

Manuel Rodrigues.

PARECER

I

A TITULARIDADE DAS NASCENTES

I - O artigo 444 do C.C. dispunha: "O dono do prédio onde houver alguma fonte ou nascente de água pode servir-se dela e dispor de seu uso livremente, salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido a esse uso por justo título..." Este artigo encontra-se reproduzido no decreto nº. 5787 IIII, de 10 de Maio de 1919, no artigo 90, que actualmente contém o regime das águas. Dele resulta que as fontes ou nascentes pertencem aos proprietários dos prédios onde nascem ou brotam. Este direito têm, segundo alguns, a sua justificação no artigo 2288 do C.C. que diz: "O direito de fruição do solo abrange, não só o mesmo solo em toda a sua profundidade...mas também o espaço aéreo..." A água é para eles parte integrante do solo. Era a doutrina dos romanos.

"Pars enim fundi videtur aqua viva" (Dr. G. Moreira, Águas I, pag 50). Outros (T. de Abreu, Estudos jurídicos I, pag 5) sustentam constituírem as fontes e nascentes propriedades autónomas, res nullius, enquanto não fôrem devidamente ocupadas.

Nem uma nem outra opinião inteiramente aceitáveis. O regime das águas por motivos práticos, pela necessidade dum aproveitamento útil, não se subordina a um sistema puro.

Com efeito, as fontes e nascentes não podem considerar-se um simples elemento da propriedade porque a sua alienação sem o prédio de que fazem parte não seria juridicamente possível em face do conceito moderno de servidão, e é indiscutível que a propriedade das fontes e nascentes se pode transferir sob a forma de alienação do direito de propriedade.

Mais: no artigo 452 do C.C. diz-se ser lícito ocupar as águas descobertas por meio de poços nos terrenos públicos, municipais ou paroquiais, e esta faculdade só pode compreender-se supondo a água das nascentes desintegrada do solo. Mas também o princípio de que as fontes e nascentes constituem uma propriedade autónoma não tem a adesão da lei, pois, por um lado, esta não permite a aquisição por simples ocupação quando se trate de nascentes em terrenos e particulares e, por outro, porque - como é indiscutível - a venda dum prédio implica a alienação das nascentes que nele existem (Ac. da Relação do Porto de 21 de Março de 1900, Rev. dos Trib. 18, pag 326), e a hipoteca compreende as fontes que nele se encontram. (Rev. de Leg e Jur 16, pag. 279).

Seja como fôr e porque fôr, as fontes e nascentes

são para a generalidade dos efeitos jurídicos acessório dos prédios onde brotam e, como tais, pertencem aos proprietários desses prédios, salvo se sobre elas se tiver constituído um direito particular, nos termos da lei civil e a que adiante nos referiremos.

2 - As nascentes pertencem ao proprietário do predio, mas o que deverá entender-se por predio? Sabe-se que os prédios estão no decurso do tempo em fragmentação ou conjunção frequentes, e, como é o proprietário do prédio e dono da nascente, importa saber qual o prédio, para se saber qual o titular da nascente. A lei nada diz mas o problema há-de ter aqui a mesma solução que tam sido dada à determinação dos prédios marginais.

Também estes se podem fraccionar de maneira a uma parte perder o contacto com a corrente, também estes podem ser aumentados com outros contíguos. Ora, é ponto admitido que, para efeito da utilização das águas, os prédios devem ter-se em conta tais como existam à data da publicação do C.Civil (Rev. de Leg. e de Jur., 15, pag. 515; 21, pag. 360; 25, pag. 229; 54, pag. 123 e 174), G. Moreira, Águas, I, pag. 116. Em contrario, Assis Teixeira, Águas, pag. 295.

3 - A titularidade dos proprietários dos predios sobre as nascentes define-se pelo direito da propriedade privada.

O Código Civil nos arts. 444^a e 382^a impunha tal conclusão. O Decreto n.º 8, de 1 de Dezembro de 1892 disse-o

expressamente no art.º 3^o pois nele se estabelece: "São particulares as águas que nascem num predio particular..."

O mesmo principio se encontra no art.º 2^o do Decreto 5787 IIII, de 10 de Maio de 1919, que contém hoje o regime das águas.

Portanto podemos concluir: as águas nascentes pertencem aos proprietários dos predios onde elas brotam e em regime de propriedade privada.

II

NASCENTES E CORRENTES

4 - As fontes e nascente podem surgir e consumir-se no predio ou dar origem a correntes navegáveis ou fluctuáveis ou não navegáveis nem fluctuáveis. No primeiro caso são elementos do predio e estão na propriedade privada, e no segundo?

A natureza jurídica das fontes ou nascentes não muda nestes casos. O regime das nascentes é sempre o mesmo.

Parece, à primeira vista, que não devíamos ser assim pois na hipótese figurada, a nascente tem um importância maior, e, de facto, na actual lei francesa não sucede assim. Com efeito, o Código Francês, que continha doutrina identica à nossa, foi modificado em 1898, no art.º 643^a, que passou a ser redigido deste modo: "Se as águas das nascentes

quando saem do predio formam já uma corrente pública, o proprietario não pode desviá-las do seu curso natural em prejuizo dos proprietarios inferiores." Esta é a doutrina do C.C. francês que a nossa legislação nitidamente exclue e com certa razão. Ela assenta na ideia de que o desvio da nascente causa grandes prejuizos à corrente com tal, mas de facto raras vezes assim succederá. E a razão está em que as correntes não vem apenas duma nascente; o ponto inicial tem em regra pouca importancia. O que forma a corrente é o conjunto das fontes, nascentes e águas da chuva duma bacia hidrographica. Certamente que a utilização de toda a água da nascente inicial do Mondego em nada modificaria a corrente deste rio, nem o Tejo soffreria por lhe desviarem a nascente primeira.

Isto é assim sob o ponto de vista das realidades e também assim é, sob o ponto de vista juridico, entre nós, pois as nascentes que dão origem a correntes tem exactamente a mesma titularidade e o mesmo regime, que aquellas cujas águas são consumidas antes de entrarem em qualquer corrente pública.

Na verdade, o artigo 32. do Decreto nº. 8, de 1 de Dezembro de 1892, dispõe: "São particulares as águas que nascem num predio particular e por elle correm, emquanto não ultrapassarem os limites do mesmo predio. Se porém se lançarem em alguma outra corrente pública ou com deixarão de ser particulares... apenas passem os limites do predio onde nascem".

No artigo 2º do decreto nº. 5787 IIII, de 10 de Maio de 1919, lê-se: "São do dominio particular Iº)

As águas que nascem em algum predio particular... emquanto não transpuzerem abandonadas, os limites... Se porém se lançarem no mar ou em outras águas públicas, deixarão de ser particulares apenas passem os limites do predio onde nascem ou caírem".

Era já o nosso direito antigo. Com effeito na Resolução de 17 de Agosto de 1775 lê-se: "Hei por bem declarar que o dominio e posse das águas de que se trata, sendo estas como são particulares, pertencentes aos donos das quintas onde tem seus nascimentos, o decurso natural delas pelo ribeiro onde desaguam não pode servir de argumento juridico a favor dos predios inferiores, sem que os donos destes tivessem um titulo claro de compra feita aos primeiros ou de um açudo ou canal com manufactura constantes e permanente que fizesse presumir o referido titulo. Cujá declaração sou servido fazer com a equidade de que os donos das referidas nascentes, depois de se apropriarem das águas deles emquanto elles fôrem necessarias para regarem seus predios, não as podem depois divertir em odio ao suplicante..."

São pois duas as condições para que as águas da nascente que dá inicio a uma corrente deixem de ser particulares:

Iº) Que ultrapassem os limites do predio onde nas-

cem;
22.) - e que sejam abandonadas pelo respectivo proprietário.

Este é o sentido da letra da lei, que os tribunais sempre seguiram. (Ac. do S.T. de Justiça de 2 de Abril de 1940 (Col. Of. 39, pag 305).

Neste ultimo acordo lê-se: As águas nascidas numa propriedade particular que ao transpôr os limites dessa propriedade começam a ser utilizadas para regas ou fins industriais ... são particulares. Por serem particulares essas águas não podem os funcionarios dos Serviços Hidraulicos destruir as obras feitas por um proprietarios no seu moinho e na conduta de água..." O anterior acordo diz: "Perante o disposto no decreto nº. 5787 IIII, artigo 1º. e 2º as águas das fontes e nascentes que brotam em terrenos particulares para que assumam a natureza de públicos dois elementos são necessários.

- a)-que tenham sido abandonadas ao transporem os limites desse predio particular onde nascem;
- b)-que se lancem no mar ou noutras águas do dominio publico."

Os juriconsultos nunca ensinam outra coisa. G. Moreira, Águas, I nº. 74 e s; II, Apêndice nº. 3 e s; Assis Teixeira, Águas, pag 87 e s; Teixeira de Abreu, Lições de Direito Civil, nº. 65 e s; Veloso de Almeida, Comentário à Lei das Águas.

pag.17 e segs.

Podemos pois concluir que as águas das nascentes que dão inicio a uma corrente publica ou comm, são particulares, e só entram no dominio público se fôrem abandonadas pelo proprietario das nascentes e depois de ultramassarem o predio passam ao regime das correntes.

5 - As águas da nascente a que se refere a consulta são pois particulares, sujeitas por consequência ao regime das nascentes em geral. Importa por isso determinar os elementos dêsse regime.

O artigo 99º do decreto nº. 5787 IIII, de 10 de Maio de 1919, reproduzindo o disposto no artº. 444º do C.C. dispõe: "O dono do predio onde houver alguma fonte ou nascente de água,

pode servir-se dela e
dispôr do seu uso livremente"

Vê-se que estes poderes correspondem aos poderes em que se analisa o direito de propriedade, poderes materiais de uso e gozo e poderes do titular da nascente são poderes de proprietario singular, nos termos do artigo 2.175 do C.C.

Tem o direito de servir-se da água e servir-se quer dizer que tem o direito de a utilizar como entender na cultura do predio da nascente ou noutro, na industria, no

consumo domestico; e sem limite na forma, salvo o disposto nos arts. 35. da Constituição, e do Estatuto do Trabalho ou na quantidade. Pode igualmente dispôr dela, aliená-la, transportá-la para outro predio, reprezá-la, etc. Só depois de abandonar, a água da nascente sae do regime da propriedade privada para entrar no dominio público, sae da nascente para entrar na corrente.

Portanto pode aproveitá-la no que quizer e até ao volume que quizer, G. Moreira, Águas, I, N.º 79, escreve: "O proprietario de um fonte ou nascente pode aproveitar-se das suas águas no predio em que brotam ou em qualquer outro predio e pode aliená-lo no todo ou em parte, e tanto ôto como os adquirentes dessas águas, terão o direito de as conduzir através dos predios rústicos alheios..." (Actas da Comissão Revisora, pag. 142 e 173 e segs.).

III

REGIME DAS NASCENTES

6 - Poderá dizer-se : as águas da nascente, que não eram utilizadas antes do decreto n.º 5787 IIII, devem considerar-se abandonadas e esse decreto declarou que as águas abandonadas passavam a ser do dominio público. De modo que a partir daquele decreto o proprietario da nascente só pode aproveitar as águas que aproveitava até então. E isto se conclue, diz o Parecer da Procuradoria junto à

consulta.

No Parecer lê-se: "Pela organização dos Serviços Hidraulicos de 1.º de Dezembro de 1892, foi adoptada a do C.C. que as dividia em públicas, comuns e particulares (art.º 380.º a 382.º). Mais tarde, pela publicação do decreto n.º 5787 IIII, de 10 de Maio de 1919, essa classificação foi remodelada no sentido de ficarem existindo apenas duas categorias -- águas do dominio público e águas do dominio particular. Esta alteração não foi apenas na nomenclatura. Atingiu, em parte a propria essência do instituto pois fez entrar no dominio e administração do Estado as que ficaram pertencendo por força do §2.º do artigo 1.º do Decreto n.º 5787 entre outras, as águas de que trata o n.º 7.º do artigo"

Esta afirmação contem um erro grave. Já antes do decreto n.º 5787 IIII, havia quem dissesse que as águas das correntes não navegaveis nem fluctuaveis estavam no dominio público do Estado. O Dr. G. Moreira no seu livro Águas, I, n.º 12 publicado antes do decreto n.º 5787 IIII, a pag. 77 estuda largamente esta questão e a sua conclusão é indiscutivel "... a propriedade das correntes não navegaveis nem fluctuaveis pertencem ao Estado". Não há portanto um regime novo neste ponto. A questão era outra. Sobre a titularidade das correntes de água não navegaveis nem fluctuaveis, dado o silencio da lei, havia varias opiniões: uns affirmavam que eram propriedade do Estado, outros que dos municipios, e outro ainda dos proprios proprietarios marginaes. Ora o decreto veio dizer que pertenciam ao Estado conforme a opinião dominante.

Não se teve em vista nêste o regime com

a nova designação, teve-se em vista resolver uma questão puramente teórica. Nada de facto se mudou. O nº. 7º. do artº. 1º., do decreto nº. 5787 IIII nenhuma alteração introduziu na classificação das águas. Este número deve ser comparado com o nº. 1º. do artº. 2º. que lhe é complementar, e ambos são a reprodução - o nº. 7º. do artº. 2º. do Decreto nº. 8, de 1 de Dezembro de 1892; e o nº. 1º. do artº. 2º. do artº. 3º. O número 7º regula as correntes. O nº 1º do artº. 2º. as nascentes.

Neste ponto o decreto 5787 IIII, não trouxe qualquer modificação ao direito existente.

7 - Poderá dizer-se abandonada a água não utilizada até ao Decreto 5787 IIII?

É evidente que não.

a)- O nº. 2º. do artº. 1º. do Decreto nº. 5787 IIII diz: "... os vales e correntes de água..."

O artº. 2º. diz: " São do domínio particular nº. 1º: As águas que nascerem em algum predio particular e as fluviaes que n'ele caírem, enquanto não transpuzerem abandonadas os limites do mesmo predio..." Não há aqui limite de tempo. Pertence ao domínio publico a corrente e esta só começa para o efeito da lei depois das águas saírem do predio onde brotam. Só depois de transporem os limites do predio.

b)- Depois, logica e juridicamente não é de

admitir a conclusão porque as águas que ainda não nasceram, as que ainda não choveram não podem considera-se abandonadas. Se assim fôsse, o que afinal se teria abandonado não seria a água mas parte da nascente, e esta não pode ser abandonada por ser uma coisa imobiliária.

c)- Por ultimo, nunca se entendeu assim em relação às nascentes, e em harmonia com os artigos 104 e 105 do decreto nº 5787 IIII, nem mesmo com o aproveitamento da água das correntes. O proprietario marginal que tinha um predio inculto á data da publicação do Código pode cultivá-lo hoje e aproveitar a água sem que se lhe possa dizer que tinha abandonado a água, e portanto que a perdera.

d)- No Parecer ensaia-se ainda um outro argumento: pretende-se que o Estado pode abonar-se com o disposto no paragrafo unico do artigo 99º do decreto nº 5787 IIII. Sem duvida mas quando invocar um direito privado; não o pode porer invocar para justificar o domínio publico porque esse não se constitui pelos processos da lei civil, a que alude aquelle paragrafo, como adiante veremos, ao determinar as várias formas que reveste o justo titulo.

e)- Por ultimo parece querer demonstrar-se no Parecer que a perda das águas que não foram aproveitadas antes de 1818, é uma simples limitação ao uso das águas - o que não é verdade pois tal limitação implicaria um compropriedade...

Pode pois concluir-se, sem qualquer sombra de dúvida, que a nascente é propriedade do dono do terreno

e que toda a água da nascente lhe pertence enquanto ele e a cada momento a não abandonar.

Haverá porem limites a esta faculdade de livre disposição?

Há e estes podem ser de caracter privado ou publico. Começamos pelos de caracter particular.

IV

RESTRICÇÕES DE CARACTER PARTICULAR

8 - O artigo 99, do Decreto 5787 IIII, estabelece ao direito de propriedade a seguinte restrição "... salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido a esse uso por titulo justo. Único - considera-se titulo justo qualquer meio legitimo de adquirir os direitos imobiliarios, reconhecidos pela lei civil..."

A determinação dos titulos suficientes para que algum por eles adquira direito ás águas das fontes ou nascentes existentes nos predios de outrem tem variado nos diversos diplomas reguladores das águas.

No direito anterior ao Código havia graves dúvidas sobre os titulos de aquisição, mas o Código pôs termo a elas indicando nos artigos 438 e 444 quais aquelles que, sob o ponto de vista do passado, respeitava. No regime do Código as águas podiam ser adquiridas por qualquer titulo aquisitivo da propriedade imovel, excepto por prescrição (C.C.a. 444 a 439) mas o decreto 5787 IIII, veio em relação ás águas das fontes

e nascentes, e muito justamente, estabelecer a antiga doutrina (Manuel Rodrigues, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra VIII, pag. 360).

9 - No direito anterior ao Código (escrevi no artigo referido) as águas podiam adquirir-se por prescrição. O Código Civil ressalvou os direitos adquiridos por prescrição, mas indicou para pôr termo a duvidas os requisitos que a prescrição deveria ter revestido para que constituísse um direito adquirido a respeitar.

" O § único do artigo 438, applicavel á hipotese "por força do artigo 444 § único, dizia : " a prescrição, "porem, só será atendida para os efeitos deste artigo quando "recaia sobre opposição não seguida ou sobre a construção de "obras no predio superior, de que pode inferir-se abandono "do primitivo direito".

"Admitia-se, portanto, o Código duas modalidades na prescrição - opposição não seguida e a existencia de obras no predio superior.

" O artigo 99, do decreto já citado não incluye "no § único aquella modalidade da prescrição, apenas se refere "as obras no predio superior; daqui a questão de saber se ainda hoje se poderá invocar a prescrição com o fundamento em "oposição não seguida.

" Pode justificar-se a affirmação de que ainda hoje é licito invocar a prescrição por opposição não seguida, "dizendo que esta forma de prescrição deu origem á aquisição "de um direito e que a lei, que não a reconhecesse em relação

"aos direitos adquiridos anteriormente ao Código, violaria o princípio da retroactividade, que se não obriga o legislador, obriga o juiz e deve, portanto, ter-se em conta na interpretação da lei."

"Da letra do artigo 99^o, parece também poder concluir-se que com ele apenas se pretendeu incluir a prescrição entre os títulos de aquisição da água das fontes, e de que, portanto, nele não se contém uma disposição da direito transitório."

"Esta conclusão é inadmissível."

"O artigo 99 dá ao proprietário do predio o direito de se aproveitar da água das fontes que nele existam, salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido a esse uso por título justo."

"A única excepção é a existencia de um justo título," salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido." Ora aquelle artigo no § unico declara em que condições é que a prescrição é justo titulo e nele só se inclui a prescrição acompanhada de obras, o que significa que em qualquer outra hypothese não é justo titulo."

"E compreende-se a attitude do legislador."

"Sendo os proprietarios dos predios inferiores obrigados a receber as águas dos predios superiores sem que do cumprimento de tal obrigação resulte para elles um direito ás aguas - pois se trata de um direito facultativo - como a prescrição dos direitos facultativos só pode dar-se com a inversão o legislador entendeu, como muitos juristas de resto, que as obras podem significar uma contradição

"perfeita."

"4 - Assente que actualmente não é permitido invocar senão a prescrição acompanhada de obras no predio onde existár a fonte ou nascente, vejamos, e é o caso da hypothese decidida no accordão, quais os requisitos exigidos pela lei para que a prescrição exista."

"I) - O primeiro requisito é o das obras serem feitas no predio onde existir a nascente."

"E compreende-se bem esta exigencia, pois na prescrição invoca-se o exercicio de poderes sobre o predio de outrem. E como na aquisição das nascentes o exercicio ha de ser revelado por obras, pois é evidente que estas hão-de encontrar-se no predio serviente."

"Nenhum significado contra o proprietario teriam, na verdade, as obras existentes no predio dominante, pois ao proprietario deste é licito faze-las sem que o proprietario do predio que se diz serviente se possa oppôr."

"II) - O segundo requisito é a apparencia."

"É intuitiva a razão da exigencia deste requisito. Na verdade, invocando-se as obras como fundamento da posse e sendo esta a exterioridade de um direito, é por aquelle que o direito se deve manifestar."

"Daqui não se conclua porem que as obras devam ser apparentes em toda a sua extensão."

"Sendo as obras um sinal revelador da posse, é evidente que o que se exige é que a apparencia seja sufficiente para revelar a existencia de uma actuação da parte de terceiro

"constituindo a verificação d'este requisito uma questão de facto a resolver em cada caso.

"A existência dos canos e depósitos destinados a conduzir e reprimir a água das nascentes, diz a Revista da Legislação e de Jurisprudência, 24, pag. 18, desde que são construídos no predio superior, embora subterraneamente, constitui um dos factos sobre que pode basear-se a prescrição em benefício do predio superior...

"Pouco importa que estas obras sejam subterrâneas, desde que haja sinais exteriores da sua existência, de modo que o proprietário superior os possa conhecer..."

"III)- Exige-se ainda que as obras sejam permanentes.

"Entende-se que as obras sem permanência não constituem um sinal suficientemente energico para denunciar a posse do proprietário dominante. Já o alvará de 17 de Agosto de 1775 dizia:

"Hei por bem declarar que o dominio e posse das águas de que se trata, sendo como são particulares, pertencentes aos donos das quintas onde têm os seus nascimentos e decorso natural delas pelo ribeiro por onde desagüam, não podem servir de argumento juridico a favor dos predios inferiores, sem que os donos delas tivessem um titulo claro de compra feita aos primeiros, ou de um aqude ou canal com manufactura constante e permanente que fizesse presumir o referido titulo..."

"Deve todavia notar-se que a lei não exige forma especial na construção para que as obras sejam permanentes.

"deradas de manufactura constante. O que se exige é a permanência das obras e assim tem-se dito e julgado entre nós que uma rêgo fundo, uma vala que não se desfaga depois de aberta, e que nunca desapareça, atestando sempre a existência da servidão aos olhos de todos, é uma obra permanente e responde sem duvida à condição da lei, que é a atestação da continuidade da posse".

"5 - Examinando as obras que num predio se encontram e pelas quais é conduzida água para um predio inferior, podemos classificá-las em tres titulos: obras que denunciam exclusivamente uma servidão de escoamento, obras que denunciam por si e exclusivamente um dominio do proprietário do predio superior e obras que tanto podem significar servidão de escoamento como dominio do predio inferior às águas do predio superior, pois conduzem as águas escolaticias e as águas com que o proprietário do predio inferior rega, lima, etc.

"Nos dois primeiros casos nenhuma duvida há.

"E no terceiro como resolver?

"Tratando-se de obras equívocas por sua natureza, poderá haver prescrição?

"Toda a questão está em admitir, ou não, para determinar a equivocidade das obras, elementos estranhos às próprias obras.

"Se não são de admitir tais elementos, as obras equívocas nunca conduzem à prescrição, em primeiro lugar, encontrando-se no predio superior e pertencendo

"ao proprietário do predio as faculdades de transformação
 "e de fruição, deve supôr-se que tais obras fôram feitas
 "para beneficio do predio onde se encontram; e em segundo
 "lugar, porque, na duvida, de decidir-se pela liberdade dos
 "predios.

"E nem a esta presunção se poderá opôr com
 "eficácia o facto de as obras se continuarem no predio in-
 "ferior denunciando contra ele uma servidão, porque o pro-
 "prietario das fontes e nascentes não é obrigado a aliena-
 "las; mas o proprietario dos predios inferiores é obrigado
 "nos termos dos arts. 1032 e 1102, do Decreto já citado a
 "receber as águas dos predios superiores.

"Dêste modo, admitindo-se a doutrina de que
 "e pelas proprias obras, e exclusivamente por elas que se
 "há de averiguar da existencia do abandono, não poderá in-
 "vocar-se a prescrição sempre que se trate de obras que sir-
 "vem ao mesmo tempo para rega dos predios inferiores e su-
 "periores, ou para escoamento das águas dêstes.

A doutrina de que não é permitido recorrer a
 "elementos estranhos às obras para verificar se houve ou
 "abandono do proprietario do predio superior, seguida
 "na alinea transcrita em segundo lugar, pode justificar-se
 "com a letra da lei. Na verdade, no art. 992 § uni-
 "versal. Acompanhada da construção de obras no predio
 "onde existir a fonte ou nascente, de onde possa inferir-se
 "abandono do primitivo direito"-de onde possa inferir-se
 "abandono, e portanto é das obras que se há-de inferir o aban-

"dono.

"Depois dêsse-se já, que o legislador quis
 "pôr termo a todas as duvidas que tinha dado lugar a adqui-
 "sição das águas por prescrição, e o modo de o fazer foi
 "exigir a existencia de obras no predio superior. O facto
 "da posse é constituído pelas obras e não-de por isso ser
 "estas que o devem traduzir em todas as suas modalidades,
 "tanto no corpus, na materialidade, como no animus. Sendo
 "assim, é das proprias obras e exclusivamente delas que se
 "há-de deduzir que o proprietario do predio inferior se ar-
 "rege sobre as águas do predio superior um direito proprio
 "e delas que há-de resultar a inequívocidade da posse.

"Em primeiro lugar a equivocidade da posse
 "em principio, ser destruída por quaisquer elementos
 "estranhos ao corpus e pode mesmo dizer-se que é essa a re-
 "gra, pois a significação do corpus é dada pelo animus, que
 "sestranho à materialidade.

"Em segundo lugar, se assim não fosse nunca
 "adquirir-se por prescrição as águas das fontes e
 "nascentes, quando o proprietario do predio onde estas exis-
 "tem, empregasse nêle uma parte da água, ou a fizesse escoar
 "pelo rego por que a conduzia o proprietario do
 "predio inferior, e não há motivo, algum para esta excepção.
 "A doutrina, que foi a que fez vencimento, no acordão
 "de 1861, é admitida pelos juriconsultos francêses e

e foi aceita pela Revista de Legislação e de Jurisprudência, "Vol. 44, pag. 374) que escreve: "... o abandono pode inferir-se não só das obras consideradas em si, mas ainda de modo porque se deu o aproveitamento das águas."

"É, por todas estas circunstâncias que se deve caracterizar a posse, verificando se ela tem ou não carácter porcário ou se o aproveitamento da água corresponde a um direito de predio inferior, ou representa apenas um acto facultativo por parte do predio superior."

"Parece-nos, pois, que é de admitir a invocação de elementos estranhos às obras para destruir a equívoca impressão que delas pode resultar."

"Simplesmente, nem todos os elementos exteriores são suficientes. É preciso que o elemento a que se refere seja bem claro sobre a posse do proprietário do predio superior, pois na dúvida deve prevalecer pelas razões expostas, a liberdade do predio superior. E assim deverá considerar-se como elemento suficiente, por exemplo, o facto de as obras serem feitas pelo proprietário inferior; mas não pode já considerar-se como suficiente a limpeza do canal que conduz as águas."

V

RESTRIÇÕES DE CARACTER PÚBLICO

10- Não haverá porém qualquer restrição de in-

teresse publico a limitar os poderes do proprietario da nascente?

O artigo 100 do decreto nº 5787 XIII, diz:

"O proprietario de qualquer nascente não poderá mudar o seu curso costumeado, se há mais de cinco annos dela ou das suas águas vertentes se abastecerem para seus gastos domesticos os habitantes de qualquer povoação ou casal" cf. C.C., artigo 447.

O artigo 168 do C. Administrativo estabelece o direito de requisição para o caso de indendios. Mas estes limites não interessam à consulta.

II- Mas não haverá um direito geral dos proprietarios marginaes quando a nascente dá origem a uma corrente, direito resultante da propria posição junto à corrente?

A Resolução já citada de 17 de Agosto de 1775 dizia: "Hei por bem declarar que o dominio e posse das águas de que se trata, sendo estas como são particulares, pertencentes aos donos das quintas onde têm os seus nascimentos, o decurso natural pelo ribeiro por onde desaguan não pode servir de argumento juridico a favor dos predios inferiores, sem que os donos destes tivessem um titulo claro de compra feita aos primeiros, ou de um aqueducto ou canal de manufactura constante e permanente que fizesse presumir o referido titulo..."

G. Moreira Águas nº 79 pag. 553 escreve:

"O direito de livre disposição das águas das nascentes que no artigo 444 se attribui ao proprietario dos predios onde

elas brotam, podendo desvia-las do seu curso natural para as aproveitar nos proprios predios onde brotam ou em outros predios ...

O C.C. limita, no artigo 449, o direito de liver disposição dos proprietarios das nascentes não lhes permitindo encaminhar as águas vertentes para outros predios desde que hajam seguido um determinado curso.

Pelo mero decurso natural das águas das fontes e nascentes os proprietarios inferiores nenhum direito adquirem a essas águas ...

A nascente, nas condições referidas só se torna corrente quando sai dos limites do predio onde brota, e só quando assim se considera se applicam às águas remanescentes as disposições relativas às correntes não navegaveis nem fluctuaveis".

Das passagens transcritas resulta que os predios contiguos ao predio onde brota a nascente não têm contra este, e só pelo facto de lhe serem inferiores, qualquer direito às águas.

Tal é o nosso direito antigo e moderno.

VI

A SITUAÇÃO DE FACTO

Postos os principios, importa definir a situação de facto e pô-la em presença dos elementos de direito para depois extrair uma conclusão.

Ora os elementos de facto são os seguintes:

No predio da Empresa há uma nascente nêle represada com barragem de alvenaria. A barragem tem tres comportas: uma na margem direita do ^{Almonda} Nabão seguindo a água por um canal até à turbina da fabrica da Empresa; outra no centro que descarrega para o ^{Almonda} Nabão, que nesse ponto tem a sua origem uma terceira margem ^{na} direita que descarrega para uma vala onde havia uma antiga fabrica de papel e há hoje uns moinhos.

Tanto a vala da primeira como a da segunda comporta, descarregam no Almonda.

A levada da margem esquerda conduzia a uma fabrica de papel que desapareceu sendo substituida por um moinho que por escritura tinha direito a metade da água da nascente.

Antes e em seguida a esse moinho há outros moinhos e algumas terras a que aproveita a água da vala. Depois esta entra no ^{Almonda} Nabão. Qual a posição destes moinhos e terras em relação ao aproveitamento das águas da nascente, sabendo-se que não há documento algum em que tenha intervindo qualquer proprietario da nascente?

Em relação a um dos moinhos, o que substitui a fabrica de papel, da margem esquerda há uma escritura de partilhas na qual se diz que lhe pertence metade da água. Por consequencia parece que a água estava devidida entre as duas fabricas.

Isto significa que os outros moinhos e terras nascentes tinham as águas da barragem.

Mas há mais: na escritura de partilhas de 11 de Novembro de 1864 entre Maria de Jesus, viuva de José Torrinha e seus filhos lê-se: "E declararam mais a viuva e o herdeiro Francisco: que a água fica obrigada à Fabrica de papel, tanto de dia como de noite, isto é enquanto a fabrica precisar da água preferirá sempre ao moinho, condição que subsistirá sempre para elle e seus herdeiros e para seus sucessores".

Ora este predio é hoje propriedade da Empresa por o haver adquirido.

Na escritura de 23 de Dezembro de 1863 Francisco Torrinha vende a José dos Santos Torrinha "uma casa que servia de moinho de farinha de inverno..."

Na escritura de 5 de Dezembro de 1864 Francisco Torrinha vende a José Torrinha um moinho dizendo a escritura: que na presente venda se compreende toda a água da vala motiva do moinho aqui vendido, ficando apenas para elles vendidos os sobejos da mesma água..."

Examinando estes elementos pode concluir-se: na barragem há uma comporta obra no predio superior e vala que são elementos sufficientes para com o decurso do tempo se constituir prescrição em favor das terras e moinhos se não houver indícios que excluam tal titularidade, e se já decorreu tempo bastante.

13 - É difficil provar que tenha decorrido o tempo sufficiente para a prescrição pelo o periodo decorrido

durante a vigencia do C. Civil não se conta (Manuel Rodrigues, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano VIII, pag. 370). Há-de somar-se o periodo anterior ao Código, se algum existiu com o periodo posterior ao decreto 5787 XIII.

A prova da posse anterior ao Código por testemunhas é difficil, senão impossivel, e se antiguidade incontestavel da barragem, vala e moinhos poderia trazer algum esclarecimento.

14 - Mas os documentos manifestam claramente que a água não foi adquirida por prescrição pelos moinhos ou terras.

Das passagens transcritas o que se deduz é o seguinte: As obras foram feitas tendo em vista unica e exclusivamente a antiga fabrica de papel - pois a água da nascente foi, segundo as escrituras, dividida pelas duas fabricas. Mais tarde a água da fabrica da margem esquerda foi attribuida ao Moinho da Torrinha: Os outros moinhos ou os trabalham no inverno ou com as águas que correm abandonadas na vala até esta entrar no Almonda. Estão na situação de predios marginaes ou atravessados por correntes não navegaveis nem fluctuaveis. Mais nada.

VII

OS SERVIÇOS HIDRAULICOS E O SEU PODER

DE POLICIA

25 - Como já se demonstrou, os proprietários de prédios inferiores a um predio onde brota uma nascente que os atravessa em corrente publica não tem contra elle qualquer direito que se baseie no regime das correntes, pois a nascente não passa a corrente depois da água haver transposto abandonada os limites do predio onde a água brota.

Os chamados utentes marginaes não podem pois invocar contra elle o direito de marginalidade o direito de utentes, apenas podem invocar um direito privado. No caso da consulta é mesmo de duvidar que se possa invocar qualquer direito privado.

Posto isto vejamos quais são os poderes da policia dos Serviços Hidraulicos, que estão definidos nos decretos nº 3 de 1 de Dezembro de 1892.

26 - Os poderes de policia estão regulados nos artigos 22 e 23 do decreto nº. 3 do artigo 221 e S. do regulamento.

No artigo 22 diz-se: Todas as pessoas em geral e especialmente os proprietarios marginaes dos panno lagos, lagoas, esteiros, valas, canais, rios ou quaisquer correntes de água, navegaveis ou flutuaveis ou de uso commum. ... são obrigados a cumprir os preceitos deste decreto e regulamento que dele faz parte sobre a regularização, conservação ... das respectivas margens, alveos ou leitos. único. Todas as obras que forem feitas com prejuizo da conservação ... e mais correntes de água ou com prejuizo de terceiros...

E no artigo 23 determina-se que fica sujeitas prescrições desta lei e do regulamento que dela faz parte sem prejuizo...

§ O uso e aproveitamento das águas dos lagos, lagoas, esteiros, valas, canais, rios ou correntes, quer navegaveis ou flutuaveis, quer de uso commum...

Nestes artigos e em outros descrevendo-se as águas minuciosamente nunca se fala em fontes ou nascentes. Isto quer dizer que os Serviços Hidraulicos não têm competencia nem podem ter ingerencia alguma na forma como o proprietario aproveita as nascentes nem nas obras que nelas se fazem e tanto, como se viu, quando a nascente se extingue no predio em que brota como quando ultrapassa.

26 - Conclusões:

- I - As águas de nascente que dá origem a uma corrente são particulares, enquanto não forem abandonadas e não transpuzerem os limites do predio onde brotam;
- II - As águas não utilizadas continuam no dominio privada do proprietario da nascente, e não no dominio publico senão as que transpuzerem os limites do predio, quando o transpuzerem e na medida em que o transpuzerem;
- III - Os proprietarios inferiores podem utilizar as águas abandonadas mas não têm como tais quaisquer direitos contra o proprietario da nascente;

IV)- A não utilização de parte das águas da nascente pelo proprietário do predio onde brotam não envolve perda do direito à sua utilização posterior embora os proprietários contíguos tenham aproveitado desde muitos anos essas águas;

V)-Sobre as águas do nascente podem constituir-se direitos de uso, mas pelos modos estabelecidos no artigo 99º do Decreto nº5737, III, de 10 de Maio de 1919.

VI)-A prescrição que no direito anterior ao Código era uma forma de aquisição da propriedade que este suprimeu reservando os direitos adquiridos é hoje título de aquisição, mas não é permitido ter em conta o tempo que decorreu enquanto vigorou o C.Civil para a constituir;

VII)-Os sinais da prescrição devem ser inequívocos, mas podem ser completados por outros elementos;

VIII)-Os Serviços Hidráulicos não tem qualquer direito de polícia sobre o uso das águas das nascentes, nem sobre as obras no predio onde elas brotam qualquer que seja a sua natureza de uso ou das obras sobre as correntes;

IX)-Os Serviços Hidráulicos não podem defender os direitos que terceiros tenham adquirido

X)-As águas represadas são particulares e como particulares devem ser consideradas: as que vão pela conduta da Fabrica até saírem dos limites do predio onde está a turbina, as que saem pela comporta de lado esquerdo do Almonda, até ultrapassarem os limites do predio onde está o moinho que substituiu a antiga fabrica.

XI)-Em consequencia de tudo o que se expõe a Empresa pode livremente alterar a baragem e representar como entender as águas das nascentes.

E por que estes são os principios que constituem o nosso direito tradicional, expressos nas leis, applicados pelos tribunais e defendidos pelos juristas, deverá a Empresa solicitar que a questão seja presente à Procuradoria, a fim de que este alto organismo analise novamente a questão.

(ass) Manoel Rodrigues