

Lagos - federais, estaduais, municipais e particulares; sua dominialidade no direito brasileiro

Amílcar Paranhos

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1 — No direito brasileiro, as terras (e, pois, os álveos) têm sempre um dono. São públicas, ou particulares.

Tal se explica porque todo o território do País tem sua origem na ocupação de Portugal, cuja Coroa ficou titular do domínio das terras assim ocupadas, do que decorreu que: a) parte do território ficou em poder da Coroa; b) uma outra parte do território foi doada às Cidades; c) uma outra parcela foi doada a particulares. Vem daí a justeza do entendimento de que, no Brasil, todas as terras presumem-se públicas, incumbindo ao particular demonstrar a sua propriedade privada.

2 — Todo o território do País está sujeito ao domínio eminente da União.

A titularidade do domínio, propriamente, sobre porções do território, dividiu-se entre pessoas de direito público, mantendo-se a propriedade privada anteriormente distribuída.

Assegurou-se o respeito ao direito de propriedade.

Os bens foram classificados em públicos e em particulares.

Os bens públicos são os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Os bens públicos foram classificados em públicos de uso comum (pertencentes à pessoa jurídica de direito público, mas de uso assegurado a qualquer do povo), bens públicos de uso especial (pertencentes à pessoa jurídica de direito público, mas destinados a um serviço especial seu) e bens públicos dominicais (pertencentes à pessoa jurídica de direito público, mas não aplicados a um serviço público).

A *res nullius* em tema de imóveis, pois, somente é possível em relação a imóveis do domínio privado, que foram objeto de derelicção — caso de que não se tem conhecimento — propiciando o apossamento, que, mesmo assim, exigirá o usucapião para a caracterização da nova titularidade da propriedade, já que a legislação brasileira não prevê a ocupação como meio de aquisição da propriedade imóvel.

Análise de titularidade do domínio em relação a lagos e lagoas, pois, há que ser feita diante da origem pública de todos eles, em face de sua conceituação através do tempo como objeto de uso comum, ou não, perante a lembrança de que o nosso direito positivo sempre consagrou a proteção ao direito de propriedade individual, e com a consciência de que a Constituição Federal tudo pode.

Assinale-se, de logo, nosso entendimento de que a referência nos textos constitucionais, a lagos, abrange também as lagoas, que são pequenos lagos (CALDAS AULETE, **Dicionário Contemporâneo**, ed. bras. 1958, v., III, p. 2.890).

3 — Releva esclarecer se o domínio a que se referem os textos constitucionais é o domínio eminente, ou o domínio no conceito vulgar de propriedade, domínio, propriamente dito.

O domínio eminente se traduz no direito de controle político sobre a jurisdição territorial do Estado e não como expressão de direito de propriedade do Estado. O domínio (propriedade), não envolve controle político, senão que elementos que este não contém, como o ter e possuir, o usar, o fruir, e o direito à nua-propriedade, tendo como cerne o chamado **direito à substância**.

Neste sentido, escreveu CHARLES FENWICK que

“... the territorial jurisdiction of the state is, in point of constitutional law, a right of political control, of ultimate authority, not a right of property. It is an imperium as distinct from a DOMINIUM in the sense of Roman law.”
(*International Law*, ed. revista, p. 248).

O domínio eminente habitualmente se confunde com a soberania, domínio de jurisdição, e somente agasalha internamente o **jus in re** sobre o território, na medida em que, p. ex., faculta a um Estado, reivindicar de outro uma parte de seu espaço físico.

O domínio eminente, pois, caracteriza-se mais pelo seu conteúdo **potencial**, pelo direito de vigilância, de proteção, de polícia (RODRIGO OTÁVIO, **Do Domínio da União e dos Estados**, 2.^a ed., p. 32); indica o poder do Estado sobre todo o seu território, inclusive sobre a propriedade privada e, sob o ponto de vista de direito interno, visando à manutenção de sua base territorial, assim como a que a propriedade privada seja utilizada conforme a sua destinação social.

Têm-se, então, três espécies de domínio, a saber: a) o domínio eminente do Estado sobre seu território político; b) o domínio que o Estado exerce sobre os bens de seu domínio, propriamente dito (bens públicos, de uso comum, de uso especial e dominicais; c) o domínio dos particulares sobre seus próprios bens, diversos de qualquer dos públicos.

4 — Não é o eminente o domínio a que se referem as partilhas constitucionais, que aludem a domínio propriamente dito. Se o fosse, a referência, que é feita, ao domínio da União, porque compreendendo todo o território nacional, excluiria o dos Estados Federados, ou aquela outra, que também é feita, ao domínio dos Estados, levaria a um condomínio eminente em relação aos bens partilhados a estes. A Constituição Federal de 1934 discrimina, em seu art. 20, os bens que "São do domínio da União" e no art. 21, aqueles que "São do domínio dos Estados". De apresentação idêntica foi a Constituição de 1937, em seus arts. 36 e 37.

A Constituição de 1946, no que concerne ao tema, estatuiu:

"Art. 34. Incluem-se entre os bens da União:

I — os lagos e quaisquer correntes de água em território do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a territórios estrangeiros, e bem assim, a ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;"

"Art. 35. Pertencem aos Estados:

I — Os lagos e rios em terrenos do domínio estadual e os que têm a sua nascente e foz dentro das fronteiras do Estado".

Esse domínio ("território de seu domínio", "terrenos de seu domínio") é o domínio, propriamente dito, e não o território da União, ou dos Estados, tanto que no art. 35, I, acima, nítida foi a diferença feita entre os rios situados "em terrenos do domínio estadual" (domínio, propriamente dito), "e os que têm a sua nascente e foz dentro das fronteiras do Estado" (domínio eminente do Estado em suas fronteiras). Na Constituição de 1967, no art. 5.º, reproduzido na de 1969, o dispositivo permaneceu o mesmo, mais ainda acentuada, todavia, a diferença entre o domínio, propriamente, e o território, estabelecendo-se em seu art. 5.º, que "incluem-se entre os bens dos Estados os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual".

Assim, com as Constituições de 1946, de 1967 e de 1969 pertencem aos Estados os rios que têm sua nascente e foz dentro das fronteiras do Estado e aqueles situados em terrenos do domínio estadual, propriamente. Dir-se-ia que uma afirmação já contém a outra, já que os rios do domínio estadual, propriamente, estão necessariamente contidos no território estadual. Assim não é, todavia. Em seus **Comentários à Constituição de 1946** (2.ª ed., 1953) escreveu PONTES DE MIRANDA:

"Se o rio tem nascente e foz no território estadual, se bem que passe por outro Estado-membro, Distrito Federal, ou Território, pertence ao Estado-membro em que estão a nascente e a foz" (V. II, p. 184, n.º 3).

Antes, na p. 177, já anotara, em comentário ao art. 34, cujo inciso I continha a expressão "terrenos do seu domínio", que "Não é do território que se trata nos arts. 34 e 35."

5 — Quanto à dominialidade pública dos lagos, nada dispôs a Constituição do Império.

A Constituição de 1934, publicada em 16-7-1934, não destinou aos Estados o domínio das águas dos lagos, senão que o das margens dos lagos, e apenas dos lagos navegáveis (art. 21 — II). Sob sua égide, eram do domínio da União os lagos em terrenos de seu domínio e os que banhassem mais de um Estado (art. 20 — II). Não significa que essa ausência de reserva constitucional de lagos para os Estados os impedisse de exercer propriedade sobre lagos, mas apenas que sua propriedade em relação a eles teria de advir de outro título que não a Constituição.

A propósito do art. 21-II da Carta de 1934, PONTES DE MIRANDA fez-lhe as procedentes críticas que constam de seus "**Comentários à Constituição...**" (Ed. 1936, Tomo I, v. I, pp. 435 e 436).

6 — O Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, publicado em 20 de julho de 1934) estatuiu serem **públicas** de uso comum as lagoas e lagos navegáveis (art. 2.º, b), excetuados os situados em um só prédio particular e por ele exclusivamente cercados, **quando** não sejam alimentados por alguma corrente de **uso comum** (art. 2.º, § 3.º), as quais são as navegáveis ou flutuáveis (art. 2.º, b) ou são aquelas que tornam navegáveis ou flutuáveis as outras correntes a que afluem (art. 2.º, § 1.º), e não se confundem com as correntes comuns (e não de uso comum), que são não navegáveis, não flutuáveis, e não formadas por outras correntes (art. 7.º).

O mesmo Código de Águas estabeleceu que as "águas públicas de uso comum bem como seu álveo" (art. 29), compreendendo, pois, os lagos, que estão incluídos entre as águas públicas de uso comum (art. 2.º), pertencem aos Estados **quando** sirvam de limite a dois ou mais Municípios (art. 29-II-a).

6.1 — Há quem afirme a inconstitucionalidade do Código de Águas, pelo fato de sua publicação em 20 de julho de 1934, posterior à da Constituição de 1934, mas o argumento não procede, seja porque sua assinatura pelo Governo Provisório data de antes de tal Constituição, remontando a 10 de julho de 1934, inserindo-se entre os atos aprovados pelo art. 18 das Disposições Transitórias daquela Constituição, que não fez qualquer exceção, seja ainda porque qualquer dúvida sobre sua legalidade teria de desaparecer com o advento do Decreto-Lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938, cujo art. 1.º determinou que aquele Código de 1934 "**deverá ser aplicado**" com as modificações então introduzidas.

7 — Estava-se, então, em que, a teor das especificações dos textos constitucionais e legais, o Estado era referido como proprie-

tário de lagos quando estes banhassem dois ou mais de seus municípios, situação que perdurou durante a Carta de 1937, cujo art. 37 limitou-se a reproduzir o teor do art. 21-II da Constituição de 1934.

8 — Com a Constituição de 1946, com atenção para as já referidas críticas de PONTES DE MIRANDA e com lembrança de que os textos constitucionais até então não haviam feito referência à circunstância de serem os Estados proprietários de lagos, seu art. 35 explicitou que estavam incluídos entre os bens do Estado “os lagos e rios em terrenos de seu domínio e as que têm nascente e foz no território estadual”, mantida a disciplina anterior em relação à União.

A legislação, pois, afirmava que eram do domínio dos Estados as **marginas** dos lagos navegáveis, os lagos que servissem de limite a dois ou mais municípios do mesmo Estado e os lagos existentes em terrenos de seu domínio patrimonial. Além disso, é, claro, não estava negada a dominialidade do Estado em relação a lagos por ele havidos por outros títulos.

No art. 5.º da Carta de 1967 ficou disposto:

“Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos e os rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior”.

Na sua Emenda outorgada em 1969, constou:

“Art. 5.º — Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos e os rios em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior”.

A Emenda Constitucional n.º 16, de 1980, serviu para apenas incluir os Territórios no texto da Emenda de 1969.

9 — Analisando o art. 5.º da Constituição de 1967, anteriormente à sua Emenda de 1969, PONTES DE MIRANDA, em seus **Comentários à Constituição de 1967**, v. I, p. 529, escrevera:

“O lago ou lagoa somente se há de considerar de propriedade do Estado-membro: a) se o Estado-membro o adquiriu: pode tê-lo adquirido mesmo noutro Estado-membro, no Distrito Federal ou em Território; b) se o lago ou lagoa é em terreno de propriedade do Estado-membro. Nenhum lago ou lagoa incluso em terreno de propriedade alheia, se há de ter como propriedade do Estado-membro”.

9.1 — Em parecer que lhe foi solicitado, aquele eminente juriconsulto escreveu as seguintes palavras que viriam a constar, após

a Emenda de 1969, na página 542 de seus **Comentários à Constituição de 1967**, imediatamente antes do trecho transcrito no anterior item 9:

“Quer com a redação de 1967, quer com a redação de 1969, o lago que não está em terras de propriedade do Estado-membro, não é de propriedade do Estado-membro.

Se algum lago, ou lagoa, qualquer que seja o tamanho, já era reconhecido como parte integrante de algum terreno, de que alguém era proprietário, ou se era reconhecido como de propriedade de alguém, está pré-excluído, para o Estado-membro, o pressuposto de estar ‘em terreno de seu domínio’ (isto é, de domínio do Estado-membro).

O Estado-membro de modo nenhum é dono do lago que não está em terreno seu. O que poderia acontecer é que ele adquirisse em virtude de negócio jurídico”.

10 — Sempre houve uma partilha de águas, podendo ocorrer que não estivesse ela expressa em um texto constitucional. As Constituições não **criaram** o domínio público sobre as águas (em hipótese contrária estariam confiscando-as dos particulares), havendo apenas **explicitado** alguns de seus aspectos, o mesmo valendo para as leis federais. Cumpre, pois, verificar qual é essa explicitação atual e qual é a titularidade não explicitada pelos textos legais.

10.1 — Assinala-se, de início, que aquelas conclusões de PONTES DE MIRANDA, no sentido de que “O Estado-membro de modo nenhum é dono do lago que não está em terreno seu”, nada resolvem na medida em que não esclarece o que é “terreno seu”, tanto que ele mesmo amenizou a afirmação, ao adicionar que “O que poderia acontecer é que ele o adquirisse em virtude de negócio jurídico”. Na realidade, o Estado também inclui entre seus bens os lagos que sempre lhe tenham pertencido, independentemente de sua aquisição por negócio jurídico.

11 — Até aqui, diante de dois dos três dados referidos, evidencia-se que não se incluem entre os bens dos Estados as lagoas que não sirvam de limite a dois ou mais Municípios ou que não abranjam parte do território de dois ou mais Municípios, restando saber se por algum título encontram-se elas no domínio patrimonial do Estado. É o que resulta do histórico da dominialidade das águas no Brasil.

12 — A propósito do tratamento dado pelo Direito Romano, ALFREDO MAZZA, em seu **Dei Diritti Sulle Acque**, referiu-se de primeiro à perenidade para a conceituação das águas como públicas, escrevendo:

“Dunque in diritto romano la caratteristica della pubblicità deve ricercarsi nella perennità: una cosa che non sia perennemente a disposizione di tutti ed il cui uso non sia

continuo e regolare non può essere pubblica. Le acque perenni dovevano pertanto essere le sole considerate come pubbliche", (p. 2).

Mais adiante, completou:

"Sicchè se un corso, qualunque esso sia, è perenne, è considerato come pubblico; se no, è suscettibile di privata appropriazione. Seconda i testi quindi si avrebbe che acque pubbliche sono:

- a) *I fiumi reali (flumina perennia);*
- b) *I torrenti che in genere portano acque anche nell' state;*
- c) *I laghi, stagni, colatori naturali (fossae);*
- d) *I canali artificiali (fossae manufactae);*
- e) *I rivi."* (p. 4).

13 — FRANCESCO PACELLI, em **Le acque pubbliche**, depois de assinalar ser fortemente controvertido entre os romanistas o caráter distintivo das águas públicas, já que ora se inclinavam pela navegabilidade, ora pela perenidade, e, após destacar que, mesmo assim, o importante era que todos concordavam que em direito romano existiam rios privados, e, ainda, que os textos referentes à dominialidade dos rios não se aplicavam a categorias de águas distintas dos rios, como as águas mortas, concluiu:

"Riassumendo: nel diritto romano è pubblico il corso di acqua che abbia una certa grandezza, che sia stimato fiume dagli abitanti della regione, che scorra perennemente, e che insomma sia tale da poter giovare non esclusivamente ad una o Più persone private, ma al pubblico. La navigazione è il principale, ma non esclusivo uso dei fiumi pubblici; altrimenti non si comprenderebbe perchè anche i fiumi non navigabili possano essere chiamati pubblici. Anche la irrigazione e la forza motrice sono usi pubblici, i quali vengono esercitati secondo le norme contenute nell'Editto del Pretore.

I rivi, di regola, sono acque private: solo quando scorrono in suolo pubblico divengono pubblici per diritto di accessione.

Tutte le altre acque, cioè laghi, stagni, colatori, canali artificiali, possono essere così pubbliche che private, ed alle medesime credo che si applicassero per analogia i criteri adottati per la pubblicità dei fiumi, cioè la loro grandezza, l'opinione degli abitanti della regione, la loro destinazione ed in generale la loro capacità a soddisfare pubblici bisogni". (pp. 7-8).

14 — M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, em seu **Rios e Águas Correntes em suas Relações Jurídicas**, escreveu:

"Que era o rio público em direito romano? Por outra, qual era o regimen da propriedade dos rios naquela legislação?

Os Jurisconsultos romanos, em materia de rios e águas, não se preocupavam muito com a questão do patrimonio, ou propriedade.

Elles só procuravam subtrahir ao domínio privado tudo quanto naturalmente era destinado á vantagem commum ou era destinado ás communicações individual ou do commercio. A dominialidade entre os romanos só visava garantir a navegada, ilhas, margens, leito abandonado, alluviões, tudo, emfim, que não impedisse o uso publico do rio. Esta é a verdade suprema". (ed. 1939, p. 146).

Depois de acentuar que os intérpretes romanos sempre procuraram um critério único da dominialidade das águas públicas, ora com assento na navegabilidade, ora na perenidade, ora na grandeza do rio perene, e após aludir ao Dígesto e às Institutas de Justiniano, concluiu:

- a) *que o direito romano jamais considerou os rios res nullius;*
- b) *que não os considerava sempre e em absoluto publicos e quando o fazia tomava como critério o uso da navegação e da pêsca;*
- c) *que não é possível deduzir a verdadeira theoria romana de textos exparsos e é essencial interpretal-os em conjuncto uns pelos outros, tomando, sobretudo, em consideração os tempos que regiam, pois que tudo quando provinha da conquista e não era distribuído ou partilhado, considerava-se publico, propriedade do povo romano"* (pp. 152-153).

A referência é feita a rios, à ausência de disciplina expressa sobre lagos (cujo ordenamento deve ser impressionado por aquele dos rios de que se formem, que tanto podiam ser públicos, como privados (Dig. 50,16: **"Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuât. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus es."**)).

ALFREDO VALLADÃO, cuja publicação, em 1904, de **Dos Rios Públicos e Particulares** constituía o início de seus estudos jurídicos sobre o regime jurídico das águas e o sustentáculo de seu Projeto de 1907 para o Código de Águas que surgiu em 1934, assinalou que aos lagos se aplicam, *mutatis mutandis*, os mesmos princípios que regem as correntes públicas ou particulares e as nascentes (**Direito das Águas**, 1931, p. 437).

Da aparente antinomia entre o Digesto e as Institutas, ambas considerando a **agua profluens** como **res nullius** para afinal ficar declarado nas Institutas que todos os rios são públicos, passou-se pela harmonia que VÍLIO trouxe aos textos, com a aquiescência, entre nós, de TEIXEIRA DE FREITAS (**Esboço**, nota ao art. 328), de M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (**op. cit.** p. 151) e de ALFREDO VALLADÃO (**Direito das Águas**, pp. 16-17), para a conclusão de que somente a água, considerada fisicamente como elemento da natureza tinha para o direito romano o caráter de **res nullius**; o rio, este sempre foi **res alicujus** porque, inerente ao fundo em que se acha, pertence sempre a alguém. M. I. CARVALHO DE MENDONÇA acreditava que para o direito romano público fosse o uso, de maneira a bastante difundida poder ser a propriedade privada do rio, e assim, também ALFREDO VALLADÃO, que invocando TEIXEIRA DE FREITAS, destaca que "a propriedade dos rios como público ou particular era, naquele direito, antes um ponto de fato, que não se resolvia por caracteres precisamente acentuados na lei (**op. cit.**, p. 19), para concluir que:

"b) Entre os Romanos os rios públicos não constitufam objeto de um direito real." (**op. cit.**, p. 19).

De acordo, allás, com LOBÃO, no § 6.º de seu **Tractado Practico e Compendiario DAS ÁGUAS**, ed. 1827:

"Não erão porém os rios públicos entre os Romanos hum Direito Real, e Domanial: E supposto que os Romanos legislassem o que já vimos (§ 4), era por via de Imperio, e protecção para regular o uso da cousa commum de todos, e para que hum dos particulares com alguma obra em utilidade propria não prejudicasse ao uso commum e público, como se deduz da citada **L. 3. ff nequid in Loc. publ.** e bem discorrêrão o Card. de Luc. de **Regalib. Disc.** 171 n. 15. et 16. Mull. **ad Struv.** Exerc. 3. thes. 76. Voet. **ad Pandect L. 1. T. 8. n. 8 et 9.**" (p. 4).

15 — M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, em detido estudo que expôs sobre a Idade Média em seu citado **Rios e Águas Correntes**, depois de distinguir entre as **justiças senhoriais** (conjunto de atribuições relativas ao imposto, sem implicar poder de julgar — pp. 153 e 154) e o feudo, que era patrimônio, benefício, contrato feudal, arrematou:

"Assim como o senhorio feudal era estranho à autoridade publica, o senhorio justicelro tambem nada tinha como a posse do sólo.

Eis porque como justicelros nada tinham os senhores com a **propriedade** dos rios. Isto competia ao feudo. Sempre

incluido no feudo e no **alleu**, que constituem dominio privado, a propriedade dos rios nunca foi publica na idade media." (p. 156).

O que competia ao senhor como justicelro em materia de rios era o direito de **bannum**.

De todos os abusos do direito de commando do senhor, aquelle que mais atacava o direito de propriedade era as bannalidades. Ellas tinham por fim tolher aos proprietários a caça em suas terras, a pesca em suas aguas, môer em seu moinho, cozer em seu forno, fazer seu vinho ou oleo em seu lagar ou prensa, etc.

As bannalidades, pois, não eram uma **apropriação**, mas uma interdicção, um **jus prohibendi**, uma jurisdicção." (p. 156).

O senhor prohibia pescar nas aguas interdictas, como prohibia môer em moinhos propios, mas não se apropriava dos rios, como não se apropriava dos moinhos existentes antes do seu.

Elle só caçava ou pescava na floresta ou no rio de outrem por um direito de exclusão e não de desapropriação.

Nos feudos a propriedade do sólo era do **senhor**; o feudatario, vassalo ou censitario, tinha o usufructo ou um direito semelhante". (p. 160).

Si os senhores se apossaram dos grandes rios navegaveis, das ilhas e alluviões que nelles se formaram foi porque, sendo publicas desde o direito romano, escaparam sempre á appropriação privada. Elles continuaram na idade media a ser considerados publicos, mas sómente em proveito do senhor justicelro.

Tendo nellas jurisdicção, policia e impostos, como nas terras, os senhores tenderam a se apossar delles, como se apossaram de muitas outras cousas vagas e como publicas. Mas foi sómente nas aguas publicas e sem dono que o senhor adquiriu a propriedade; era sómente nas aguas navegaveis que elles tinham as ilhas e os alluviões.

Os grandes cursos d'agua que os romanos declaravam publicos continuaram rios publicos no dominio barbaro." (p. 162).

Quando a realeza começou de proponderar sobre a nobreza, foi invadindo as justiças senhoriaes que os reis restringiram a autoridade dos nobres. A principio os reis nada mais eram do que um poder feudal e justiceiro.

Mais tarde elles beberam nos textos do direito romano e nas tradições do poder imperial fundamento para seu predomínio e a realeza tornou a justiça uma emanação de seu poder, tirando-lhe o caracter de uma concessão enfeudada. Foi por essa invasão das justiças que o dominio real imperou-se dos rios navegaveis, como se imperou dos thezouros, das minas, da cunhagem de moedas, dos impostos, contribuições, etc. (p. 164).

Foi no **Livro dos Feudos**, no título denominado **quae sint regalia** que ficaram taxadas como **pertinentes ao rei viae publicae, flumina navegabilia et ex quibus fiunt navegabilia, portus ripatica**, etc."

16 — Idêntica é a conclusão de ALFREDO MAZZA no citado **Dei Diritti sulle Acque**, pp. 9-10:

"Il Principe assume la tutela sulla cosa pubblica, nel senso cioè che estese la sua potestà, non solo al supremo diritto d'Imperio e di giurisdizione sulla cosa, ma anche al vero e proprio dominio patrimoniale di essa. Egli quindi potè vendere, cedere, donare l'uso della cosa pubblica, non solo, ma talora anche la cosa stessa. Naturalmente tale teorica delle regalie, che si formò in specie dopo la dominazione longobarda, potè trovare applicazione solo sulle cose che avevano maggiore importanza, sulle cose cioè che erano assolutamente necessarie alla vita sociale del tempo. La proprietà patrimoniale del principe in teorica si affermò su tutte le acque pubbliche; in pratica però si manifestò in rapporto solo a quelle di maggiore importanza sulle quali riusciva ad esplicarsi la sua autorità per impedire gli abusi e le usurpazioni dei privati. In conseguenza, può affermarsi che, mentre i minori corsi di acqua sfuggivano alla immediata signoria del principe, sicchè in fatto, se non in diritto, si mantenevano ancora nell'uso pubblico, i corsi maggiori erano vera e propria proprietà

patrimoniale del principe, in quanto il loro regime interessava la vita economica di intiere regioni.

Così in Italia, ed assai prima che in Francia, Federico Barbarossa per primo aveva dichiarato: "i fiumi navigabili e quelli pei quali altri son fatti navigabili" far parte delle regalie. Alle pretese però Dell'Imperatore si opposero le rivendicazioni delle città ribelli, che, dopo lunghe ed aspre lotte, riuscirono a vedere riconosciuti i loro diritti consuetudinari. In tal modo la materia delle acque non potè essere scientificamente regolata nè potè farsi tesoro degli insegnamenti del diritto romano, il quale sebbene tornasse a rifiorire per opera dei glossatori, non potè essere adottato, troppo ormai essendo mutate le condizioni politiche ed economiche, i sentimenti, i bisogni, la coscienza giuridica del popolo.

Così, mentre in pieno Medio Evo si parlava della cosa pubblica, adoperandosi, la locuzione "patrimonio del Principe: "Più tardi si parlò del "patrimonio della Corona" od anche "del patrimonio dello Stato"; il che importava il riconoscimento che la cosa pubblica non appartiene già alla persona del principe, ma all'Ente Stato che è da esso rappresentato.

Così dalla teoria romanista della proprietà e dell'uso del popolo sulla cosa pubblica, si originò quella feudale della proprietà personale del principe, che dona, vende, cede a tempo od in perpetuo le cose sue; e da questa poi, per successiva evoluzione, si formò la teoria nuova nuova, per la quale al principe è affidato l'esercizio del diritto di proprietà e quindi l'obbligo della tutela, mentre si riconosce spettare l'uso della cosa pubblica al popolo, sebbene in forza di concessioni sovrane.

17 — Assim também FRANCESCO PACELLI em **Le Acque Pubbliche**:

"Certo si è che, in seguito al risorgimento del diritto romano, i maggiori corsi d'acqua furono rivendicati alle ragioni dello Stato, distinguendosi però i fiumi navigabili, i quali come regalie maggiori formavano parte integrante del patrimonio del principe, e i fiumi non navigabili, i quali come regalie minori erano ritenuti nel dominio dei signori feudali, che come liberi padroni ne disponevano in favore dei terrazzani.

Più tardi, formatesi le grandi monarchie assolute, tutti i corsi maggiori furono dichiarati di pubblica ragione e di pertinenza del sovrano, al quale fu riservato il diritto di fare concessioni ai privati. "(op. cit. p. 56)".

18 — Sabido que muito pouco restou de mourisco à legislação do que seria Portugal, do caldeirão em que se misturaram o direito romano, o direito canônico, as leis de Castela e os costumes portugueses surgiram, em 1446, as Ordenações Afonsinas, seguidas das Manoelinas em 1521 e das Filipinas em 1603. Em todas elas ficara estabelecido que os direitos reais compreendiam:

"... as estradas e ruas públicas, antigamente usadas, e os rios navegáveis, e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo. E posto que o uso das estradas e ruas públicas e os rios sejam igualmente comum a toda a gente, e ainda a todos os animais, sempre a propriedade delas fica no Patrimônio Real."

(**Aff. L.º 2.º**, tit. 23; **Man., L.º 2.º**, tit. 20; **Phil., 1.º 2.º**, tit. 26 — § 8.º).

Depois de afirmar ser real a propriedade dos rios não navegáveis e comum seu uso (**op. cit.**, § 10), LOBÃO veio a entender que tal disposição fora abrogada "pelo contrário uso universal e pela conviência dos Reis", diante da açudagem sem licença real, de águas de rios navegáveis e dos que os faziam, concluindo que a Ord. L. 2 T. 26, § 8.º não abrangia os rios não navegáveis e que não podiam formar navegáveis, aos quais se aplicariam as regras do direito romano, "enquanto racionáveis" (**op. cit.**, §§ 21 a 25). É que pela Lei de 18 de agosto de 1769, que refugou as Leis Romanas que em Boa Razão não fossem fundadas, nos casos omissos na legislação portuguesa poderiam ser aplicadas as que não contivessem superstições, paganismo, não fossem opostas aos ditames da boa razão, ou ao Direito das Gentes e estivessem de acordo com as Leis Políticas, Econômicas, Mercantis e Marítimas da maior parte das nações civilizadas (§ 9.º). Com o que se retornaria ao uso público e à propriedade, privada ou pública, de todas as águas, conforme as características ou a titulação de cada uma. Ocorre que no § 25 de sua citada obra, LOBÃO chegou a tal conclusão somente em razão do uso de tais águas, notadamente quanto à extração, admitindo permanecesse a propriedade do Patrimônio Real tanto que disse-lhe estar "assim abrogada (§§ 22, 23 e 24) salva só a propriedade nua para o Patrimônio Real".

19 — A realidade é que as Ordenações silenciaram em relação aos rios não navegáveis e que não são caudais que concorram para que outro seja navegável, não havendo, pois, texto que se aplique

a lago não navegável e não alimentado por corrente comum. Também assim, antes delas, o **Livro dos Feudos**, somente se referiu aos rios navegáveis. E, precedentemente, o Direito Romano, asseverando o uso comum de todas as águas, mesmo as não navegáveis, admitia que fosse privada, todavia, a propriedade em relação a algumas (**Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est**).

De outra parte, de nada vale a legislação estrangeira para a solução de problemas brasileiros no tema, porque díspares foram os caminhos trilhados, consoante a realidade dos fatos de cada nação.

20 — Um olhar para o passado relativo a acontecimentos respeitantes a águas, no Brasil, revela a ausência de comoções sociais ou de enxurradas de processos judiciais em torno de uso ou de propriedade de águas, o que significa a existência de uma consciência social disciplinadora de conduta a tal propósito, a que todos se submetiam. E de tal ordem que, com o advento do Código de Águas, tampouco celeumas foram causadas. Tudo isso indica que o Código de Águas apenas expressou tal consciência, que, em última análise, é aquela do Direito Romano.

O Direito Romano, como antes exposto, qualificava as águas como públicas se seu uso pudesse ser exercido habitualmente — e por todos. E assim o fazia porque tinha a atenção voltada para a importância das águas, todas elas, perante a comunidade, de tal sorte que é autorizada a conclusão de que eram públicas as águas adequadas à satisfação de interesses públicos, e particulares aquelas que somente poderiam satisfazer exclusivamente a uma pessoa privada. Mesmo assim, esse entendimento do que fosse público ou privado ficava restrito ao uso das águas, que era o que realmente importava, e não se estendia à propriedade do leito, de sorte tal que poderia haver álveos objeto de propriedade privada, com as respectivas águas de uso público.

As **res publicae** (quanto ao uso), no direito romano eram entendidas de forma a abranger as **res communes omnium** (BIONDO BIONDI, **Instituzioni di Diritto Romano**, 1956, p. 148), de forma a que qualquer do povo pudesse utilizá-las independentemente de qualquer permissão ou utilização, da mesma maneira, p. ex., como alguém pode andar em uma rua. Essas coisas poderiam ser de propriedade individual, conforme sua natureza, mas insusceptíveis de apropriação exclusiva de alguém. Somente na medida em que coisas comuns a todos foram passando para o patrimônio real é que se foram desligando do patrimônio particular em que pudessem ter estado, de tal sorte que não restou dúvida de que passaram para o patrimônio real, mas destinados a uso de todos, as estradas, as ruas, os rios navegáveis e os de que se fazem os navegáveis, se são caudais e perenes (Ord. Phil. L.º 2.º, tit. 26 — § 8.º).

Vai daí, pelos mesmos critérios, que, mais do que do patrimônio público, são do patrimônio público e de uso comum, os lagos navegáveis.

Conhecida a elasticidade do conceito de navegabilidade, bastaria a circunstância, como basta, para afirmar que, em razão do Direito Feudal e do Direito das Ordenações, passaram ao **patrimônio público**, prosseguindo como bem de **uso comum**, os lagos em que todos pescavam, independentemente de acesso exclusivo.

21 — Admitida a manutenção da situação de tais lagos no patrimônio público de uso comum, pertenceriam eles à União, ao Estado ou ao Município de sua situação? ALFREDO VALLADÃO (**Dos rios públicos e particulares**) após analisar os textos constitucionais e legais vigentes no Império, concluiu que havia rios federais, estaduais e municipais, estes, quando tivessem nascente, curso exclusivo e foz nos respectivos territórios (pp. 46 a 50), o que era viável, diante da pobreza dos textos a respeito. Mal saindo a República de sua primeira década, o mesmo autor asseverava o prosseguimento dessa divisão tripartite de águas, reservando à União os rios que servem de limite nacional, ao Município os que tivessem nascente, curso exclusivo e foz no seu território e ao Estado os demais, acrescentando: "Em todo o caso, os rios pertencentes aos Estados e aos Municípios ficam sujeitos às servidões existentes em favor da União; e os rios pertencentes aos Municípios a todas as restrições que sobre este domínio possam ser estabelecidos pelas leis dos Estados." (**op. cit.**, p. 67).

22 — Lagos nunca foram objeto de adequada e completa referência pela legislação brasileira, de sorte que, seguindo a mesma linha de raciocínio aplicada aos rios do patrimônio público e de uso comum, autorizada é a conclusão de que, no Império assim como na primeira década da República, eram municipais os lagos públicos circunscritos pelo território de um único município.

Constituições tudo podem, e aquelas que se seguiram à Primeira República vieram a alterar a partilha dos rios, que passaram a ser apenas federais, ou estaduais (cf. anteriores itens 3 a 10). A titularidade sobre os lagos municipais continuou com os respectivos municípios, porque, não tendo lagos nascente e foz, não precisam estar submetidos, apenas por tal aspecto, à mesma disciplina dos rios, que sempre as têm. Não há, portanto, razão para que se possa pensar que o art. 29-III-a, do Código de Águas, que enseja a existência de lagos municipais, tenha sido alterado com a disciplina constitucional que se lhe seguiu.

23 — Em conclusão, o plano da explicitação jurídica atual é o seguinte, em relação a lagos estaduais, municipais e particulares:

- a) são estaduais os lagos que, não compreendidos entre os bens da União:

- a.1 — encontram-se no domínio patrimonial do Estado-membro (Constituição de 1967/1969, art. 5.º);

- a.2 — servem de limites a dois ou mais Municípios (Código de Águas, art. 29-II, a);

abranjam parte do território de dois ou mais Municípios (Código de Águas, art. 29-II, b);

- b) São municipais os lagos não compreendidos entre os bens da União e de Estados, quando exclusivamente situados em território do Município e sejam navegáveis ou façam outros navegáveis, respeitadas as restrições que possam ser impostas pela legislação dos Estados (Código de Águas, art. 29 — III), ainda que situados em um só prédio particular e pelo mesmo prédio exclusivamente cercados, mas, nesta última hipótese, desde que o lago assim cercado seja alimentado por alguma corrente comum (Código de Águas, art. 2.º, § 3.º, c/c art. 29 — III);
- c) são particulares os lagos que não sejam compreendidos entre os bens da União, dos Estados e dos Municípios, **mesmo quando navegáveis, embora**, neste último caso, para que sejam considerados **navegáveis** particulares, haja necessidade de que não sejam alimentados por alguma corrente de uso comum (Código de Águas, art. 2.º, § 3.º, c/c art. 8.º) e, **mais**, que estejam situados em um só prédio particular e, ainda, exclusivamente cercado por esse um só prédio particular (**idem**).