

As águas comuns

WILSON MELO DA SILVA

Diretor e Professor titular de Direito Civil
da Faculdade de Direito da U.F.M.G.

1. Questão de grande relevância em todos os tempos, notadamente nos atuais, tem sido esta que se relaciona com o que os tratadistas de língua francesa qualificam de *droits de riveraineté* (PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, 2ª ed., Paris, 1952, vol. III, nº 492, pág. 486) e que diz respeito, entre nós, aos direitos de utilização das chamadas “águas comuns”, vale dizer, das águas das “correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que estas não se façam” (Art. 7º do *Código de Águas*), as quais, brotadas ou formadas *aliunde*, vêm a fluir, posteriormente, de maneira natural, pelas propriedades de ribeirinhos inferiores.

O direito aplicável à espécie é o constante de nosso Estatuto Civil (Arts. 563 *usque* 568), completado, nesse particular, pelo Código de Águas (Dec. federal nº 24.645, de 10 de julho de 1954) e legislação avulsa, subsequente, que, de passagem se diga, nem por isso parece haver levado a um ideal de perfeição em decorrência das muitas obscuridades de que se encontra eivada essa legislação específica, notadamente no que tange ao aproveitamento das águas comuns e particulares, tal como o põe em relêvo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, da Universidade de São Paulo (*Direito das Coisas*, Curso, 3º vol., 7ª ed., pág. 149).

Não obstante, certo é, frente a ela e na conformidade, aliás, do entendimento, por bem dizer unânime, dos D. D., ao ribeirinho do prédio inferior, na hipótese das “águas co-

muns” que atravessam os diferentes fundos, cabe não apenas a *obrigação* de receber “as águas que correm naturalmente do superior” (Arts. 563 do C. Civil e 69 do Cód. de Águas), como, ainda, o *direito* às águas remanescentes, na hipótese de que o ribeirão superior delas se tenha utilizado, *dentro da normalidade*, em suas aplicações aos misteres da agricultura e da indústria (Cód. de Águas, art. 71).

Como conceituar-se, porém, o que a lei denomina de “águas remanescentes” para tal fim e efeito?

Seriam elas, as águas remanescentes, sinônimas ou equipolentes de águas sobejantes, ou “sobras”, ou apenasmente “sobejos”?

Ouçamos o que, a respeito, ensina LUIZ DA CUNHA GONÇALVES (*Princípios de Direito Civil*, ed. M. Limonad, 1951, nº 86-E, págs. 179 e 180): “Tanto na Lei das Águas portuguesas”, como no Código das Águas brasileiro, encontram-se referências a *águas remanescentes* e *águas sobejas*, expressões que é curial esclarecer. Os adjetivos *remanescentes* e *sobêjo* têm ambos o sentido de sobra ou excesso; mas ao passo que remanescente é o que resta porque não foi gasto, destinado ou aplicado, podendo tê-lo sido, é *sobêjo* o que restou porque excedia as necessidades do consumo. Assim, no art. 80 da citada Lei das Águas, dizem-se *águas sobejas* as que ficaram na corrente, desnecessárias e dispensáveis para novas concessões. No art. 37 da mesma lei, consideram-se *sobejas* as águas das fontes, poços e reservatórios públicos, que, por excederem as necessárias ao consumo público podem ser utilizadas por concessionários a título precário. E *águas remanescentes* são as que sobram do volume derivado para irrigação dos prédios marginais ou de outros próximos e, *depois de usadas, voltam à corrente de onde saíram*”.

Embora preferamos entender que *águas sobejantes*, “sobras” ou “sobejas” sejam aquelas que, oriundas de fonte particular, não captada, derivem para o prédio inferior, temos como exato, porém, que “águas remanescentes” sejam, pelo contrário, as de que não se utilizou o ribeirão do prédio superior, relativamente à corrente que por ele atravessa, como, *também*

(na forma do que foi exposto por CUNHA GONÇALVES) aquelas outras que, utilizadas pelo dono do prédio superior (no total ou na quantidade havida por restante após a utilização que tenha implicado no desaparecimento de parte dessas águas) devam retornar ao leito primitivo, até a saída para o prédio inferior, para o aproveitamento ou utilização do ribeirão a jusante.

ALVES MOREIRA vai mais longe (*As Águas no Direito Civil Português*, Coimbra, 1920, pág. 396), melhor esclarecendo que “se consideram águas *remanescentes* as que, *depois de servirem* nos prédios para que foram derivadas, voltam ao curso da água de que se fêz a derivação. Estas águas sobram da irrigação, conservam a sua qualidade de águas correntes, tendo uma causa perene de movimento, e devem ser restituídas à corrente no ponto em que a linha marginal deixa de pertencer ao prédio para que foram derivadas”, o que significa

“... que inferiormente não se altere o ponto de saída das águas remanescentes...”,

tal como consta do art. 71 do nosso Código de Águas, que dita para o ribeirão superior, não apenas a obrigação de não alterar o ponto normal de saída das águas de seu para o imóvel inferior, como também, em decorrência de alguma obra de arte que acaso venha a levar a efeito dentro de suas lindes, a de não prejudicar a “condição natural e anterior do prédio a jusante”.

É fato significativo de que, pela nossa lei (Cód. de Águas), a expressão “águas remanescentes” abarca, além das águas de que não se utilizou o proprietário do prédio superior, mais, ainda, aquelas outras que *mesmo utilizadas*, não chegaram a desaparecer, é a circunstância de, ao art. 71 do Código de Águas, onde se cogita das *águas remanescentes*, haver sido acrescentado o § 2º, onde isso se contém:

“Não se compreendem na expressão — águas remanescentes — as escorredouras”.

Conceituadas as “águas escorredouras”, por exclusão, todas as demais seriam “águas remanescentes”.

E que outra coisa seriam se “águas escorredouras” senão aquelas que, desaparecidas na utilização (notadamente na lavoura), pela infiltração no solo, podem ressurgir além no próprio imóvel de sua utilização ou mesmo nos imóveis a jusante?

Este, ao respeito, o magistério do clássico MANOEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA (*Rios e Águas Correntes*, 2ª ed., 1959, Liv. F. Bastos, Rio, pág. 19): “Águas mortas, conhecidas na Espanha por *escorrentias*, *avenamientos*; na Itália, por *scoli*, *colatura*, *colatizie* e no sul da França por *colatures*, *coulages*, são, em geral, aquelas que, depois de absorvidas todas as águas de modo a não restar em aparência nem uma quantidade disponível, brotem fora do limite irrigável. É o que entre nós se chamam escorredouras, águas escoláticas, ou mais arcáicamente, *escorralhas*, *escorredouros*, *gemedouros*, *choradouros*, etc. São, em suma, águas que se infiltram pelos poros e meatos da terra nos pontos mais baixos e escorrem do prédio superior para o inferior. As águas mortas não têm uma causa perpétua de movimento e permanecem durante a irrigação no seu canal depois que a saída é encerrada”.

E o velho LOBÃO (*Tratado Prático e Compendiário das Águas*, Lisboa, 1861, pág. 75), em nota de rodapé, citando CYRIAE, por sua vez, deixa aclarado que “*collatitia dicuntur aquae mortuae ad differentiam aquae vivae*”.

II. Incontestável é que aos donos dos prédios superiores assiste o direito ao aproveitamento amplo das águas comuns, em passagens por seus respectivos fundos, seja para utilização na lavoura, seja, aditemos, já agora, entre nós pelo menos, também na indústria (*Apud* LOBÃO, ob. cit., § 70; JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, 1894, escólio aos artigos 434 *usque* 437; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Rios e Águas Correntes*, cit., nº 95, pág. 210; LAFAIETE, *Direito das Coisas*, 3ª ed., F. Bastos, Rio, 1940, § 124 D, nº I, pág. 282; CARVALHO SANTOS, *C. Civil Bras. Interpretado*, 2ª ed., vol. VIII, nº 8, pág. 82, letra “h”; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. XIII, pág. 348 *in fine*; TEIXEIRA DE ABREU, *Das Águas*, Coimbra,

1917, pág. 177; SILVIO RODRIGUES, *D. Civil — Coisas*, ed. M. Limonad, 1964, vol. V, n° 85, pág. 170; PLANIOL-RIPERT-PICARD, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, 2ª ed., Paris, 1952, vol. III, n° 495; pág. 488; VIRGILIO DE SÁ PEREIRA, *Direito das Coisas*, Manual Lacerda, vol. VIII, n° 94, pág. 266, *in alto*; FRANCESCO RICCI, *Diritto Civile*, 4ª ed., Torino, 1929, vol. 2, ns. 312 e 315, págs. 382 e 383; TRABUCCHI, *Intituzioni di Diritto Civile*, 4ª ed., Padova, 1948, n° 170, pág. 340, etc.).

Mas se tudo isto é certo, não menos certo é, contudo, que não pode o ribeirinho superior exorbitar de suas faculdades abusando de seu direito e prejudicando os ribeirinhos inferiores, aos quais, de justiça, cabem as sobras, melhor dito, as *águas remanescentes* que, como já vimos, compreendem não apenas as não utilizadas como, ainda, aquelas outras que, já o sendo, não chegaram a ser consumidas e que devem retornar ao seu fluxo natural para o prédio inferior.

De resto, estas e outras restrições impostas pela legislação vigente à utilização das águas comuns, são determinadas pelos superiores princípios da solidariedade humana que sempre adversou o princípio do absolutismo do *jus proprietatis*.

O chamado individualismo jurídico, estribado na tese rousseauniana do *homem natural*, portador de prerrogativas próprias, suscetível de viver isoladamente e igual, em direito, a cada um dos demais seres humanos é, hodiernamente, uma construção já desgastada e superada.

Vigem, nos tempos que fluem, princípios outros, como os da socialização do direito, cujas linhas mestras remontam ao *de Regimine Principum* de S. TOMÁS DE AQUINO e frutificam com um CHARMONT (*Les Transformations du Droit Civil*, Ed. A. Colin, Paris, 1912), MORIN (*La Loi et le Contract*, Ed. F. Alcan, Paris, 1927) DUGUIT (*Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1911), alargando as barras do direito privado rumo à sua publicização (SAVARIER, *Du Droit Civil au Droit Public*, Paris, 1950), como já o expusemos em um anterior trabalho nosso (*Responsabilidade Sem Culpa e Socialização do Risco*, ed. Sugestões Literárias, São Paulo, Cap. I, pág. 17 e segts.), encontrando ressonância, no Brasil, no que diga respeito aos

lagos e águas correntes (independentemente dos requisitos da navegabilidade e da fluviabilidade do Código de Águas), tal como se apura do disposto nos artigos 4 e 5 da Carta Constitucional atualmente vigorante entre nós, e lembrado foi por ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES no seu *Código de Águas*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1962, 1º vol., pág. 171, nº 259.

Sem razão não é, pois, que se repute, dentro dessa diretriz, hodiernamente, os direitos de vizinhança, simples modalidades das restrições ditadas pela lei ao direito de propriedade com o claro objetivo de harmonização de interesses por vêzes conflitantes e antagônicos.

A boa paz social isso o reclama.

E o exercício dos direitos relacionados com as águas de que cogita a nossa lei civil na seção V do cap. II, do Direito das Coisas, encimada pelas rubricas "Dos Direitos de Vizinhança" e "Do uso nocivo da Propriedade" não refoge também a essa mesma linha de princípios.

Como aquilatar-se, porém, no caso, do uso, abusivo ou não, de tais direitos?

Pelo simples critério da anormalidade, sugerido por RIPERT (*De l'Exercice du Droit de Propriété dans ses Rapports avec les Propriétés voisines*, Aix, 1902) e já agora havido como regra geralmente acatada para o equacionamento do problema.

O mau uso da propriedade, proclamou um acórdão do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, afere-se pelo critério da normalidade, tal como pode ser visto no corpo de uma sentença do juiz WILSON JOSÉ DE MELO, em decisão relacionada estreitamente com a matéria do presente estudo e estampada, na íntegra, na *Rev. dos Tribunais*, vol. 278, pág. 639 e segts.

A fixação dos limites além dos quais se cristalizaria, no caso das águas, a anormalidade do uso, no comum das vêzes não chegaria a ultrapassar as raias de uma simples *questio facti*, como diria GIORGI.

As circunstâncias de cada caso, os fatos materiais evidentes, as poluições, o agravamento de situações materiais em

decorrência de determinados atos, tudo isso acabaria por pesar na balança do julgamento da regularidade ou irregularidade do exercício do direito em tais conjunturas.

O Código de águas nacional, ao editar, em suas normas, importantes limitações ao uso irregular das águas comuns por parte dos ribeirinhos, nada mais teve em mira, certamente, senão o fato de se adaptar à realidade dos tempos presentes de assinalada socialização do Direito.

O Código, nacional, de águas, vímo-lo e o repetimos, estatui no seu art. 71 a obrigatoriedade de o ribeirinho do prédio superior não prejudicar as propriedades dos ribeirinhos inferiores, não se alterando, também, o ponto de saída das águas remanescentes que, na cita, já feita, de CUNHA GONÇALVES, “são as que sobram do volume derivado para irrigação dos prédios marginais ou de outros próximos e, depois de usadas, voltam à corrente de onde saíram” (Ob. cit., pág. 180).

E nem outra coisa é aquilo que resulta do ensinamento, bastante lúcido, de PLANIOL (*Traité Élémentaire de Droit Civil*, 4ª ed., Paris, 1906, vol. 1, páf. 769, n° 2418) *in verbis*: “*Toutes les fois qu'un propriétaire puise de l'eau en grande quantité à la rivière, comme pour l'irrigation des ses propriétés, il doit la rendre à son cours naturel après s'en être servi*”.

III. Essas águas remanescentes cuja utilização é um direito assegurado aos ribeirinhos inferiores não lhes deve ser propiciadas em situação, anômala, de impureza.

Jurisprudência e doutrina já deixaram assentado, quanto a isso, conclusões objetivas e claras.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, consoante se vê na Rev. dos Tribunais, vol. 162, pág. 675, já se decidiu de uma feita que:

“O referido laudo é longo e minucioso e muito bem elaborado e nele demonstrou o perito que, realmente, o autor vem sendo prejudicado com a *lavagem de areia feita pela ré*, resultando o entupimento do açude em questão e impedindo-o de usar da água para irrigação de suas plantações.

Sendo assim, é certo que a ré vem infringindo as disposições do art. 69, parágrafo único e 71 do Código de Águas, etc.”.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na apelação 3.811, de São Sebastião do Paraíso e da qual foi relator o Desembargador J. BENÍCIO, assim também acordou, de uma feita, sob ementa:

O proprietário não pode utilizar-se livremente das águas que passam pelo imóvel. Deve restituí-las aos vizinhos a jusante, como as recebeu, purificando-as ou *indenizando*, em caso de impossibilidade”. (Rev. Forense, vol. 121, pág. 193).

E nem se diga que tal vedação no tocante à poluição das sobras diga respeito, tão somente, às águas que atravessem o fundo superior. Ela vale, ainda, menos para as águas apenas particulares, oriundas de fontes não captadas, existentes no fundo superior.

Outra coisa não foi o que resultou do decisório do Tribunal de Minas na apelação 9.689, de Ubá, da qual foi relator o Desembargador LEAL DA PAIXÃO e em cujo contexto se insere a seguinte passagem:

“Tanto a doutrina como a jurisprudência têm sustentado que o direito de propriedade do prédio atravessado pela corrente d’água particular não difere do proprietário da nascente, com relação às águas que atravessam seu prédio”. (Repertório, J.C.R. ALCKMIN, *Coisas*, nº 1.032).

No que diga respeito à doutrina, é de VIRGÍLIO DE SÁ FERREIRA (*Direito das Coisas*, Manual Lacerda, vol. VIII, nº 94, pág. 267 *in fine* e 268 *in alto* a seguinte e expressiva advertência: “o proprietário superior *não pode corromper as águas* de forma que atravesse os prédios inferiores senão uma água nociva. Esta restrição é de aplicação prática muitas vezes difícil, porque variadíssimas são as hipóteses, e cada hipótese reclama uma solução própria. É sobretudo no aproveitamento das águas superiores para fins industriais que elas surgem.

São questões a serem resolvidas caso por caso pelos juízes, que devem ter em vista estes dois pontos dominantes na regulamentação jurídica das águas — a *natureza* e a *equidade* ou a *solidariedade social*, como diz BEVILÁQUA, ou a *caridade jurídica*, como dizia ROMAGNOSE”.

CARVALHO SANTOS ao discorrer sobre o que ele denominou as “condições comuns aos ribeirinhos” (*Cód. Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VIII, 2ª ed., pág. 81, letra *d*), fez consignar que não pode o ribeirinho do prédio superior, “com prejuízo dos prédios inferiores, tornar a corrente mais impetuosa, NEM TÃO POUCO CORROMPER AS ÁGUAS, TORNÁ-LAS IMPRESTÁVEIS PARA OS FINS A QUE SE PODEM DESTINAR (para serventia doméstica, irrigação, etc.) ., conforme a sua natureza, sob pena de indenizar o dano, etc.)”.

A seu turno PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, vol. 2, 2ª ed., Ed. Borsoi pág. 161, nº 6) adverte poderem todos os ribeirinhos se utilizar das águas comuns, desde, porém, que no aproveitamento delas não venham a causar danos a outrem “pelas não mais poder utilizar, ou só as poder utilizar em inferioridade com o utilizador” o que, óbvio é, haverá de sempre acontecer na hipótese de que as águas comuns sejam empregadas, no prédio superior, na lavagem de minérios por exemplo.

O princípio foi expressamente consagrado nas disposições do art. 141 do velho Código Civil português, *in verbis*:

“Os que têm direito a servir-se de quaisquer águas correntes não podem alterar ou corromper as que não consomem, de forma que as tornem insalubres, inúteis ou prejudiciais àqueles que igualmente têm o direito ao uso”.

Em ALVES MOREIRA (*As Águas*, cit., pág. 406, nº 62) encontramos consignado que, por um decreto de 1892, “os remanescentes das águas empregadas nos usos agrícolas ou industriais, que tiverem de voltar à corrente principal, na conformidade das disposições do art. 434 do Cód. Civil, não poderão ser inquinadas de substâncias nocivas à agricultura, à higiene, ou à criação e vida do peixe”.

JOSÉ DIAS FERREIRA, no seu *Código Civil Português*, vistas voltadas para as disposições do art. 441 ao velho Estatuto lusitano, assinala (pág. 314, do 1º vol.) que o código veda aos utentes das águas comuns “alterar ou corromper as que sobejam”.

PLANIOL-RIPERT-PICARD (*Traité Pratique de D. Civil Français*, cit., vol. 3, nº 496) assinalam, com referência à poluição das águas remanescentes que devam volver ao antigo leito, para o aproveitamento pelos ribeirinhos inferiores, que ao dono do fundo superior “il ne lui est pas permis davantage d'altérer l'eau, de la charger de substances délétères, capables de la rendre impropre à d'autres usages”.

Também AUBRY e RAU, estudando a questão, inequívocamente se pronunciaram pela impossibilidade de o dono do prédio superior poluir ou corromper as águas que devam naturalmente fluir para os fundos a jusante.

Escreveram eles (*Cours de Droit Civil Français*, 6ª ed., Paris, 1938, vol. 3, § 240, fls. 16) que “le propriétaire supérieur ne pouvait, de son côté rien faire qui aggravat l'assujettissement du fonds inférieur... soit enfin en les employant (les eaux) à des usages dont le résultat serait de les corrompre ou de les imprégner d'éléments nuisibles”.

E concluem: “Cette défense recevait son application dans le cas même ou les eaux proviennent d'un établissement autorisé par l'administration, et dans celui où les deux fonds sont séparés par une voie publique”.

Tal maneira de entender é a mesma de DEMOLOMBE (*Cours de Code Napoléon*, vol. XI, nº 38).

Anota, por sua voz, HENRI DE PAGE (*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. 6, Bruxelas, 1953, fls. 430, A) ser de generalizado entendimento que “le fait de polluer les eaux aggrave le servitude d'écoulement”, razão pela qual adita que “nul ne doute que le propriétaire du fonds inférieur aura le droit de se plaindre”.

Os D.D. de língua tedesca não refogem a essas mesmas conclusões.

WOLF, por exemplo (ENNECERUS, KIPP, WOLF, *Do Tratado de Derecho Civil, Derecho de Cosas*, vol. I do tomo III da trad. castelhana da ed. Bosch, fls. 617, nº II), após haver, reiteradamente, advertido que o dono do prédio superior deve sempre se utilizar *civiliter* das águas que fluem por suas terras de molde a não agravar a situação dos ribeirinhos inferiores, enaltece a circunstância de o proprietário do fundo superior não poder, com relação às águas comuns, “*alterar en desvantaja de otros el curso de las aguas (el desague natural), ni puede impurificarlas*”.

Mutatis mutandis, o mesmo se encontra em LAURANT (*Droit Civil*, vol. VII, 368).

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (*Rios e Águas correntes*, cit., nº 96, pág. 211), alinhando as diferentes obrigações impostas aos proprietários ribeirinhos das correntes, computa, dentre elas a de “não *corromper* as águas de maneira a prejudicar os outros utentes”.

E como acentua o Prof. SILVIO RODRIGUES no seu *Direito das Cousas* (vol. 5º do Direito Civil, ed. M. Limonad, 1964, nº 85, pág. 170, *in alto*) assiste, quanto às sobras, ao dono do prédio inferior, “o direito de recebê-las E DE RECEBÊ-LAS LIMPAS”.

No *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* (Ed. Borsoi, Rio, vol. 3, verbete “Águas”, nº 26, pág. 102), CARVALHO SANTOS, discorrendo sobre os direitos e as obrigações do proprietário do prédio superior, dentre outros, aponta o dever que tem ele de (letra b) não “empregar as águas, antes de escoarem, em usos de natureza a *corrompê-las* e torná-las nocivas”.

Ao ensejo, não nos furtamos de trazer à colação o pronunciamento peremptório de MAZEAUD e MAZEAUD (Henri, Léon e Jean) emitido em *Lecciones de Derecho Civil* (trad. cast. de L. Alcalá-Zamora y Castillo, B. Aires, vol. IV, parte II, pág. 78, nº III) assim vasado: “*Los propietarios ribereños de los rios no navegables ni frotables son propietarios del lecho, y tienen un derecho de uso que se extiende al agua; pueden utilizar la para las necesidades más variadas, CON LA*

CONDICIÓN DE DEVOLVERLA SIN CONTAMINAR a la salida de su fundo. Es necesaria una autorización administrativa para los usos industriales”.

E se tudo o que acima se alinhou: citas jurisprudenciais e ensinamentos dos doutores nacionais e alienígenas a respeito da obrigação que têm os senhores ou possuidores dos fundos superiores de não conspurcar ou de contaminar as águas que fluem para os fundos inferiores, ainda mesmo quando utilizadas nos “interesses relevantes da agricultura ou da indústria”, não bastasse como razão de convencimento, recordemos, ainda, o que consta a respeito, do *Código, brasileiro, de águas* (Dec. nº 24.643, de 10-7-1934) onde se inscrevem as disposições, respectivamente, dos artigos 109 e 111:

Art. 109 — A ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros.

.....

Art. 111 — Se os interesses relevantes da agricultura ou indústria o exigirem, e mediante expressa autorização administrativa, as águas poderão ser inquinadas, MAS OS AGRICULTORES OU INDUSTRIAIS DEVERÃO PROVIDENCIAR PARA QUE ELAS SE PURIFIQUEM, por qualquer processo, ou sigam esgôto natural.

IV. Se claro e bem assentado é poder, o ribeirinho, amplamente se utilizar das águas comuns que atravessem seu fundo, sob condição, no entanto, de não impossibilitar aos ribeirinhos dos prédios inferiores a utilização das águas remanescentes e mais: que ao devolver a esses mesmos ribeirinhos inferiores essas águas remanescentes não as devolva conspurcadas ou contaminadas, não menos certo, ainda, é que, ao fazê-lo, “inferiormente não se altere o ponto de saída das águas remanescentes”, tal como consta do art. 71 do *Código das Águas* nacional.

E então quer dizer-se do ribeirinho do prédio superior que, sobre o haver tornado barrentas e impróprias para o bebedouro de rézes, serviços de lavoura e mesmo de determi-

nadas indústrias, as águas correntes, comuns, que atravessando suas terras se escoam para o prédio inferior, busque, ainda, alterar-lhes o antigo leito, natural, pelo qual normalmente fluem para os terrenos a jusante, para encaminhá-las a uma outra "bacia" ou ao leito ou álveo de outro rio ou ribeirão, de maneira artificial e para a qual se demanda a intervenção do trabalho humano?

Isto seria pura e simplesmente impossível, legalmente falando.

Transcrevamos, no seu inteiro teor, o art. 71, de nosso *Código de Águas* e de seu respectivo parágrafo 1º:

Art. 71 — Os donos ou possuidores de prédios atravessados ou banhados pelas correntes podem usar delas em proveito dos mesmos prédios, e com aplicação tanto para a agricultura como para a indústria, contanto que do reflexo das mesmas águas não resulte prejuízo aos prédios que ficam superiormente situados, **E QUE INFERIORMENTE NÃO SE ALTERE O PONTO DE SAÍDA DAS ÁGUAS REMANESCENTES**, nem se infrinja o disposto na última parte do parágrafo único, do art. 69.

§ 1º — Entende-se por ponto de saída aquele onde uma das margens do álveo deixa primeiramente de pertencer ao prédio.

De fato: Se as águas remanescentes devem, por *lei expressa*, ter escoamento do prédio superior para o inferior, naquele mesmo ponto inalterável de saída do primitivo leito natural, como entender-se que se lhes pudesse propiciar um novo rumo em direitura de alheios fundos, pela só vontade dos donos ou possuidores do prédio superior, à custa ou dependência do labor humano, e com evidentes prejuízos, presentes e futuros, para os donos ou possuidores dos prédios situados a jusante?

O encaminhamento das águas do fundo superior para o inferior deve sempre se processar, normal e legalmente, a partir do ponto de saída, nos limites de ambos os fundos, por aquele mesmo leito que a natureza traçou no solo e não por outro.

Isto o que consta do Código nacional de águas (art. 71) expressamente e, implicitamente, do disposto no art. 563, do nosso Código Civil.

V. O abuso do direito na utilização das águas correntes comuns *inter vicinos*, já o vimos, pode se concretizar por diferentes maneiras.

Em algumas hipóteses, pela desordenada utilização das águas a que tem direito o ribeirão superior, de molde a configurar-se o desperdício das sobras em detrimento do ribeirão inferior.

“Sin embargo, advierte RAYMUNDO M. SALVAT (Tratado de Derecho Civil Argentino, Derecho Reales, v. 3, 4ª ed., B. Aires, 1952, pág. 413), cuando se llega al abuso del derecho, cuando en lugar de usar el agua, como también dice la ley, se le desperdicia inutilmente con el fin de dejar sin ella y perjudicar el dueño del terreno inferior, parece que esto no estuviera ya amparado por el principio del libre uso de ellas que el legislador ha consagrado: una cosa es usar de las aguas, otra desperdiciar un elemento indispensable para la vida de los hombres”.

E este, pelo visto, é o mesmo modo de entender de DEMOIONBE (XI, nº 66) e de COLIN ET CAPITANT (vol. I, págs. 723 e 724).

Ao respeito, consta de um julgado do Tribunal de São Paulo (Rev. dos Tribunais, vol. 355, pág. 155), esta expressiva passagem: “Nem por isso seria tolerado o abuso. O direito vigente não admite que um proprietário desperdisse a água que falta a outro”. E martelando a mesma tecla, poderíamos apontar mais os seguintes arestos: Rev. dos Tribunais, vols. 176/676; 248/284; 278/639.

Em outros casos, o abuso se configura pelo só fato mesmo da exaustiva utilização dessas mesmas águas comuns no fundo superior, de molde a que, delas, nenhuma parcela sobeje para o ribeirão inferior, como resulta do entendimento de certos autores como, v.g., WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Direito das Coisas*, cit., pág. 149) quando, após consignar que os donos dos prédios banhados ou atravessados pela cor-

rente “podem utilizar-se das águas como lhes aprouver, desde que não prejudiquem os fundos situados a montante ou a jusante”, “deixou, complementarmente, expresso isto: “Não podem, porém (eles, os ribeirinhos superiores), *captar toda a água*, nem desviar-lhe o curso, de sorte a privar o dono do prédio vizinho, ou inferior, da porção a que tem direito”. E com ele, ASSIS TEIXEIRA (*Águas*, nº 43).

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, depois de haver discorrido excelentemente em seu livro já citado (*Rios e Águas Correntes*, pág. 212), a respeito da imprescritibilidade do direito dos ribeirinhos referentemente ao uso das águas comuns, logo a seguir, à pág. 213, esclarece que fica sujeito às sanções jurídicas imponíveis o ribeirinho superior que leve o seu direito de utilização das ditas águas “até o abuso, ou *consumindo toda a água*, ou mudando a saída das remanescentes, ou desviando-as do seu curso natural”.

A respeito do mesmo assunto, diferentes não são os magistérios de alguns autores alienígenas, como se colhe da seguinte afirmativa de PLANIOL-RIPERT-PICARD (*Traité*, cit., nº 496) *verbis*: “*La loi ne va pas cependant jusqu'à donner aux riverains le droit de disposer de l'eau de la rivière. Aucun d'eux ne peut l'absorber entièrement, ni même en prendre une quantité assez considerable, etc.*”.

E LAURENT (*Cours*, vol. 1, pág. 560) expende o mesmo pensamento, aclarando que isso não seria possível (a utilização total das águas comuns pelo ribeirinho superior) ainda que sob a alegação de que toda essa água lhe seja necessária.

VI. Que dizer-se, então, daquele ribeirinho do prédio superior que pretendesse não apenas isso, mas, indo bem mais longe, tentasse desviar totalmente as águas comuns de um ribeiro que atravessasse seu fundo para, mediante canalização artificial, ir fazê-las desaguar em outra “bacia”, o que equivale a dizer, no leito ou no álveo de outro rio ou de outro ribeirão?

No caso, haveria mais que o simples abuso do direito, punível, na utilização das águas comuns: haveria um flagrante desrespeito à lei, um típico atuar *contra jus*, a perpetração de um ato ilícito (Cf. PEDRO BATISTA MARTINS, *O Abuso do*

Direito e o Ato Ilícito, ed. F. Bastos, 2ª ed., 1941, notadamente nº 122, fls. 211 e seguintes; JOSSERAND, *De l'Esprit des Droits et de Leur Relativité*, Paris, 2ª ed., 1939, nº 250, pág. 341), que também gera, e de maneira precípua, a obrigação de indenizar.

Se a lei, o Código de águas (art. 71), determina que, entre vizinhos, na hipótese da utilização das águas comuns que atravessem por seus respectivos fundos, obrigado fica, o ribeirão superior, a que, *inferiormente não se altere o ponto de saída das águas remanescentes*, como pode ele pretender, dentro de suas lindes, o desvio total do leito natural das águas comuns que por ele fluem e vão naturalmente banhar, ao depois, as terras do ribeirão inferior?

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (ob. cit., nº 97, pág. 213) e W. BARROS MONTEIRO (*Direito das Coisas*, cit. pág. 149), como acima foi dito e muitos outros D.D., doutrinariamente, mais reforçam aquilo que vem, de maneira implícita, contido na legislação brasileira.

CARVALHO SANTOS, no *Repertório*, cit., verbete "Água", à pág. 102, fez também consignar não ser lícito ao ribeirão superior "mudar a direção do curso natural das águas, ou seja, não pode fazer obra pela qual *aliter aqua flueret quam natura soleret*".

De igual pensar é LAFAIETE (*Direito das Coisas*, cit., § 124-D, nº 3): "O dono do prédio superior não pode praticar atos que perturbem ou suprimam a dita servidão, como, por exemplo, *desviar* as águas desaproveitadas PARA LEITO DIVERSO DAQUELE POR ONDE NATURALMENTE CORREM para os prédios inferiores".

VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA (*Direito das Coisas*, cit., nº 94, pág. 167), a seu turno, coincidentemente, consigna que: "O proprietário superior não pode alterar o fluxo natural das águas determinando-lhes outra diretiva que aquela preestabelecida pela situação dos terrenos".

No que diga respeito à jurisprudência, lembremos aquilo que resultou de um decisório, unânime, do Tribunal de São

Paulo, relativamente à matéria e que aqui reproduzimos, sob ementa:

“Pode o dono do prédio superior utilizar-se de águas correntes de uso de proprietários ribeirinhos na medida que estas o comportem, mas não pode desviar o curso respectivo”. (*Rev. Forense*, vol. 165, pág. 205).

E não nos furtamos ao dever de relembrar aqui e, ainda, em torno da mesma matéria, este excerto de uma sentença do juiz MÁRIO GUIMARÃES, quando magistrado na Capital de São Paulo e, posteriormente, confirmada por acórdão unânime do T. de Justiça daquela unidade da federação:

“O dono do prédio superior pode usar parcial ou totalmente as águas que nascem nas suas terras ou que as atravessam. Só não pode desviar do seu curso natural as sobras que, porventura, as águas, depois de utilizadas, ainda produzam”. (*REV. DOS TRIBUNAIS*, vols. 18/139 e 85/672).

VII. Do exposto nos itens anteriores se poderia, em suma, concluir frente à lei brasileira, jurisprudência dos nossos tribunais e ensinamentos dos D.D. de aquém e além mar que, em se tratando de vizinhos confrontantes e ribeirinhos, não pode o do prédio superior, no tocante às águas comuns:

a) Privar o ribeirão inferior das águas remanescentes que resultem da utilização para os trabalhos da lavoura ou da indústria, entendendo-se por águas remanescentes aquelas não necessárias para esses trabalhos (“sobejantes” em sentido estrito) e mais aquelas outras que, utilizadas, não são de todo consumidas em tais atividades, tudo com exclusão, apenas, daquelas outras ditas escorredouras, escoláticas, escorralhas ou que outro nome tenham.

b) Conspurcar ou contaminar, sob qualquer aspecto, as águas remanescentes, de molde a trazer prejuízos ou impossibilidade de utilização adequada das mesmas por parte dos ribeirinhos inferiores.

c) Abusar de seu direito de utilização das águas comuns, que primeiro atravessem por seu fundo, seja delas se valendo em quantidade superior à de suas reais necessidades; seja delas se valendo até a exaustão.

d) Não permitir que as águas remanescentes, por mero capricho ou simples comodidade, venham a se escoar por aquele mesmo ponto inferior de saída natural, para o prédio do ribeirão a jusante.

e) Levar a efeito, dentro das lindes de seu prédio, qualquer trabalho ou obra de arte que implique, sobre qualquer aspecto, agravação da situação do ribeirão inferior.

f) Desviar, sem a anuência do ribeirão inferior, o leito da corrente pelo qual fluem as águas comuns, encaminhando-as, como consequência, para outras propriedades e para outra "bacia" ou álveo de outra corrente de água.

VIII. E a propósito, qual o tipo de procedimento judicial cabível na espécie? Qual a ação pertinente ou adequada?

Preliminarmente cumpre lembrar que, a respeito da matéria, as opiniões dos D.D. e as decisões judiciais são bastante divergentes.

Entendem uns que a ação cabível na espécie seria a cominatória. Outros, as possessórias, não faltando a opinião daqueles que ascenam com a declaratória.

E julgados há que aceitaram o caminho da nunciação de obra nova, pelo qual enveredaram alguns litigantes, em hipoteses similares.

Nos tribunais é comum tomar-se conhecimento, para desate de pleitos atinentes aos problemas relacionados com o uso de águas comuns entre vizinhos, de ações, ora cominatórias, ora possessórias, decisões havendo que acatam o ajuizamento de ações ditas de "embargos de obra nova" (*Rev. dos Tribunais*, vol. 132/182) e outros que as repelem em casos que tais (*Rev. dos Tribunais*, vol. 173/793).

PONTES DE MIRANDA, por exemplo, entende adequada à espécie, a ação declaratória (*Tratado de Direito Predial*, Ed. J. Konfino, 1947, § 64, nº 1, pág. 193).

Já MANOEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA (*Rio e Águas Correntes*, cit., nº 99, pág. 213), partindo do princípio de que “*mentre si piatisce le acque scorrano*”, chega a ser incisivo quanto ao cabimento das possessórias: “As ações possessórias são as mais eficazes e as que mais interesse oferecem “em matéria do direito de águas, pois que constituem remédios prontos e imediatos”, para concluir: “É este sem dúvida um “assunto em que a demora já constitui um dano, porque “*mentre si piatisce le acque scorrano*”.

Do mesmo sentir é FRANCISCO MORATO (*Miscelânea Jurídica*, São Paulo, 1945, 1º vol., pág. 271).

CARVALHO SANTOS navega nas mesmas águas. Escreveu (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Ed. Borsoi Rio, vol. 3, nº 29, pág. 104): “Que ação ampara os direitos decorrentes do escoamento natural das águas do prédio superior para o inferior? O proprietário do prédio superior tem contra o dono do prédio inferior a ação confessória e os interditos possessórios, por meio dos quais o autor da turbacão ou das obras será condenado ao restabelecimento do escoamento da água, no seu estado primitivo, à reparação dos danos, etc. (Cfr. CARVALHO DE MENDONÇA, cit., nº 174; PACIFICI MAZZONI, cit., nº 30). O dono do prédio inferior tem contra o proprietário do prédio superior, que agrava o ônus, a ação negatória (Ac. da Relação de Minas, in *Rev. Forense*, vol. 35, pág. 431) ou da ação de dano infeto, sob a forma de manutenção (TEIXEIRA DE FREITAS e CORRÊA TELES, § 93 e notas 390 e 431; CARVALHO DE MENDONÇA, cit. nº 174)”.

Ao lado desses autores outros se enfileiram como é o caso, dentre muitos, de DIONÍSIO DA GAMA (*Das Águas*, pág. 94).

Abordado em LAFAIETE (*Direito das Coisas*, § 124) e em CORRÊA TELES (*Doutrina das Ações*, § 112) OLIVEIRA FILHO (*Prática Civil*, Rio, 1936) fala em negatória de servidão, o que também acontece com ESTEVAM DE ALMEIDA (*Pareceres*, vol. I, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1933, parecer nº XLVI, pág. 208).

AUGUSTO VIEIRA NETO, o atualizador dos códigos civis da Ed. Saraiva, em nota ao art. 568 do nosso Estatuto Civil

esclarece achar-se derogado o dispositivo em aprêço “em virtude do Cód. de Processo Civil (Dec.-lei nº 1.008, de 18/9/939). As ações relativas às servidões de água são atualmente pleiteadas ou pela ação cominatória, art. 302, nº XII, ou pela ação possessória. As indenizações são reclamadas mediante ação ordinária”.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO é de opinião que, na espécie, cabível seria apenas a cominatória, advertindo, contudo, ao ensejo, que alguns sustentam a possibilidade do recurso às possessórias (ob. cit., pág. 150), para a solução de conflitos similares.

A jurisprudência, a respeito, parece vacilante, com alguma inclinação de preponderância, notadamente no Tribunal paulista, pela tese da cominatória.

E assim é que enquanto alguns acórdãos possibilitam, como já o vimos, o apelo à ação de nunciação de obra nova (REV. DOS TRIBUNAIS, vol. 132/182), outros a repudiam (REV. DOS TRIBUNAIS, vol. 173/793), *apud* DIRCEU A. VICTOR RODRIGUES (*O Código Civil Perante os Tribunais*, ed. *Rev. dos Tribunais*, 1961, vol. 1, pág. 452, nº 3.504).

Muito embora acolhida, em muitos decisórios, a tese das possessórias (REV. DOS TRIBUNAIS, vols. 30/43; 345/158; 190/778; 55/156; JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, vol. XIV, nº 5, pág. 54; MINAS FORENSE, vol. 5/314), não menor receptividade vem merecendo, nos tribunais, a tese da cominatória como, *à vol d'oiseau*, se apura dos seguintes arestos (REV. DOS TRIBUNAIS, vols. 85/120; 169/224; 278/637; 259/156; 341/179; 336/324; 362/331).

Ao nosso ver, no entanto, o que preliminarmente compete apurar-se é que, na espécie, estaríamos a nos defrontar com uma servidão ou se, pelo contrário, teríamos diante de nós um simples caso de *relação de vizinhança*, compendiado, com outros mais, como diria ORLANDO GOMES (*Direitos Reais*, ed. Forense, Rio, 1958) num “regime de águas, legalmente estabelecido”, em função da vizinhança dos prédios onde nascem e pelos quais atravessam” e “composto de normas que criam, para seus proprietários, direitos e deveres, sob a inspiração

de uma política de harmonização de interesses que se consideram dignos de proteção”.

As servidões, grosso modo, consoante terminologia assinalada por alguns autores (EDUARDO ESPÍNDOLA, *Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro*, Ed. Conquista, Rio, 1958, nº 84, pág. 107 e 108; HENRI DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, tomo 6º, Bruxelas, 1953, nº 525, pág. 422) costumam admitir uma subdivisão tripartida em: servidões naturais, servidões legais e servidões estabelecidas por fato do homem (*servitudes par le fait de l'homme*).

Aquelas, as servidões naturais (para nós imprópriamente qualificadas como servidões), corresponderiam às limitações dominiais impostas pelos *jura vicinitalis* e se constituiriam, na expressiva maneira de dizer de LACERDA DE ALMEIDA (*Direito das Cousas*, Rio, 1908, § 12, pág. 103, nota 2) naquele tipo de servidões nas quais o proprietário, vizinho, apenas *certat de damno vitando* e por via das quais seria possível ao titular “não já a comodidade ou o deleite”, mas a “própria utilização” do prédio.

Esse tipo de servidões (falsas servidões), qualificadas como naturais, seria daquelas mesmas “*derivant de la situation des lieux*” como escreveu PLANIOL (*Traité Élémentaire de Droit Civil*, 4ª ed., Paris, 1906, tomo 1º, nº 2.891, pág. 929), ou, simplesmente, as “*determinate della situazione dei luoghi*” do linguajar dos italianos.

A natureza é que as escreve no próprio solo, como se expressaram BAUDRY-LACANTINERIE e CHAVEAU e é essa mesma natureza que faz brotar as águas no prédio superior, a que “*impone al fondo inferiore il peso di riceverla*”, como se exprimiria DIONISOTTI (*Apud* ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES, *Código das Águas*, ed. R. dos Tribunais, São Paulo, 1962, 1º vol., nº 217, pág. 150).

E são “naturais” porque, consoante o mesmo citado DIONISOTTI (*Delle Servitu delle Acque*, Torino, nº 129), a obrigação pela qual o fundo do ribeirão inferior tem de receber as águas que fluem do prédio superior, por uma natural inclinação do solo, encontraria substractum naquelas mesmas

leis eternas que a natureza, desde os primórdios, impôs aos diferentes lugares ou a lugares determinados, tal como foi cantado pelo vate mantuano nas *Geórgicas* (livro I, 60-61), assim:

*Continuo has leges aeternaque foedera certis
Imposuit natura locis, quo tempore primum...*

Resultariam elas, topograficamente falando, da própria situação *natural* dos prédios vizinhos, independente, por isso mesmo, para que existam, do labor humano ou da intervenção humana como advertem alguns tratadistas, tal como sucede com o fluxo das águas pluviais ou das águas correntes dos prédios superiores para os inferiores.

Têm como características assinaladas: 1º) Independem, para a constituição, do labor humano ou, como se encontra escrito no art. 913 do vigente *Codice Civile* italiano de 1942, “*senza che sia intervenuta l’opera dell’uomo*”; 2º) Não ensejar ao titular do prédio serviente direito a qualquer indenização (Cf. ESPÍNOLA, ob. cit., pág. 107 e H. DE PAGE, ob. cit., nº 526, pág. 422, 6º vol.).

De outro lado, *servidões legais* são as que se estabelecem por lei, mediante determinação judicial e compensação econômica.

Exemplos de servidões de um tal tipo encontraríamos nas de aqueduto, de passagem forçada, etc.

Muito embora AUBRY et RAU tenham suprimido as fronteiras entre a servidão natural e a legal (*Cours de Droit Civil Français*, tomo III, § 239-bis, pág. 41, 6ª ed.) e, com eles também GALLOPIN, o que justificou, da parte de H. DE PAGE, alguns reparos (Ob. cit., nº 525, letra b, pág. 422), PLANIOL (*Traité Élémentaire*, cit., ed., de 1906, pág. 929, nº 2.891) não deixa nenhuma dúvida quanto a essa efetiva diferenciação, escrevendo: “*Cette classification a été fréquemment critiqué (voyez notamment DEMOLOMBE, t, XI, nº 7) . Elle se justifie cependant par cette considération que les servitudes naturelles, résultant de la disposition matérielle des lieux, existent par la force même des choses, tandis que les servitudes légales,*

établies par une disposition plus ou moins arbitraire du législateur, supposent en principe une indemnité payée au propriétaire du fonds servant".

LAFAIETE, ao propósito de estabelecer um delineamento entre a servidão de escoamento de água estagnada (legal) e a servidão (natural) de escoamento de água, praticamente reproduz o mesmo ensinamento, transcrito, de PLANIOL ao advertir que (*Direito das Coisas*, cit., pág. 281, nota 113 de rodapé) "não se deve confundir a servidão de *escoamento de águas estagnadas* com a servidão *natural* de escoamento das águas".

Estranhável, frente a isso, é que o mesmo autor (ob. cit., pág. 274, nº I) tenha, linhas atrás, reunido os dois tipos de servidão que ele soube nitidamente separar, na mesma categoria das legais.

Servidões por fato de homem seriam todas as demais ou, como escreveria PLANIOL (ob. cit., nº 2.891), aquelas que "*les particuliers font naitre par divers procédés (contrat, legs, possession prolongée, destination du père de famille)*".

Ora, tudo isso que se expôs leva à conclusão de que as qualificadas, por diferentes autores, de *servidões naturais*, não chegam a se erigir, em essência, face à legislação pátria (C. Civil e Cód. de Águas), em verdadeiras servidões. De servidão teriam apenas o nome. E isso porque elas dizem respeito, precipuamente, a relações entre vizinhos, estabelecidas para a harmonização, entre eles, de direitos antagônicos.

Não traduzem nenhum labor humano, vale dizer, nenhum fato dos homens, impondo-se por força de simples localização dos prédios a que digam respeito, notadamente na hipótese das águas comuns correntes. E nem demandam transcrição, não envolvendo obrigação de indenizar para que existam e são, além do mais, imprescritíveis (art. 79, do Cód. de Águas), não ensejando nem mesmo, por isso, que se fale, quanto a elas, em rigor, em domínio ou em posse.

E foi isso exatamente o que proclamou o juiz LAVÍNIO A. GALVÃO, de S. Bento do Sapucaí, quando em um decisório, como razão de julgar, alinhava que: "Segue-se daí que as

águas do ribeirão em causa são inapropriáveis e, como tal, não suscetíveis de posse e por fim não sujeitas à prescrição com relação ao seu uso" (V. *Rev. Forense*, vol. 165, pág. 206).

Com referência a essa imprescritibilidade do direito dos ribeirinhos no tocante ao uso das águas comuns que, ao nosso ver, bem delinea e assinala a exata natureza disso que, comumente (mas imprópriamente), se tem por praxe denominar servidão natural, por esta forma, incisivamente, se pronunciou M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (*Rios e Águas Correntes*, cit., nº 97, pág. 212, in fine): "O direito dos ribeirinhos ao uso da água... é um direito *imprescritível*, pois "que sendo facultativo não *constitui posse* (o grifo é nosso) que é a base da prescrição. Não se extingue pelo *não uso* inda que imemorial. O não uso em tal caso não implica a renúncia voluntária, pois que o próprio não uso constitui, aqui, o exercício de um direito".

Como frente a tudo isso tão claramente assentado na doutrina (M. I. C. DE MENDONÇA, no trecho acima transcrito) e na lei (art. 79 do Código de Águas), lugar haveria para, em rigor, falar-se em servidão, ainda que natural, no tocante às águas comuns?

Tolerar-se-ia, no caso, o termo "servidão" apenas por tradição, figurativamente, não em sentido técnico, com o que se evitariam muitos dos equívocos em que se tem incidido até aqui.

VALVERDE Y VALVERDE (*Tratado de Derecho Civil Español*, 4ª ed., Valladolid, 1936, vol. II, pág. 366), atenção voltada para o Estatuto Civil de sua pátria, já houvera feito idêntica observação.

Relembrando o fato de o Código Civil da Espanha haver se inspirado nos códigos de França e Itália (no anterior ao de 1942) no tocante às servidões legais, declara, por isso mesmo haver incorrido no mesmo erro daqueles estatutos quando emprestou tamanha distensibilidade ao conceito de tal tipo de servidões, eis que, nele, acabou por fazer compreender grande cópia de "*relaciones juridicas que non son servidumbres, sino meras limitaciones de la propiedad*".

E concluía: “*Pero bien pudo el legislador cuidarse de no involucrar conceptos juridicos que son diferentes, evitando de este modo que se regulen bajo la denominación de servidumbres legales muchas limitaciones de la propiedad, que si bien se establecen por ministerio de la ley, no tienen la condición juridica de servidumbre*”.

E não se perca, ainda, de vista, que a matéria relacionada com o direito das águas vem tratada, na nossa lei civil, vale dizer, no Cód. Civil, não naquela parte destinada aos direitos reais das servidões, mas na parte que tem por títulos, expressivamente, “Dos direitos de vizinhança” e “Do uso nocivo da propriedade”, o que é, de si, bastante eloquente.

IX. Ora, onde é decretada a imprescritibilidade do uso de um determinado direito, como, em verdade, falar-se, aí, em propriedade, posse ou em prescrição aquisitiva?

Partindo-se disso, intuitivo é que o remédio judiciário adequado para a solução de pendências relacionadas com o uso do direito às águas comuns, correntes, entre ribeirinhos, não poderia, em princípio, ser encontrado nas possessórias, mas na cominatória, como o adverte o Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO no *Direito das Coisas* e se vem observando, com maior frequência, nos últimos tempos, no Tribunal de São Paulo.

Advirta-se, porém, a bem da verdade, que, não obstante, ainda não se pode ter por superada, ou mesmo vencida, a tese dos que, sob os auspícios ou sob os ensinamentos de M. I. CARVALHO DE MENDONÇA e de CARVALHO SANTOS, dentre outros, continuam a ter como remédio judiciário adequado, para valimento de direitos em casos que tais, o das possessórias, maneira de entender, também, de HENRI DE PAGE (Ob. cit., vol. 5º, nº 1.014) e PLANIOL-RIPERT-PICARD (ob. cit., vol. 3, nº 501-D).

A cominatória, pois, de efeitos não imediatos, a nós parece a via mais segura na espécie. Não se perca, porém de vista, como se assinalou, que, ainda em nossos dias, muitos Doutores e não poucos julgados seguem a esposar a tese dos interditos.