

DIREITO E JURISPRUDÊNCIA

DOUTRINA

Relação de Aqueduto

JAIR TOVAR

DIREITO DE FAZER PRÊSAS E AÇUDES

DEPOIS de assinalar, no art. 118, uma restrição ao uso da servidão da passagem forçada do aqueduto, o Código de Águas, no art. 119, estabelece uma expansão desse direito, dispondo que o direito de derivar águas compreende também o de fazer as respectivas prêses ou açudes.

Preliminarmente, é preciso não esquecer que a servidão de aqueduto, segundo a clássica lição dos civilistas, é constituída pelo direito de passagem de águas, que nos pertencem, através da propriedade de outrem.

Pode suceder que tais águas, que nos pertençam em virtude de qualquer título, passem lindando, nasçam, ou cruzem a propriedade alheia, através da qual se justifique o aqueduto, em face das quatro modalidades previstas na lei.

Muitas vezes, para que se possa tornar efetivo o aqueduto, mister se faz, antes de tudo, a construção de açudes ou a realização de trabalhos de apresamento das águas na propriedade serviente, a fim de que possam as mesmas águas ter vasão pelo aqueduto.

Vem a ser isso uma verdadeira servidão complementar obrigatória, que os civilistas costumam denominar de servidão acessória. (1)

Tal servidão tem a sua vida estreitamente ligada à servidão principal, subsistindo enquanto aquela subsistir.

Do que seja *açude*, já demos noutro local uma noção, (2) correspondendo a uma obra construída transversalmente à corrente para conter as águas e fazê-las elevar a certa altura, obtendo-se, assim, a possibilidade de uma queda mais rápida; ou para levá-las a um ponto de derivação. (3)

Como vimos, outras expressões são utilizadas em nossa língua, as quais se compreendem dentro dessa expressão genérica e tais são “prêsa”, “carneiro”, “levada” e “eclusa” ou “clusa”. (4)

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Ist. di Dir. Civ. Italiano*, vol. III, n.º 269.

(2) Veja nosso n.º.

(3) CARVALHO DE MENDONÇA, *Rios e Águas Correntes*, n.º 2, pág. 19 — CHIRONI, *Ist. di Dir. Civ. Ital.*, vol. I, n.º

(4) LOBÃO assim esclarece: “O açude (que entre nós tem mais propriamente este nome, dizendo-se também, em alguns povos “prêsa”, e em outros “levada”, em outros “car-

O açude é, em regra, a primeira operação que se faz para o serviço dos canais, realizando-se com a construção em pedras, cimento hidráulico, madeiras ou outros materiais. (5)

Existem açudes *estáveis* e açudes *móveis*, segundo se abrem ou fecham, regulando o modo e a quantidade de água, que vai ser utilizada; assim como existem os açudes *parciais* e os *totais*, segundo abrange toda água que representam ou uma parte para ser utilizada; e, ainda, açudes *normais* ou *inclinados*, segundo o seu feitio.

Este direito de fazer prêses ou açudes, que é outrossim denominado “servidão de prêsa” ou “servidão de travamento”, (6) é impôsto contra o prédio alheio para que possa ser detida e armazenada a água, necessária à derivação para um dos quatro fins previstos em lei.

Pela sistemática do nosso Código, o direito de prêsa dágua constitui um complemento à servidão de aqueduto, porque muitas vêzes sem élle inoperante seria o conduto em si.

Outras legislações classificam distintamente a servidão de aqueduto da servidão de prêsa. (7)

DIFERENÇA ENTRE AS SERVIDÕES DE PRÊSA E DE TIRAR ÁGUA

A servidão de prêsa ou açude, que é também denominada “servidão de derivação”, é gravame antecedente obrigado do aqueduto, desde que as águas não pertençam ao prédio dominante do aqueduto. (1)

Não deve ser confundida essa servidão complementar de prêsa ou de açude com a servidão de tirar água (*aquae haustus* ou *aquae hauriendae*).

Basta que sejam assinaladas as seguintes circunstâncias, para que os traços diferenciais ressaltem: enquanto a primeira é aparente e contínua, a segunda, ao contrário, é não aparente e descontínua. (2)

Além disso, a servidão de tirar água é considerada em princípio *pessoal*, ao passo que a de prêsa é, em princípio, *real*, revelando, assim, características opostas; enquanto uma é real, contínua e aparente, a outra é pessoal, descontínua e não aparente.

A servidão de tirar água em nenhum caso é de constituição coacta por lei e, requerendo para ser exercício a passagem por sobre o fundo onde ela se realiza, necessita sempre constituir-se mediante título.

Trata-se, pois, na servidão de tirar água, de uma *servidão convencional*, enquanto que a servidão complementar de prêsa ou açude, a que se refere o

neiro”) é o mesmo que entre os italianos em latim “*clusa*” e, no idioma italiano “*chiusa*”, derivado do latim *clausaris qui claudit, ad claudendum aptus*; é o mesmo que se dizia “*septa*” (Águas, parágrafo 40).

(5) VARGASIA, na pág. 967 da *Enc. Giur. Ital.*

(6) VELOSO DE ALMEIDA, Com. à *Lei de Águas*, n.º 216.

(7) *Lei portuguesa de águas*, arts. 122 e 123.

(1) SPOTA, *Trat. de Derecho de Águas*.

(2) SPOTA, *op. cit.*, n.º 1.033; TEIXEIRA DE FREITAS, *Esbôço*, arts. 4.737 e 4.739.

art. 119 do Código de Águas, assume, pelo fato de ser uma servidão acessória, a natureza de servidão legal, que lhe advém da índole do aqueduto forçado, a que serve.

Em França, a servidão *haustus* tem as denominações de *servitude de puissance*, não se confundindo com a *servitude de prise d'eau*, que é aquele de que nos ocupamos. (3)

De igual forma na Itália, onde a primeira se denomina de *attингere acqua*, enquanto a última é chamada de *прѣса d'acqua*. (4)

Ainda mesmo que a utilização da água se faça intercaladamente por turnos de dias ou de horas, desde que a água seja apresada por meio de obras viáveis e permanentes, não perde os seus característicos de continuidade e aparência.

Com as mesmas características diferenciais da servidão de tirar água e como verdadeira modalidade sua, classifica-se a servidão que os romanos chamavam *pecoris ad aqua mappulsus*, ou seja — servidão de levar o gado a beber na fonte ou rio alheio. (5)

A esta servidão denominam os franceses como sendo de *abreuvemente* (6) e os italianos *servitù di abbeveraggio*. (7)

PACIÊNCIA DO PRÉDIO SERVIENTE

Um dos preceitos fundamentais, relativos ao exercício da servidão, é aquele que proíbe ao titular do prédio serviente a prática de qualquer ato que possa tornar incômodo tal exercício ao prédio dominante; ou mesmo diminuir-lhe o uso. (1)

O Código Civil italiano assim se expressa no art. 645: "O proprietário do fundo serviente não pode fazer coisa alguma que tenda a diminuir o uso da servidão ou mesmo torná-lo incômodo".

Esse é também o preceito do art. 701 do Código Civil francês.

O Código Brasileiro, conquanto menos explícito, reverencia o princípio, regulando, no seu art. 702, que "o dono do prédio serviente não poderá embarrigar de modo algum o uso legítimo da servidão".

(3) FABREGUETTES, *Tranté des eaux pub. et des eaux privés*, vol. I, pág. 376; PLANIOL, *Traité de Dir. Civ.*, vol. I, n.º 2.895.

(4) Cod. Civil Ital., art. 639; CHIRONI, *op. cit.*, vol. I, ns. 181 e 191.

(5) CARVALHO DE MENDONÇA, *op. cit.*, n.º 185; BONFANTE, *Ist. di Dir. Rom.* (*servitus pecoris ed aqua appellendi ou adpulsus*), § 102.

(6) FABREGUETTES, *op. cit.*, tomo 1.º, pág. 377.

(7) GIANTURGO, *ist. di Dir. Civ. Ital.*, § 51, pág. 129; CHIRONI, *op. e loc. cits.*, § 181.

(1) BUTERA, *Delle servitù*, n.º 264; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, vol. III, parte 2.ª, n.º 272; BARASSI, *ist. Dir. Civ.*, § 68, II, b; PLANIOL, *op. cit.*, vol. I, n.º 2.965; BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *Dei beni* (Ed. Vallardi), n.º 1.140; CLÓVIS, *Dir. das Coisas*, vol I § 75, I; CARVALHO SANTOS, *Cod. Civ.*, vol. IX, pág. 210, n.º I; DÍDIMO, *op. cit. Man.* IX, 1ª parte, n. 238.

Essa recomendação legal é, aliás, — pode-se dizer — de caráter ecumênico, pois as legislações em geral dela cogitam e já vigorava no Direito Romano, onde se encontram passagens de UPLIANO e JAVOLENO, estabelecendo que o serviente "*nihil facere potest, quo servitus impediatur*". (2)

COELHO DA ROCHA (3), LAFAYETTE (4) e o velho LOBÃO, (5) já assinalavam, outrora, no direito anterior ao Código Civil, a existência do princípio, assim conceituado pelo último: "O proprietário do prédio serviente nada pode nêle fazer, de que o resultado seja ou diminuir-se o uso da servidão, ou fazer-se mais cômoda ao dominante".

TEIXEIRA DE FREITAS mais minuciosamente acentua, distinguindo-o mesmo nas hipóteses das servidões negativa e afirmativa (6), ambas contidas na vigente disposição da lei civil.

Em igual diapasão, com pequenas alterações que não modificam a substância da regra, afinaram os projetos de COELHO RODRIGUES, (7) FELÍCIO DOS SANTOS, (8) e CLÓVIS BEVILÁQUA. (9)

Em regra os legisladores, inclusive o nosso, deixam aos Tribunais a tarefa de apreciar quais sejam os fatos que possam embaraçar o uso da servidão, já que lhes seria impossível, praticamente, prevê-los e enumerá-los todos. (10)

AVISO AO SERVIENTE

O parágrafo único do art. 130 estabeleceu — que o senhor do prédio dominante, quando tenha de fazer quaisquer reparações do aqueduto, avise previamente ao titular do serviente.

Esse parágrafo único constitui verdadeiro corolário do art. 126 e seu parágrafo único, do mesmo Código de Águas, nos quais se fixa para o dono da servidão a obrigação de prover às obras necessárias de construção, conservação e limpeza do aqueduto, deferindo-se-lhe, para isso, até o direito de ocupar temporariamente os terrenos indispensáveis para o depósito de materiais.

Melhor andaria o legislador, por uma questão de ordem, se colocasse o seu texto logo a seguir ao citado art. 126.

De fato, estando o terreno cercado, tal como aqui se permite, não se consente ao senhor do prédio dominante o direito de praticar quaisquer reparações no aqueduto, se previamente não avisar o titular do serviente.

(2) *Dig.*, L. 8, T. 3, 13, § 1º.

(3) *Inst. D. Civil*, § 601, N. 5.

(4) *Dir. das Coisas*, § 118, B n.º 3.

(5) *Op. ci.*, § 186.

(6) *Esbôço*, art. 1.701.

(7) Art. 1.560.

(8) Art. 1.254, 1.ª parte.

(9) Art. 803.

(10) GERMANO, *Tratt. delle servitù*, vol. II, n.º 304.

No aludido parágrafo, as expressões “serviente” e “dominante” devem ser entendidas como referentes aos titulares dos respectivos prédios, tal como acima se fêz.

DIREITO DO SERVIENTE CERCAR OU EDIFICAR SÔBRE O AQUEDUTO

A primeira vista, diante da regra examinada, poderá parecer que há incompatibilidade entre seus términos e aquêles constantes do Código de Águas, no atinente à servidão de aqueduto, visto que ali se dispõe no art. 130:

“A servidão de aqueduto não obsta a que o dono do prédio serviente possa cercá-lo, bem como edificar sobre o mesmo aqueduto, desde que não haja prejuízo para este, nem se impossibilitem as reparações necessárias.”

Entretanto êsses términos se conciliam perfeitamente, pois o que o Código Civil veda ao serviente é — *que embarace de algum modo o uso legítimo* da servidão; enquanto o Código de Águas não obsta ao serviente cercar o aqueduto ou edificar sobre êle, *desde que não haja prejuízo para o aqueduto, nem se impossibilitem as reparações necessárias.*

Como se vê, ambas caminham convergentemente, não chegando a conceção feita neste artigo nem mesmo a constituir exceção ao princípio geral.

O invocado LOBÃO não fugiu a mencionar, no seu estudo sobre as águas, a matéria que foi adotada pelo artigo: “Assim como o senhor do prédio do minante pode cobrir o aqueduto, quando assim lhe convier sem emulação, semelhantemente o pode fazer o senhor do prédio serviente, quando assim lhe convém, encanando-o e terraplanando a superfície para a semejar e produzir frutos; contanto que o faça com toda a indenidade do dominante, etc. (1)

Na vigência exclusiva do Código Civil, êsse direito já era reconhecido ao prédio serviente pelos seus comentadores. (2)

MARCHI, ao ressaltar a faculdade que tem o dono do aqueduto de transitar ao longo de suas margens, observa, em relação ao direito italiano, que isto não impede que o proprietário do fundo serviente possa fechá-lo, contanto que deixe livre e cômodo ingresso a quem exercita o direito da servidão. (3)

Dêsse modo, aliás, é que dispõe o Código Civil italiano, na última parte do art. 639: *“Nel caso in cui il fondo venisse chiuso, devra il proprietario lasciarne libero e commodo ingresso a chi esercita il diritto di servitù, per l'oggetto sopra indicato”.*

E assim, em regra, são conduzidos os ensinamentos doutrinários. (4)

(1) LOBÃO, *op. cit.*, n.º 191.

(2) SÁ PEREIRA, *Man. do Cod. Civil*, vol. 8, n.º 98, *in fine*.

(3) In SCIALOJA, *Diz. Giur. del Dir. Priv.*, vol. 1.º, voce *Acquedotto*, § 6.º, n.º 1.

(4) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, vol. III, parte II, n.º 273.

(5) BALDI, *Acque pubbliche*, pág. 18, esclarece que tais disposições todas se referem na Itália, às águas particulares, não se aplicando às águas públicas, regidas por outras disposições.

CONSTRUÇÃO, CONSERVAÇÃO E LIMPEZA DO AQUEDUTO

O art. 126 do Código de Águas dispõe que “correrão por conta daquele que obtiver a servidão de aqueduto tôdas as obras necessárias para sua conservação, construção e limpeza”.

Claro está que o dispositivo é para ser entendido da seguinte forma: “correrão por conta do senhor ou possuidor do prédio que obtiver, etc.”, a fim de se amoldar a compreensão à clássica realidade do conceito da servidão, no tocante a ser um gravame estabelecido em favor de um prédio contra outro. (1)

Conservação, construção e limpeza são os motivos pelos quais as obras necessárias correm por conta do prédio dominante, segundo o texto, que, aliás, seria mais consequente, se enumerasse em primeiro lugar a “construção”, depois a “limpeza” e, finalmente, a “conservação”.

O Código Civil, no art. 699, nos seguintes termos já preceituava, de um modo geral, para as servidões, o princípio consignado no Código de Águas, particularmente para o aqueduto: “O dono de uma servidão tem o direito a fazer tôdas as obras necessárias à sua conservação e uso. Se a servidão pertencer a mais de um prédio, serão as despesas rateadas entre os respectivos donos”.

E o art. 700, a seguir, em linguagem mais técnica, completa com a mesma orientação a regra sob exame: “As obras a que se refere o artigo antecedente, devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser o título expressamente”.

O direito romano já consagrava o preceito em textos preciosos; (2) e o velho direito português o adotou no alvará de 15 de novembro de 1804, (3) de onde passou para o nosso direito civil através dos seus glozadores. (4)....

Este princípio vem reconhecido na maioria dos Códigos Civis, entre êles o francês, art. 698, e o italiano, no art. 641.

Particularidade a se notar, entre o que dispõe o nosso direito positivo e o resultante desses Códigos, é a que consiste na menção, por parte dêles, da possibilidade de derrogação da regra geral do pagamento das despesas pelo dono do prédio dominante, quando assim dispuser o título de constituição da servidão ou qualquer convenção entre os titulares do prédio. (5)

A nós se nos afiuga redundante essa referência na lei, de vez que a convenção é, no tocante ao interesse privado, um seu modificador, cuja prevalência só desaparecerá se tiver em contrário o interesse público ou o sôlo da inderrogabilidade expressamente prevista.

(1) *Servitus est jus praedio inherens, utilitatem dominantis augens, et servientis minuens.*

(2) DÍDIMO DA VEIGA, *op. cit.*, prim. parte, n.º 217.

(3) § 11.

(4) LOBÃO, *op. cit.*, § 192.

(5) *Tale opere debbono farsi a sue spese, salvo che sia diversamente stabilito dal titolo.*

CONDUÇÃO MENOS DISPENDIOSA

Como observámos nos comentários iniciais do estudo que estamos fazendo da servidão de aqueduto, entre as suas características elementares figura a da condução das águas por prédio alheio.

Desde que se realize a condução por prédio próprio, haverá o aqueduto em si, mas não haverá servidão de aqueduto, pois que ninguém pode ter servidão no prédio próprio.

Para que essa servidão adquira o caráter legal é preciso que decorra de certos imperativos previstos em lei, não só em relação às finalidades que lhes são determinantes, como, outrossim, decorrentes da natureza e situação dos prédios entre si.

Desde que a água possa ser conduzida através do prédio próprio, a lei não autoriza contra o prédio alheio a passagem do aqueduto coativo.

O art. 124 do Código de Águas capitula entretanto uma exceção para o caso, quando a condução pelo prédio próprio se apresente muito mais dispendiosa do que pelo prédio de outrem.

- Assim está concebido o texto legal:

“A servidão que está em causa não fica excluída porque seja possível conduzir as águas pelo prédio próprio, desde que a condução por este se apresente muito mais dispendiosa do que pelo prédio de outrem.”

Nesse caso, o aqueduto que em princípio sómente poderia ser estabelecido por meio de uma servidão convencional, passa a ter o cunho da proteção-legal, embora haja possibilidade de passagem das águas sem o vexame da servidão.

O maior dispêndio no aqueduto para a passagem das águas, equipara-o à lei, no caso em exame, a *impossibilidade* de passagem pelo próprio prédio.

Mas é necessário que esse dispêndio seja, segundo essa mesma lei, muito maior do que aquele que acarretaria a condução pelo próprio prédio beneficiário.

Não está expressa a maneira pela qual se possa considerar o que seja “muito maior dispêndio”.

E' claro portanto que o critério dessa verificação ficou a cargo da autoridade julgadora de cada caso concreto, depois de examinar com o seu prudente arbítrio, o resultado pericial do custo arbitrado para a passagem pelo prédio alheio.

Pode ocorrer que a passagem pelo prédio alheio fique tão ou mais dispendiosa quanto a passagem pelo prédio próprio, mas seja mais conveniente ao proprietário, que queira gozar do benefício, por uma questão de comodidade.

(1) LAFAYETTE, op. cit., n.º 114.

Em tal situação, a lei desautoriza a imposição do aqueduto coativo, mas não impede que os titulares dos prédios vizinhos estabeleçam uma servidão convencional, nascida do interesse e livre deliberação dos donos das propriedades, que irão ser serviente e dominante, regendo-se então a hipóteses pelos princípios relativos às servidões dêsse caráter.

DIREITO DE TRÂNSITO

A servidão de *trânsito*, também chamada servidão de *caminho* ou de passagem, é a que permite a comunicação de um prédio com outro, ou com uma via pública, através de outros prédios intermédios. (1)

Só tem caráter de servidão legal no caso de ser o prédio encravado entre outros, sendo regulada, então, pelos arts. 559 a 562, do Código Civil, na seção relativa aos direitos de vizinhança.

Fora dêsse caso, é sempre uma servidão de cunho *convencional*, dependendo assim o seu exercício e sua extensão, da vontade dos titulares dos prédios vizinhos, que a mantenham ou instituam.

Bem se vê que no caso previsto pelo art. 127 do Código de Águas não teve o legislador a intenção de estabelecer uma servidão de caminho, mas, simplesmente, reconhecer um direito acessório ou adjeto implícito no de aqueduto, circunscrito porém ao trânsito pelas suas margens e limitado aos atos necessários ao seu exercício. (2)

Apesar de assim circunscrito e limitado, pode ser exercido não só pelo titular da servidão, como também por todos os seus dependentes, empregados e operários, desde que o façam em serviço do aqueduto. (3)

Esse artigo completa, no Código, o anterior, que se refere às obras necessárias à conservação, construção e limpeza do aqueduto, permitindo-lhe a facilidade de vibração.

Uma vez extinto, por qualquer motivo, o aqueduto, automaticamente também desaparece o direito de trânsito por suas margens. (4)

O exercício dêsse direito de trânsito é menos molestante para o prédio paciente do que aquélle quase sempre necessário e complementar da servidão de tirar água (*aquae haustus* ou *aquae hauriendae*), em virtude da qual alguém, para prover o seu prédio, pode tirar água de que necessitar noutro prédio.

Aí o trânsito, pela sua necessidade permanente, assume o caráter de verdadeira servidão. (5)

Ao estabelecer o direito de trânsito para exclusivo serviço do aqueduto, a nossa lei parece não ter sido feliz, quando se referiu a que o seu exercício se poderia verificar "por suas margens".

(1) LAFAYETTEE, *op. cit.*, § 130, n.º 1; LACERDA, *op. cit.*, § 103.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *op. e vol. cits.*, n.º 257.

(3) GIANZANA, *Teorica delle acque private*, n.º 1.781.

(4) MARCHI, *in Diz. SCIALOJA*, v. "acquedotto".

(5) *Qui habet haustum iter quoque habere videtur ad hauriendum.*

Técnicamente, "margem" é considerada a porção de terra inclinada, por onde as águas correm, desde o cimo até o leito normal; é a porção de terra que pode conter as águas. (6)

Todavia, não foi precisamente a essa porção de terra que o Código se quis referir e, sim, aos terrenos que lhe ficam imediatamente vizinhos.

A quanto, porém, se estendem êsses terrenos vizinhos?

Não o diz a lei atual, nem disso cogitaram nossa antecedente legislação e a doutrina que em torno dela girou.

Para PACELLI, quando essa fixação não conste de regulamentos administrativos, é fixada comumente uma faixa de cinco metros para o exercício do trânsito na chamada *via alzaias ou di marciapede*, ao longo dos rios. (7)

Parece-nos que êsse limite não deve ser ultrapassado, devendo ser restrito tanto quanto possível às necessidades pertinentes ao serviço do aqueduto.

DIREITO IMPLÍCITO DE TRÂNSITO NAS MARGENS

Estabelece o Código de Águas, no seu art. 127 que "é inerente à servidão de aqueduto o direito de trânsito por suas margens para seu exclusivo serviço".

Não fez o Código Civil nenhuma referência especial à matéria constante dêste dispositivo.

Entretanto, já LOBÃO assinalava "que a servidão de passagem (*itineris*) é compreendida no direito de aqueduto". (1)

E os nossos civilistas precursores do Código, fazendo remissão ao § 11 do Alvará de 27 de novembro de 1804, também reconheciam o direito que assiste ao dono do prédio serviente "de murar e cercar o terreno, contanto que não embarace a passagem da água; caso em que cessa a serventia de caminho", permitindo-se então ao senhor do prédio dominante a entrada no prédio serviente, simplesmente para concertos e reparos da servidão. (2)

Daí, talvez porque CARVALHO DE MENDONÇA afirmava, em tom dogmático, com sua autoridade pontifical, que a servidão legal de aqueduto não implica a de trânsito. (3)

O mestre justificava o seu asserto com a faculdade sempre reconhecida ao dono do prédio serviente de fechar o seu terreno, uma vez que não embrasse a passagem das águas, assunto êsse que foi igualmente previsto no art. 130 do Código de Águas.

(6) CARVALHO DE MENDONÇA, *op. cit.*, n.º 2.

(7) PACELLI, *Le acque pubbliche*, n.º 380.

(1) *Trat. das Águas*, § 111.

(2) MARTINHO GARCEZ, *D. das Coisas*, § 79; LAFAYETTE, *D. das Coisas*, nota 13 ao § 122-B.

(3) *Rios e Águas Correntes*, n.º 179. Veja-se igualmente DIONÍSIO GAMA, *Das Águas*, n.º 66, *in fine*.

O projeto VALADÃO, revisto pela Comissão especial da Câmara, fazia referência sómente à matéria desse último artigo, com abstração daquela constante do art. 127, assegurando entretanto ao dono do prédio dominante, o direito de passagem pelo prédio serviente, para o fim de praticar as obras necessárias à sua construção, conservação e limpeza. (4)

Com esta compreensão deve ser interpretada a última parte do artigo, que limita o direito de trânsito ao exclusivo serviço da servidão.

O projeto da Câmara dos Deputados, que se dispôs a modificar o Código vigente, regulava: "É' inerente à servidão de aqueduto o direito de trânsito ao longo do mesmo." (5)

Esse artigo, que não foi emendado, dava uma extensão maior ao gravame atual, assegurando ao senhor do prédio dominante um direito permanente, sem os limites que o justificam, constantes do dispositivo atual, contra o serviente já molestado pela contingente passagem do aqueduto.

Tal ficaria, porém, fora do princípio imanente da servidão, que reside na faculdade de satisfazer seu propósito social com o menor gravame possível para o prédio serviente.

Outros países reconhecem também esse direito de passagem limitado para o serviço de reparações e polícia do aqueduto, como uma faculdade accessória, necessária ao exercício da servidão por ele constituída. (6)

OBRAS NECESSÁRIAS

A lei específica das águas, seguindo neste particular as expressões do Código Civil, fala em que correrão por conta do senhor do prédio dominante, todas as obras necessárias à sua conservação, construção e limpeza.

Não padece dúvida o fato de se confundir aqui o sentido do vocábulo "obras" com aquêle que, na técnica jurídica, emprestamos a "benfeitorias", e que os romanos denominavam "despesas". (1)

De fato, CLOVIS assim define o que se deva entender por benfeitorias: "são obras que se fazem num móvel ou num imóvel para conservá-lo, melhorá-lo ou simplesmente embelezá-lo". (2)

(4) *D. das Águas*, pág. 213; Art. 158 do Proj. revisto.

(5) *Projeto 457-A*, de 1936, art. 101.

(6) BAUDRY LACANTINERIE ET WHALL, *Dei beni*, n.º 885; PACIFICI-MAZZONI, *Ist. de Dir. Civ. Ital.*, vol. III, parte 2.^a, n.º 257; FABREGUETTES, *Traité des eaux publiques et des eaux privés*, vol. II, n.º 426; o Cod. Civil Italiano, na parte do art. 639, assim justifica o direito assegurado no texto examinado: *per vigilare la condotta delle acque e per farvi gli spurghi e le riparazioni occorrente*.

(1) FERRARA, *Tratt. di Dir. Civ.*, n.º 179 — Aliás, na Itália essa expressão "despesa" é utilizada — CHIRONI, *op. cit.*, vol. I, § 53; RUGGIERO, *Ist. di Dir. Civ. Ital.*, vol. I, pág. 476.

(2) *Teor. Ger. do Dir. Civ.*, 2.^a ed., § 40.

Conservá-lo, melhorá-lo ou simplesmente embelezá-lo: no primeiro caso, as obras ou benfeitorias são as necessárias; no segundo, úteis; e, no terceiro, volúptuárias.

As necessárias são, portanto, as que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore.(3)

De tal modo, sómente às obras que tenham por fim a conservação do aqueduto ou sua limpeza, além das de construção, é que a lei compõe ao dominante.

Como decorrência dessa obrigação, têm-se admitido, em favor do proprietário do prédio serviente, o direito de exigir que o dominante faça tais obras, no caso de se mostrar o seu titular em displicênciâ ou indiferente às irregularidades do seu exercício. (4)

Nenhuma disposição há explícita neste sentido em nossas leis, quanto não desamparem o serviente que sofra as molestações dessa indiferença, uma vez que se faça a conveniente vibração do art. 121 do Código de Águas.

OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA E DEPÓSITO DE MATERIAIS

O direito, que assiste ao senhor do prédio dominante de fazer no serviente as obras necessárias ao exercício da servidão (*adminicula servitutis*), acarreta, como consequência lógica, a faculdade de ocupar o titular daquele prédio, temporariamente, os terrenos indispensáveis do prédio serviente, não só para o depósito de materiais, como permite a lei, mas também para a entrada de operários encarregados dos serviços. (1)

MOLITOR tem, sobre o assunto, conhecida passagem, que não é demais transcrever: "Quando se estabelece uma servidão, o prédio sujeito a ela deve suportar tudo que fôr necessário para proporcionar ao proprietário do prédio dominante o seu exercício cu a utilidade, que dêle deva ressaltar. De acordo com isto, uma servidão expresamente estipulada implica muitas vezes a existência de uma segunda, sem a qual o exercício dela seria impossível ou sem utilidade para o prédio dominante". (2)

A ocupação do terreno com materiais e a permissão de entrada de operários para o trabalho, exigindo, outrossim, muitas vezes, a passagem pelo prédio serviente, é preciso que se faça com o menor gravame possível.

(3) Código Civil, art. 63, § 3º — E' o que corresponde ao conceito romano do PAULO; "*Impensae necessariae sunt quae si factae non sint resaut peritura aut deterior futura sit*" (Dig. 50, 16 fr. 79).

(4) RICCI, *CORSO DI DIR. CIV.*, vol. 2º, n.º 460, fala na faculdade do proprietário do fundo serviente de demandar na servidão de tomada e condução de água "*che il cavo si mantenga convenientemente spurgato e le sue sponde siano in stato di buona reparazione*" (In DÍDIMO, *op. cit.*, n.º 225).

(1) CLÓVIS, *Cod. Civ. Com.*, vol. 3º, obs. ao art. 699 — DÍDIMO, *op. e vol. cits.*, n.º 217.

(2) *Apud* DÍDIMO, *op. e vol. cits.*, n.º 217.

Já LOBÃO recomendava que o dominante deve “portar-se, no uso da servidão, em termos que prejudique quanto menos possível o serviente” (3) pelo que aconselhava a entrada nêle pelo caminho mais breve, não podendo entrar com materiais por outro em maior distância, estragando ou calcando mais a terra.

Foi o que, posteriormente, TEIXEIRA DE FREITAS condensou no seu Projeto, no art. 4.777, permitindo a realização das obras no prédio serviente, com a entrada de trabalhadores e o depósito de materiais, contanto que o dominante o fizesse obedecendo a estas condições: a) de modo menos prejudicial; b) em tempo próprio; c) e com a maior brevidade possível.

INDENIZAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS

Em correspondência ao direito de ocupar temporariamente o prédio serviente e nêle poder depositar materiais, surge a obrigação do prédio dominante de indenizar os prejuízos e danos, que vier a causar ao serviente com a inobservância das cautelas recomendadas.

O Código Civil não menciona essa obrigação no seu art. 699; mas o Código de Águas, no parágrafo único do art. 126, faz o seu reconhecimento implícito.

Talvez daí, ao comentar DÍDIMO DA VEIGA aquele preceito, não atribuir nenhuma responsabilidade ao prédio dominante pelos estragos, que em nome de sua servidão sejam feitos no serviente, quando exerce o titular daquele o seu direito de praticar as obras necessárias à servidão, ressalvando simplesmente a hipótese de se provar que o titular do prédio dominante possuia meios de evitar o dano. (1)

Com pensamento paralelo, exprime-se CARVALHO SANTOS, abrandando, conquanto em conceitos indecisos, o rigorismo contra o serviente, só justificando tais danos sem obrigação de indenizar quando sejam *consequências inevitáveis das obras*.

E com exemplos completa o pensamento: “se, no passar, o dono do prédio dominante se utiliza de um caminho que causa dano, quando outro existia, que evitava êsse mal, caracteriza-se sua culpa e daí surge sua obrigação de indenizar. O mesmo se poderá dizer se, por exemplo, ao invés de fazer o depósito de materiais, em lugar para isso apropriado, vai fazê-lo em um lugar plantado, estragando as plantações sem necessidade alguma”. (2)

Não obstante a controvérsia acima aludida, reconhece CARVALHO SANTOS, como princípio pacífico, o dever do titular do fundo dominante reparar, findas as obras, tudo no seu primitivo estado, “não deixando no prédio serviente nenhum resquício de material, recompondo o terreno, quando tenha tido necessidade de escavá-lo, como por exemplo, para construir *num conduto subterrâneo*”. (3)

(3) *Op. cit.*, n.º 184.

(1) *Op. e vol. cits.*, n.º 219, *in fine*.

(2) CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, vol. IX, obs. 6 ao art. 699.

(3) *Op. vol. e loc. cits.*

Aliás, esse opinar dos civilistas brasileiros encontra fundamento em divergência existente entre os tratadistas do assunto, em outros países.

De fato, considerando que tais danos são resultantes do exercício da própria servidão, entendem muitos civilistas, entre os quais DEMOLOMBE, que o proprietário do prédio serviente é obrigado a suportar as consequências, não sómente diretas e imediatas, mas ainda as mediadas e indiretas.

Pela clareza de conceitos, acreditamos interessante a transcrição da seguinte conclusão a que chegou o jurista patrício acima citado, (4) apoiando-se em lição de PACIFICI MANZZONI: "Do exposto resulta, fora de qualquer controvérsia, que se a obra foi construída e conservada com a observância das exigências técnicas, não fica o dono do prédio dominante responsável por indemnização alguma, no caso de ocorrer dano ao prédio serviente, em razão de caso fortuito ou de força maior, como v.g., por efeito de chuvas copiosas, constantes, ou por outra causa, o canal não suporta o volume d'água e inunda o prédio serviente. PACIFICI MANZZONI com a segurança de sempre, faz notar que a causa deve ser extraordinária, para que se verifique a isenção da responsabilidade, isto porque se a afluência d'água fôr um fenômeno ordinário convém fazer o canal com capacidade suficiente para receber o acréscimo, o que realmente traduz a verdadeira doutrina, certo como é haver culpa se o fenômeno, embora natural, não foi previsto, sendo por isso mesmo causa do dano".

PAGAMENTO DAS DESPESAS PELO DOMINANTE

Procurando a razão jurídica que compõe o prédio dominante ao pagamento das despesas com a servidão, inculcam-na os mestres como sendo decorrente da índole essencial da instituição, pois que dela não resulta para o serviente nenhuma obrigação de fazer (*aliquid facere*), mas sim passividade e tolerância (*aliquid pati vel non facere*) em relação à faculdade do dominante fazer as obras necessárias ao seu exercício. (1)

Tal fundamento foi o que a doutrina francesa firmou, segundo o opinar de LAURENT, (2) DEMOLOMBE, (3) AUBRY e RAU, (4) BAUDRY LACANTINERIE e WAHL (5) e outros; bem como a italiana com as lições de PACIFICI MAZZONI, (6) MARCHI; (7) e assim também opinando entre nós DÍDIMO DA VEIGA. (8)

(4) Ibidem.

(1) *Servitus non in faciendo consistit.*

(2) *Princ. de Dir. Civ.*, vol. 8, n.º 241.

(3) *Cours de Dir. Civ.*, vol. 12, n.º 836.

(4) *Cours de Cod. Rap.* vol. 3, § 253.

(5) *Op. cit.*, vol. *Dei beni*, n.º 1.130.

(6) *Op. cit.*, vol. 3.º, pág. II, n.º 270.

(7) *In Diz. Prat. di Dir. Priv.*, de SCIALOJA, v. "acquedotto", § 10, n.º 2, let. a.

(8) *Op. cit.*, vol. IX, pág. I, n.º 225.

A disposição em apêço, que domina aliás todo o campo geral das obrigações, à vista do art. 700 do Código Civil, já era acatada não só no velho direito português que nos regia (9), como igualmente merecera acolhimento de todos os projetos precedentes ao mesmo Código Civil. (10)

CLÓVIS BEVILÁQUA reconhece como exceções à regra (sendo então devidas pelo prédio serviente as obras para conservação e uso da servidão) os dois seguintes casos:

- a) quando as obras forem executadas em consequência de sua culpa;
- b) se o uso da coisa, na parte sujeita à servidão, fôr comum aos proprietários do dominante e do serviente, devendo aí as despesas ser comuns, na proporção das respectivas vantagens. (11) Estas exceções estão conceituadas nos artigos 700 e 701 do Código Civil.

RATEIO

O Código Civil, no final do art. 669, manda que sejam rateadas as despesas entre os respectivos donos dos prédios dominantes, se a servidão pertencer a mais de um fundo.

O Código de Águas não faz alusão a esta circunstância do rateio; mas pelo seu contexto não infirma a regra da lei civil.

Ressaltemos, inicialmente, que a consideração do rateio toma vulto em duas hipóteses: a) quando a servidão pertence a vários prédios, na forma do Código Civil, dando-se êle entre os respectivos donos; b) ou quando a servidão é devida a um prédio de muitos donos, e nesse caso o rateio se exerce entre os seus vários condôminos.

Pode ocorrer, outrossim, que um prédio dominante sujeito a condomínio, participe de rateio constante da hipótese do artigo 699 do Código Civil; e nesse caso, entre os condôminos, proceder-se-á novo rateio sobre o quinhão respectivo.

No caso de rateio, por efeito de condomínio, recomenda-se que as despesas com as obras sejam feitas na proporção dos quinhões de cada condômino.

O mesmo deve suceder com a primeira hipótese, que é prevista no Código Civil.

Assim LOBÃO já preceituava, esteiando-se em velhas lições: "Se o aqueduto e o poço de que a água se tira, o ribeiro, o açude, a levada é comum a muitos consócios, todos devem concorrer com a sua respectiva parte da despesa e esta se rateia por todos êles, não por cabeça igual, mas conforme o interesse maior, que cada uma tem nas águas para mais ou menos terra." (1)

(9) BORGES CARNEIRO, *Dir. Civ.*, § 80, n.º 8; COELHO DA ROCHA, *Dir. Civ.*, § 601; CORRÊA TELLES, *Dir. Port.*, art. 266.

(10) TEIXEIRA DE FREITAS, art. 4.777, n.º 1; FELÍCIO DOS SANTOS, art. 253; COELHO RODRIGUES, art. 1.558; CLÓVIS BEVILÁQUA, art. 801.

(11) *Cod. Com.*, vol. 3.º, obs. ao art. 700; Código Civil italiano, art. 601.

(1) *Op. cit.*, § 195.

E CARVALHO DE MENDONÇA reconhece que as reparações devem ser feitas à custa de todos os consócios, não simplesmente *prorata*, mas na proporção da utilidade que cada qual delas tirar, (2) o que, segundo opinamos, não disvirtua as características do rateio, mas submete-o a uma relatividade racional.

ABANDONO DO PRÉDIO

Firmado o princípio legal de responder o prédio dominante pelas obras de conservação e limpeza do aqueduto, fôrça é que tenhamos em vista as exceções a que nos referimos pouco antes.

Essas exceções estão concretizadas nas seguintes hipóteses:

- a) dispondo o título de constituição da servidão, expressamente em contrário à regra geral que atribui ao dominante a execução das obras;
- b) no caso de resultar da culpa do serviente a necessidade das obras para o uso normal da servidão;
- c) se, na parte sujeita à servidão, o uso da coisa fôr comum, competindo as obras a ambos, dominante e serviente.

Em tais hipóteses assistirá ao dono do prédio serviente o direito de abandoná-lo ou à parte dêle sujeita à servidão, *denique licere domino rem diligere linquere*. (1)

DÍDIMO DA VEIGA, ao comentar esta solução, diz que ela importa no desaparecimento da servidão por efeito da confusão, resultando desta a consolidação do domínio. (2)

O encargo, por se constituir acessório da servidão, extingue-se com ela, que é o principal, nada sendo devido por um proprietário a outro como obrigação pessoal, já que a obrigação se entende como sendo de prédio a prédio — *non hominem debere sed rem*.

Discussão que se agitou no campo do direito, a respeito da faculdade de abandono, constante do art. 701 do Código Civil, foi a que girou em torno de se saber se êle era possível em parte, isto é, só no que fôsse necessário à servidão, para ficar a propriedade remanescente liberada das obras e despesas.

O dispositivo da nossa lei civil, com cautelosa técnica, fala em abandono da propriedade, e não do prédio, como fazem outras legislações.

CLÓVIS BEVILÁQUA, nas suas observações ao artigo, diz sumariamente: "Não é necessário que o dono do prédio serviente o abandone por inteiro; mas, simplesmente, a parte dêle sujeita à servidão, se assim puder ser". (3)

Diante dêsse comentário, pergunta DÍDIMO DA VEIGA, que quer significar o "se assim puder"? E responde — segundo a natureza da servidão." (4)

(2) *Op. cit.*, n.º 167.

(1) *Op. cit.*, vol. IX, prim. parte, n.º 228.

(2) *Dig.*, Liv. 8, Tit. 5, fr. 6, § 2, *in fine* (ULPIANO) — E' a matéria contida no art. 701 do Código Civil.

(3) *Cod. Com.*, vol. 3, obs. ao art. 701.

(4) *Op. e vols. cits.*, n.º 234.

Talvez melhor dissesse — segundo a natureza e extensão da servidão.

De fato, desde que a servidão seja fixada em parte do prédio, pode sua natureza ser de possível ampliação à integralidade dêle, sem que ao mesmo se estenda o gravame, se de tal modo não dispuser sua constituição.

Já num dos seus fragmentos PAULO afirmava: *ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest.*

Demos para exemplo uma servidão de pastagem. Embora um prédio seja suscetível de se transformar por inteiro em objeto dessa servidão, todavia o exercício e a extensão dela não podem ir além da parte dêle gravada para tal fim.

Com muito mais razão se essa parte não se presta, pela sua natureza, para o fim determinante da constituição da servidão.

Sómente no caso de ser necessária ao exercício da servidão a integralidade do prédio, é que o seu abandono por inteiro se justificaria, para a objetivação da hipótese do art. 701. (5)

Em caso contrário, basta ao titular do prédio serviente abandonar a parte de sua propriedade necessária ao exercício da servidão.

DÍDIMO DA VEIGA, em passagem precisa, alude ao aqueduto com incidência no ponto em análise, concluindo com a ilustração de um exemplo de acordo com as considerações expostas: "Pela escolha do local da servidão, e fixação da área do exercício desta, esgotou o dominante a determinar onde se deve exercitar o trânsito, do canal e do aqueduto". (6)

Esse local, essa área de exercício, constituem precisamente o objeto do abandono, bastante para a liberação, a que se refere o art. 701.

Não obstante ser esta a aplicação em nosso direito, é preciso assinalar que há controvérsia fora de suas lindes, entre juristas e legislações do mais subido quilate. (7)

CONSOLIDAÇÃO DAS MARGENS DO AQUEDUTO

O Código de Águas, no art. 128, assegura ao dono do aqueduto o direito de consolidar suas margens com relvas, estacadas ou paredes de pedras soltas.

O Código Civil não tem nenhuma disposição expressa nesse sentido, quanto a tal prerrogativa não estivesse estranho o pronunciamento dos nossos civilistas.

O Código Civil italiano, no art. 603 *in fine*, contém disposição paralela à do nosso Código de Águas, mas apresentando, na consideração dos titulares dos prédios dominante e serviente um antagonismo completo, pois reconhece ao segundo o direito de plantar árvores e outros vegetais e remover matérias amontoadas, no sentido de que não sofram o aqueduto, sua limpeza e reparação.

(5) RICCI, *Corso di Dir. Civ.*, vol. 2º, n.º 462.

(6) *Op. e vol. cits.*, n.º 234.

(7) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, vol. 3º, n.º 270.

Como se vê, enquanto nossa lei dá a faculdade ao dono do aqueduto, titular dominante, a lei italiana confere-a ao proprietário do prédio serviente.

Essas diretrizes diversas justificam-se pelos diferentes pontos de vista, em que se colocaram os legisladores.

A lei estrangeira considera mais a circunstância de permanecerem os terrenos laterais e sotoposto ao aqueduto na propriedade do prédio paciente, cujo titular poderá gozá-los, e dêles dispôr, desde que não lese o direito da servidão estabelecida. (1)

Nossa lei, ao contrário, atende mais ao presumido interesse e, mesmo, dever efetivo do dominante na conservação das obras do aqueduto, dever êste que lhe é impôsto por força do art. 126 do Código de Águas.

Em abono da afirmativa estão o art. 129 e seu parágrafo único do mesmo estatuto, pois enquanto um preserva em favor do dono do prédio serviente tudo que as margens produzem *naturalmente*, o outro proíbe-lhe qualquer plantação ou operação de cultivo nelas, facultando ao dono do aqueduto cortar as raízes que nelas penetrarem.

Tal ocorre outrossim com a legislação que está sendo, neste particular, cotejada com a nossa. (2)

Por ocasião de circular na Câmara o Projeto do Código de Águas, o deputado AMANDO FONTES propôs a seguinte redação para dispositivo no mesmo sentido do atual art. 128 do Código de Águas: "O dono do aqueduto sempre poderá consolidar suas margens com relvas, estacadas, paredes de pedra ou por qualquer outro processo a tal fim adequado". (5)

SUMMARY

1. *The code of waters recognizes the right to build dams as a corollary of the legal aqueductus servitudo. Such right as an accessory servitude. Classification of dams.*

2. *Distinction between the accessory servitude (barriers, dams) and the servitude of aquae haustus or aquae hauriente, the latter not an accessory but a conventional servitude. The servitude pecoris ad aquam appulsus as a modality of aquae hauriente.*

3. *The principle imposed to the servient property: nihil facere potest, quo servitus impediatur. The lesson of Brazilian jurists on the matter. The principle as embodied in the Civil Code.*

4. *The owner of the dominant property has the obligation of giving notice to the owner of the servient as regards any works he has to undertake in the aqueduct.*

5. *The owner of the servient property is entitled to build on or round the aqueduct, provided the legitimate use of the servitude is not impaired. The doctrines of several specialists quoted, as well as the lesson of the Italian Civil Code.*

6. *Expenses with the construction, conservation and clearing of the aqueduct are to be defrayed by the beneficiary of the servitude, as established by the Code of Waters. The principle of the Civil Code on the matter, traced back to the Roman law.*

(1) MARCHI, in SCIALOJA, Diz. prat. di Dir. Priv., verbo "aquedotto", § 1º.

(2) Cod. Civ. Ital., art 648.

(5) Emenda ao art. 163, do projeto, que circulou na Câmara dos Deputados em 1937.

7. *The principle that the law does not authorize the legal aqueductus servitudo if the waters can be conducted through the property of their owner. The exception to that principle, according to the Civil Code.*

8. *The servitude of transit or passage. Its conventional character in most cases. The Code of Waters and its provision concerning the right of passage as accessory to the aqueduct servitude..*

9. *The implicit and restricted right of transit along the margins of the aqueduct as recognized by the Code of Waters (against the opinion of Carvalho de Mendonça). The doctrine of jurists and the principles of the old Portuguese legislation.*

10. *The expenses with necessary works of construction, conservation and clearing of the aqueduct to be defrayed by the owner of the dominant property.*

11. *The right of the owner of the dominant property to undertake works in the servient property implies the faculty of occupying, temporarily, this property, not only as a storage place for material but as well for the transit of workers.*

12. *Indemnity due to the owner of the servient property for damage, caused by works undertaken by the dominant property. It is implicitly recognized by the Code of Waters.*

13. *The defray of expenses by the owner of the dominant property; a corollary of the essence of the institution. The French doctrine, the old Portuguese law and the Brazilian Civil Code recognize the principle.*

14. *Expenses with works to be divided between the owners of several dominant properties, if the servitude belongs to more than one. Provision of the Civil Code on the matter.*

15. *The hypothesis in which the owner of the servient property has the right to abandon it as a whole or only such part subject to the servitude, denique licere domino rem derelinquere.*

16. *The owner of the aqueduct has the right to consolidate its margins with grass, judges or losse stone walls. The matter as provided by the Italian Civil Code. Controversy among legislators. The principle recognized by the Brazilian Code of Waters.*

Não se deve pressupor que todos os princípios de organização e administração se aplicam igualmente em todas as situações.

Principles of Organization and Management por CATHERYN SECKLER-HUDSON em Processes of Organization and Management — Editado por Catheryn Seckler Hudson.