação a outros não há êsse direito, estando estes sujeitos à distribuição que seja feita pelas entidades competentes.

Em tal caso, deve respeitar-se, na divisão que entre estes seja feita, o direito que êsses proprietários têm, podendo êles invocar para êsse efeito a posse em que estejam há mais de trinta anos.

43. Usos abolidos pelo decreto. No decreto foram abolidos alguns usos e costumes relativos ao aproveitamento das águas de aquedutos, determinando-se a êste respeito o seguinte

« Artigo 134.º São abolidos no aproveitamento das águas os usos e costumes e as posses de as utilizar pelo sistema chamado de *torna-tornarás*, ou outros semelhantes, mediante os quais a água comum pertença ao primeiro ocupante, sem outra norma de distribuição que não seja o arbítrio, susceptível de causar o extravasamento e a perda. As águas que assim tenham sido utilizadas consideram-se indivisas para todos os efeitos.

« Artigo 135.º São igualmente abolidos e reprovados, como opostos aos fins do presente decreto, os usos e costumes e as posses, por mais antigas que sejam, de romper ou esvasiar os açudes e diques construídos superiormente, distraindo deles água para ser utilizada em prédios ou engenhos inferiormente situados, que por lei ou contrato não tenham comunhão na água. Existindo a comunhão fundada em título justo, as águas consideram-se indivisas ».

Nas considerações que fizemos acêrca das águas de *torna-torna* ou *torna-tornarás*, notámos que estas águas são especialmente utilizadas na lima das terras e que a dificuldade que se opunha à sua divisão se dava na conciliação dos interesses dos consortes, não sendo suficiente para pôr termo aos conflitos que dêsse uso derivavam uma disposição em que êle fosse proibido, tornando-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 dessas águas.

O decreto, abolindo os usos e costumes e as posses de utilizar as águas pelo sistema do *torna-tornarás* ou outros semelhantes, limitou-se a considerar as águas que assim tenham sido utilizadas como indivisas para todos os efeitos. A estas águas apli-

car-se há, pois, a disposição consignada no artigo 132.º, de que adiante trataremos. Emquanto não se fizer, porém, a divisão das águas, nenhum critério se estabelece para a utilização delas e é natural que continuem a ser utilizadas do mesmo modo, apesar de ser abolido o uso até agora seguido.

Quando tais águas sejam administradas pelas câmaras municipais ou juntas de freguesia, entendemos que poderão, por meio de posturas ou regulamentos, determinar o modo por que deverão ser aproveitadas e que poderão incumbir a pessoas por elas nomeadas a sua distribuição. Tratando-se, porém, de aquedutos em que as entidades referidas nenhuma ingerência tenham, afigura-se nos que subsistirá a mesma situação.

Quanto aos usos e posses de esvasiar ou romper os açudes e diques construídos superiormente, distraindo deles água para ser utilizada em prédios ou engenhos inferiormente situados que *por lei* ou *contrato* não tenham comunhão na água, cumpre-nos notar que êsses usos e posses serão ordinariamente o meio por que os proprietários dos prédios inferiores efectivam o direito de se utilizar das águas nos dias ou horas em que elas lhes pertençam. Este direito pode fundar-se em qualquer dos títulos especificados no artigo 438.º do Código civil, que foram ressaltados pelo decreto.

Declarando-se, porém, abolidos êsses usos e posses, determina-se que, tendo os prédios inferiores, por *justo título*, comunhão nas águas, estas consideram-se indivisas. É óbvio que a expressão *justo título* não compreende apenas a lei e o contrato, como óbvio é também que, se o esvasiamento ou ruptura dos açudes se faz para que os prédios infe-

riores se utilizem da água no tempo em que a ela têm direito, essas águas não podem considerar-se indivisas.

Em nosso parecer, o decreto não quis abranger este caso e tanto que apenas declara abolido e reprovado o uso a que se refere se os prédios ou engenhos inferiormente situados não tiverem comunhão na água, havendo, caso se dê esta comunhão, o direito à sua divisão. A hipótese de o prédio ou engenho inferior ter direito à água e de esta estar dividida, não está consequentemente compreendida no artigo

44 *Derivação das águas.* No artigo 132.º do decreto preceitua-se:

« Nenhum conteúdo de águas de qualquer natureza é obrigado a permanecer na indivisão, podendo em qualquer tempo requerer que sejam divididas em proporção da superfície, necessidades e natureza da cultura dos terrenos a regar ou da potência de qualquer engenho a pôr em laboração.

« § 1.º A divisão pode fazer-se repartindo o caudal da corrente ou o tempo da sua utilização, como mais convier ao aproveitamento da água.

« § 2.º A divisão de todas as águas fruídas em comum é aplicável o processo especial estabelecido nos artigos 566.º e 567.º do Código de processo civil.

« § 3.º Nas acções de divisão de águas as custas serão rateadas por todos os interessados, na proporção do quinhão que tiverem na água, mas, se houver opposição, as custas desta serão pagas pelo vencido na proporção em que o for ».

Os artigos 566.º e 567.º do Código de processo civil regulavam o processo para a divisão das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis entre

os prédios adjacentes às mesmas correntes. Para a divisão de águas particulares de que fossem contentes vários consortes, o processo que devia seguir-se era o da divisão de coisa comum, de que tratam os artigos 568.º e seguintes do mesmo Código. Para as águas provenientes de derivações, aquedutos ou levadas, declarava-se no regulamento de 19 de dezembro de 1892 (artigo 223.º) que, no caso de não estarem divididas, a sua divisão seria feita pela Direcção dos Serviços Fluviais e Marítimos, seguindo-se nesse serviço as prescrições estabelecidas para a divisão das águas das correntes não navegáveis nem flutuáveis.

O decreto sujeitou, quanto à sua divisão, todas as águas, seja qual for a sua natureza, ao mesmo processo. Quer se trate, pois, de águas de correntes não navegáveis nem flutuáveis, quer de águas de aquedutos ou levadas e, em relação a estas, quer esses aquedutos sejam administrados pelas câmaras municipais ou juntas de freguesia, quer não, na sua divisão, sempre que os interessados não a façam amigavelmente, terá de seguir-se o processo especial estabelecido nos artigos 566.º e 567.º do Código de processo civil, applicando-se nessa divisão os critérios que para esse efeito se fixaram no artigo 132.º do decreto. Para a irrigação, manda-se atender à superfície, necessidades e natureza da cultura dos terrenos. É o mesmo critério do artigo 436.º § 2.º do Código civil e do artigo 222.º § 1.º do regulamento de 19 de dezembro de 1892. Para fôrça motriz, o critério que se estabelece para a divisão é a potência de qualquer engenho a pôr em laboração.

Relativamente às águas de aquedutos ou levadas, cremos que não haverá caso algum em que os usos industriais dessas águas não estejam devidamente

determinados por algum dos títulos especificados no artigo 438.º do Código civil, não podendo assim suscitar dúvidas a aplicação de tal critério. Quando o haja, deverá ter-se em consideração que o direito à água deriva do uso que dela se tenha feito e que não pode aumentar-se a potência de qualquer engenho pedindo-se para que na divisão da água se tenha em vista êsse aumento.

45. *Direito às águas sobejas.* As águas dos aquedutos e levadas pertencem aos utentes que a essas águas tenham direitos adquiridos ou a quem hajam sido concedidas. Mesmo no caso em que essas águas sejam administradas pelas câmaras municipais e juntas de freguesia e sejam elas que regulem a sua distribuição, esta só pode fazer-se entre os antigos utentes

Para que essa distribuição seja feita, para fins agrícolas ou industriais, a quem às águas não tenha direito, torna-se necessária nova concessão, mas esta não pode fazer-se com prejuízo dos anteriores utentes. É o que preceitua o § 2.º do artigo 108.º, em que se aplica o princípio estabelecido no artigo 80.º relativo aos aproveitamentos de interesse privado. As concessões para estes aproveitamentos só podem fazer-se no caso de as águas serem sobejas e poderem ter cômoda divisão, sem prejuízo da cultura já feita ou do engenho já construído.

Tratando-se, pois, de águas de levadas ou aquedutos que estejam na administração das câmaras municipais ou das juntas de freguesia, podem estas fazer concessões das águas sobejas.

Quanto aos aquedutos ou levadas que não sejam administrados pelas câmaras municipais ou pelas juntas de freguesia, os consortes dessas águas podem

dispor delas, como águas particulares que são, quer essas águas sejam sobejas, quer não.

A única restrição que há quanto às concessões feitas pelas câmaras e juntas de freguesia e à disposição pelos consortes é a consignada no artigo 120.º do decreto em que se preceitua que, se a água do aqueduto não for toda necessária a seus donos e os donos dos prédios servientes queiram ter parte na excedente, ser-lhes há concedida essa parte a todo o tempo em que a requeiram, mediante prévia indemnização e pagando, além disso, a cota proporcional à despesa feita com a condução dela até o ponto donde a pretendam derivar. O mesmo direito é atribuído no artigo 94.º § 2.º aos donos dos prédios servientes nos aproveitamentos de interesse privado.

Pelo artigo 460.º do Código civil o direito de terem participação na água sobeja era reconhecido a qualquer proprietário que dessa água pudesse utilizar-se, sendo no § único do artigo citado atribuído o direito de preferência aos donos dos prédios servientes.

Pelo decreto, só estes têm direito à água, podendo os consortes alienar e as entidades a quem pertence a sua administração conceder essas águas mas não lhes sendo imposta obrigação alguma a êsse respeito.

§ 7.º — Das águas minero-medicinaes

46. *O que são as águas minero-medicinaes e a quem pertence a sua propriedade.* No artigo 128.º do decreto 5787-III declara-se que as águas minero-medicinaes continuarão a ser aproveitadas

em harmonia com a legislação especial que lhes diz respeito. Com a mesma data de 10 de maio de 1919 foi publicado, no 18.º suplemento ao *Diário do Governo*, 1.ª série, n.º 98, o decreto 5787-F, relativo às referidas águas, decreto com força de lei, que entrou imediatamente em vigor, ficando por êle apenas revogada a legislação em contrário, como se determina no artigo 93.º. As disposições da legislação anterior que não sejam incompatíveis com as disposições do decreto devem, pois, considerar-se em vigor.

Vamos expor os princípios fundamentais do decreto acêrca das águas minero-medicinais e determinar os direitos dos proprietários dos prédios onde essas águas brotam.

No decreto declara-se, artigo 1.º, que se consideram águas minerais, medicinais ou minero-medicinais naturais, para os efeitos do mesmo decreto, as que, distinguindo-se das friáticas da respectiva região pela temperatura, qualidade especial dos elementos mineralizadores, maior riqueza dêsses elementos, presença de anidrido carbónico, rádio ou suas emanações e outras substâncias, sejam geologicamente reconhecidas de procedência ou circulação profunda e possam ser tidas como agentes terapêuticos por comparação analítica com outras águas similares.

As águas minerais, medicinais ou minero-medicinais naturais dá-se no decreto a denominação de *águas minerais* e declara-se, artigo 2.º, que o direito de propriedade das nascentes de águas minerais pertence ao Estado e que a sua captação e a exploração dos estabelecimentos anexos só poderá ser feita mediante autorização do Governo, no continente da República e ilhas adjacentes.

No Código civil e no decreto de 30 de setembro de 1892 não se atribuía ao Estado a propriedade das águas minerais.

No Código civil declarou-se, artigo 445.º, que o uso das águas medicinais poderá ser regulado administrativamente, conforme o exigir o interesse público, contanto que o seu proprietário seja indemnizado dos prejuízos que com isso padecer. No decreto de 30 de setembro preceituava-se, artigo 2.º, que não era permitida a captação e exploração de águas minero-medicinais por qualquer forma sem prévia autorização do Governo e permitindo-se, artigo 3.º, a qualquer indivíduo, empresa ou corporação, fazer pesquisas para reconhecer nascentes de águas minerais em terreno próprio ou com consentimento dos proprietários do solo para proceder a quaisquer trabalhos indicados no projecto ou documento pelo qual se provasse claramente que estava habilitado a satisfazer as indemnizações que por êsse motivo teria de pagar. E no artigo 8.º determinava-se que, se os proprietários do solo recusassem a licença, o Governo poderia decretar, a requerimento do interessado, 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 concessionário, dos prejuízos que lhe podiam resultar de ser privado da água das nascentes nos usos domésticos, agrícolas ou industriais em que as utilizasse.

Subsistirá, perante a declaração de que a propriedade das águas minerais pertence ao Estado, êste direito dos proprietários do solo em que brotam as nascentes?

Para responder a êste quesito, necessário é ver

qual o regime do decreto 5787-F relativamente à pesquisa e concessão das águas minerais.

47 *Manifesto das águas e sua pesquisa.* Ao contrário do que se dispunha no decreto de 30 de setembro de 1892 que permitia a pesquisa das águas minerais sem formalidade alguma prévia, o decreto citado exige não só para a concessão da exploração mas para a pesquisa o manifesto das nascentes.

Relativamente ao manifesto, preceitua-se. artigo 4.º, que qualquer indivíduo que queira assegurar o seu direito à exploração de uma nascente de águas minerais tem de apresentar na câmara municipal do concelho respectivo, pessoalmente ou por um delegado seu independentemente de procuração por escrito, a nota do manifesto, lavrando-se imediatamente termo de registo e passando, desde logo, o chefe da secretaria municipal, guia para entrega da quantia de 10\$ na tesouraria de finanças do mesmo concelho, devendo o manifestante apresentar, no prazo de 48 horas, o recibo comprovativo de entrega, sem o que o registo ficará de nenhum efeito.

Declara-se, artigo 7.º, que na secretaria da câmara municipal do continente e ilhas adjacentes haverá um livro, devidamente numerado e rubricado pelo presidente da comissão executiva, destinado a receber os registos das notas de manifesto, livro que estará sempre patente a quem o desejar consultar na presença do chefe da secretaria, e no artigo 8.º preceitua-se que, no acto de ser apresentada em qualquer câmara uma nota de manifesto, o chefe da respectiva secretaria deverá imediatamente registá-la no livro competente, de modo que entre os dois registos consecutivos não fique nenhum espaço em branco, declarando-se o dia e a hora em que foi

apresentada e assinando o termo de registo o chefe da secretaria e o apresentante ou seu delegado.

Na nota do manifesto deve declarar-se, artigo 9.º: 1.º o nome, naturalidade, residência, idade, estado civil e profissão do manifestante, 2.º a natureza da água descoberta ou presumível; 3.º o nome e descrição da localidade onde se encontra a nascente, suas confrontações, nome e residência do proprietário ou proprietários do solo

A falta de clareza na determinação da nascente é causa da nulidade dum manifesto (artigo 7.º, § único).

No artigo 11.º declara-se que havendo mais de um manifestante da mesma nascente a requerer a concessão, serão estudadas minuciosamente pela Inspeção das águas as circunstâncias relativas a cada registo. A prioridade do registo, feito em conformidade com o artigo 9.º, será sempre a razão da preferência

Feito o registo na câmara municipal são concedidos, artigo 12.º, doze meses ao interessado para proceder às pesquisas, e, findo este prazo, deverá requerer a concessão sob pena de nulidade. Não sendo requerida, artigo 15.º, a concessão dentro do referido prazo, o manifesto caduca e a propriedade do registo passa para o Estado, não podendo repetir-se o manifesto.

Os trabalhos de pesquisa podem ser feitos por qualquer pessoa que tenha feito o manifesto. Quanto aos terrenos em que podem fazer-se pesquisas determina-se, artigo 14.º, que nos terrenos não cultivados, quer pertençam ao Estado ou corpos administrativos locais, quer a particulares, se podem fazer desde que o seu autor se sujeite às indemnizações que podem ser exigidas em conformidade do decreto.

Em terrenos cultivados pertencentes a particulares, é necessária, artigo 15.º, licença por escrito do proprietário. Se o proprietário não der licença, será esta suprida pelo administrador do concelho, que, tendo tomado conhecimento da recusa e da necessidade das pesquisas, mandará, no prazo de oito dias, avaliar os prejuízos que possam resultar à propriedade e a renda devida pela parte a ocupar. Feita esta avaliação, o requerente é obrigado a prestar caução para garantia da renda e da indemnização dos prejuízos, sendo o proprietário intimado no prazo de cinco dias a consentir nos trabalhos de pesquisa.

A decisão do administrador admite recurso, no prazo de três dias a contar da intimação, para o governador civil do distrito quanto à renda e à indemnização.

Em terrenos cultivados pertencentes aos corpos administrativos locais, cabe a estes, artigo 16.º, dar licença, devendo o interessado garantir, por meio de caução, a renda pelo terreno a ocupar e a indemnização dos prejuízos que possa causar no prédio. Em caso de recusa, a licença será suprida pelo administrador do concelho respectivo nos termos referidos.

Em terrenos cultivados pertencentes ao Estado, só o Governo, artigo 16.º §§ 1.º e 2.º, poderá permitir pesquisas mediante requerimento, que deverá ser entregue ao administrador do respectivo concelho que, dentro de cinco dias, o enviará ao governador civil devidamente informado. O governador civil, dizendo sobre o assunto o que se lhe oferecer, enviará o requerimento no prazo de dez dias ao Ministério do Trabalho que, ouvido o Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, dará ou negará a licença. A licença será dada por portaria publi-

cada no *Diário do Governo*, sendo o requerente obrigado a garantir por meio de caução e perante o administrador do concelho, a importância dos prejuízos que possam resultar para o prédio

No artigo 17.º preceitua-se que em jardins, hortas e quaisquer prédios de regadio só o proprietário pode conceder licença para trabalhos de pesquisa, não sendo admissível portanto o suprimento dessa licença, e no artigo 18.º proibem-se os trabalhos de pesquisa ou quaisquer outros a distância inferior a 30 metros de qualquer edificio, caminho de ferro, estrada, canal ou fonte pública, salvo se o Governo, em relação às servidões públicas, e os particulares, relativamente aos seus prédios, consentirem na diminuição daquelas distâncias. Estas distâncias podem ser aumentadas em casos especiais, e nas zonas de fortificação e outros estabelecimentos militares serão respeitadas as disposições da carta de lei de 24 de maio de 1902.

No artigo 19.º declara-se que se consideram trabalhos de pesquisa os necessários para que a nova nascente se apresente em franca emergência e isolada das águas friáticas. Todos estes trabalhos têm carácter provisório, não podendo estabelecer-se obra de captação definitiva sem autorização do Governo.

48. *Concessão das águas; a quem pode ser feita e quem tem direito a ela.* A concessão das águas minerais pode ser feita a qualquer pessoa nacional ou estrangeira. É o que se declara no artigo 20.º do decreto, determinando-se no artigo 29.º que os estrangeiros, tanto indivíduos como sociedades, que requererem concessões de nascentes, ficam por esse facto sujeitos às leis e tribunais portugueses, em todos os actos e operações que se refiram ou

respeitem às concessões que lhes sejam feitas ou às questões que delas nasçam.

Quanto às águas minerais não se estabeleceram, pois, para os estrangeiros as restrições que para as concessões de águas públicas se fizeram no decreto 5787 IIII e no regulamento de 20 de dezembro de 1919.

A concessão tanto pode ser feita a pessoas singulares como a pessoas colectivas, devendo aplicar-se, quanto a estas, as normas gerais que regulam a sua capacidade civil. É de notar que, atentos os benefícios públicos que da exploração das águas minerais resultam, essa exploração está dentro do âmbito das funções que competem aos corpos e corporações administrativas, compreendendo-se nesta expressão as pessoas colectivas de fins desinteressados. Tanto assim é que no decreto se preceitua (artigo 87 °) que as águas minerais dos corpos e corporações administrativas podem ser administradas directamente ou adjudicada em hasta pública a sua exploração, mediante autorização do Governô. O Estado também pode explorar as águas minerais. É assim que no artigo 88 ° se declara que as aguas minerais e os estabelecimentos hidroterápicos pertencentes ao Estado, explorados directamente por êste ou dados de arrendamento, ficam sujeitos às disposições do decreto e sob a jurisdição do Ministério do Trabalho.

Podendo a concessão de águas minerais ser feita a nacionais ou estrangeiros, tem devido a ela quem haja manifestado a água, ou a pessoa a favor de quem haja sido transmitido o registo, e tenha procedido aos trabalhos de pesquisa, desde que a requeira dentro do prazo de doze meses. Quando haja mais do que um registo, é pela prioridade dêste que se determina a preferência.

49 Formas de concessão. Quanto ao modo por que é instituída a concessão, esta pode ser feita mediante requerimento ao Ministério do Trabalho ou por concurso.

A instituição mediante requerimento dá-se a favor de quem tenha feito o manifesto e os trabalhos de pesquisa.

No requerimento deve declarar-se (artigo 20.°):

1.° O nome, idade, estado civil, naturalidade, residência e profissão do proprietário do manifesto;
2.° A situação da nascente com a indicação do concelho e freguesia onde a nascente foi descoberta.

Ao requerimento deverá o interessado juntar (artigo 21 °):

1.° O nome ou morada pelos quais deseja tentar conhecidas as águas;

2.° Uma nota compreendendo a análise qualitativa da água de cada nascente quando forem de mineralização diversa, feita no laboratório do Instituto Superior de Hidrologia ou em outro com prática reconhecida destas análises,

3.° A licença dos proprietários do solo para proceder aos trabalhos indicados no projecto, ou o documento pelo qual prove que está habilitado a satisfazer as indemnizações pelos prejuizos que êsses trabalhos possam ocasionar aos referidos proprietários,

4.° Documento pelo qual prove ter os fundos necessários para executar e desenvolver convenientemente o projecto de trabalhos apresentados,

5.° Documento pelo qual prove ter depositado no Banco de Portugal, como Caixa Geral do Estado, a quantia de 250\$.

6.° Uma planta topográfica, orográfica e geo-hidrológica, na escala de 1/10.000, orientada segundo

a linha norte-sul astronómica, quer pelos processos astronómicos, quer pelos azimutes dos lados dos triângulos geodésicos, sendo nela indicada a posição rigorosa das nascentes,

7.º A planta e cortes dos trabalhos a executar, na escala mínima de 1/100, tanto para a captagem das nascentes como para a utilização terapêutica das águas,

8.º Uma memória descritiva indicando

a) As condições de emergência das correntes presumível ou verificada;

b) O volume das nascentes, suas temperaturas, com indicação da pressão barométrica, no dia e hora das observações;

c) Descrição detalhada do método de captagem, modo de execução e materiais a empregar,

d) A indicação das águas potáveis que se possam obter na localidade, a descrição da região, as condições da vida local, os meios de comunicação e todas as demais indicações concernentes ao melhor aproveitamento das nascentes.

9.º Descrição das qualidades e importância medicinais da nascente, firmada por um médico hidrologista;

10.º O projecto e memória descritiva, bem como a execução dos trabalhos, serão feitos sob a direcção de um engenheiro ou condutor de minas com prática profissional,

11.º Declaração do médico hidrologista, nos termos do decreto, que assume a direcção técnica do estabelecimento hidroterápico.

Logo que o requerimento dê entrada na Repartição de Minas, esta fará publicar no *Diário do Governador* (artigo 22.º) um édito de sessenta dias, den-

tro dos quais poderão ser recebidas, sob a forma de requerimento, com a assinatura reconhecida, as reclamações devidamente justificadas, dos que se julgarem com direito a impugnar o pedido de concessão. Do edital serão enviadas em seguida à publicação três cópias ao governador civil do distrito a que pertencer a nascente, o qual ordenará a sua afixação por espaço de oito dias, na sede do distrito e nas sedes da administração do concelho e da freguesia respectiva, enviando depois à Repartição de Minas as certidões de terem sido efectivamente afixados os editais durante aquele tempo (artigo 22.º § único).

Terminado o prazo dos editais, a Repartição de Minas enviará todo o processo a Inspecção das Águas para se proceder ao reconhecimento. O engenheiro encarregado desse serviço estudará detidamente as condições da nascente e, se verificar que a planta a que se refere o n.º 6.º do artigo 22.º não satisfaz às condições exigidas no decreto, comunicá-lo-há ao interessado, que deverá apresentar nova planta e proceder a novos trabalhos de pesquisa no prazo improrrogável de quatro meses, findos os quais, não os apresentando, caducará o pedido. A nova verificação será feita à custa do requerente que, para esse fim, deverá juntar ao requerimento o documento pelo qual prove ter depositado no Banco de Portugal ou em qualquer das suas agências a quantia de 50\$. O médico adjunto da Inspecção das Águas emitirá o seu parecer sobre o pedido da concessão (artigo 22.º e §§ 1.º a 3.º).

Ao proceder ao reconhecimento da nascente deverá o engenheiro, com a necessária antecedência, convidar o interessado e os concessionários das nascentes limitrofes, se as houver, ou os seus represen-

tantes legais, para comparecerem em dia e hora determinada, no local da nascente e ali, em presença dos que comparecerem, procederá à demarcação requerida. Esta demarcação será sempre traçada em relação a pontos fixos (artigo 25.º e § único)

Os pontos de demarcação serão fixados em presença do interessado e dos representantes das nascentes limitrofes, se as houver, lavrando o engenheiro um auto de demarcação que será assinado por todas as pessoas presentes que souberem escrever e acompanhará o seu relatório.

O Governo, ouvido o Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos sobre o processo de concessão, enviado no prazo máximo de cento e vinte dias pela Inspeção das Águas, deliberara, concedendo definitivamente por tempo ilimitado, por meio de alvará e com as condições gerais e aquelas que julgar convenientes, ou denegando a concessão pedida. Os limites determinados de uma concessão, limites que constituem a demarcação, são considerados como os traços sobre o terreno de tantos planos verticais, prolongados em profundidade indefinidamente, quantos são os lados do polígono que constitui a demarcação (artigo 27.º).

Se ao fazer o reconhecimento surgirem reclamações da parte dos representantes das nascentes limitrofes sobre a demarcação da nova nascente, e o engenheiro não puder atendê-las de modo que fique traçada a demarcação a contento de todos, será o processo remetido para a Repartição de Minas com a demarcação que o mesmo engenheiro propuser e justificar e a cópia das reclamações que no acto forem apresentadas. O Governo, ouvido o Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, resolverá sobre essas reclamações (artigo 28.º).

A cada nascente ou grupo de nascentes de águas minerais será concedida (artigo 24.º) uma área reservada, mínima de 50 hectares, dentro da qual só o respectivo concessionário poderá proceder a trabalhos de pesquisa ou de captagem de novas nascentes mediante autorização do Governo

No alvará de concessão serão expressas as condições gerais a que o concessionário deverá satisfazer. Essas condições acham-se enumeradas no artigo 50.º, podendo o Governo, além dessas condições gerais, impôr ao concessionário outras especiais (artigo 50.º, n.º 13.º). As condições gerais são . executar os trabalhos que lhe forem aprovados segundo as regras da arte e de harmonia com as prescrições especiais que forem estabelecidas, dar princípio aos trabalhos dentro de cento e vinte dias a contar da data da publicação do alvará de concessão; executar as obras dentro dos prazos que lhe forem indicados no alvará, não os podendo alterar sem autorização do Governo; apresentar o regulamento de exploração das nascentes, não substituir o director técnico sem autorização do Governo, apresentar análise química, fisicoquímica e bacteriológica e qualquer outra necessária ao melhor conhecimento terapêutico das águas bem como o volume da nascente, finda a captagem e estabelecido o regime definitivo; apresentar análise bacteriológica e volume das águas potáveis a utilizar na estância, executar as providências que lhe forem ordenadas e no prazo que lhe fôr marcado para melhor aproveitamento e desenvolvimento das nascentes e das boas condições higiénicas dos estabelecimentos hidrotérmicos, não suspender a exploração sem autorização do Governo, enviar anualmente à Inspeção das Águas os relatórios médicos e os relatórios de gerên-

cia, fornecer todos os esclarecimentos necessários para a elaboração da estatística hidro-mineral; os concessionários devem aplicar os convenientes processos de desinfecção, quer nas aplicações hidroterápicas, quer no engarrafamento; nas aplicações hidroterápicas não é permitido o uso de lamas minerais, sem que as respectivas análises tenham sido presentes à Inspeção das Águas e por esta autorizado o uso das referidas lamas

Estas condições são obrigatórias para o concessionário. Se o concessionário não aceitar alguma ou algumas das condições, deverá declará-lo dentro do prazo de quinze dias, como se preceitua no artigo 31.º, em que se determina que essa declaração será imediatamente publicada no *Diário do Govêrno*, com indicação expressa da condição ou condições não admitidas, declarando-se aberto o concurso por trinta dias. Dentro d'este prazo serão admitidos no Ministério do Trabalho, na Repartição de Minas, requerimentos de particulares ou sociedades declarando que aceitam a concessão com a condição ou condições rejeitadas pelo concessionário. Este perderá a concessão e o Govêrno resolverá, ouvido o Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, se a concessão deverá ser dada a algum dos novos pretendentes, que terá de indemnizar o manifestante das despesas feitas.

E este um dos casos em que a concessão das águas minerais se faz por meio de concurso. Outro caso em que a concessão se faz por este meio é de o de as nascentes serem abandonadas.

Preceitua-se a este respeito, artigo 32.º, que o concessionário de uma nascente poderá requerer o seu abandono e que o requerimento, logo que dê

entrada no Ministério do Trabalho, será enviado à Inspeção das Águas, ouvido o Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, precedendo despacho ministerial, será publicado no *Diário do Govêrno* o decreto de abandono.

Consideram-se também abandonadas as concessões no caso em que se tenha perdido o direito a elas por algum dos factos especificados no artigo 69.º e cumpridas que sejam as formalidades estabelecidas no artigo 70.º

É assim que no artigo 71.º se preceitua que as concessões abandonadas revertem para o Estado, que as poderá conceder novamente nos termos da presente lei, e no artigo 72.º que a declaração de abandono de uma concessão será publicada no *Diário do Govêrno*, mas só produzirá os seus efeitos, para o facto de poder de novo ser requerida, se tiverem decorrido trinta dias a contar da publicação.

Os requerimentos para a concessão serão apresentados durante os quinze dias seguintes.

Ao requerimento, onde se designará o nome, idade, estado civil, naturalidade e residência do requerente, nome da nascente e sua situação, deverá o interessado juntar (artigo 73.º).

1.º Um exemplar do *Diário do Govêrno* onde tenha sido publicada a declaração de abandono,

2.º Recibo de ter depositado à ordem da Repartição de Minas, na Caixa Geral de Depósitos, a quantia de 250\$,

3.º A justificação de que tem os fundos exigidos para a exploração da nascente,

4.º Proposta em carta fechada, indicando a quantia que oferece pela nascente, tomando por base de licitação a importância a que se refere o n.º 2.º,

5.º Todos os demais esclarecimentos que o requerente julgue dever apresentar.

No caso de uma companhia, parceria ou qualquer outra sociedade, apresentação dos estatutos.

Findos os prazos indicados no artigo 72.º, serão as propostas abertas e lidas perante uma comissão composta pelos inspectores de minas e pelo chefe da Inspecção das Águas

Os requerimentos e propostas, depois de sôbre elles ser ouvido o Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, serão presentes com a acta da sessão ao Ministro do Trabalho (artigo 75.º)

Não havendo pretendentes e publicada no *Diário do Governo* a necessária declaração, podem as concessões abandonadas ser requeridas ao Ministério do Trabalho nos termos do artigo 72.º, devendo os interessados juntar ao requerimento os documentos a que se faz referência nos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do artigo 73.º e seus parágrafos (artigo 76.º).

Concluído o processo de concessão, poderá o Governo mandar passar o respectivo alvará, ficando o novo concessionário sujeito as disposições do decreto (artigo 77.º).

A concessão tem por objecto as águas que tenham sido manifestadas e descobertas. No caso de por meio de novos trabalhos de pesquisa, que só o concessionário poderá fazer, com prévia autorização do Governo, dentro da área reservada, se descobrirem e captarem novas nascentes, o Governo poderá, se estas forem da mesma natureza da que faz objecto da concessão, mediante parecer do Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, obrigar o concessionário a explorá-las, sob pênna de permitir a exploração a outrem. Quando a água mineral for

de natureza diversa da concedida e o concessionário a não queira explorar, o Governo poderá, mediante parecer do mesmo Conselho, conceder a sua exploração (artigo 24.º, §§ 1.º e 2.º).

50. *As águas minerais dos corpos e corporações administrativas.* Declarando-se (artigo 2.º que o direito de propriedade das nascentes de águas minerais pertence ao Estado, determina-se (artigo 87.º) que as águas minerais dos corpos e corporações administrativas podem ser administradas directamente ou adjudicada em hasta pública a sua exploração mediante autorização do Governo.

¿Quais são as aguas que se consideram pertencentes aos corpos e corporações administrativas?

Não podem comprehender-se nestas águas as que ainda não tenham sido descobertas e corram ou brotem em terrenos de logradouro comum cuja propriedade pertença aos corpos e corporações administrativas ou em terrenos patrimoniais pertencentes a estas entidades, porque, mediante prévio manifesto, há o direito de pesquisa nesses terrenos e o descobridor ficará tendo direito a concessão.

O artigo 87.º só pode, pois, referir-se às águas que já estejam sendo exploradas pelos corpos e corporações administrativas ou que sejam por elas descobertas.

Quanto às primeiras, o artigo 89.º preceitua que todos os indivíduos ou empresas que actualmente exploram águas minerais sem alvará de concessão, são obrigados a requerer a concessão no prazo improrrogável de seis meses sob pênna de abandono das respectivas nascentes, nos termos da presente lei.

Tendo-se em vista as palavras *indivíduos* ou *em-*

presas e o disposto no artigo 87.º, afigura-se-nos que os corpos e corporações administrativas não estão abrangidos no artigo 89.º; não sendo obrigados a requerer a concessão, quer no caso em que explorem directamente as águas, quer no caso em que estas sejam exploradas por algum individuo ou empresa a quem hajam concedido essa exploração.

Parece-nos, porém, que, sendo descoberta por algum corpo ou corporação administrativa uma nascente de águas minero-medicinais, não poderão fazer a sua exploração directa sem autorização do Governo.

Se é verdade que o artigo 87.º só exige autorização do Governo para a adjudicação da exploração, não o é menos que ninguém pode explorar águas minerais sem autorização do Estado.

O artigo citado é a reprodução parcial do artigo 59.º do decreto de 30 de setembro de 1892, em que se determinava: « As águas medicinais de corporações administrativas ou de instituições de beneficência 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 ».

Ora pelo citado decreto de 1892 e pelo regulamento de 5 de julho de 1894 as corporações administrativas não podiam pesquisar nem explorar águas minerais sem autorização ou licença do Governo.

Quando os corpos ou corporações administrativas pretendam explorar águas minerais deverão requerer

ao Governo a sua concessão, sendo determinadas por êste as condições em que deve ser feita a exploração

No caso em que qualquer corpo ou corporação administrativa não pretenda explorar directamente mas conceder essa exploração em hasta pública, deverá requerer ao Governo autorização.

Ainda não foi regulamentado o artigo 87.º do decreto de 1919, mas está regulamentado o artigo 59.º do decreto de 1892 e é por êste regulamento que deve determinar-se o modo por que essa autorização tem de ser concedida.

O programa da adjudicação será submetido à consideração do Governo, que o aprovará ou modificará depois de ouvidas as entidades competentes, e a adjudicação da exploração fica dependente de confirmação do Governo, que poderá recusá-la quando o adjudicatário indicado não seja considerado idóneo no que respeita ao cumprimento das obrigações que lhes são impostas por lei e regulamentos, às quais o mesmo adjudicatário fica sujeito por todo o tempo que durar a adjudicação, como se fôra o próprio concessionário. O adjudicatário incorrerá nas mesmas penas a que está sujeito o concessionário de licença para exploração de nascentes de águas minerais, devendo entender-se que a pena de abandono corresponde a perda de todos os direitos que lhe derivavam da adjudicação. É o que dispõem os §§ 1.º a 3.º do artigo 6.º do regulamento de 5 de julho de 1894.

51. Caracteres da concessão; sua natureza jurídica. A concessão das águas minerais é perpétua e a sua exploração obrigatória.

O concessionário que, sem caso de força maior, não comece os trabalhos de instalação dentro do

prazo de seis meses a contar da data da publicação do alvará de concessão, incorre na pena de perda do direito de concessão (artigo 69.º n.º 1.º). Na mesma pena incorrerá o concessionário que, sem autorização do Governo, suspender a exploração da concessão, desde que, por este motivo, lhe sejam applicadas multas e tenha faltado ao pagamento de duas ou haja reincidido pela terceira vez na contração (artigo 69.º n.º 3.º).

A obrigatoriedade da exploração da concessão justifica-se pelo interesse público, podendo todavia o concessionário libertar-se do cumprimento dessa obrigação pelo abandono ou renúncia à concessão que pela lei lhe é facultado, sem que por esse facto incorra em qualquer pena.

Tendo a concessão carácter patrimonial, é transmissível por morte nos termos gerais de direito e a sua transmissão pode dar-se também por actos entre-vivos. Ao Estado compete, porém, verificar se o indivíduo ou sociedade para quem se dá a transmissão está nas condições de a explorar devidamente.

É assim que no artigo 32.º se preceitua que o concessionário de uma nascente não poderá ceder a outrem a concessão ou o uso do direito de exploração sem autorização do Governo.

Para o caso do falecimento do concessionário ou de um interessado no pedido de concessão, dispõe-se no artigo 83.º que o processo prosseguirá nos seus termos legais, entendendo-se que o representante perante o Governo é o cabeça de casal, que deverá comunicar ao Ministério do Trabalho a sua nomeação extraída do inventário.

O herdeiro a quem ficar pertencendo a concessão, terá de obter autorização do Governo para a explo-

ração. O mesmo se dará no caso em que não haja inventário por morte do concessionário.

A exploração da concessão tem de ser regulamentada, tendo o concessionário de apresentar ao Governo o regulamento, que deverá ser por elle approved. Nos estabelecimentos hidroterápicos haverá um director clínico livremente escolhido pelos concessionários entre os médicos habilitados com o curso de hidrologia, ou entre os médicos que hajam exercido proficientemente durante três anos os lugares de directores clínicos ou adjuntos de estabelecimentos hidroterápicos (artigo 47.º), não podendo o director clínico ser substituído sem autorização do Governo (artigo 30.º, n.º 5.º)

A regulamentação e direcção clinica dos estabelecimentos hidroterápicos têm por fim assegurar a conveniente exploração desses estabelecimentos sôb o ponto de vista da hygiene e da saude, sendo os tratamentos hidroterápicos dependentes de prévia observação clinica

Todas as nascentes serão inspeccionadas anualmente pelo menos uma vez e o funcionário da Inspeção de Águas consignará em um auto todos os progressos realizados na estância, assim como deverá especificar, bem claramente, quaisquer defeitos que tenha notado, com a recomendação expressa de serem corrigidos. Estes autos serão lavrados em um livro que o concessionário deverá apresentar, devidamente numerado e rubricado pela Inspeção das Águas. A Inspeção das Águas deverá dar conta, em cada ano, ao Ministério do Trabalho, do estado dos estabelecimentos hidroterápicos, comparativamente com as estâncias (artigo 36.º).

Por outro lado, há disposições em virtude das quais tem de ser fixado o preço das applicações hidro-

terápicas e outras que têm por fim proporcionar aos pobres o uso das águas minerais nos estabelecimentos hidroterápicos.

O fim para que as águas minerais se destinam e a sua regulamentação mostram-nos que se deve considerar como serviço público a exploração dessas águas, embora na sua concessão e no regime que para ela se estabeleceu não se verifiquem todos os requisitos que de ordinário se dão na concessão dos serviços públicos. É assim que não são perpétuas estas concessões e que há, em princípio, o direito de resgate.

Não consideramos, todavia, necessários estes requisitos, e nenhuma dúvida há para nós de que a exploração das águas minerais deve ser considerada como a exploração de um serviço público, justificando-se assim as disposições relativas à regulamentação e direcção clínica dos estabelecimentos hidroterápicos e os direitos que a estes estabelecimentos são atribuídos.

52. *Jurisdição relativa a nascentes minerais.*

O que no decreto se estatui acêrca da jurisdição sobre nascentes minerais vem confirmar o que dissemos acêrca da natureza jurídica da concessão destas nascentes.

No artigo 44.º preceitua-se que os tribunais ordinários conhecerão de todas as questões que se promovem sobre propriedades, partilhas e dívidas assim como dos crimes comuns que se cometerem nos estabelecimentos hidroterápicos. Ficam assim excluídas da jurisdição dos tribunais ordinários todas as questões que se suscitem sobre a instituição da concessão bem como todas aquelas que sejam metivadas pela inobservância dos regulamentos em que se determinem as normas que devem seguir-se na sua

exploração. Todas estas questões são da competência do contencioso administrativo, declarando-se a êste respeito, no artigo 43.º, que terão recurso para o Supremo Tribunal Administrativo as reclamações contra todas as decisões do Governo que vão enumeradas no decreto.

Em alguns artigos é estabelecida competência especial para determinados casos. Assim, o suprimento de autorização do proprietário para trabalhos de pesquisa pertence ao administrador do concelho, como lhe pertence também a determinação da caução que deva ser prestada, com recurso para o governador civil (artigo 15.º).

Os conflitos entre médicos e concessionários serão submetidos à arbitragem do Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, que julgará com audiência dos interessados e sobre o processo instruído pelo médico adjunto da Inspeção de Águas (artigo 47.º, § 10.º).

Com o fim de evitar que haja interrupção na exploração dos estabelecimentos hidroterápicos atenta a natureza dos serviços por êles prestados, determina-se no artigo 45.º que os tribunais ordinários não poderão suspender o andamento do processo de concessão e, salvo caso de falência, ordenar a suspensão da exploração da nascente, nem dos seus anexos, e que nas demandas por dívidas contra estabelecimentos hidrológicos não poderá fazer-se qualquer embargo judicial que interrompa o funcionamento do estabelecimento.

Salvas estas restrições, os concessionários de nascentes estão sujeitos aos actos de carácter preventivo e executivo que podem ser praticados contra os devedores. É assim que lhes são applicáveis as disposições relativas ao arresto e à penhora.

As concessões de nascentes minerais, constituindo uma propriedade imobiliária, são susceptíveis de hipoteca, podendo os respectivos credores fazer arrematar judicialmente a concessão. Para que o arrematante possa explorá-la, tornar-se há necessária autorização do Governo como o é no caso em que se verifique a transmissão voluntária e por morte.

53. *Direitos dos concessionários e dos proprietários dos prédios onde existem as nascentes.* Brotando ou correndo as nascentes em terrenos que podem deixar de pertencer aos concessionários, o decreto procura determinar os direitos destes em relação ao proprietário do terreno assim como o modo por que podem opôr-se aos actos que no terreno sejam praticados com os quais possam ser prejudicadas as nascentes.

No artigo 37.º dispõe-se que os concessionários das águas minerais têm direito a expropriar os terrenos necessários para as suas instalações nos termos da lei das expropriações por utilidade pública. Falando na expropriação destes terrenos, o decreto é omissivo relativamente à expropriação das águas.

É parece que, atribuindo-se a propriedade das águas minerais ao Estado, é completamente inadmissível tal indemnização.

É de notar porém que, se esta nenhum cabimento pode ter relativamente a águas minerais subterrâneas que ainda não tenham sido exploradas e aproveitadas para fins agrícolas e industriais ou para usos domésticos, outro tanto não se dá quando se trate de águas que, tendo sido aproveitadas como comuns, se verifique que são minerais. É evidente que, feita esta verificação se pode promover a concessão administrativa dessas águas e que esta não pode ser

dada sem que os proprietários que as estavam aproveitando recebam a devida indemnização. Se é verdade que a propriedade dessas águas, como minero-medicinais que são, pertence ao Estado e que a sua exploração deve obedecer a determinadas normas, não o é menos que essas águas, tendo sido exploradas ou adquiridas legitimamente e sendo aproveitadas por quem as adquiriu ou explorou, representam um valor patrimonial cuja privação só pode dar-se mediante a correspondente indemnização. É o que exige não só a equidade mas uma elementar idea de justiça, que não nos é lícito supor que o autor do decreto de 10 de maio pretendesse pôr de lado.

Afigure-se-nos que este, decaicando o decreto relativo a nascentes minerais sobre a lei das minas, só teve em vista as águas minerais subterrâneas e não as que, constituindo já nascentes, estivessem sendo utilizadas. A economia do decreto obedece a esta idea, considerando assim nós applicáveis às águas minerais que não sejam subterrâneas que brotem em terrenos particulares e às que, brotando em terrenos públicos ou de logradouro comum, tenham sido legitimamente apropriadas, as disposições de legislação anterior.

Desde que o decreto não se referiu a estas águas, as suas disposições podem conciliar-se com as de legislação anterior, que, como já notámos, não foi expressamente revogada.

No artigo 38.º declara-se que dentro do perimetro de concessão podem fazer-se excavações a céu aberto, para alicerces, exploração de materiais de construção, sarjas de desagüe e outras, trabalhos de drenagens e outros de semelhante importância e

natureza, emquanto se não produza reclamação em contrário do concessionário da nascente ou nascentes.

Por êste artigo limitou-se o direito de transformação dos proprietários dos terrenos abrangidos no perímetro das concessões, não se permitindo excavações subterrâneas, para as quais se exige (artigo 39.º) autorização do Governo.

Se pelas obras a que se refere o artigo 38.º for prejudicada a nascente, o concessionário poderá reclamar para a Repartição de Minas, formulando essa reclamação em requerimento que será enviado à Inspeção de Águas para que o engenheiro respectivo visite o local e informe sobre a sua procedência ou não procedência, no todo ou em parte dos seus termos, subindo os requerimentos, com a respectiva informação, ao Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos que emitirá parecer sobre o qual o Governo, em portaria, deliberará conforme os casos ordenando a suspensão temporária ou a continuação das excavações (artigo 38.º § 1.º). Qualquer indemnização a que tenham direito o concessionário das nascentes ou o proprietário do solo será liquidada amigavelmente ou por decisão dos tribunais competentes, para os quais poderá recorrer a parte interessada (artigo 38.º § 2.º). O engenheiro chefe de Inspeção de Águas poderá suspender por trinta dias a prossecução dos trabalhos, quando entenda que destes pode advir prejuízo às nascentes devendo sem demora participar o ocorrido ao Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos afim de serem dadas providências. Se no prazo indicado não ocorrer reclamação dos concessionários da nascente ou nascentes, e nenhum procedimento houver emanado das estações superiores,

os trabalhos começados prosseguirão sem prejuízo da reclamação que o concessionário ulteriormente formule (artigo 38.º §§ 3.º e 4.º).

Determinando o modo como deve ser fixada a indemnização devida pelo proprietário do terreno ou pelo concessionário da nascente, o § 2.º do artigo 38.º refere-se aos casos indicados neste artigo e, portanto, aos trabalhos de excavações, de drenagens e outros da mesma natureza. Como estes trabalhos só podem ser efectuados pelo proprietário do terreno, a indemnização do concessionário da nascente nunca pode ter a sua causa nesses trabalhos e, quando haja reclamação por parte deste, essa reclamação também não dará, em princípio, direito a indemnização alguma.

A nosso ver, o concessionário das nascentes só terá de indemnizar o proprietário do terreno quando êsses trabalhos tenham de ser suspensos ou realizados pelo proprietário em condições mais onerosas do que o seriam se, porventura, não houvera a nascente. Trata-se de um exercício normal do direito de propriedade que é limitado pela lei para o fim de não se prejudicarem as nascentes minerais, sendo consequentemente justo que os concessionários destas nascentes respondam pelos prejuízos que necessariamente resultem dessas limitações.

Não vemos outra explicação para a indemnização devida pelo concessionário a que o parágrafo citado se refere.

O proprietário do terreno, em princípio, nenhuma indemnização deve pelos prejuízos que à nascente sejam causados pelos trabalhos especificados no artigo 38.º Realizando êsses trabalhos, usa de um direito que a lei expressamente lhe faculta e não está adstrito a qualquer indemnização pelo exercício

dêse direito. Pode, porém, desde que se produza reclamação e até anteriormente a ela, o proprietário verificar que com os trabalhos vai prejudicar a nascente. Neste caso, não pode deixar de se lhe imputar a responsabilidade por tais prejuízos visto que a lei, permitindo as excavações a céu aberto, as sondagens e outros trabalhos semelhantes, determina que esses trabalhos não poderão prosseguir desde que deles resulte prejuízo para a nascente.

O proprietário do terreno deverá pois entender-se com o proprietário de nascente afim de que esses trabalhos se façam em condições tais que as nascentes não sejam prejudicadas.

Quanto a excavações subterrâneas e a sondagens, o proprietário do terreno só as pode realizar com prévia autorização do Governo.

Preceitua-se a este respeito, nos §§ 1.º a 4.º do artigo 39.º, que o proprietário que desejar proceder a estes trabalhos requererá essa autorização pela Repartição de Minas indicando precisamente a sua natureza, a extensão horizontal e a profundidade que deverão atingir e o local onde pretende executá-los. Recebido o requerimento e informado pela Inspeção de Águas, a Repartição de Minas fará intimar o concessionário a expôr o que julgar conveniente a bem dos seus direitos. O requerimento, a exposição do concessionário e a informação de Inspeção de Águas subirão ao Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, que emitirá parecer, sobre o qual o Governo, em portaria, deliberará concedendo ou negando a licença no todo ou em parte. No caso de recusa de licença, o concessionário da nascente nenhuma indemnização deve ao proprietário do terreno visto que a lei não lha impõe.

Quando pelas excavações a céu aberto ou subterrâneas e pelas sondagens sejam descobertas nascentes minerais é o concessionário da nascente quem tem direito à sua exploração. Assim o determina o artigo 40.º, em que se declara que elle sera obrigado a utilizar as nascentes que forem descobertas nas condições que forem fixadas pelo Governo em harmonia com o decreto. Neste preceitua-se, porém (artigo 24.º, §§ 1.º e 2.º), que o Governo poderá obrigar o concessionário a explorar as nascentes que forem descobertas dentro do perímetro da concessão se forem da mesma natureza, sob pena de permitir a exploração a outrem.

Quando, porém, a água mineral fôr de natureza diversa concedida e o concessionário a não queira explorar, o Governo poderá, mediante parecer do Conselho Superior de Minas e Serviços Geológicos, conceder a outrem a sua exploração.

Destinadas como são as águas minerais à exploração, a respectiva empresa tem, pelos lucros que por essa exploração auferir ou espera auferir, carácter industrial, sendo assim applicável a estas empresas o que na legislação commercial se estabelece sobre firmas, marcas e nomes comerciais e industriais. A este respeito preceitua-se, no artigo 41.º e §§ 1.º e 2.º do decreto de 10 de maio que ninguém pode fazer o registo do nome de uma água mineral sem que possua o respectivo alvará de concessão, que podem usar-se os nomes das regiões onde as águas emergem quando não usados já por outras águas que tenham sido concedidas, e que o nome ou nomes das águas não pode ser usado por outrem, devendo o concessionário fazer, immediatamente, o seu registo.

O artigo 42.º atribui aos concessionários de águas minerais os mesmos direitos que têm os habitantes dos respectivos concelhos pelo que respeita ao uso das águas dos rios, arroyos e mananciais que não se acharem aproveitadas por títulos legítimos, a aproveitarem-se de lenhas, cêpa, carvão e mató e a aproveitarem-se de pastos para bois e cavalgadas nos terrenos municipais. Esta disposição foi reproduzida no artigo 69.º da lei sobre minas, e, como nota e prova o Dr. Manuel Rodrigues Júnior, os direitos a que êle se refere pouco valor têm actualmente ¹.

54. Venda, trânsito e exportação de águas minerais O decreto determina (artigo 63.º) que é prohibida a venda de águas minerais e seus sub-Produtos que não sejam provenientes de concessões instituídas, e que (artigo 64.º) a venda, fora dos estabelecimentos em que são exploradas, das águas minerais do país, e bem assum das do estrangeiro, só pode ser feita em estabelecimentos que para êsse fim tenham licença especial, a qual, a requerimento do interessado e ouvido o delegado de saúde, será concedida ou denegada pelo respectivo governador civil, não carecendo desta licença as farmácias legalmente estabelecidas.

As águas minerais em trânsito, e como tais se consideram todas as que se acharem fora da concessão ainda quando depositadas em armazens privativos de emprêsas de transporte ou da alfândega, devem ser sempre acompanhadas, desde a nascente, de guias passadas pela Inspeção de Águas, indicando a proveniência, qualidade, quantidade e itinerário a seguir (artigo 65.º e § único).

A exportação das guias minerais só poderá ser feita mediante apresentação dum certificado da Inspeção de Águas donde deve constar a sua proveniência, natureza, nome do concessionário ou do seu representante. Feito o despacho será o certificado restituído ao apresentante (artigo 66.º).

Por estas disposições quis o legislador, atentos os fins a que as águas minerais se destinam, assegurar a sua genuinidade, evitando falsificações.

¹ *A indústria mineira em Portugal*, pág. 161.

INDICE

LIVRO II

DAS SERVIDÕES DAS AGUAS

CAPÍTULO I

NOÇÕES GERAIS

§ 1.º — *Conceito de servidão*

1	Conceito tradicional de servidão	Servidões prediais e pessoais	1
2	Conceito de servidão no código civil.		16
3	Conteúdo das servidões		27
4	Caracteres das servidões		36

§ 2.º — *Servidões irregulares*

5.	Ha encargos impostos sobre prédios que teem o mesmo conteúdo das servidões mas não estão sujeitos ao mesmo regime jurídico		42
6	Restrições legais ao direito de propriedade que se consideram servidões		52
7	Servidões activas e passivas no dominio público.		60

§ 3.º — *Classificação das servidões*

8.	Ideas gerais		65
9	Servidões contínuas e descontínuas		69
10	Servidões aparentes e não aparentes.		78

§ 4.º — <i>Fontes das servidões</i>	
11. Considerações gerais	54
12. Servidões constituídas por negócios jurídicos	88
13. Servidões que se constituem por destinação do antigo proprietário	92
14. Servidões que se adquirem por prescrição	104
15. Servidões legais, factos por que se constituem	122

§ 5.º — *Exercício das servidões*

16. Como se determina em princípio o uso e modo das servidões	127
17. Direitos e obrigações do proprietário do prédio dominante e do prédio serviente	129
18. Acções por que se efectivam as servidões	142

§ 6.º — *Extinção das servidões*

19. Extinção das servidões pela confusão	148
20. Extinção das servidões pela prescrição	150
21. Extinção das servidões pela renúncia	168

CAPÍTULO II

DA SERVIDÃO DE PRESA

§ 7.º — *Conceito da servidão de presa*

22. A servidão de presa de agua confundida com o direito a água e com a servidão de aqueduto	171
23. A servidão de presa no direito romano não se considerava distinta do aqueduto	173
24. Requisitos da servidão de presa	175
25. Caracteres da servidão de presa	178

§ 8.º — *Adquisição do direito de presa*

26. Adquisição do direito de presa, ideas gerais	179
27. Constituição da servidão de presa nas águas navegáveis e flutuáveis	180
28. A servidão de presa nas correntes não navegáveis nem flutuáveis	184
29. A servidão de presa nas outras águas publicas	191
30. A servidão de presa nas águas particulares	194
31. O direito de presa, relacionando-se directamente com o regime das aguas publicas, esta, em principio, sujeito no seu exercicio a superintendência dos serviços hydraulicos	197
32. Direitos e obrigações do titular do direito de presa	201
33. Direitos e obrigações do proprietário do prédio serviente	203

§ 9.º — *Extinção da servidão de presa*

34. Factos por que se extingue o direito de presa	204
---	-----

CAPÍTULO III

DAS SERVIDÕES DAS AGUAS

§ 10.º — *Noções gerais*

35. Conceito de aqueduto	207
36. Fins para que se constitui	209
37. O aqueduto como servidão, seus caracteres	211
38. Onde pode ser constituída a servidão legal de aqueduto	213
39. Em que condições é imposta a servidão de aqueduto	225

§ 11.º — *Constituição da servidão de aqueduto*

40. Modos por que se adquire a servidão de aqueduto, constituição de aqueduto forçado	230
41. Indemnização devida pela servidão de aqueduto	233

§ 12.º — *Exercício da servidão de aqueduto*

42. Fórmula em que se determinam de um modo geral os direitos e obrigações do proprietário do prédio serviente	236
43. Ocasos de reparação e conservação de aqueduto. Em que casos é permitida a substituição da forma do aqueduto	237
44. Direitos do proprietário do prédio serviente quanto a mudança e participação na água	241

§ 13.º — *Extinção da servidão de aqueduto*

45. Extinção da servidão de aqueduto	241
--	-----

CAPÍTULO IV

DA SERVIDÃO DE ESCOAMENTO

§ 14.º — *Ídeas gerais*

46. O que compreendemos na expressão servidão de escoamento	243
47. Modalidades da servidão de escoamento	245

§ 15.º — *O escoamento das águas de aqueduto*

48. A servidão de escoamento como complemento da servidão de aqueduto	246
49. Requisitos a que o escoamento deve satisfazer	247

§ 15.º — <i>O escoamento de águas que decorrem de prédios</i>	
50. Os prédios inferiores tem de receber as águas que decorrem naturalmente e sem obra do homem dos superiores	248
51. Quando se entende que no decurso das águas intervêm a acção do homem	250
52. Servidão legal de escoamento de águas das fontes	254
53. A servidão de escoamento para enxugo de prédios	256
54. Escoamento das águas pluviais	260
55. Obras defensivas das águas	264

§ 16.º — *Constituição, conservação e extinção da servidão de escoamento*

56. Constituição da servidão de escoamento	266
57. Direitos e obrigações dos proprietários dos prédios dominante e serviente	267
58. Extinção da servidão de escoamento	268

APENDICE

O regime das águas no decreto 5787 IIII

§ 1.º — *Considerações gerais*

1. Fins do decreto	271
2. A técnica jurídica do decreto	275
3. Legislação que foi revogada pelo decreto	278
4. Direitos adquiridos que foram ressalvados	282
5. A sistematização das matérias no decreto. Plano que adoptamos	286

§ 2.º — *Classificação das águas*

6. O que significa a expressão « domínio público »	287
7. Enumeração das águas públicas e particulares	289
8. As correntes navegáveis e flutuáveis e não navegáveis nem flutuáveis e seus leitos e margens	292
9. Os lagos e lagoas	298
10. Os armazenamentos de águas e os aquedutos	299
11. Fontes e nascentes	303
12. Águas subterrâneas	306
13. Águas pluviais	308
14. Valor jurídico da classificação das águas	310

§ 3.º — *Do uso das águas*

15. Ideias gerais sobre o uso das águas	311
16. Restrições ao direito de livre disposição das águas particulares	313

17. Usos de águas públicas que dependem de licença e de concessão	314
---	-----

§ 4.º — *Das concessões de águas*

18. Fins para que as águas podem ser concedidas	320
19. Concessões de utilidade pública e de interesse privado	321
20. Normas reguladoras das concessões em geral	323
21. Os direitos sobre as águas e a concessão destas: exploração daqueles direitos	326
22. Concessões de utilidade pública; quem as pode requerer e a favor de quem podem ser instituídas. Preferências	333
23. O processo das concessões de utilidade pública	344
24. Em que casos tem lugar o concurso público e como é feito	351
25. Construção e exploração directa de oficinas hidro-eléctricas pelo Estado	356
26. Recurso do decreto que institui a concessão	357
27. Natureza jurídica das concessões	359
28. Regulamentação especial das concessões de águas públicas para abastecimento de povoações	372
29. Regulamentação especial das concessões de águas públicas para regas e outros melhoramentos agrícolas	374
30. Regulamentação especial das concessões de águas públicas para aproveitamento de energia hidráulica	378
31. Quem pode requerer as concessões; seu expediente	388
32. Força probatória e executiva do alvará	393
33. Duração das concessões de interesse privado	397

§ 5.º — *Caducidade das concessões e aproveitamentos de águas públicas*

34. Noções gerais sobre a extinção dos direitos de aproveitamento das águas públicas	398
35. O abandono dos aproveitamentos	399
36. Outros factos de que resulta a caducidade dos direitos sobre determinadas águas públicas	405
37. Adquisição do direito às fontes ou nascentes de prédio alheio	406
38. Limitação ao direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes fundada no uso de uma povoação ou canal	411

§ 6.º — *Das águas particulares*

39. Restrição ao direito de livre disposição das águas das fontes e nascentes baseada nos direitos dos proprietários dos prédios inferiores	414
40. Exploração das águas subterrâneas em prédios particulares; restrições	418
41. Águas pluviais que caem directamente em prédios particulares	420
42. Águas de canais, levadas e aquedutos de derivação	421

43.	Usos abolidos pelo decreto	425
44.	Derivação das aguas	428
45.	Direito as aguas sobejas.	460

§ 7º — *Das águas minero-medicinaes*

46.	O que são as águas minero medicinaes e a quem pertence a sua propriedade	431
47.	Manifesto das aguas e sua pesquisa	434
48.	Concessão das aguas, a quem pode ser feita e quem tem direito a ella	437
49.	Formas de concessão	439
50.	As águas minerais dos corpos e corporações administrativas.	447
51.	Caracteres da concessão sua natureza juridica	449
52.	Jurisdicção relativa a nascentes minerais	452
53.	Direitos dos concessionários e dos proprietarios dos prédios onde existem as nascentes	454
54.	Venda, trânsito e exportação de aguas minerais	460