

cc
INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

O PATRIMONIO TERRITORIAL
DA
MUNICIPALIDADE DO RIO DE JANEIRO
II
O DIREITO EMPHYTEUTICO

MEMORIA

APRESENTADA

EM 4 DE MAIO DE 1893

PELO

Advogado Carlos de Carvalho

RIO DE JANEIRO
IMPRESA NACIONAL

1893

1927-93

V
342.1243
C331
PTM
1893

342.1243
C331

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

Este volume achado registrado

sob número 8309

do ano de 1946

THESE N. 25

Quaes os direitos da municipalidade do Districto Federal, Cidade do Rio de Janeiro, resultantes de suas concessões territoriaes e do contracto emphyteutico ? (1)

CAPITULO I

A CREAÇÃO DA CIDADE

« A cidade não se formava com o andar dos tempos, pelo lento crescimento do numero dos habitantes e das construcções. Fundava-se a cidade de um só golpe, inteira em um só dia. »

Assim se exprime Fustel de Coulanges (2), que Oliveira Martins (3) eloquentemente amplificou. « A villa creara-se e crescerá por aggregação das ramificações das familias. Era uma formação inconsciente e espontanea. A *cidade*, ao contrario, *funda-se*, apparece n'uma

(1) Esta questão foi apresentada ao INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS na sessão de 6 de abril de 1893 pelo Dr. Vilella dos Santos, tendo sido o autor desta Memoria designado para dar parecer.

(2) *La cité antique*, 13ª Ed. 1890.

(3) Quadro das Instituições primitivas. L. 4 Cap. I Ed. de 1883.

hora, n'um instante, erecta na sua totalidade moral. *E' uma pura invenção humana.* Alargar-se-hão os muros, reconstruir-se-hão praças e templos; crescerá todos os dias o numero dos cidadãos; mas esse desenvolvimento em quantidade não importa modificação na idéa... A invenção da cidade não procedera, como a da familia, obscura e espontaneamente de uma necessidade natural, era uma criação consciente.»

A esse processo historico obedeceu por motivos de ordem politica, internacional e economica a fundação da cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro.

Nem faltaram as ceremonias religiosas nem a consagração a S. Sebastião, eleito padroeiro. (4)

Tomadas e destruidas em março de 1560 as fortificações dos francezes na bahia do Rio de Janeiro, nunca mais deixou Mem de Sá Barreto, o 3º governador geral, animado por seu director espiritual o padre Manoel da Nobrega, de insistir na idéa de se fundar ahi uma outra cidade — *salvadora dessas paragens.* (5)

A instancias suas mandou a Côrte nova frota para colonisar o Rio de Janeiro, confiando a missão de fundar

(4) Carta do Padre Anchieta de 9 de julho de 1565. Silva Lisboa, *Annaes do Rio de Janeiro.* Tom. 6 p. 180.

(5) Os Francezes já occupavam o Rio de Janeiro havia mais de 4 annos e Mem de Sá «não podia perdoar a injuria que recebia a nação portugueza na dissimulação de uma offensa que já tocava mais na honra que no interesse da monarchia». Tacques, na *Revista do Instituto Hist. T. IX p. 320* — Carta de Mem de Sá de 16 de junho de 1560. Pizarro. *Mem. hist. do Rio de Janeiro.* Tom. 1 pag. 12; Silva Lisboa *loc. cit.* T. 1 pag. 117 — Gabriel Soares — *Noticia do Brazil do Tom 3 das Noticias das Nações ultramarinas,* p. 74.

Silva Lisboa, *loc. cit.* Tom. 6 p. 138.

Carta do Padre Anchieta ao Padre General de S. Vicents de 1 de junho de 1560. Já em principios de 1553 Thomé de Souza em carta ao rei indicava a necessidade de fundar-se uma povoação honrada e boa. Varnhagen. *Hist. Geral T. 1 pag 254 e 291, 2ª ed.*

a cidade, ideada por Mem de Sá, a seu sobrinho Estacio de Sá, nomeado Capitão-mór (6), que chegou á Bahia em fevereiro de 1564.

Um anno depois, em 1 de março de 1565, Estacio de Sá, mal pisara terras do Rio de Janeiro, fizera logo surgir *em sua totalidade moral e politica* a cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro. Desde a Bahia a cidade vinha creada; a alma estava formada; só lhe faltavam o corpo — *o mundus* — dentro do qual se elevassem o Capitolio, que protegesse e unificasse a população, os muros e as portas. (7)

Era definitiva a invenção. Estendeu Estacio de Sá a vista pela magestosa bahia; as altas cordilheiras que a cingem não lhe embargaram o poder da vontade nem diminuiram a confiança no valoroso coração. De seis leguas para cada parte seria o termo (*terminus*) da cidade, de legua e meia o patrimonio da Camara. Em 16 de julho de 1565 fez a doação á cidade; em 24 do mesmo mez immittiu-a na posse publica, solemne, na pessoa de seu

(6) Varnhagen, loc. cit. T. 2 p. 847 2ª ed. observa: «Capitão-mór, ao colonisar-se o Brasil, não queria dizer mais que chefe superior, quer fosse de uma frota ou esquadilha, quer de um ou mais estabelecimentos em terra, quer finalmente daquella e destes, como aconteceu com Martim Affonso de Souza. Os poderes do capitão-mór eram consignados em seus regimentos. Seguiu-se a divisão da terra pelos donatarios e a cada um delles e aos outros a quem a Corôa depois conferiu novas doações de terras permittiu que se intituloassem capitães-móres das suas terras que dahi se ficaram chamando *capitanias*. Quando a Corôa colonizou por sua conta (o Rio de Janeiro, por exemplo) para algumas das novas capitanias nomeou desde principio ou pouco depois capitães-móres triennaes igualmente sujeitos aos governadores e *destes recebiam regimentos parciaes*, quando os não traziam do Reino. Houve, porém, a tal respeito descuidos, até que em 1663 os procurou remediar o vice-rei Conde de Obidos, promulgando um regimento (1 de outubro de 1663) rubricado por Bernardo Vieira Ravasce, constante de 13 artigos».

Este Regimento encontra-se transcripto em Silva Lisboa, Ann. do Rio de Janeiro T. 3, p. 135 e seguintes.

(7) Fustel de Coulanges, loc. cit. Oliveira Martins, loc. cit.

procurador João Proze, e junto ao *Carioca* affirmou a personalidade jurídica do Rio de Janeiro, cuja integridade dous annos mais tarde tinha de argamassar com seu proprio sangue. (8)

Quando Mem de Sá, com o bispo D. Pedro Leitão, veiu á cidade de S. Sebastião em janeiro de 1567 concluir a obra encetada em 1560 e prestar auxilio e soccorro a Estacio de Sá, que a muito custo mantinha-se na terra occupada, já a cidade estava murada e fechada, a vargem povoada, as justiças ordinarias funcionando (9), tendo em 13 de setembro de 1566, tomado posse solemne o alcaide-mór Francisco Dias Pinto (10) e estando nomeados os officiaes da fazenda e o escrivão das sesmarias. (11)

Ao ataque e tomada das tranqueiras de Uruçú-mirim, junto á foz do rio Carioca (12), e da ilha Paranapecú (do Governador), seguiu-se a expulsão definitiva dos francezes e com esse facto a possibilidade de alargar a cidade e assental-a em logar mais conveniente.

(8) A doação á Camara foi feita em virtude dos poderes que trazia e não do Alv. de 30 de novembro de 1530. Varnhagen, loc. cit., T. 1, p. 303 not. 3.

Quanto á immissão na posse da doação, vide Tacques loc. cit., pag. 322; Pizarro, loc cit. T. 7, p. 154 e nota 4.

(9) Era juiz ordinario Pero Martins Namorado e como tal presidente da Camara. Silva Lisboa An. do Rio de Janeiro, T. 1, p. 103.

(10) Auto de posse — Silva Lisboa, An. do Rio de Janeiro, T. 1 p. 105. Varnhagen, loc. cit., Tom 1, p. 305.

(11) Silva Lisboa, loc. cit., T. 1, p. 106.

(12) Qual seja o rio *Carioca*, vide Varnhagen — Hist. Geral, 1ª ed. Nota á pag. 439 T. 1 e 2ª ed. T. 1, p. 119, mas não combina com a informação de Mem de Sá na carta de 1 de junho de 1558 a D. Sebastião, transcripta no T. 1, pag. 463 da 1ª ed.

Consulte-se Pizarro. Mem. Hist. T. 7, pag. 51. Fausto de Souza. — A bahia do Rio de Janeiro, pg. 93 a 95.

E' sabido que os Francezes, logo depois da occupação do Rio de Janeiro, abandonaram a *lagea* (Silva Lisboa, loc. cit, T. 1, p. 49) para fortificar-se na ilha de Sery-gipe, ora Villegaignon, (Fausto, loc. cit., p. 117), que não tinha agua. Deviam, pois, procural-a em terra

Remove-a Mem de Sá para dentro da enseada (13), toma para seu ponto culminante — a dominar a bahia — o morro, a que denomina S. Sebastião, hoje do Castello, confirma a doação feita por Estacio de Sá para patrimonio da Camara, attribuindo, porém, à linha do sertão a extensão de duas leguas, mantem a determinação do termo

firme. A pouca distancia, a um tiro de berço, segundo a informação de Mem de Sá, havia uma aguada. Ahi em 1558 existia uma casa de pedra com artilheria e que diziam ser fortaleza.

Essa fortificação, attribuida a Bois le Comte, aproveitou sem duvida a edificação feita em 1531 por Martim Affonso de Souza, quando, demorando-se 3 mezes no Rio de Janeiro, explorou a enseada e a terra firme. Era natural que ahi se tivesse fixado Martim Affonso, pois que Pero Lopes, fallando das aguas, diz: « As melhores aguas ha neste rio que podem ser ». Ninguem ignora a reputação de que gozavam as aguas do *Carioca* e portanto a essas principalmente referiu-se Pero Lopes.

O *Carioca* é o rio do Cattete. (Fausto, loc. cit., p. 140) que desagua na Praia que se denomina do Flamengo desde 1648 outr'ora do Sapateiro Sebastião Gonçalves. Ahi esteve assentada a aldeia de Urugumirim e depois a 1ª tranqueira, tomada em 22 de janeiro de 1567 com sacrificio da vida de Estacio de Sá, ponto avançado dos Francezes, de onde dominavam a barra, conservavam em distancia as forças de Estacio de Sá e, defendendo a aguada, de que tambem tinha falta a 2ª tranqueira na Ilha Paranapecú, do Maracaia ou do Gato, depois do Governador, mantinham livres de surpresa as occupações e trato mercantil.

(13) Varnhagen — Historia Geral. T. 1. p. 302, 2ª ed. ensina: Estacio de Sá, tendo que fundar uma povoação entre esta Babylonia de aguas e de ilhas, e que mais Babylonia ainda faziam as turbas de gentios e de Francezes, que de tudo estavam de posse, assentou que não devia expor a primeira colonia pelo seio a dentro. Fundeou logo a entrada e a sombra do cabucho do Pão de Assucar e na peninsula que se forma do lado delle entre o mar largo e o primeiro sacco ou concha da bahia, desembarcou, com projectos de lançar os fundamentos da futura cidade... Começou-se logo a roçar o mato e a fazer antes de tudo uma tranqueira, que servisse á defesa contra qualquer surpresa.» Pretende Varnhagen que o local escolhido foi a Praia Vermelha e não o morro de S. João.

A 10 de março de 1565, como informa Anchieta na carta de 9 de julho de 1565, avistou-se uma não franceza, que estava legua e meia da povoação dentro do Rio e ao outro dia foi o capitão-mór sobre ella com 4 navios; da Praia Vermelha, abrange a vista o interior da bahia. E' razoavel suppor que ahi e não no morro de S. João foi fundada a cidade? A população ainda era de 150 visinhos portuguezes em 1587. (Informação da Provincia do Brazil, por Anchieta; Rebello da Silva. Hist., de Por. T. 5 p. 122; Varnhagen loc., cit., T. 1 p. 299). E' certo que a peninsula e o morro de S. João prestavam-se melhor á defesa — Vide Gabriel Soares, loc. cit. p. 70 — Silva Lisboa, loc. cit., T. 1, p. 90.

da cidade (14), dentro della concede terras de sesmaria a diversos (15), nomêa em 9 de março de 1567 o ouvidor, o juiz de orphãos, o feitor da fazenda real, designa (4 de Março de 1568), consultado o povo, capitão-mór a Salvador Corrêa de Sá, a este transmite o poder de dar terras de sesmaria (16) e retira-se para a Bahia.

Usando dos poderes transmittidos por Mem de Sá, continúa Salvador de Sá o povoamento e, fazendo concessões de terras, nomeia medidor dellas a Peres Gonçalves em 14 de junho de 1568. (17)

(14) Tacques, loc. cit., p. 322, escrevendo em 1772 (p. 476), diz que em 16 de agosto de 1567 Mem de Sá, estando ainda no Rio de Janeiro, confirmou a doação á Camara de 16 de Julho de 1565. Mas em 16 de agosto de 1567 ainda estava Mem de Sá no Rio de Janeiro? Varnhagen, na 1ª ed. da Historia Geral. T. 1, p. 256, ensina que Mem de Sá demorára-se dous mezes; na 2ª ed., p. 310 eliminou essa circumstancia. A partida de Mem de Sá realisou-se em 1568. E' certo que Mem de Sá em 4 de março de 1568 chamou a conselho os principaes da Cidade aos quaes, testemunha Silva Lisboa — loc. cit. p. 113 T. 1, participou a sua partida para a bahia e nomeou governador da Cidade a Salvador Correa de Sa e Benevides concedendo lhe todos os poderes de que usava; é certo que em 9 de março do mesmo anno fez diversas nomeações — de ouvidor, juiz de orphãos, feitor da real fazenda, etc.; informa Tacques que partindo do Rio foi Mem de Sá a S. Vicente e que dahi recolheu-se á bahia com o Bispo e o visitador geral o padre Ignacio de Azevedo. Vide Duarte Nunes—Memorias Rev. do Inst. Hist. T. 1, pag. 134. Catalogo dos Capitães-móres — T. 1 da mesma Rev. p. 306. Joaquim Norberto Citada Rev. T. 17 p. 164, 301, 305 Cit. Rev. T. 21 p. 19. Em geral a data de 1568 está trocada pela de 1567, o que tem gerado muitas duvidas.

Vide Pizarro—Mem. do Rio de Janeiro T. 7, p. 154 Diz. «a doação de terras concedidas pelo Capitão-mór Estacio de Sá em 16 de Julho de 1565 para Recio do Concelho, a posse dellas, tomada a 24 do mesmo mez e anno e a confirmação da data pelo governador Mem de Sá em 16 de agosto de 1567, *cujos documentos*, ingeridos pelo escrivão das sesmarias Pedro da Costa no instrumento lavrado a 12 de outubro desse anno se incorporaram na carta regia de 8 de janeiro de 1794, que confirmou as referidas doações. Registr. no livro novo e f. sobredita (189 v.).

(15 e 16) Silva Lisboa—loc. cit., T. 1, p. 114. Salvador Corrêa, Christovão de Barros e Martim de Sá deram muitas terras de sesmaria. Afirmo Varnhagen (Historia Geral — T. 1, p. 312, 2ª ed.) ter visto os registros de 1578 em deante no cartorio do tabelião Silveira da Mota (deve ser Silveira Lobo). T. 1 a 4. Em todas as sesmarias vê-se, diz elle, exarada a propria assignatura do governador.

(17) Silva Lisboa, loc. cit. T. 1, ps. 294 e 304.

A cidade, criação de direito, convertia-se em facto; a machina governamental podia funcionar sem interrupções; a força expansiva dos povoadores havia de accentuar-se em todas as manifestações da vida. A conquista do sólo gerava ambições; proclamada a constituição da propriedade territorial, não podia subtrahir-se à influencia do deserto, das riquezas latentes a attrahir o facto pessoal, a acção individual, que o regimen legal pretendia encaminhar, methodisar e corrigir.

O regimen da propriedade não podia ser simplesmente legal. Seria contradizer toda a sua historia e pretender que as mesmas causas não produzem os mesmos efeitos.

Os modos primitivos da occupação deviam predominar.

CAPITULO II

A DISTRIBUIÇÃO DAS TERRAS

A cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro foi creada e fundada em terras da Capitania de S. Vicente, de que era donatario Martim Affonso de Souza (18); não o foi em nome do donatario, mas no de El-Rey (19). Della desmembrou-se o termo da cidade, que era de seis

(18) Nomeado em 20 de novembro de 1530 para correr a costa do Brasil, recebeu carta d'El-Rey, datada de 28 de setembro de 1532, communicando ter-lhe feito doação de 100 leguas de costa, o que foi confirmado pelo Foral de 6 de outubro de 1534, sendo de 20 de janeiro de 1535 a carta de doação.

Tacques. loc. cit., transcreve á p. 143 a carta de nomeação, á p. 456 a de doação das 100 leguas, á p. 467 o Foral.

Varnhagen — Reflexões criticas sobre o escripto de Gabriel Soares — Noticias das Nações Ultram. T. 5, p. 86.

(19) Tacques — loc. cit., p. 316.

Informação da Provincia do Brazil, do Padre Anchieta — publicada pelo illustrado professor Capistrano de Abreu — p. 41; Rev. de Inst. Hist. T. 6, p. 413.

Varnhagen — Hist. Geral. T. 4, p. 310 — 2ª ed.

leguas para cada parte, cessando todo o poder e jurisdicção do donatario nessa zona.

Pelos poderes que lhes foram conferidos, o donatario, seu loco-tenente e successores concederam terras de sesmaria no Rio de Janeiro, quer na Bahia e antes da invasão de Villegaignon, desde 1554 pelo menos (20), quer depois della e da fundação da cidade (21).

Doação de juro herdade (22), confirmada pela nona vez em 29 de março de 1720 (23) na pessoa de Antonio Carneiro de Souza, passou afinal por cessão à Corôa (24), tendo já o nome de Capitania de S. Paulo desde 22 de março de 1681 e constituindo governo independente do Rio de Janeiro por effeito da Carta Régia de 23 de novembro de 1709 (25).

Organizando o governo geral do Brazil, o Conde da Castanheira deu em 17 de dezembro de 1549 regimento ao governador geral em 47 artigos e 7 supplementares (26) e outro aos provedores e officiaes das capitancias. Ao governador geral eram concedidos poderes para dar terras de sesmaria; aos provedores o encargo de conservar o tombo dellas e o de julgarem as questões sobre as anteriores datas (27).

(20) Varnhagen — Hist. Geral — 1ª ed. p. 488.

(21) Tacques, loc. cit., p. 319.

(22) Titulo que passa aos herdeiros sem dependencia de nova mercê, mas só de confirmação.

(23) Tacques — loc. cit., p. 305 e 456.

(24) Tacques — loc. cit., ps. 475 e 476 Varnhagen, 2ª Ed. T. 2 pg. 748.

(25) Varnhagen — loc. cit., p. 817.

(26) Varnhagen — loc. cit., p. 231.

(27) Varnhagen — loc. cit., p. 234.

A Mem de Sá e a Estacio de Sá foram conferidos poderes para conceder terras de sesmarias, e taes poderes que Mem de Sá transferiu a Salvador Correia de Sá (28), a Corôa directamente outorgou ao successor deste, Christovão de Barros, como se vê do Alvará de 31 de outubro de 1571 (29), e a Martim de Sá. (30)

Os capitães-môres, embora tivessem sómente os poderes consignados em seus regimentos ou os delegados pelos governadores geraes, quando não os traziam do Reino, arrogaram-se a faculdade de dar de sesmaria as terras, o que provocou o regimento de 1 de outubro de 1663, em que o Vice-Rei Conde de Obidos, no art. 12, dispunha: « Sendo a Capitania de El-Rey Meu Senhor, e havendo algumas terras vagas ou se descubram de novo, as não dará de sesmaria o Capitão-mór, por não ter jurisdicção para isso ; mas que o Governador e Capitão-General ou Vice-Rei, a cujo cargo estiver o Estado, ao qual sómente tem El-Rey Meu Senhor dado em seu regimento a fórma com que as ha de distribuir e recorrerão as partes que as pedirem por si ou por seus procuradores a este governo, aonde se lhes defirirá com a noticia que der o Capitão-mór e parecer do provedor da Fazenda Real da dita Capitania e informação do Provedor-mór do Estado ; e dando o Capitão-mór algumas terras, o que não creio, será nullo e de nenhum vigor tudo o que contra este capitulo obrar.» (31)

O poder necessario, directo ou delegado do capitão-

(28) Silva Lisboa — loc. cit., T. 1. p. 114.

(29) Silva Lisboa — loc. cit., T. 1, p. 304.

(30) Silva Lisboa — loc. cit., T. 1, p. 358.

(31) Silva Lisboa — loc. cit., T. 3, p. 142.

mór para dar de sesmaria as terras vagas, limitava-se nas capitánias de El-Rey, isto é nas colonisadas pela Corôa e consideradas exclusivamente della, como a do Rio de Janeiro (32), ao territorio desmembrado das doações. (33)

E disso dá testemunho o capitão-mór Martim de Sá, que, fazendo concessão de terras aos Jesuitas para os indios de Cabo Frio, em 1 de agosto de 1630 (34) não só invoca os poderes, conforme a Provisão que tinha de S. M., como o Foral da cidade, em que se lê: « As terras que estiverem dentro do termo e limites da cidade de S. Sebastião, que são seis leguas para cada parte, que não forem dadas a pessoas que as aproveitem; ou posto que o fossem dadas as não aproveitassem no tempo que são obrigados e por esta via ou outra qualquer estiverem vagas, vós as podereis dar de sesmaria a quem vol-as pedir... as quaes terras assim dareis livremente sem outro algum fôro ou tributo, sómente o dizimo á Ordem do Mestrado de N. S. J. C., com as condições e obrigações do Foral dado ás ditas terras e da minha Ord. do L. 4 das Sesmarías... e isto se entenderá não sendo as ditas terras dadas a outras pessoas primeiro, etc.»

Foi o Rio de Janeiro governado por capitães-móres até 1697, em que Arthur de Sá e Menezes succedeu com o titulo de 1º capitão general *ad honorem*, sendo o primeiro capitão-general legitimo Gomes Freire de Andrade, de 1733 em diante e até abril de 1762, data de

(32) Anchieta — Informação, p. 41. Varnhagen, loc. cit., p. 310.

(33) Salvo o das capitánias, que por compra ou renuncia revertiram á Corôa.

(34) Silva Lisboa — loc. cit., T. 1, p. 358 e seguintes.

sua elevação a Vice-Rei, quando já a doação de Martim Affonso tinha revertido à Corôa. (35)

Determinou a Carta Regia de 23 de fevereiro de 1713 ao governador da capitania do Rio de Janeiro se abstinhesse de dar sesmarias dentro da cidade, por pertencer sómente à Camara, competindo ao mesmo governador dar as dos sertões (36), o que não impediu que o governador Francisco Xavier de Tavora (7 de janeiro de 1713 a 1717) concedesse de sesmaria terras para a igreja da Santa Cruz dos Militares em 12 de fevereiro de 1716, concessão confirmada em 3 de outubro de 1720 e cumprida (9 de setembro de 1723), sendo registrada. (37)

Parece que essa Carta Régia veio reconhecer na Camara attribuição mais ampla do que a resultante da doação de Estacio de Sá; mas, cumpre reflectir que a esse tempo já estava ella autorizada a dispor de uma parte da marinha para o fim da defesa da cidade (38) e vivo andava o conflicto com o Provedor da Real Fazenda. (39) Em todo o caso essa Carta Régia sómente reconhecia na Camara o poder de dar de sesmaria as terras comprehendidas no termo da cidade, com exclusão das que constituíam seu patrimonio. A' Camara foram attribuidas as funcções do sesmeiro, isto é, distribuidor das terras livres de tributo ou fôro e sómente sujeitas ao dizimo (39 A).

(35) V. nota 24.

(36) Pizarro — Mem. T. 2, p. 238, not. x. O Senado da Camara exerceu em 1683 os poderes de governador e concedeu nessa qualidade cartas de sesmaria — Rev. Inst. Hist. T. 2, p. 70. T. 21, p. 55 e 57.

(37) Pizarro — loc. cit., T. 2, p. 214 nota 6 e p. 237, nota 6.

(38) A construcção da Fortaleza da Lage. Bando de 26 de novembro de 1646 — Haddock-Lobo, Tombo, p. 139.

(39) Ordem Regia de 21 de outubro de 1710.

(39 A) Rev. do Inst. T. 2, p. 69.

Com a proscricção dos Jesuitas (40) pela lei de 3 de setembro de 1759, foram todos os bens temporaes declarados vacantes em 25 de fevereiro de 1761 e incorporados ao Fisco, vindo assim um novo elemento — o dominio patrimonial ou privado do Estado — a constituir-se objecto de outras relações de direito provenientes da propriedade territorial. E assim as terras que de sesmaria lhes haviam sido concedidas pelo donatario, por Estacio de Sá, por Martim de Sá, pelos governadores geraes, reverteram ao dominio do Estado, perdendo sua primitiva estrutura juridica. (41)

Com a reforma constitucional de 12 de agosto de 1834 (Acto Adicional) ficou a cidade do Rio de Janeiro com seu Termo desligada da provincia, ora Estado, do Rio de Janeiro, constituindo a Côrte ou Municipio Neutro, ora Districto Federal e futuro Estado, tendo-lhe sido annexado por decreto de 30 de dezembro de 1833 o Curato de Santa Cruz (42). E assim confina ao norte com o municipio de Maxambomba pelos rios Guandú-mirim e Merity, ao sul com o Oceano Atlantico, a leste com o mesmo

(40) Tinham vindo para o Brazil em 1549 com o primeiro governador geral Thomé de Souza.

Informação — Rev. do Inst. T. 6, p. 424 — Capistrano de Abreu — loc. cit.

(41) Informação — Rev. Inst. T. 6, ps. 429, 435 e 437 — Capistrano de Abreu — loc. cit., p. 42.

Silva Lisboa — An. T. 1, p. 36.

Cartas Regias de 15 de outubro de 1567 e 11 de novembro de 1567.

Av. de 16 de março de 1776 — em virtude do qual ficou pertencendo ao Conselho da Fazenda a administração dos bens e terras dos Jesuitas proscriptos.

Res. de 11 de julho 1820. Assim a Fazenda de Santa Cruz — Rev. do Inst. T. 5, p. 149.

(42) Lei de 6 de junho de 1831 art. 16 Dec. de 6 de agosto de 1831⁴ Dec. de 3) de agosto 1831, Dec. de 8 de janeiro de 1833, Dec. de 30 de dezembro de 1833, Dec. de 16 de fevereiro de 1835; art. 1 alinea 2^a da lei de 12 de agosto de 1834; arts. 2^a e 3^a da Constituição da Republica de 24 de fevereiro de 1890.

oceanos na bahia de Nictheroy, ao oeste com o municipio de Itaguahy pelo rio Guandú, sendo de 1892 kilometros quadrados sua superficie (43), que comprehende :

a) terras dadas de sesmaria a particulares pelos donatarios, por si, por seus loco-tenentes e procuradores ;

b) terras dadas de sesmaria a particulares pelos capitães-móres e governadores, comprehendidos entre estes o senado da camara (43 A).

c) terras dadas de sesmaria aos Jesuitas pelos donatarios, capitães-móres e governadores ;

d) terras dadas à Camara para patrimonio do Concelho e para logradouro ou uso commum dos moradores ;

e) terrenos de marinhas e de mangues ;

f) terrenos accrescidos aos de marinhas ou de alluvião ;

g) terrenos devolutos encravados na povoação ;

h) terras devolutas ;

i) os proprios nacionaes, entre outros a Fazenda de Santa Cruz (43 B).

CAPITULO III

GENESIS DOS TITULOS

§ 1.º

TERRAS DADAS DE SESMARIA A PARTICULARES PELOS DONATARIOS DA CAPITANIA DE S. VICENTE.

Pela carta de nomeação do conselheiro Martim Affonso de Souza, de 20 de novembro de 1530 (44), foi-lhe dado poder nestes termos: « para que elle dito Martim Affonso

(43) Moreira Pinto. Chorographia do Brazil p. 145.

(43 A) Rev. Inst. T. 2, p. 69.

(43 B) Confiscada aos Jesuitas.

(44) Tacques — Rev. do Inst. T. 9, p. 142.

de Souza possa dar ás pessoas que comsigo levar e ás que na dita terra do Brazil quizerem viver e povoar aquella parte das ditas terras que bem lhe parecer e segundo lh'ó merecer por seus serviços e qualidades, e das terras que assim der ás ditas pessoas lhes passará suas cartas e que dentro de dous annos da data cada um aproveite a sua, e que si no seu dito tempo assim não fizer, as poderá dar a outras pessoas para que as aproveitem com a dita condição ; e nas ditas cartas . . . »

Na carta de doação de 100 leguas de costa ao mesmo Martim Affonso de Souza, passada em 20 de janeiro de 1535 (45), se lê:

« Item o dito capitão-governador nem os que apoz elle vierem, não poderá tomar terra alguma de sesmaria na dita capitania para si nem sua mulher, nem para filho herdeiro delle, antes darão e poderão dar e repartir todas as ditas terras de sesmaria a quaesquer pessoas de qualquer qualidade e condição que sejam e lhes parecer livremente, *sem fôro nem direito algum*, sómente o dizimo a Deus . . . e todas as ditas terras que assim der de sesmaria a uns e outros será conforme a ordenação das sesmarias e com obrigação dellas, as quaes terras o dito capitão-governador nem seus successores não poderão em tempo algum tomar para si, nem para sua mulher, nem filho herdeiro, como dito é, nem pol-os em outro para depois virem a elles por modo algum que seja ; sómente as poderão haver por titulos de compra verdadeira das pessoas que lh'as quizerem vender passados oito annos depois das taes terras serem aproveitadas e em outra maneira não. »

(45) Tacques — loc. cit., ps. 456 a 467.

O Foral de 6 de outubro de 1534, datado de Evora (46), consigna os mesmos preceitos, empregando, porém, as expressões — « as quaes sesmarias darão da fôrma e maneira que se contém em minhas ordens » — em vez de — « será conforme a ordenação das sesmarias — ». Estas devem prevalecer aquellas, que são de data anterior.

Que Martim Affonso concedeu sesmarias no actual territorio da cidade do Rio de Janeiro é inquestionavel (47) e que as concedeu conforme a ordenação, tambem está evidenciado. (48)

Vigoravam a esse tempo as Ordenações Manuelinas e o titulo das sesmarias era o 67 do livro 4º que, com pouca differença passando a ser o 43 do L. 4 das Ordenações Filippinas, apenas conserva das Affonsinas — (L. 4º Tit. 81) os traços caracteristicos.

Os donatarios quanto ás terras exerciam sómente as funcções de sesmeiro, isto é, de distribuidor dellas, promotor e fiscal de seu aproveitamento (49).

A concessão de terras de sesmaria era titulo de constituição de dominio pleno sob condição suspensiva, revogavel e durante certo tempo intransferivel. O aproveitamento pela cultura, a residencia *obrigada*, mas não *forçada*, especie de adscrição voluntaria, vestigio da lei de Affonso II pela qual se considerava um dever para o colono a habitação no predio (50) e que afinal, como regra

(46) Tacques — loc. cit., ps. 467 a 473.

(47) Tacques — loc. cit., p. 319 Varnhagen — Hist. ger. 1ª ed. p. 488 — T. 1.

(48) Tacques — loc. cit., ps. 147 e 148.

(49) Alex. Herculano — Hist. de Portugal — T. 4º pags. 241 e 244. Viterbo — Elucidario vb. — sesmaria, vb. Coireleiro.

(50) Alex. Herculano — loc. cit. T. 3, p. 317.

absoluta de direito, devia desaparecer ante a Ordenação Filippina do L. 4 T. 42, eram as condições das quaes dependia o exercicio pleno dos direitos de proprietario, ficando as terras allodiaes. Podiam — « tendo feito nas terras roças, criações de gado e mais bemfeitorias, vender, dar e doar, trocar, escambar e fazer de tudo o que bem lhes vier e prouuer, como cousa sua propria e isenta que he (51). » Os concessionarios ficavam apenas sujeitos ao pagamento do dizimo.

Qualquer que seja a origem da palavra *sesmaria* (52), constitue um dos modos de transmissão do dominio privado do Estado, ficando a propriedade territorial livre ou allodial, quando se trata de terras nas condições da ordenação das sesmarias § 9º, como eram todas as do Brazil, matos maninhos ou bravios, que nunca foram lavrados e aproveitados e passaram pelos Foraes aos povoadores das terras ou que nunca foram coutados nem reservados pelos Reis.

Filia-se ao *ager occupatorius*, respeitado até o *ager compascuus*, às *possessiones* do direito publico romano, que a Ordenação, repetindo a locução empregada desde os primeiros tempos da monarchia, chama de *possessão* (52).

(51) Carta de sesmaria — 1630 — Silva Lisboa. An. T. 1, p. 360.

(52) Referindo-se a sesmeiro diz Alex. Herculano — «A origem da denominação, que aliás se acha empregada em outras partes da *Hespanha*, é obscura. Salvá — Dicc. de la lengua Castellana. Viterbo — vb sesmaria — Macedo Soares — Livro das Terras. Append. II. Inclino-me á opinião de Almeida e Souza — Notas a Mello. Tom. 1, p. 183. Tom. 3, p. 53 — «Cœsina, ex illa incisione superficiei incultæ, quæ inciditur vomere vel marra.»

Mello Freire define — sesmarias agros eos dicimus, qui alicui, ut iisdem curam adhibeat, publica autoritate traduntur; eos vero, qui agris proficiuntur, illorumve curam habent, censitores, percoquatores seu *sesmeiros* adpellamus» L. 1. Tit. 7, § IV.

Cabedo — Dec. CXII da Parte Seg. de *Agris desertis*.

Repertorio das Ords. T. 4, vb. sesmaria, not. d., p. 342 da ed. de 1859.

§ 2.º

TERRAS DADAS DE SESMARIA A PARTICULARES PELOS CAPITÃES-
MÓRES E GOVERNADORES

Emquanto prevaleceu a doação de Martim Affonso de Souza não podiam ser dadas de sesmaria senão as terras comprehendidas no termo da cidade, que era de seis leguas para cada parte. Nessas concessões guardavam-se, em regra, as mesmas condições estabelecidas nas que eram feitas pelo donatario em seu nome. A legislação está inchada de providencias a esse respeito, quer quanto á extensão das datas de terras, quer quanto ao preenchimento das condições de cultura e aproveitamento, quer quanto ao modo de concedel-as e á autoridade a quem competia fazel-o. Só pela resolução de 17 de julho de 1822 « foram suspensas todas as concessões futuras », até a convocação da Assembléa Geral Constituinte, o que a Provisão de 22 de outubro de 1823 ratificou, deixando, porém, de ser comprehendida na prohibição a confirmação das sesmarias já concedidas. (53)

O merecimento de taes concessões, bem como das que foram feitas em nome do donatario, afere-se hoje pela lei n. 601 de 18 de setembro de 1850 e consequentes actos governamentais e administrativos.

Ord. Man. L. 4, T. 67 § 9º in-fine. Vid. Garsonnet. Hist. des Loc. perpet. pg. 114 e 120, com referência a Laboulaye, 124 e 125.

Vaugeois — Dist. des biens, n. 91.

Püchta — Storia del Dir. presso il popolo romano — trad. de Poli. § 235.

(53) Sobre as sesmarias no Brasil Vide — Pereira e Souza. Esboço de um Dicc. Jur. vb. *Sesmaria*: Pizarro. Mem. do Rio de Janeiro. T. 7, p. 90, not. 15; Ribas — Curso de Dir. Civ. Br. T. 2, p. 275, not. 59. Furtado — Rep. vb. *Sesmaria*. Fóra do termo da Cidade os governadores derão terras de sesmaria. V. Rev. Inst. Hist. T. 2, p. 50 e seguintes.

§ 3.º

TERRAS DADAS AOS JESUITAS

Havendo sido declarados vacantes e incorporados ao Fisco, arrematados uns e inscriptos como proprios nacionaes outros, os bens possuidos no Brasil e no Rio de Janeiro pelos Jesuitas, já provenientes das doações de 1 de julho de 1565 feita por Estacio de Sá e de 1 de agosto de 1630 feita por Martim de Sá, de doações *inter-vivos* e de legados, o direito de propriedade não pôde suggerir duvidas, devendo decidir-se as que apparecerem pelos titulos de aquisição, em virtude dos quaes entraram como proprios ou allodiaes no dominio particular.

§ 4.º

TERRAS DADAS À CAMARA PARA PATRIMONIO DO CONCELHO E LOGRADOURO OU USO COMMUM DOS POVOADORES

O esforço empregado pela Municipalidade do Rio de Janeiro para historicamente reivindicar seu patrimonio territorial, definil-o e expurgal-o das duvidas e resistencias que o impediam de fructificar não conseguiu sinão provocar vigorosa opposição, que ainda agora annulla a legitima tentativa de accentuar as relações jurídicas delle defluentes.

Haddock Lobo com o *Tombo das Terras Municipaes* (54) e Mello Moraes com o *Patrimonio Territorial da Camara Municipal da cidade do Rio de Janeiro* (55), extremados ambos na defesa e no ataque do patrimonio

(54) Publicação official por deliberação da Camara Municipal de 30 de junho de 1860.

(55) Publicação de 1881.

municipal, crearam situação difficil de modificar pelos meios regulares.

Um pretende estender o dominio da Municipalidade sobre quasi todo o territorio do Districto Federal, o outro, contestando a authenticidade dos titulos e confutando-os com energia, reduz-os a proporções insignificantes.

Para o patrimonio da Municipalidade Haddock Lobo reclama, quanto ás terras que de sesmaria podiam ser dadas:

- 1.º A doação feita por Estacio de Sá em 16 de julho de 1565,
- 2.º uma sesmaria de seis leguas em quadro annexa á 1ª, doada em 16 de agosto de 1567 por Mem de Sá,
- 3.º a antiga marinha da cidade,
- 4.º a chamada sesmaria dos sobejos,
- 5.º os terrenos realengos do Irajá,
- 6.º a sesmaria do Realengo do Campo Grande.

a) A doação de 1565.

Mello Moraes a argue de falsa e procura pôr em evidencia a ignorancia de seu autor (56), negando-lhe, quando verdadeira, os effeitos juridicos que a Municipalidade se arroga.

A doação foi feita, o Estacio de Sá não podia deixar de concedel-a, ainda quando não tivesse sido provocado pelos povoadores.

Nada mais faria do que seguir o processo historico da fundação das cidades e reconhecer a indole, a constituição e os fins dos *Concelhos* municipaes.

(56) Loc. cit., pg. 7 e 49.

Com a fundação da cidade em março de 1565 teve principio o corpo da Camara (57) e antes da chegada de Mem de Sá em 18 de janeiro de 1567 à cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro, já exercia jurisdicção o juiz ordinario Pedro Martins Namorado, a quem em 9 de setembro de 1566 Estacio de Sá dirigira provisão suspendendo o curso das causas que perante elle corriam por jogos de cartas e bolas. (58)

Era o juiz ordinario o presidente da Camara, na fôrma da Ord. Affonsina, L. 1, Tit. 26 § 29 e da Ord. Manuelina, L. 1, Tit. 44 a esse tempo em vigor. (59)

Escrevendo em 1772, Tacques, que procedeu às mais interessadas investigações sobre a Capitania de S. Vicente, dentro da qual tinha sido fundada a cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro (60), refere a immissão publica e solemne da Camara na posse dessa doação, verificada no logar denominado *Carioca*, que era o termo da cidade. (61)

As terras dadas à Camara por Estacio de Sá não podiam quanto ao seu aproveitamento obedecer aos preceitos

(57) Pizarro — Mem. T. 7, pag. 153. Rev. Hist. Inst. T. 20, p. 107.

(58) Silva Lisboa. An. T. 1, pag. 103.—Diz a Provisão — « porque, sendo a cidade recentemente fundada de muitos gyros e trabalhos que actualmente sentiam pelo grande numero de gentios e Lutheros Francezes que os mais dos dias vinham combater, andando os moradores e soldados aluidos e enfadados sem haver tempo ao descanso, deviam tambem occupar alguma parte dos sentidos... dahi em deante os que praticassem acções prohibidas por seus pregões e mandados pagariam cem mil réis de condemnação para a confraria de S. Sebastião» (creada por Estacio de Sá).

(59) Ord. Filipp. L. 1, T. 65 § 2.

(60) Historia da Capitania de S. Vicente, desde a sua fundação por Martin Affonso de Souza em 1531 escripta por Pedro Tacques de Almeida Paes Leme em 1772, na Revista do Instit. Hist. T. 9, 1847.

(61) 24 de julho de 1565 e nisso estão de accordo todos os historiadores e chronistas.

do direito agrario consolidado na Ordenação Affonsina do L. 4. T. 81 e na Manuelina do L. 4. T. 67, mas ás regras impostas no Tit. 46 do L. 1 desta, mais tarde reproduzidas na Ordenação Filippina do L. 1, T. 66 §§ 11 e seguintes.

A influencia do Direito Romano, já preponderante a esse tempo em Portugal (62), não podia subtrahir-se quando não fosse o resultado de necessidade social, a constituição do patrimonio da cidade.

A creação de uma cidade determinava a constituição de um patrimonio territorial, que comprehendia muitas vezes, além do territorio da propria cidade, outros distantes (63); eram os *agri coloniarum*, *municipiorum*, *civitatum* (64), recebendo esse dominio o nome de *agri fructuarii*, *agri vectigales*, *prædia municipium*, *pasua publica*. (65)

Dominio municipal, assumiam esses bens dous aspectos, conforme a applicação e o destino que lhes fosse attribuido.

Ou constituíam os proprios de seu patrimonio, fonte de renda, ou eram entregues ao uso commum dos habitantes.

As terras em bom estado de cultura eram arrendadas; as incultas, analogas aos *agri occupatorii*, formavam o

(62) Mello Freire — Hist. Jur. Civ. Lus. § 62 e nota.

Prefação das Ords. do Senhor Rey D. Affonso V. Coimbra Imprensa da Universidade, 1792.

Midosi — Origens e fontes da legislação portugueza. Bulletin de la soc. de leg. comp. T. 4, p. 162.

(63) Th. Mommsen e J. Marquardt, Man. des antiquit. rom., T. X p. 423 — Garssonnet, loc. cit., p. 172.

(64) Th. Mommsen, loc. cit. T. X. — Organism. financ., p. 197.

Madvig — L'État Rom. T. 1, p. 99; T. 4, p. 21 e seguintes.

Willems — Dr. Pub. Rom., p. 349.

Vaugeois — Dist. des biens, p. 72.

Puchta — loc. cit. L. 3, p. 428.

(65) Th. Mommsen, loc. cit. pag. 124 e nota 8. Willems, loc. cit. p. 544.

ager vectigalis (66) que no Digesto (L. 6, Tit. 3) é equivalente de *ager emphyteuticarius*, pensando Molitor (67) que o emprego ahi das duas expressões *ager vectigalis id est emphyteuticarius* não é uma redundancia antes indica referir-se ao *ager vectigalis* de que se fez concessão a titulo de emphyteuse a particulares. Reflecte o mesmo romanista (68) que os bens que as cidades e igrejas concediam aos particulares denominavam-se *fundi emphyteutici ou emphyteuticarii*, porque as concessões tinham por fim principal a cultura desses bens. (69) O *jus emphyteuticum* deriva-se do *ager vectigalis* (70).

O direito patrio aceitou esses antecedentes e ainda o Alvará de 5 de outubro de 1795 (71) no § 29 dispunha que se dessem terras para patrimonio das camaras, e que por aforamento servissem ás suas rendas. E assim distinguindo-se os bens municipaes, cuja administração e conservação pertencem ás camaras, em bens *proprius* do seu patrimonio e em bens do *uso commum* (72), a municipalidade, respeitadas os *logradouros publicos*, podia dar de

(65) Vaugeois — loc. cit., p. 82.

Serrigny — Dr. Pub. et Adm. des Rom. T. 2, n. 700.

Puchta — loc. cit., p. 501.

(67) Les Oblig. en Dr. Rom. n. 622.

Ihering — *Du Rôle de la volonté dans la Possession* — pag. 314. nota 169 attribue á intercalação dos compiladores as expressões — *id est emphyteuticarius*, proveniente da assemelhação das duas lórmãs por Justiniano.

(68) La Possession, la revendication, etc. en Dr. Rom. n. 20 *in-fine*.

(69) *Virtute-colendi*, como diz Siculus-Flaccus.

(70) Col. Theodos (L. 10, Tit. 3). De locatione fundorum juris emphyteuticarii et Reipublicae et templorum isto é — opina Molitor — bens que as municipalidades e as igrejas tinham dado em emphyteuse.

Vide Garsonnet, loc. cit., p. 175.

(71) Suspenso pelo Dec. de 10 de dezembro de 1796.

(72) T. de Freitas — Consolid. art., 61 e nota 38.

aforamento as terras objecto da doação feita por Estacio de Sá.

A Ordenação do Reino impunha esse modo de aproveitamento dos bens dos Concelhos, sendo encargo dos provedores fiscalisal-o e impedir seu desbarato (73), tornando-se dignos de estudo os dous Alvarás de 15 de julho de 1744 e de 26 de outubro de 1745, que fixou a intelligencia do primeiro, e as providencias do Alvará de 23 de julho de 1766.

Deste modo o Alvará de 10 de abril de 1821, justamente condemnando o Accordão de 20 de junho de 1812, restaurou a figura juridica da doação feita por Estacio de Sá, degradada pelo sophisma, e, longe de crear direito novo, restituiu à emphyteuse as suas características, ratificando os contratos irregulares e fixando as regras a seguir no futuro.

Não foi o Alvará de 10 de abril de 1821 uma violencia mas uma reivindicação.

Por esse Alvará ou antes pelos principios puros do direito emphyteutico devem ser apuradas as pretensões da municipalidade e as resistencias dos que estão na posse de terrenos dentro da doação de *legua e meia de terra, começando da casa de pedra ao longo da bahia até onde se acabar e para o sertão* (74) *duas leguas*.

Uma circumstancia, porém, de grande alcance e que não pôde ser de modo algum menosprezada no estudo e solução das pretensões da Municipalidade consiste em que sómente em 25 de maio de 1667 se deu começo á me-

(73) Ord. Fil. L. 1, T. 62 §§ 67 e 68.

(74) Pela doação de Estacio de Sá a linha do sertão era tambem de legua e meia ; Mem de Sá, porém, a elevou a duas leguas.

dição das terras doadas por Estacio e Mem de Sá, medição suspensa pouco depois de iniciada e quasi um seculo depois de novo começada e afinal ultimada em 2 de setembro de 1754. (75)

A opposição dos Jesuitas, donatarios de grandes datas de terras dentro do Termo, à primeira tentativa de medição, os embaraços oppostos por pessoas a quem haviam sido concedidas em sesmaria terras, que a segunda medição pretendia abranger (76), são factos inequívocos.

Subordinado a elles ficara, portanto, o exercicio do direito, sinão cumprimento de dever, que a Ord. L 1, Tit. 66 § 11 attribuiu às municipalidades, de reivindicar os bens municipaes usurpados por particulares, indicado por José Clemente Pereira no Aviso n. 83 de 2 de julho de 1828, sem prejuizo da manutenção na posse em que se achassem os occupantes até serem convencidos judicialmente. (77)

Está, pois, a Municipalidade do Rio de Janeiro deante das seguintes interrogações :

1.^a) Tem acção *ad exhibendum* contra os possuidores de chãos comprehendidos na área medida e demarcada em 1754?

2.^a) Póde intentar acção de reivindicção contra os usurpadores ?

3.^a) Póde ser opposta a prescripção acquisitiva ?

4.^a) Póde ser opposta a prescripção extinctiva da emphyteuse ?

(75) Haddock Lobo — loc. cit., ps. 13 a 23.

(76) Haddock Lobo — loc. cit., p. 17.

(77) Arg. ex Av. 3 de 10 de janeiro de 1821.— Prov. 14 de março de 1822. Port. 17 de julho de 1822. Res. 26 de março de 1823.

5.^a) De que modo se poderá operar o commisso emphyteutico ?

6.^a) Póde ser opposta a prescripção do commisso ?

7.^a) Póde ser excluída a móra ?

8.^a) Verificado o commisso, é devida a indemnisação das bemfeitorias ?

9.^a) Convirá á Municipalidade intentar a acção de commisso ?

10.^a) Póde a Municipalidade transigir com os foreiros e os usurpadores ?

11.^a) Póde o Conselho Municipal autorizar o resgate do aforamento ?

b) Concessão de 1567.

Só por equívoco póde-se attribuir á Municipalidade o dominio sobre a área que constituia o Termo da Cidade. Deliberada a fundação de uma cidade na bahia do Rio de Janeiro, a bem da conservação da colonia e da defesa dos direitos da Corôa de Portugal, e devendo ser desmembrado da Capitania de S. Vicente o territorio necessario ao povoamento, Estacio de Sá, incumbido dessa missão, não podia deixar de observar as regras geraes adoptadas para o povoamento do Brasil. Um dos preceitos rigorosos era limitar e assignalar logo o termo das povoações, e isso se vê na doação a Martim Afonso de Souza, não podendo por « dentro da terra firme pelo sertão haver entre ellas menos de 6 leguas de espaço uma á outra para que o termo fosse, pelo menos, de 3 leguas de terra para cada uma. » (78)

(78) Tacques — loc. cit., p. 459.

Termo de cidade ou villa, isto é, limites jurisdiccionaes e patrimonio da Camara não podem por fôrma alguma confundir-se.

Com a fundação da cidade devia ficar perfeitamente definida a acção do capitão-mór governador, da Camara e do donatario quanto ao aproveitamento das terras. Si os poderes do donatario não soffreram quebra senão quanto aos que diziam respeito à Cidade de S. Sebastião e aos capitães-móres, ou por força de seus regimentos ou por delegação do governador geral, não foi permittido dar de sesmaria senão terras dentro do termo e limites da cidade (79), é de rigor concluir que taes poderes eram exclusivos de um direito de propriedade particular da Camara.

A carta regia de 23 de fevereiro de 1713, determinando que o governador do Rio de Janeiro não dêsse sesmarias dentro da cidade, *por pertencer somente à Camara*, competindo ao governador dar as dos sertões, não autoriza conferir à Municipalidade o direito de propriedade.

Explica-se por motivos de occasião, sem duvida referentes ao procedimento da Camara durante a invasão franceza, pela necessidade de attender à commodidade dos moradores e às suas reclamações, pela conveniencia de manter os logradouros publicos, que não podião ser dados de sesmaria, como é expressa a Ord. do L 4, Tit. 43 § 12. Cabia à Camara administral-os e conserval-os, evitado assim o favoritismo offensivo dos direitos ao uso commum *para pastos, criações e logramentos*.

(79) Silva Lisboa — Ann. T. 1, p. 355, nota 1.

Essa carta régia, empregando as expressões — por pertencer sómente à Camara — nada mais fez do que estabelecer o estatuido na citada ordenação, que enuncia o mesmo preceito, sancionando-o positivamente — : *E si foram dados (de sesmaria) a algumas pessoas, em dano dos moradores dos logares, podel-os-hão demandar si entenderem que teem direito para isso*».

E esse sentimento estava tão arraigado na legislação, que o Alvará de 11 de abril de 1815 no § 4º, referindo-se aos bens propios dos concelhos, só autoriza o aforamento dos baldios (Res. de 16 de outubro de 1820), quando por exames judiciaes, com assistencia das camaras, se mostrarem desnecessarios para logradouros dos povos — *a quem pertencerem* —, observando-se sempre nos aforamentos as disposições do Alvará de 23 de julho de 1766, cujo intuito foi desterrar a massa enorme de abusos que acabrunhava a administração dos bens municipaes.

Cabedo (80) pronuncia-se — : *Cum autem hæc non essent Regis sed civitatum et oppidorum ad publicum usum vicinorum in donatione non includebantur* — e, tratando das terras do Brasil, accrescenta:

« *Immò nec per decuriones oppidorum aut civitatum, in cujus terminis sunt prædicti agri deserti possunt emphyteuticari, cum non sint bona propria prædictarum civitatum nec oppidorum sed publica ad communem civium et vicinorum usum et solum possunt dari de sesmaria ut dictum est juxta Ord. L. 4 Tit. 43.* »

« Direito de co-propriedade, ensina Teixeira de Freitas (81), cujos titulares são os moradores dos municipios de

(80) Loc. cit. n. 2.

(81) Consolidação, nota ao art. 61.—Vide Almeida e Souza.—Direitos dominicaes, §§ 3J e seguintes, principalmente o § 45.

cada povoação, que antigamente chamavam-se *vizinhos*, a quem competia direito de vizinhança.»

A carta regia de 23 de fevereiro de 1713 não pôde ser interpretada sinão como medida administrativa tendente a coarctar os abusos do governador e si outra extensão tivesse, não podia ir além de reconhecer na Camara a attribuição de dar *de sesmaria*, conforme a lição de Cabedo, as terras que não mais se prestassem a logradouros (82) e não de aforamento, por não pertencerem ao seu patrimonio.

As concessões de sesmaria não podiam ser feitas com outro encargo sinão o dizimo; convertel-as em tributarias seria fazer violencia ao titulo de acquisição.

Haddock-Lobo foi o primeiro a reconhecer (83) que só um acto legislativo poderia evitar as immensas lides que necessariamente se haviam de agitar, si a Municipalidade pretendesse fazer valer como titulo de doação patrimonial a determinação do termo da cidade por Mem de Sá em 1567.

Não é possivel conciliar a concessão de uma legua e meia para patrimonio da Camara, a concessão anteriormente feita aos Jesuitas por Estacio de Sá em 1 de julho de 1565, as distribuidas por Mem de Sá e pelos capitães-móres dentro do termo da cidade e a pretensão da Municipalidade a uma sesmaria de seis leguas em quadro concedida, em 16 de agosto de 1567, quando todo o termo da cidade, e além d'elle não ia o poder nem do governador geral nem dos capitães-móres na distribuição de terras

(82) Rep. das Ord. Vb. Sesmeiros — not a b — in-fine — pag. 342.

(83) Loc. cit., p. 25.

do Rio de Janeiro, não tinha mais de seis leguas para cada parte.

E' sabido que « pela carta regia de 11 de novembro de 1567 foi ordenado ao governador geral que confirmasse todas as datas e doações das terras feitas aos Jesuitas, não consentindo que lhes fossem tiradas e que se lhes desse cartas de confirmação, ainda que não tivessem feito bemfeitorias nellas, sem embargo de quaesquer ordens régias que determinassem o contrario, havendo mesmo defeitos de facto e de direito, que para ter effeito os havia por suppridos. » (83 bis)

O Alvará de 10 de abril de 1821, si a Camara aforou terrenos dentro do termo da cidade mas fóra da doação de 1565, não póde ter outro effeito sinão o de legitimar a invasão *effectiva*, porque para tanto o proprio alvará invocou — « o dominio eminente que ao soberano competia para regular o dos vassallos, firmando-o e seguindo-o em bases firmes e estaveis. »

Com relação, portanto, a esses aforamentos, originariamente nullos e exorbitantes do direito da Camara, podem suscitar-se as mesmas questões que affectam os contractos emphyteuticos sobre terrenos desmembrados da doação de 1565.

c) — A antiga marinha da Cidade.

Antes de regulada, como fez a legislação moderna, essa parte do dominio do Estado, conhecida pelo nome de *marinhas* (84), prestou-se a toda a sorte de invasões,

(83 bis) Silva Lisbôa — loc. cit. T. 1, p. 36.

(84) As marinhas comprehendidas entre os direitos reaes conforme a Ord. L. 2, Tit. 26, § 15, como bem observa T. de Freitas — Cons., nota ao art. 52 § 2, não são a parte das praias e margens de rios que mereceram particular cuidado da administração publica do Brasil desde o começo deste seculo.

que, toleradas e depois legalisadas, converteram-se em dominio particular, pleno ou menos pleno.

As praias dos mares, que a Instituta no L. 2 Tit. 1 § 3 define « Est autem, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit » e no § 1 inclue entre as cousas communs a todos por direito natural, reconhecendo aliás a possibilidade de uma occupação exclusiva do uso commum, estavam por Direito Romano quanto ao modo de utilização sujeitas ao regimen da propriedade nacional, dizendo Celso (Dig. L. 43, Tit. 8 p. 3): « Littora in quæ populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror. »

Para defendel-as foi estabelecido o interdicto prohibitorio — *ne quid in loco publico* —, fixado o conceito de serem taes logares destinados aos usos dos particulares — « jure scilicet civitatis non quasi propria cujusque ; et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet (85). »

Em 1646, como expoz o governador do Rio de Janeiro Duarte Corrêa Vasqueannes aos officiaes da Camara (86), estava autorizada pelo Governo de Sua Magestade a venda dos chãos da praia para seu producto ser applicado ás obras da defesa da barra e da cidade, devendo essa alienação verificar-se precedendo pregão, com ou sem reserva de fôro, isto é, o preço poderia constar de uma prestação unica ou de uma serie de prestações modicas annuaes além do que se poderia considerar uma joia. E por esta forma para o adquirente ficaria a propriedade allodial e isenta ou foreira.

(85) Dig. L. 43, T. 8, fr. 2 § 2.

(86) Haddock Lobo — *loc cit.*, p. 135.

Este segundo modo filia-se aos bens do fisco romano — *empti privato jure salvo canone*, vendidos pelo fisco com a particularidade de, no interesse do príncipe e para impedir que seus agentes dissipassem as sommas provenientes dessas especies de alienação, reflecte Garsonnet, (87) consistir sempre uma parte do preço em uma renda, ficando assim os bens alienados representados no patrimonio do príncipe por um equivalente periodico e perpetuo.

Esse modo de alienação confundiu-se afinal com a *emphyteuse*. (88)

A *proposta* (89) do governador foi aceita e importava em uma doação com encargos, ampliado o da Ord. L. 1 Tit. 62 § 67, que mandava tomar a terça parte das rendas dos concelhos para « reparo de muros e castellos e para outras cousas necessarias á defensão dos logares », o que devia merecer sempre especial cuidado dos provedores.

Feita a alienação sem a condição — *salvo canone* —, nem a Camara nem a Corôa conservava mais parcella alguma de dominio sobre esses *chãos* entrados no dominio particular; estabelecido, porém, o aforamento a Camara teria direito á percepção do fôro e ao laudemio, constituida usufructuaria.

O titulo de seu direito não lhe attribue dominio algum; adjudica-lhe sómente a percepção de renda para fim determinado.

(87) Loc. cit., p. 149 — Lariche a Bonjean — Explication meth. des Inst. de Just. T. 1, p. 568.

(88) Garsonnet — loc. cit., p. 181.
Bonjean, loc. cit.

(89) Assim a denomina o auto que se lavrou em 26 de novembro de 1646. — Haddock Lobo — loc. cit., p. 132.

O que começou por uma delegação de poderes, explicada perfeitamente pela necessidade de habilitar a Camara a desempenhar-se da obrigação de prover á defesa da cidade e limitava-se «à praia que medeiava entre os morros do Castello e de S. Bento» (90), foi estímulo para a invasão do littoral, provocando a intervenção energica do Provedor da Fazenda Real da Capitania do Rio de Janeiro, que em carta de 20 de maio de 1710 pediu providencias á Metropole.

A Camara, pretendendo que a doação de 1565 comprehendia as marinhas, attribuiu-se competencia para fazer concessões a particulares; o provedor da Fazenda, sustentando que as praias não podiam considerar-se comprehendidas em terras de sesmaria, notificou as pessoas que estavam construindo casas na marinha da cidade para as «deitarem abaixo».

Desse conflicto entre a Fazenda e a Camara durante quasi um seculo, e de que dão noticia as ordens régias de 21 de outubro de 1710, 7 de maio de 1725, 10 de dezembro de 1726, 26 de janeiro de 1728, 10 de janeiro de 1732, (91) resultou afinal a ordem terminante do Conde de Rezende, de 3 de novembro de 1790, em que se lê: «como não tem sido sufficientes as respeitaveis ordens de S. M. para a Camara se conter nos justos limites de sua jurisdicção, arrogando a si a regalia de occupar e aferar os terrenos das praias até este anno de 1790, lhe suspendo esta jurisdicção, declarando, em confirmação das mesmas reaes ordens, serem da Inspeção do Provedor da Fazenda as marinhas».

(90) Haddock Lobo — loc. cit., p. 25.

(91) Costa Lima — *Terrenos de Marinhas*. Introducção e pg. 9 a 14.

Quando, por força da lei de 15 de novembro de 1831 (Tit. 4 § 14), foram expedidas as Instrucções de 14 de novembro de 1832 e começou-se a demarcação dos terrenos de marinhas, suscitaram-se duvidas si os dessa procedencia, embora não estivessem mais sob a influencia do art. 4º das mesmas Instrucções, poderiam continuar a ser considerados taes.

A ordem de 28 de junho de 1834 declarou « que os terrenos, para se considerarem ou não marinhas, deveriam ser tomados — no estado em que actualmente se achassem ; deixando de haver-se como taes aquelles que a esse tempo estivessem fóra dos limites marcados, em consequencia de qualquer accrescimo natural ou industrial que tivesse feito recuar o mar.» (92)

Para o art. 1º § 1º alinea 2º do Dec. n. 4105 de 22 de fevereiro de 1868 passou essa decisão, e por ella deve ser apurado o direito da Municipalidade.

Tendo sido a Camara em 1646 autorizada a vender livre de fôro ou com elle a antiga marinha, não pôde pretender exercer senhorio sobre toda essa parte da cidade. O seu direito precisa ser provado a respeito de cada uma das parcellas e seu titulo é o contracto de aforamento.

O Alvará de 20 abril de 1821 não canonisou a situação juridica da Camara senão com relação ás terras de sua doação de 1565 confirmada em 1567. Poder-se-hia duvidar da validade dos aforamentos referentes a outras praias que não a comprehendida entre os morros do Cas-

(92) O que era a antiga marinha, pôde-se com approximação saber consultando Silva Lisboa—T. 1 p. 51 e 172, Pizarro. T. 1, ps. 29, 108, 172, T. 7, p. 22, 25, 43. Padre Luiz Gonçalves dos Santos.—Memorias para servir á Historia do Reino do Br. Introducção p. VIII e seguintes.

tello e de S. Bento, e que representam invasão do dominio do Estado, a quem pertencem as marinhas.

Si esses aforamentos versam sobre terrenos que actualmente ainda podem ser considerados de *marinhas*, a duvida não tem razão de ser e os efeitos juridicos do contracto regular-se-hão pelas leis que adjudicaram á Camara o fôro e o laudemio das marinhas ; si, porém, deixaram de ser marinhas, segundo a ordem de 28 de junho de 1834 e o Decreto citado de 1868, podem ser consideradas accessão aos terrenos doados e nesse caso o Alvará de 10 de abril de 1821 aproveita á Municipalidade, validados os aforamentos.

As questões que se suscitarem quanto ao aforamento effectivo e não potencial da antiga marinha devem resolver-se pelas regras do direito emphyteutico sem esquecer: 1º, a determinação fundamental e rigorosa — si ainda são terrenos de marinhas ou já não eram em 1832, em consequencia de qualquer accrescimento natural ou industrial que tivesse feito recuar o mar ; 2º, que desses terrenos, marinhas ainda ou não, alguns são allodiaes, ou por effeito de compra sem a clausula — salvo canone — ou de concessões gratuitas. (93)

Em falta de titulo, a questão reduz-se a uma só :

Prevalece a prescripção acquisitiva ?

No principio deste seculo e nos primeiros tempos do Imperio o Governo, reconhecendo nos occupantes o direito de ser mantidos na posse, proclamou a competencia do poder judiciario para resolver os pleitos e denuncias, o que foi mantido pelo Decreto n. 4105 de 22 de fevereiro

(93) Vide o Dec. de 21 de janeiro de 1809 — Edital de 2 de dezembro de 1820 — em Costa Lima — loc. cit., p. 19.

de 1868, que no art. 19 dispoz: « As questões sobre propriedade, servidão e posse, ainda que resultantes da natureza do local, são da exclusiva competencia dos tribunaes. » (94)

d) A sesmaria dos sobejos.

A propria denominação desta concessão, confirmada pela Carta Régia de 8 de janeiro de 1794 ou mais de um seculo depois de haver sido feita (95), exprime que não se trata de uma área continua.

Confessou a Camara que os terrenos pedidos não se achavam comprehendidos na anterior doação e assim reconheceu a existencia de occupação por particulares ou por effeito de concessões feitas pelo capitão-mór governador ou por posse sem primitivo titulo habil.

Não poderá, portanto, ser attendida a Municipalidade, si allegar que sobre toda a área comprehendida entre o rumo da doação de 1565 e o mar tem senhorio, e tal que resista á opposição dos que não querem reconhecer-se emphyteutas.

As concessões a partiçulares não podiam ser feitas pelos capitães-móres senão isentas de fôro e sómente sujeitas ao dizimo. Esta era a natureza especial das sesmarias nas terras de conquista ou antes não occupadas em tempo algum.

Simplifica-se deste modo, e sem objecção que proceda, o trabalho de investigação juridica, e os pontos controver-

(94) Cons. e Res. de 13 de setembro de 1820. Prov. da mesma data. Av. 7 de julho de 1829 — Ordem 12 de julho de 1833 — Ordem 28 de junho 1834 — Idem da mesma data.
— Costa Lima — loc. cit.

(95) 26 de maio de 1667.

tidos não são diversos dos que se indicam em relação às terras doadas em 1565. Apenas mais favoravel é a posição dos que não reconhecem o senhorio da Municipalidade, por isso que militam a seu lado duas presumpções — a de serem allodiaes os chãos, como terras desmembradas das de sesmaria, e os proximos ao mar serem marinhas alienadas livres de fôro por effeito da proposta do governador Vasqueannes.

Protegidos tambem pelo Alvará de 10 de abril de 1821 os aforamentos, que a Municipalidade fez até essa data, ficam adstrictos à applicação das regras geraes que caracterisam o direito emphyteutico e são communs aos demais contractos e a solução que a algumas das questões suggeridas pela analyse e estudo da primeira doação de 1565 abrangerá as que defluirem desta, aliás nunca medida nem demarcada, o que para o proprio autor do « *Tombo das Terras Municipaes* » (96) privou a Municipalidade de uma base segura para o processo de reivindicção.

e) Terrenos realengos de Irajá.

Das preoccupações que affligiam o legislador portuguez, quando tratava das leis agrarias, não era a menor a conciliação do desenvolvimento e consolidação da cultura e a commodidade dos povoadores, que gozavam dos direitos de vizinhos.

Já a Ordenação Manuelina (L. 4, T. 67), que se converteu na Filippina do L. 4, T. 43, havia determinado nos §§ 12 e 15 que se não dessem de sesmaria nos termos das villas e logares os matos, mattas e outros maninhos

(96) Loc. cit., p. 35.

por deverem ser coutados e defendidos em proveito dos pastos, criações e logramentos que aos moradores pertencem.

Estando os terrenos de Irajá comprehendidos no Termo da cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro, que era de seis leguas para cada parte, e não podendo os capitães e governadores dar de sesmaria as terras que fossem necessarias à pastagem do gado empregado na lavoura ou destinado à alimentação publica, não precisava a Municipalidade de titulo especial para administrar e conservar pelo modo que achasse mais favoravel ao interesse dos municipes essa parte do dominio publico.

O aforamento dos baldios (97) dos concelhos devia effectuar-se segundo as prescrições do Alvará de 23 de julho de 1766 — informando os provedores e corregedores das comarcas, ouvindo as Camaras e os povos respectivos, o que o Alvará de 27 de novembro de 1804 manteve, sendo ainda invocado pelo de 10 de abril de 1821 e servindo de fundamento à grande serie de decisões tomadas antes e depois da fundação do Imperio.

Tinham as Camaras sómente a administração dos baldios comprehendidos no termo e a alienação por aforamento escapava à sua jurisdicção.

Desde a primeira formação do *ager publicus* forão excluidas da distribuição das terras as mattas e as pastagens, para que fossem communs a todos e cada cidadão pudesse aproveitá-las, já para apascentar o gado, já para prover-se de lenha. (98)

(97) Definidos pela Res. de 16 de outubro de 1820, que declarou o § 4 do Alv. de 11 de abril de 1815.

(98) Garçonnet — loc. cit., p. 81.

Os pastos podiam ser arrendados a tanto por cabeça de gado e a renda denominada *scriptura* era em regra arrecadada por adjudicação aos *publicani*, constituída assim a *locatio censoria*. (99)

Esta era a indole dos mattos maninhos, baldios, dominio do Estado sob a administração das Camaras e que só podiam ser tirados dos moradores dos logares onde estivessem « para se darem de sesmaria para lavoura, quando fosse conhecido que era mais proveito que estarem em mattos maninhos. »

Estas disposições da Ord. L. 4, Tit. 43, § 15 não autorizavam o aforamento pela Camara; só os excessos de regalia que se arrogavam podiam explical-o.

Nas investigações a que procedeu, Hadlock Lobo não encontrou titulo que o autorizasse e o mais que se pôde concluir é que a Camara, da mesma fôrma que a administração romana, quanto aos *pascua*, cobrava uma certa renda, que não podia ter a natureza juridica de canon ou pensão.

Mas a tendencia invasora da Camara e a incerteza do direito determinaram uma situação tal, que o Alv. de 10 de abril de 1821, sem discriminar aliás a origem e o fundamento do que a Camara defendia como seu patrimonio, unificou todas as relações de direito, todos os modos de utilização das terras, todos os contractos e os reduziu ao typo de aforamento perpetuo ou fateosim.

E', portanto, segundo as regras do direito emphyteutico que devem ser apreciadas as pretensões da Municipa-

(99) Garsonnet — loc. cit., p. 82.

Serrigny — loc. cit., n. 667.

Madvig — loc. cit. T. 4, p. 25.

Willems loc. cit., p. 201 e notas.

lidade, sem perder de vista que na zona de Irajá, fóra da doação de 1565 mas dentro do termo da cidade, podiam ter sido concedidas, como foram pelos capitães-móres terras de sesmaria; e essa circumstancia, excluindo solução geral, obriga ao estudo e analyse dos casos particulares.

f) Sesmaria do Realengo do Campo Grande.

Dos titulos de que Haddock Lobo tira o direito da Municipalidade evidencia-se que essas terras, fóra do primitivo termo da cidade, não eram mais do que *ager compascuus*, applicado ao refazimento e descanso do gado destinado ao consumo da cidade. Estando ampliado o termo da cidade e revogada a concessão de sesmaria que tinha sido feita a Ildefonso de Oliveira Caldeira, a Carta Régia de 7 de julho de 1814 concedeu essas terras à Camara, como *realengos*, para deposito, descanso e pastagem dos gados, consideradas *inalienaveis e não podendo ser aforadas nem arrendadas*. (100)

A occupação do campo pelos particulares não era sinão a titulo *precario* no sentido rigoroso do contracto.

De 1815 em deante os precaristas começaram a ensaiar a transformação de seu titulo e a Camara em 1825 impoz o pagamento da pensão annual de 200 réis por braça de testada para beneficio (101) do mesmo campo.

Errou a Camara denominando de pensão essa taxa de 200 rs., cuja indole era a da renda que se arrecadava pelo

(100) Haddock Lobo — loc. cit., p. 191.

(101) Em Haddock Lobo loc. cit. auto de vistoria a que se procedeu em 26 de agosto de 1825.

uso dos *pascua* no regimen financeiro de Roma sob o nome de *scriptura*, origem da *locatio censoria*, e esse erro originou os actos subsequentes ás resoluções de 11 de agosto de 1832, que converteram o precario em *emphyteuse*. (102)

De simples administradora, que era a Camara, converteu-se em proprietaria desses campos e mattas, sem que titulo algum, além de sua exclusiva vontade, firmasse seu direito.

O Edital de 30 de dezembro de 1856, invocando a Carta Régia de 27 de junho de 1814 como titulo de seus direitos patrimoniaes, esqueceu que por essa Carta Régia não podia aforar taes terrenos e que a Portaria de 5 de outubro de 1825 recordava os termos do Aviso de 29 de dezembro de 1815, e sómente autorizava a concessão a titulo precario. Autorizou apenas o *uso*, denominando aliás os usuarios de usufructuarios.

As deliberações da Camara, provavelmente sancionadas pelo Governo nos termos da lei de 1 de outubro de 1828, crearam novas relações de direito dos ex-precariistas para com ella e dando á detenção o character de aforamento perpetuo ou *emphyteuse* indicaram o modo de resolver as questões que ora se possam suscitar.

A lei n. 3348 de 20 de outubro de 1887 no art. 8 n. 3 alinea 3^o, ampliando a autorização contida no § 3 da lei n. 2672 de 20 de outubro de 1875, veio ratificar o acto da Camara, fixando em seu patrimonio os terrenos do Realengo e autorizando o aproveitamento pela constituição da *emphyteuse*.

(102) Em Haddock Lobo, loc. cit., p. 198.

TERRENOS DE MARINHAS E MANGUES.

No estado actual da legislação, as marinhas da cidade e os mangues da Cidade Nova (103) ainda são do dominio da Republica. Ella é o senhorio.

A' Municipalidade, por força do art. 37 § 2º da Lei de 3 de outubro de 1834 e em consequencia de ter sido constituido o Municipio Neutro ou a Còrte inteiramente desligado da acção financeira da Provincia do Rio de Janeiro, foi conferido o direito de cobrar os fóros, direito que pelo art. 9 n. 27 da lei n. 60 de 20 de outubro de 1838 comprehendia o de percepção do laudemio, aliás sem caracter permanente, o que só alcançou em 1867. (104)

Nas instrucções que o Ministerio da Fazenda, logo após o advento da Republica, publicou para execução da lei n. 3348 de 20 de outubro de 1887, no art. 8 n. 3 (105), accentuaram-se as relações de direito, mantidas e confirmadas as servidões do Decreto de 1868.

Simple usufructuaria, a quem cabe o direito de uso para logradouro publico e do fructo, fôro e laudemio (106), suas pretensões não podem ir além da sua condição juridica e assim a respeito desses terrenos, quer de mari-

(103) Vid. Pizarro T. 7. p. 48.

(104) Art. 34 n. 34 da lei n. 1507 de 26 de setembro de 1867. Nas leis do orçamento da receita e despesa n. 884 de 1 de outubro de 1855 e n. 939 de 26 de setembro de 1887, entre outras, tambem figurou.

(105) Instrucções de 23 de dezembro de 1889, confirmando a doutrina dos Avisos n. 118 de 12 de dezembro e n. 120 de 14 do mesmo mez de 1887.

(106) Almeida e Souza — Dir. Emphyt. § 1027. Lafayette Dir das cousas § 97. Pacifici Mazzoni.— Cod. Cív. It. Com. T. 1, n. 391. C. da Rocha, § 612.

nhas quer de mangues (107), cujo dominio nunca foi seriamente contestado ao Estado, sómente interessa á Municipalidade a solução das seguintes questões:

- 1º) Goza do *jus protimeseos*?
- 2º) Compete-lhe a acção de commisso?
- 3º) Póde consentir que o foreiro purgue a móra?
- 4º) Póde transigir com o foreiro em móra?

Ainda occorre que nem todos os terrenos de marinhas e de mangues são foreiros.

Para animar e favorecer a construcção de armazens e trapiches nas praias da Gambôa e do Sacco do Alferes a Resolução de 13 de setembro de 1820, publicada por Edital de 2 de dezembro do mesmo anno, mandou fazer concessões gratuitas de terrenos de marinhas, modificado assim o Decreto de 21 de janeiro de 1809, que o de 13 de julho de 1820 suspendera. (108).

Quanto aos mangues ha diversas concessões do Governo considerando-os allodiaes.

Subordinada portanto ao facto deve ficar a solução juridica das questões.

§ 6.º

TERRENOS DE ALLUVIÃO OU ACCRESCIDOS AOS DE MARINHAS.

Ao Decreto n. 447 de 19 de maio de 1846, que no art. 13 prohibiu fazer aterros ou obras no littoral do porto ou rios navegaveis, salvo licença da Camara, ouvida a capitania do porto e sem prejuizo das servidões publicas ou

(107) Ordem Regia de 4 de dezembro de 1678 — sobre mangues.

(108) O Edital encontra-se em Costa Lima — loc. cit., pg. 19 e 20. Assim o trapiche Cleto — Ordem de 21 de julho de 1846.

legaes, seguiu-se o art. 11 da lei n. 1114 de 27 de setembro de 1860, autorizando o Governo a aforar os terrenos de alluvião onde existissem marinhas.

Declarou-se de propriedade nacional taes alluviões e o Decreto n. 4105 de 22 de fevereiro de 1868 regulou sua concessão por aforamento.

A lei n. 3348 de 20 de outubro de 1887, no art. 8 n. 3, autorizou o Governo a transferir á Illma. Camara Municipal do Rio de Janeiro o direito de aforar os terrenos accrescidos aos de marinhas, o que verificou-se em dezembro do mesmo anno, começando em 1 de janeiro de 1888 a operar seus effeitos essa adjudicação.

Declarou, para remover duvidas, o Aviso circular n. 120 de 14 de dezembro de 1887, confirmado pelas Instrucções de 28 de dezembro de 1889, que á Camara passára o direito de aforar e de fruir o fôro, pertencendo, porém, o laudemio ao Estado, hoje á Republica, como senhorio.

Revogada em parte a disposição da lei de 1887 pela lei n. 25 de 30 de dezembro de 1891, expediu o Ministerio da Fazenda o Aviso de 4 de agosto de 1892 e a Portaria de 19 do mesmo mez, que provocou reclamação da Intendencia em 19 de outubro (109), a que o Governo respondeu com a notavel Portaria de 8 de novembro. (110)

Tendo apenas um direito de usufructo limitado, por isso que administra com as restricções legaes e percebe os fôros, estando o senhorio na Republica, muito restricta é a acção da Municipalidade, não podendo inte-

(109) *Diario Official* de 27 de outubro de 1892.

(110) *Diario Official* de 13 de novembro de 1892. V. Av. 7 de dezembro de 1855. Cons. do Conselho de Estado conforme Decisão do Th. N. 42 de 3 de fevereiro de 1852.

ressar-lhe senão as questões de direito que affectam essa verba de sua receita e são as mesmas formuladas com relação aos terrenos de marinhas e de mangues, de que aliás tem o laudemio.

§ 7.º

TERRENOS DEVOLUTOS ENCRAVADOS NA POVOAÇÃO OU SEUS ARREDORES.

Ao Governo foi dada autorização pela lei n. 1114 de 27 de setembro de 1860, art. 11 § 7, para aforar os terrenos desta especie. Ao dominio, porém, das municipalidades e para fazer parte de seu patrimonio passaram os terrenos em que estiverem fundadas ou possam ser fundadas villas e os que forem necessarios para logradouros publicos, e isso por força do art. 8 n. 3 alinea 3 da lei n. 3348 de 20 de outubro de 1887, quer taes terrenos tenham ou não pertencido às extinctas aldêas de indios e que foram objecto do disposto no § 3 do art. 1 do Decreto n. 2662 de 20 de outubro de 1875.

Não é passivel, portanto, de duvida que ao patrimonio da Municipalidade pertencem esses terrenos, quando por titulo anterior a essa lei não estejam sob seu dominio. Ao Governo Federal não compete mais o *direito* de aforar os encravados.

§ 8.º

TERRAS DEVOLUTAS.

Até 1887 figurava entre as diversas fontes de receita do Imperio a venda de terras publicas, isto é, o producto da venda das terras devolutas, consequencia dos principios

proclamados e reivindicados pela lei n. 601 de 18 de setembro de 1850. (111)

A lei do orçamento para o exercício de 1889, porém, supprimiu essa verba da receita e no art. 4º (112) cedeu às provincias todo o producto da venda das terras publicas, para por ellas ser applicado ao desenvolvimento e serviço da colonisação. Parallelamente a lei n. 3397 de 24 de novembro de 1888, que fixou a despeza geral do Imperio para o mesmo exercício, adjudicou a cada uma das provincias em plena propriedade 360.000 hectares de terras devolutas.

Com a direcção dada em 1890 ao Ministerio da Agricultura foram vivamente atacados os direitos originarios dessas duas leis, de forma que sómente a caducidade das concessões poderá reintegrar o patrimonio das ex-provincias.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, exagerando na partilha do patrimonio nacional o quinhão dos Estados, attribuiu-lhes tambem o dominio das terras devolutas (113), e reduziu assim os recursos da União, obrigada a usar e abusar dos impostos indirectos.

O Districto Federal, effectuada a mudança da Capital, passará, nos termos do paragrapho unico do art. 3º da Constituição, a constituir um Estado, prerogativa de que está gozando desde já no que se refere à Justiça Federal (114), e assim deve-se inquirir si a elle pertencem as terras devolutas que forem reconhecidas em seu territorio.

(111) Assim, a lei n. 3348 de 20 de outubro de 1887, art. 1 n. 27.

(112) Lei n. 3336 de 24 de novembro de 1883.

(113) Art. 61.

(114) Art. 365 do Dec. n. 848 de 11 de outubro de 1890.

O disposto no parographo unico do art. 3º da Constituição não é uma condição suspensiva mas um termo; não é um facto incerto e futuro mas simplesmente futuro.

A condição affecta a existencia do acto juridico; o termo sómente affecta sua execução (115) — Não é mera expectativa e sim direito adquirido do Districto Federal o dominio das terras devolutas. O facto de que depende sua transformação em Estado não pôde, por sua natureza, deixar de realizar-se — é *immancabile*, na expressão de Gabba (116) e portanto seu direito já está adquirido, faz parte de seu patrimonio. E quando differida a entrega, esse patrimonio não pôde ser desfalcado pela União, devendo as terras devolutas que forem encontradas no territorio do Districto Federal assumir o character de inalienaveis, ficando fóra do commercio.

CAPITULO IV

O INCENDIO DE 1790 E O ALVARÁ DE 10 DE ABRIL DE 1821

Era indispensavel este processo de analyse. A luta bastante séria entre a Municipalidade e os proprietarios de predios grandissimas perturbações já tem produzido e qualquer esforço para restabelecer o direito não será exagerado.

E' historica e secular a contenda. Talvez a ella se podesse referir o incendio que na madrugada de 20 de julho de 1790 reduziu a um montão de ruinas o edificio onde

(115) Entre outros Demolombe. Contr. T. 2 (25 do Curso) n. 568 e seguintes.

(116) Teoria della Retroatt. delle legge. T. 1 pg. 222.

funcionava o Senado da Camara, « ficando nellas sepultadas as preciosidades que se encerravam no Archivo. » (117).

A sociedade é a *imitação*. (118)

No capitulo *Anarchia espontanea* descreve *Taine* as terriveis explosões de violencia que sobrevieram em França depois de 1789, e que se designão sob a fórma collectiva *incendios dos castellos*.

Vê-se claramente hoje, depois de ter-se sómente suspeitado durante muito tempo, que os incendiarios propunham-se um fim especial, observa Summer Maine. (119)

Incendiando os castellos, os camponezes pretendiam, antes de tudo, *queimar os archivos* e, queimando-os, destruir os titulos e pergaminhos do senhor feudal. A nobreza franceza estava empenhada em interminaveis processos com os camponezes. (120)

As enormes vexações que soffriam os moradores do Rio de Janeiro e derão logar ao famoso pleito entre o povo e o Senado da Camara, a que o accordão de 20 de junho de 1812 pretendeu pôr termo, razoavelmente explicam a destruição do archivo da Camara e tiram ao incendio o caracter de casual.

A' Camara nunca faltou appetite para apoderar-se dos bens nacionaes e pretender absorver a propriedade particular. Em luta com a Fazenda Real, em luta com os

(117) Haddock Lobo—loc. cit., p 40. Pizarro.—Memorias do Rio de Janeiro. T. 7 p. 153 e notas.

(118) Tarde—Les lois de l'imitation. p. 82.

(119) Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive, traducção de 1884, p. 397 e seguintes.

(120) Consulte-se igualmente Garsonnet. Hist. des locat. perpet. Parte 4 Cap. 1 e Laferrière.—Essai sur l'hist. du Dr. franc. por elle citado.

successores dos primitivos concessionarios de terras de sesmaria, em luta com os Jesuitas, a Camara, nem sempre escrupulosa no aproveitamento dos bens do Concelho, não podia deixar de provocar energica reacção e o que occurria na França sem duvida foi suggestão (120 A) sufficiente para, por meio do incendio, opporem os povos ás affirmações fundadas ou infundadas da Camara — a mais categorica e formal negação — *não tendes titulos*.

O Alvará, porém, de 10 de abril de 1821 veio mudar a face da questão e habilitar os interpretes e os tribunaes a julgar do merecimento da causa.

CAPITULO V

APPLICAÇÕES DO DIREITO

§ 1.º

TEM A MUNICIPALIDADE ACÇÃO AD EXHIBENDUM CONTRA OS POSSUIDORES DE CHÃOS COMPREHENDIDOS NA ÁREA MEDIDA E DEMARCADADA EM 1754?

Está em pratica notificar por edital os possuidores para, dentro de certo prazo, exhibirem seus titulos, e foi isso geralmente recommendado pelo Governo, quando a Fazenda Nacional competia a suprema administração dos terrenos de marinhas (121). Sem resultado effectivo, tem-se mostrado insufficiente esse meio para reconstituir o patrimonio municipal.

(120 A) Scipio Sighele—*La foule criminelle*. O contagio moral e a suggestão.— Traducção de P. Vigny.

(121) Haddock Lobo—loc. cit, pg. 44 e 53. Ordem de 10 de maio de 1825. Port. 12 novembro 1856, Circ. 20 junho 1860, Circ. 20 junho 1863, entre outros actos administrativos.

Como preparatoria de acção real ou pessoal (reivindicação, reconhecimento de um *jus in re*, realização de um direito de obrigação), a acção *ad exhibendum* (122) foi perfilhada pelo direito patrio e nas relações de direito provenientes da emphyteuse tem sido praticada. (123)

Corrêa Telles e Teixeira de Freitas (124) contestam ao senhorio o direito de demandar o emphyteuta para mostrar o instrumento do prazo, por isso que o *traslado* que o emphyteuta tem é seu proprio.

E' regra de direito que a exhibição de documentos pôde-se requerer quando o documento é *commum* e não quando é proprio. (125)

A jurisprudencia franceza e italiana assim o tem entendido (126) e o Codigo do Processo Civil allemão, no art. 337 (127), se exprime: « Considera-se acto commum a muitas pessoas, especialmente quando foi lavrado no interesse collectivo ou quando consigna seus direitos e obrigações reciprocas. »

Fóra dessa hypothese ou daquellas expressamente declaradas em lei, applica-se a maxima que ninguem é obrigado a fornecer armas ao adversario, accrescentando Giorgi (128) que para pretender a exhibição de documentos não basta um simples interesse patrimonial,

(122) Maynz.—Dr. Rom. § 362.

(123) Alm. Souza. Acç. Sum. §§ 19 e 26. Dir. Emphyt. §§ 1106, 1107, 1250 e seguintes.

(124) Doutr. das Acç. §§ 237 e 238. Consolid. not ao art 605.

(125) Ribas— Cons. Proc. Civ., art. 893.

(126) Mattiolo.—Trat. di Dir. giudiziario civ. ital, T. 3 n. 396 in fine; Emm. Cuzzeri. Il cod. ital. di proced. civ. Vol. 2, notas ao art. 167; Garsonnet, Traité de Proc. T. 2 § 275; Rousseau et Laisney.—Dict. de Proc. Civ. Vb. Communication de pièces n. 7.

(127) Annotado por Glasson, Lederlin e Dareste. 1887.

(128) Teoria delle Obligaz. T 6 n. 61.

mas se requer um verdadeiro direito a que corresponda uma obrigação.

« Nemo tenetur edere contra se ; arma non sunt sumenda de domo rei ; nemo suo adversario rationes instrumenta et litteraria documenta edere tenetur ; intentionis vestrae proprias afferre debetis probationes, non adversus se ab adversariis adduci » (129) são os conceitos que repellem a acção *ad exhibendum* e a que Paulo, no Digesto, L. X Tit. 4 p. . . , dá força e vigor, dizendo :

« Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Sed quidam consuluit an possit efficere hæc actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhibere magis ejus interesset ?

Respondit, non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire »

Não havendo duvida sobre a qualidade de senhorio na pessoa que pretende intentar a acção *ad exhibendum*, não se póde desconhecer que a carta de aforamento é um documento commum ás duas partes contractantes, estabelecidos nella os direitos e obrigações reciprocos. Mas, sendo contestada essa qualidade e negando-a o réo, decahe da acção o autor (130), sem que lucre a pena de commisso, no caso de ser dolosa a negação do emphyteuta, por não estar expressamente recebida no direito patrio.

Na situação em que se acha a Municipalidade não

(129) Cod. De test. L. 4 Tit. 20.—Const 6.

(130) Alm. e Souza, Dir. Emphyt. § 1254.

teria efficacia alguma a acção *ad exhibendum* contra os possuidores de terrenos de que pretende o dominio, faltando-lhe direito para demandar os titulos em que fundam a posse.

« Non cogitur possessor dicere pro qua parte ejus sit ; hoc enim petitoris munus est, non possessoris », como ensina Ulpiano e se applica á acção *in vectigali*, na lição de Pellat. (131)

§ 2º

PÓDE INTENTAR A ACÇÃO DE REIVINDICAÇÃO CONTRA OS USURPADORES ?

Na Ordenação do L. 1 Tit. 66 § 11 impoz-se aos vereadores a obrigação de demandar perante os juizes até realmente serem tomadas e restituídas ao Concelho as possessões que andassem amalheadas, preceito que com especial recommendação o Alvará de 15 de julho de 1744, nesta parte confirmado pelo de 26 de outubro de 1745, foi lembrado aos corregedores, provedores e juizes de fóra de todas as comarcas, cidades e villas para que tirassem e fizessem restituir logo aos Concelhos os bens que andassem usurpados, intentando os Concelhos as acções perante o juizo dos feitos da Fazenda. (132)

Passou essa obrigação para as camaras municipaes, que deveriam, em virtude do art. 41 da lei de 1 de outubro de 1828, cuidar de saber o estado em que se achavam os bens dos Concelhos para reivindicarem os que se achassem alheados contra a determinação da lei.

(131) De la propriété et de l'usufruit, ed. 1853 p. 389.

(132) O Av. n. 83 de 2 de julho de 1828 declarou em pleno vigor a Ord. do L 1 T. 66 § 11 e recommendou ao zelo das Camaras a defesa do patrimonio.

Na lei n. 85 de 20 de setembro de 1892, que estabeleceu a organização municipal do Districto Federal, está o § 15 do art. 15 attribuindo ao Conselho Municipal — o providenciar sobre a guarda e conservação dos bens municipaes.

Quando os principios de direito que conferem ao proprietario a *actio in rem*, a *rei-vindicatio*, não soccorressem a Municipalidade, por sua propria constituição estaria investida do direito de demandar a restituição dos bens patrimoniaes usurpados.

Cumpre-lhe, porém, como qualquer outra pessoa, provar que é proprietaria e qual o modo de aquisição.

« *Officium autem iudicis, ensina Ulpiano, in hac actione hoc erit, ut iudex inspiciat an reus possideat. Nec ad rem pertinebit ex qua causa possideat; ubi enim probari rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem.* »

E examinando o juiz si o réo possue, não lhe compete indagar da causa da posse, por isso que não está o réo obrigado a provar o direito de conservar a cousa, cabendo ao autor provar que tem o direito de rehavel-a. Nem está o réo, accrescenta Pellat (133), obrigado a declarar por que titulo possue. « *Hoc enim petitoris munus est, non possessoris.* »

A analyse dos diversos elementos que contribuíram para a formação do patrimonio territorial da Municipalidade denuncia as difficuldades que em regra assoberbarão seu esforço para determinar que este ou aquelle terreno encravado nas terras de suas doações e aquisições faz

(133) Loc. cit., p. 153 nota 1.

parte de seu dominio ou não tem o character de allodial em que está mantido. E foi por esse motivo que o celebre Alvará de 10 de abril de 1821, cogitando de varios casos e providenciando a respeito delles, guardou inteiro silencio sobre a reivindicacão.

Ainda accresce que, vingando a acção, o possuidor tem direito á justa indemnisação das despezas necessarias e uteis, cabendo ao de boa fé igualmente o de retenção pelas voluptuarias (133 a), não sendo de desprezar as considerações que o Alvará de 26 de outubro de 1745 adduziu para validar aforamentos nullos e imprestaveis.

Reflecte o alvará: . . . havendo respeito ao grande embaraço e perturbação que causou aos povos a execucao do Alvará de 15 de julho de 1744... sobre... a restituicao dos bens dos Conceihos, que se achassem injusta e nullamente alheados. . . procedendo esta inquietação. . . sendo obrigados os possuidores a seguir pleitos de que se experimentariam outras desordens, de que resultaria maior damno que a conveniencia que podia esperar-se. . . e querendo dar providencia a estes inconvenientes» ordenou e mandou:

- a) que os possuidores ficassem conservados na posse ;
- b) que se arbitrassem por meio de louvados as pensões, tendo em consideração o estado, rendimento e utilidade que os bens tinham ao tempo em que começou a posse ;
- c) que ficasse assim constituido regularmente o aforamento.

A esse processo obedeceram as Instrucções de 14 de novembro de 1832 sobre terrenos de marinhas.

(133 A) Lafayette. Dir. das Cousas § 85.—C. Telles. Doutr. das Acç. § 72 e nota contra Molitor.—La Possession, Revend. n. 29.

Tendo o possuidor em sua defesa variados meios de repellir a intenção do reivindicante só em condições excepcionaes poderia ser proposta com exito a acção ordinaria.

§ 3º

PÔDE SER OPPOSTA A PRESCRIPÇÃO ACQUISITIVA ?

A affirmativa não se contesta mais.

O tempo, parte integrante dos factos juridicos, apresenta-se entre as condições de que depende a aquisição ou a perda de um direito. A existencia de um direito resulta de ter a actividade ou a passividade humana, isto é, a acção exercida ou soffrida voluntariamente, durado um periodo de tempo determinado.

Estes conceitos enunciados por Savigny (134) têm variadissimas applicações e por elles realiza o legislador os votos de Ihering (135): « a vida não se deve dobrar aos principios, são os principios que se devem modelar pela vida ; é a vida, com todas as suas relações, é o sentimento jurídico que reclamam o que deve ser ».

A *usucapião* obedeceu e obedecerá a essa influencia.

Determinada pela utilidade publica, ou em consequencia da culpa do proprietario, propondo-se corrigir o vicio de aquisição ou sanar os vicios dos modos de adquirir e muitas vezes supprir a falta de prova do modo de aquisição (136), a *usucapião*, as mais das vezes — *excepção peremptoria*, — tem por motivo mais geral,

(134) Syst. du dir. rom. § 177 Tom. 4.

(135) Ihering, Espr. du Dr. Rom. T. 4, p. 310.

(136) Lafayette. Dir. das Cousas §§ 60 e seguintes.

mais decisivo, mais conforme ao desenvolvimento economico — «a necessidade de fixar as relações de direito incertas, susceptíveis de duvida e contestações, encerrando a incerteza em um lapso de tempo determinado». (137)

Si os bens de uso publico são imprescriptíveis, coisa inhabil para autorizar a usucapião, outra é a sorte dos bens patrimoniaes ou do dominio privado da União ou dos Estados e dos Municipios. (138)

Contra essas pessoas juridicas pôde ser opposta a prescrição. No ultimo estado do direito romano foram fixadas as regras juridicas, prevalecendo a *præscriptio longi temporis*, criação do direito pretorio. (139)

Adoptada tambem no direito patrio e ante ella cedendo a acção de reivindicação (140), respeitada a instituição da accessão da posse (141), a Municipalidade encontrará toda a sorte de embaraços ao exercicio da acção.

Em falta de justa causa, e no estado actual da propriedade urbana não será difficil encontrar-a (142), o *tempo immemorial*, tendo por objecto supprir a insufficiencia de certas instituições, quando faltam-lhes as con-

(137) Savigny.—Loc. cit. § 237 T. 5 e nota (e) « *ne rerum dominia diutius in incerto essent* », na phrase de Gaio.

(138) Assim deve ser entendido o fr. 9 § 2 do Dig.—De adm. rer. ad civit. pert... « agros reipublicæ. etc. », objecto da nota de Gothofredo ás sentenças de Paulo. L. 5, Tit. 2 § 4.

(139) Mackeldey.—Dir. Rom. § 296. Puchta—loc. cit., § 208. Bonjean e Lariche.—T. 1 § 898 e seguintes.

(140) Corrêa Telles.—Dout. das acç. § 71 e nota. Lafayette.—Dir. das cousas. Loc. cit., § 63.

(141) Lafayette—loc. cit., § 72. Savigny.—T. 5, p. 372.—Inst. L. 2 T. 5, §§ 12 e 13.—Cod. L. 7. Tit. 31. Const. Unica.

(142) Por tão largo espaço de tempo tem durado o abandono do patrimonio municipal que será rarissimo o caso em que o possuidor não possa allegar e provar que tem o direito á usucapião —ou *pro emptore* ou *pro donato*, *pro legato*, *pro soluto*, *pro hærede*, como enumera Bonjean —loc. cit. n. 1901 e seguintes.

dições ou quando trata-se de materias a que ellas não são applicaveis (143), viria dar ao possuidor o titulo que não apparece e fazer recuar qualquer pretensão á recuperação.

« A posse immemorial, ensinam os jurisconsultos (144), faz presumir a existencia do justo titulo e da boa fê (145) e não admite prova em contrario. E' essa a razão por que se costuma dizer que o possuidor adquire o dominio não propriamente em virtude de prescripção, senão do titulo presumido, deante do qual cedem todas as difficuldades que poderiam suggerir as outras especies de prescripção... No systema do nosso direito tem grande utilidade pratica; vem a ser a de supprir a extraordinaria em casos em que é esta inadmissivel, por lhe faltar algum requisito.»

O estudo da constituição historica da propriedade territorial no Districto Federal evidencia a improficuidade de qualquer tentativa da Municipalidade no sentido de, pelos meios judiciarios, reintegrar seu patrimonio ou de reforçar a verba de receita que dahi lhe podesse advir. (146)

(143) Savigny — loc. cit. § 195. T. 4.

(144) Lafayette — loc. cit. § 80.

(145) Reflecte Savigny — A usucapião transfere a propriedade ou suppre a prova de um direito adquirido? Este ponto de vista tem inteira applicação á usucapião de 30 annos, pois que muitas vezes o titulo realmente existiu e perdeu-se por accidente.

(146) Que a usucapião prevalece contra a Fazenda Nacional dil-o com precisão o preclaro Dr. Souza Bandeira, tão cedo perdido para as letras juridicas — Manual do Proc. dos Feitos § 499. Quando tratou o governo, pouco antes da fundação do Imperio, de tomar providencias sobre o dominio patrimonial do Estado, sempre recommendou que se respeitasse a posse e que o despejo só se operasse pelos meios judicias e depois de convencido de sua injustiça o occupante ou detentor.

Vide, entre outros, o Av. de 10 de janeiro de 1821, a Provisão de 14 de março de 1822, a Res. de 17 de junho do mesmo anno. Na lei n. 601 de 18 de setembro de 1850 respira a confissão de ceder o direito ao facto, e á tranquillidade da população as exigencias da Fazenda.

§ 4.º

PODE SER OPPOSTA A PRESCRIÇÃO EXTINGTIVA DA EMPHYTEUSE?

Mackeldey, invocando a Const. 7 § 6 do Cod. L 7 Tit. 39, Molitor (147) e entre os juriconsultos patrios o Conselheiro Lafayette (148) pensam que o emphyteuta que deixa passarem trinta annos sem pagar a pensão não ficará por esse facto exonerado della nem terá dest'arte adquirido livre a propriedade que lhe estava aforada. Para assim decidir este eximio juriconsulto expõe que não ha prescripção acquisitiva sem boa fê e portanto o emphyteuta nunca poderá prescrever a propriedade do prazo, tendo sciencia, como tem, que não lhe pertence o dominio directo.

Bohemero (149), Heineccio (150), Mello Freire (151), Puchta (152), Savigny (153), Lariche (154), Almeida e

Argumento em contrario podia dar o § 15 do Alvará de 5 de outubro de 1795 — sem titulo legitimo não vale a posse nas sesmarias do Brasil, mas ponderem-se as razões que determinaram a suspensão desse Alvará em 10 de dezembro de 1776 e ver-se-ha a inconsistencia do argumento.

Vide Savigny, loc. cit. T 5, pag. 369.

(147) Mackeldey — Dr. Rom. § 334 a not. 4 Molitor-Oblig. n. 629 — 5.º

(148) Dir. das cousas § 156, not. 2.

(149) Exercitationes ad Pandectas. — Exerc. 85 — principalmente no § 15.

(150) Recitationes § 938 — invocando o fr. 15 § 27 do Dig. De damno infecto — L. 33, tit. 2.

(151) Inst. Jur. civ. Lus. L. 3. T. 11 § 27.

(152) Storia del Dir., invocando a Const. 14 do Cod. De fund. patrim. L. 11 Tit. 61.

(153) Syst. do Dr. Rom. T. 5 §§ 241 e 242 — *Actio nata e negligentia continua*.

(154) Explicat. das Inst. T. 2, n. 2768 in fine.

Souza (155), Corrêa Telles (156), Coelho da Rocha (157), Teixeira de Freitas (158) defendem a these contraria.

Tratando-se, como é o caso, de prescripção extinctiva de acção, o requisito da boa fé não é necessario, quando *por via de excepção* o emphyteuta repelle a intenção do senhorio.

Bohemero, Savigny e Coelho da Rocha fornecem os raciocinios mais concludentes em apoio dessa doutrina, que os codigos modernos suffragam quasi uniformemente, seguindo-lhes a lição o « Projecto do Codigo Civil Brasileiro », apresentado pelo Dr. Coelho Rodrigues. (159)

Deixando o emphyteuta de pagar o fôro ou pensão por tres annos cumpridos e continuos (160), adquire o senhorio o direito de despejal-o e de reaver o immovel, tendo para isso a *actio locati* (161) ; o emphyteuta fica desde então equiparado a um locatario. (162) Si não o faz, começa a correr a prescripção, que se opera por ser a emphyteuse uma obrigação principal a que se ligam como accessorias prestações periodicas.

(155) Dir. Emphyt. § 1075 e seguintes.

(156) Doutr. das Acc. § 393 e nota 3.

(157) Instit. do Dir. Civ. Port. nas eruditas notas T — Si o devedor pôde prescrever contra o proprio titulo e Z — Sobre a prescripção da Emphyteuse.

(158) Consolidação — Art. 853 — nota 2.

(159) Cod. Civ. Fr. art. 2262.

Cod. Civ. It. art. 2435.

Novo Cod. Civ. Hesp. arts. 1961, 1963, 1969 e 1970.

Cod. Civ. do Chile, art. 2514 e seguintes.

Cod. Civ. do Districto Federal do Mexico — art. 1091.

Cod. Civ. Arg., art. 4017 e 4019

Dr. Coelho Rodrigues projecto do Cod. Civ. Bras. — arts. 249 e 250.

(160) Ord. L. 4 T. 39 pr — O contracto fica resolvido (V. Demolombe T. 25 n. 561).

(161) Ihering — De la volenté etc., pag. 313.

(162) Savigny — loc. cit., pag. 319.

A falta de pagamento de tres prestações continuas, constituindo violação fundamental do contracto e resolvendo-o, por effeito do pacto commissorio necessario e expresso, deve determinar o credor, que é o senhorio, a agir. Na locação e na emphyteuse, reflecte Savigny, o pagamento de cada prestação do aluguel ou fôro é o reconhecimento da divida principal; a falta delle deve fazer começar a prescripção da divida principal.

Na Constituição 14 do Codigo *De fundis patrim.* claramente determinou o imperador Anastacio:

«... hoc etiam adjiciendo, ut illi quoque, qui adempto canone hujusmodi fundos ab initio principali jussione datos sibi fuisse confirmant, si per quadraginta annos adempti canonis beneficium jugiter possederunt: nec canonem, cujus ademptionem quadraginta annorum possessio testatur, possint penitus profligari.»

Não devem os possuidores ser obrigados a possuir por modo diverso daquelle em que se mantiveram durante os 40 annos precedentes, quer em principio estivessem sujeitos ao pagamento do fôro quer não.

Contradizendo essa constituição, que é invocada por Mackeldey e foi objecto de profunda analyse de Bohemero, raciocina Savigny que evidentemente no caso da Const. 7 § 6 do Cod. de Præscript, a existencia do contracto foi estabelecida de um modo qualquer, de sorte que a prescripção não attinge senão o pagamento da pensão, o que se confirma pela obrigação, em que está o devedor, de dar ao credor uma *antapocha*.

Fundando-se a prescripção extinctiva na negligencia do credor, e excluido o requisito da boa fé, só exigida na usucapião, arredada toda a consideração de *peccado*

de que a Ord. do L. 4 T. 79 a tornava dependente e que a lei de 18 de agosto de 1769 no § 12 supprimiu, deve-se concluir que a acção do senhorio para reclamar do emphyteuta o immovel aforado por falta de pagamento do fôro, pôde ser opposta a prescripção extinctiva, ainda que o réo seja o originario devedor, ou por outra, extingue-se a emphyteuse, si o proprietario deixa prescrever a acção contra o emphyteuta.

§ 5.º

DE QUE MODO SE PODERA' OPERAR O COMMISSO EMPHYTEUTICO?

Confisco e commissio não se confundem (163). A prescripção daquelle pelo direito publico e pelo direito penal não importa a condemnação deste, instituição de direito civil, factio convencional, que entra no quadro das obrigações *ex contractu*.

O commissio nada mais é do que o pacto commissorio, a *lex commissoria*, clausula em virtude da qual as partes contractantes regulam os casos em que a inexecução do contracto determinará sua resolução. (164)

Verdadeira condição resolutoria que opera na extensão determinada pela lei ou fixada pela vontade das partes, o commissio emphyteutico independe de ser o emphyteuta judicialmente constituido em móra, que não pôde ser

(163) Alexandre Herculano.—Hist. de Port, T. III, pg 36, Decreto de 30 de dezembro de 1892, art. 4.—Pereira e Souza.—Dice. Jur. vb confiscação.

(164) Demolombe.—T. 25, ns. 485, 547, 551 in-fine.
Mackeldey.—Dr. Rom. § 457, n. 6.

purgada, salvo si o senhorio aceitar expressamente a purgação e o relevar do commisso em que cahiu. (165)

« Culpa possessoris ammittur emphyteusis ob non solutum canonem intra triennium, *quamvis emphyteuta ad illius solutionem interpellatus non sit, dies enim interpellat pro homine*, ensina Mello Freire. (166)

Incorre o emphyteuta em móra *ipso jure*, de pleno direito, não sendo necessaria sentença judicial que a pronuncie, mas o senhorio não pôde, por autoridade propria, *non solventem expellere* : nam, ut quis in propria causa jus dicat, ubi judex presto est, nemini concedendum, ne occasio detur majoris tumultus faciendi, como se exprime o grande mestre Mello Freire.

Sob o regimen das Ordenações Affonsinas, conforme o Titulo 80 do livro 4º, estava expressamente declarado que a intervenção do juiz sómente seria dispensada « quando a *possissom aforada* estivesse vaga, não podendo o senhorio *esbulhar o foreiro da possissom* ; cá em outra guisa, querendo-lhe alguém defender a posse nem poderá o dito senhorio per sy fazer esbulho ; cá nom parece que das Leix e Hordenações do Regno nação reixas de que necessariamente se sigam mortes ou feridas e outros grandes males e danos, que depois tarde ou nunca poderam ser repairados »

Na interpretação da Constituição 2ª do Codigo. — *De jure emphyteutico* (L. 4 Tit. 66) — que prestava-se a servir á opinião dos que quizessem attribuir ao senhorio o direito de despejar ex-propria auctoritate o emphyteuta em móra, prevaleceu a doutrina contraria, e si duvida

(165) Ord. L. 3, Tit. 39, § 1.

(166) Loc. cit.—L. 3 Tit. 11, § 27.

houvesse por ter a Ord. Filippina eliminado toda a disposição da Affonsina, a boa razão obrigaria a subscrever a opinião vencedora. (167)

§ 6.º

PODE SER OPPOSTA A PRESCRIPÇÃO DO COMMISSO ?

Dando aos commissos o character de pena civil, Fernandes Thomaz, o autor do Repertorio das Extravagantes, consolidou esta disposição — « Quaesquer que elles sejam tem logar contra elles a prescripção de cinco annos » e para justificar a these invoca o Assento n. 246 da Casa da Supplicação de 27 de Janeiro de 1748.

Coelho da Rocha (168), apadrinhando-se com Pinheiro, doutrina que, pedindo-se na acção de commisso uma pena, prescreve por cinco annos.

Essa intelligencia, tambem adoptada por Almeida e Souza (169), merece algum reparo principalmente quando se sustenta que além do commisso poderá o senhorio conjuntamente pedir os fóros devidos.

Corrêa Telles, contra Almeida e Souza, entende que uma exclue a outra acção, não se podendo pedir a pena convencional e os interesses do contracto. (170)

(167) *Donellus*—Opera Omnia. T. 2, L. 9, cap. 15, §§ 19 e 20—que, contra Bartolo, dá ao emphyteuta contra o senhorio o interdicto *uti possidētis*.—O annotador Oswaldus Hilligerus faz sentir que essa é a opinião commum.

Mackeldey—loc. cit., § 334, n. 6 c.

Maynz—Dr. Rom, n. 237, in-fine e nota.—Almeida e Souza—Dir. Emphyt. § 888 e 889, § 1110, nota.

Coelho da Rocha—loc. cit. § 557.

Lafayette—Dir. das cousas, § 456.

(168) loc. cit., § 557.

(169) Dir. Emphyt. § 801.

(170) Vide Coelho da Rocha, loc. cit. nota.

Dessa opinião foi Vinnius, mas reflecte Molitor (171) «a expulsão não pôde ser considerada como *pena* estipulada entre as partes ; a *pena* equivaleria ao canon e ás perdas e damnos e a expulsão ou despejo não pôde occupar o logar de canon.»

Não ha, pois, motivo para deixar de admittir cumulativamente a acção de despejo e a acção de contracto, que toma então o nome de acção «*privatoria*.»

A theoria das clausulas penaes (172) suffraga a opinião de Molitor, que deve prevalecer considerando-se que o commissio emphyteutico é nem mais nem menos do que uma das applicações da lei commissoria, pela qual se opera a resolução do contracto de emphyteuse.

Admittido, porém, que o commissio é pena, prevalece a prescripção quinquennial mas o senhorio não pôde demandar os interesses do contracto.

§ 7º

PÔDE SER EXCLUIDA A MÓRA ?

A Ord. L. 4 T. 39 § 1º consagra a renuncia expressa do senhorio à resolução do contracto mas, operando-se de pleno direito essa resolução, a renuncia equivale a um novo contracto por isso que o primeiro fica extincto (173). A doutrina tambem reconhece a renuncia tacita, desde que os actos ou factos, de que se pretende deduzil-a, não offereçam incerteza ou duvida. A renuncia de um direito não se presume.

(171) loc. cit., § 629, 4º, b.

(172) Mackeldey—loc. cit., § 185.
C. da Rocha—loc. cit., § 739.

(173) Demolombe—loc. cit., ns. 522 e 526.

A renuncia tacita deve resultar de actos que com toda a segurança demonstrem que o credor não pretende prevalecer-se das consequencias produzidas pela móra. Não deve haver a minima sombra de incerteza ; a duvida exclue a perda do direito.

Assim se pronuncia Chironi (175), attendendo a que pela móra *ipso jure* o contracto não existe mais e pela só vontade do devedor não pôde ella ser purgada.

Não é difficil applicar este conceito à emphyteuse cuja figura a Ord. do L. 4 T. 39 claramente descreve e portanto pôde-se estabelecer como *criterium* que qualquer factio ou acto referente a effeito futuro do contracto importa renuncia do direito, como si o senhorio, depois de incurso o emphyteuta no commisso, desse-lhe licença para a alienação do *jus in re* e recebesse o laudemio ou fóros ainda a vencer-se.

A só vontade do emphyteuta não opera a purgação da móra. Esta, porém, não é um factio brutal ; é um phenomeno juridico que tem de ser apreciado.

Ihering (176) declara que não é mais necessario, no estado actual da doutrina, justificar a existencia de culpa na móra ; para que se operem seus effeitos é necessario que o devedor esteja em falta.

Reconhece Mackeldey, embora o contrario ensine (177), que essa doutrina tem prevalecido.

Não sendo imputavel ao devedor a demora, provindo a falta de execução do contracto de força maior

(174) Idem n. 528.

(175) Colpa contrattuale—n. 336.

(176) De la faute en droit privé, p. 52.

(177) Loc. cit. § 381 e nota 8.

ou de caso fortuito, não pôde a móra produzir efeito juridico, o que, sendo irrecusavel na indemnização de perdas e danos (178), torna absoluta a these de Ihering — não é o damno que obriga á indemnização, é a falta ; não é a causalidade externa e sim a interna que a determina ; não é a acção de um modo absoluto mas a acção *que se quiz* o que obriga. (179)

A móra obedece ao mesmo typo. Si a causa não é imputavel ao devedor, si prova que não houve falta ou culpa de sua parte, a móra não existe.

A theoria corresponde ao sentimento juridico dos interpretes do direito romano e do direito patrio.

Já na Constituição 2^a do Codigo — De fundis patrimonialibus (L. 11 Tit. 60) o imperador Constantino dizia :

« A falta de pagamento de pensão devida por menores, em razão da emphyteuse não opera a perda de seus direitos ; o juiz, sem tocar nos direitos dos menores, deve constranger o tutor ou curador, que por sua negligencia retardou o pagamento, a indemnisar o prejuizo causado e condemnal-o por sua negligencia culposa.»

Arouca (180) proclama o principio «cùm quaelibet justa causa culpam excuset et moram.»

Daqui se explicam todas as restricções contra a decretação do commissio, o dizer Coelho da Rocha que a escusa qualquer causa, ainda que aparente e colorada, Corrêa Telles enumerar uma serie de justos impedi-

(178) Vide Demolombe. T. 24, ns. 546 e seguintes; Chironi, loc. cit., n. 322 in-fine.

(179) Loc. cit., p. 46.

(180) Adnotationes, Ad. L. I, Tit. 8. De rerum divis. L. I, § 1—2m o n. 291.

mentos (181), Teixeira de Freitas e Lafayette que o commissio é de si odioso e dahi resulta a tendencia, que a jurisprudencia pratica sempre mostrou para ampliar os motivos de escusa e de tal modo que quasi sempre a excluem.

Adopte-se como conceito fundamental da môra a culpa e o commissio emphyteutico descerà do arbitrario e do violento à justa harmonia de todos os interesses. (182)

§ 8º

VERIFICADO O COMMISSIO É DEVIDA A INDEMNISAÇÃO DAS BEMFEITORIAS ?

A Ordenação Filippina do L. 4 Tit. 39, aceitando o disposto na Affonsina (Tit. 80) e na Manuelina (Tit. 65), declarou que, no caso de commissio *ob non solutum canonem intra triennium*, o foreiro perderà *todo o direito* que na cousa aforada tiver, para o senhorio, *si o quizer*.

Foi o Direito Romano a fonte unica dessa Ordenação (183) que no final do § 2 mandou observar-o *nos bens profanos*.

Para indicar, porém, os effeitos da violação do contracto, a Ord. empregou as expressões « perderà todo o direito que na cousa aforada tiver, para o senhorio, si

(181) Doutr. dos açç. § 398, nota 3.—Vide Gama—quanto aos herdeiros.—Decisio 175; Dias Ferreira — Ao Cod. Civ. Port. art. 672.

(182) Em regra quando os civilistas tratam do commissio, como modo de extinguir o aforamento, o classificam entre os que decorrem—da culpa do foreiro. Assim Coelho da Rocha, § 556.

Diz *Donellus*—Neque iniquum est hoc statui adversum eum, qui in eo culpe sue penam luat.—(p. 1370).

(183) Vide Prefação á edição das Ords. Affons.—1792—p. VIII.
Basta confrontal-o com a Const. 2 do Cod. L. 4, Tit. 66,—De Jure emphyteutico.

o quizer », ao passo que a legislação romana claramente dispoz — « volenti ei licere eum à prædiis emphyteuticariis repellere : nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis, vel eorum quæ *emponemata* dicuntur, vel pæna opponenda: sed omnimodo eo, (si dominus voluerit) repellendo, neque prætendente quod non est super hac causa inquietatus. . . » (184)

Si as expressões — perderà *todo o direito* equivalem a *perda das bemfeitorias* é ponto da mais séria controversia.

A locação perpetua era usada nas cidades gregas da Italia meridional antes de sua submissão à dominação romana e tres seculos, pelo menos, antes da era christã (185). Pelos mais apurados estudos sobre as inscripções juridicas gregas (186) tem-se verificado, que no caso de resolução do contracto, como, entre outros, o celebrado sobre os terrenos pertencentes ao templo de Dyonisios (187) no titulo I § 4º, todas as plantações ou construcções feitas nos terrenos ficariam pertencendo à cidade, sendo o locatario obrigado a pagar eventualmente uma multa, *ampolema*, si, submettido o terreno a outra adjudicação, encontrasse preço inferior ao do extincto contracto. (188)

Regulando e dando a noção do contracto emphyteutico, o imperador Zenon reconheceu a fôrma grega (189), e impoz

(184) A novella 120, cap. 8, diz : ejiere de emphyteusi... non valentem de emponematis actionem aliquam..... non valente neque hic de emponematis aliquid pretendere. (Refere-se à emphyteuse ecclesiastica.)

(185) Garsonnet.—Hist. des loc. perp. p. 28.

(186) Dareste, Haussonllier e Th. Reinach—«Recueil des Inscriptions juridiques grecques ». Fasciculo 2º—1892.

(187) Heracléa na Lucania.—Estudo sobre as famosas *Taboas*.

(188) Dareste, loc. cit., p. 203, 230, 233, 253 e 273.

(189) Já para o contracto de venda e no respectivo commissio tinha sido nacionalisada a *ampolema*—Dig. fr. 4, § 3, L. 18. Tit. 3.

a perda das bemfeitorias. Quando, porém, a emphyteuse bysantina penetrou na Italia com os codigos de Justiniano entre o fim do reinado dos Ostrogodos e o começo do dos Lombardos (190), muito perdeu de sua aspe-reza, sendo numerosos os titulos que excluem formal-mente o commissio e estabelecem apenas a clausula penal. (191)

Só depois do seculo 12º o direito romano francamente influuiu sobre o direito portuguez (192) e quando a Univer-sidade de Bolonha eram attrahidos de todas as nações os que precisavam instruir-se nas lições de Irnerio, Bulgaro e dos demais glossadores (193).

Por occasião da codificação Affonsina já a exegese em-pregada pelos glossadores tinha estabelecido as relações entre os diversos textos da legislação romana e portanto a substituição dos termos—perda de bemfeitorias por perda de todo o direito—não podem deixar de andar ligados effeitos distinctos.

Quer no direito grego quer no romano o contracto emphyteutico tinha por objecto immóveis destinados á cultura, sendo preocupação do legislador o estado da agricultura, que, principalmente no imperio romano, era causa das mais sérias inquietações (194). Os textos em-

(190) Garsonnet—loc. cit., p. 262.

(191) Idem, p. 264 e notas.

(192) Midosi—loc. cit. Mello Freire—loc. cit. Hist., § 62 e nota.

(193) Dante Dal Re—I precursori italiani di una nuova scuola di dir. rom., p. 19.

Puchta—Storia—§ 143, vol. 2.

Accursio—o ultimo dos glosadores, morreu em 1260.

(194) Nas inscripções juridicas gregas podem ser apreciados os de-talhes relativos aos diversos generos de cultura. Vide tambem Garson-net—loc. cit., p. 154.

pregam as expressões — *ager, prædium, fundi* e só um (195) refere-se a — *vectigales ædes*.

E' licito concluir que no direito romano o contracto de emphyteuse não tinha por fim o aproveitamento dos terrenos para construcção de casas (196) e que portanto a perda das bemfeitorias era da essencia do contracto, sancção dos intuitos do legislador — a cultura agricola.

A Ordenação, empregando a expressão — *possessão (possessiones)* — cogitou das terras de cultura, estabelecendo essas relações de direito agrario.

Si para a formação de districtos urbanos, cidades e villas, a emphyteuse foi applicada a esse outro fim, não é curial attribuir-lhe effeitos não cogitados em sua origem e que perturbam profundamente as idéas não já de equidade mas de justiça.

Não ha a mesma razão de direito. As bemfeitorias de que um campo ou possessão agricola era susceptivel ao tempo da Ord. Affonsina, não podem ser equiparadas às construcções que se levantaram nos terrenos urbanos.

E quando o direito romano, indicado expressamente pela Ord. do L. 4, T. 39 n. 2 como subsidiario, podesse autorizar semelhante rigor, a lei de 18 de agosto de 1769 § 9 e os Estatutos da Universidade de Coimbra, cujo merecimento Corrêa Telles (197) com agudeza não vulgar tão justamente poz em relevo, oppor-se-hiam a isso por ser contra a equidade e as leis das nações mais civilizadas.

A perda das bemfeitorias não pôde ser um dos effeitos da resolução do contracto emphyteutico.

(195) Dig. L. 39, Tit. 2—fr. 15 § 26. V. Maynz—Dr. Rom, § 114 nota 34—Pellat—loc. cit., p. 607.

(196) *Vectigales Ædes*—são casas já construidas e dadas pelo *dominus* em emphyteuse.

(197) Commentario critico á lei da Boa Razão.

Não mantida pelo código civil francez, a emphyteuse tem perdido quasi toda sua aspereza e está reduzida a instituição inoffensiva.

No caso de devolução do immovel ao senhorio, a indemnisação das bemfeitorias, que com relação a terceiros tão importante função representam no desenvolvimento do credito territorial, é preceito obrigatorio.

O Código Civil italiano no art. 1566, o Código Civil hespanhol no art. 1652, o Código Civil do Districto Federal do Mexico no art. 3149, o Código Civil do Perù no art. 1900 assim dispõem e o Código Civil portuguez, abolindo o commisso, só autoriza a devolução do predio ao senhorio, quando (art. 1672) o foreiro deteriora o predio de modo que o valor deste não seja equivalente ao do capital correspondente ao fôro e mais um quinto.

O projecto do Código Civil pelo Dr. Felicio dos Santos no art. 2351 regula a indemnisação das bemfeitorias no caso de consolidação, e o do Dr. Coelho Rodrigues, mantendo o commisso, impõe ao senhorio a obrigação de pagar as bemfeitorias aos credores do emphyteuta, si quizer consolidar o prazo (art. 1502).

A interpretação indicada encontra apoio nas regras de direito applicaveis aos effeitos da acção de reivindicção e da applicação do pacto commissorio ao contracto de compra e venda.

A indemnisação das bemfeitorias necessarias e uteis não é objecto de duvida, que sómente affecta as volutuarias. (198)

(198) Vide Molitor—Oblig. ns. 509 e seguintes; Pacifici-Mazzoni, Cod. Civ. It., n. 30.—Tratt. della vendita—Laurent—Dr. Civ. Tit. 24 ns. 356-357, Tit. 17, ns. 156 e seguintes.

Acceptável é a conclusão de Corrêa Telles (199), quando ensina que, embora o aforamento tenha clausula que o prazo se devolverá ao senhorio com todas as bemfeitorias, que tiver, esta clausula se deve entender das bemfeitorias modicas ou feitas — *necessitate juris* e não das grandes, que augmentam o valor da cousa ; porque de outra sorte seria o facto iniquo, não sendo conforme à boa razão, que um se locuplete com o cabedal alheio sem justa causa. (200)

No Alvará de 26 de abril de 1745, na lei de 9 de setembro de 1766 §§ 25 e 26, nos Alvarás de 27 de novembro de 1804 § 5º e de 10 de abril de 1821 o direito ás bemfeitorias está proclamado e quando fosse contestavel, a Ord. do L. 4 T. 13 § 6º — que trata da lesão — habilitaria o foreiro a fazer vingar o seu direito. O que elle perde é simplesmente o de continuar a ser emphyteuta.

§ 9º

CONVIRÁ Á MUNICIPALIDADE INTENTAR A ACÇÃO DE COMMISSO ?

O processo de desapropriação por necessidade ou utilidade publica municipal presta-se a resultados que, offendendo o sentimento de justiça, embaraçam a execução de melhoramentos inadiaveis.

Reconhecido, no caso de commisso, o direito á indemnisação das bemfeitorias, póde operar-se a consolidação do dominio da Municipalidade com muito menor sacrificio de seus cofres e como succedaneo da desapropriação.

(199) Questões de direito emphyt.—questão 165.

(200) Vide Almeida e Souza—Dir. emphyt., §§ 604 a 613, 1120 a 1124—Appendice a esse tratado, §§ 35 a 46.

Coelho da Rocha, § 558.

Subordinar o interesse publico a exigencias particulares nem sempre confessaveis, quando, usando de seu direito, póde a Municipalidade chegar ao mesmo fim com vantagem para as suas finanças, seria fazer uma renuncia que as necessidades do Districto Federal não podem tolerar.

Sempre que houver vantagem em recorrer ao commisso, em vez de usar da desapropriação, que aliás depende de decreto do Conselho, deve ser preferida essa fôrma de servir ao interesse publico.

O decreto n. 353 de 12 de julho de 1845, restaurado pelo art. 54 da lei n. 85 de 20 de setembro de 1892, embora viesse libertar a Municipalidade dos effeitos de *calculos absolutos*, quasi sempre altamente prejudiciaes, não offerece, por pesado formalismo, a ductilidade necessaria aos emprehendimentos de uma administração que não queira esterilisar-se.

§ 10

PÓDE A MUNICIPALIDADE TRANSIGIR COM OS FOREIROS E USURPADORES?

Como qualquer outro senhorio a Municipalidade póde relevar o foreiro do commisso em que cahiu, *ex-vi* da Ord. do L. 4, Tit. 39, § 1.º

Resolvido de pleno direito o contracto por effeito de pacto commissorio, deixou elle de existir, readquirindo o senhorio o direito de celebrar outro.

O aforamento dos bens municipaes independe de hasta publica, e portanto póde a Municipalidade, em vez de

intentar acção de commissio ou de reivindicção, contractar com o foreiro incurso nelle ou com o usurpador, que sem titulo esteja de posse de terrenos municipaes a emphyteuse, regulando-a pelo direito em vigor.

Com relação aos terrenos de marinhas assim procedeu-se em 1832.

Ainda occorre que tão grandes difficuldades oppondo-se a que a Municipalidade reintegre seu patrimonio pelos meios judiciaes, ha em Direito a instituição da — transacção — que a habilita a conseguir proximamente seus intuitos.

A transacção é o contracto pelo qual duas ou mais pessoas decidem por meio de concessões reciprocas uma contestação sobre que disputam ou receiam disputar (201) ou, como se exprime Mackeldey (202), todo o accordo sobre um direito litigioso, ou pelo menos duvidoso e incerto, que tem por fim fazer cessar o litigio ou a incerteza, renunciando cada uma das partes em favor da outra alguma ou algumas de suas pretensões.

A lei n. 85 de 20 de setembro de 1892 attribuiu no art. 15 § 9º competencia ao Poder Legislativo Municipal para resolver sobre accordo ou composição nos casos em que a lei não vedar.

Tem a Municipalidade o poder de aforar seus bens; nada impede que para regular sua administração (citada lei, art. 15, n. 8) autorize o prefeito a transigir pela fôrma indicada.

(201) Coelho da Rocha—loc. cit., § 744.

(202) Dr. Rom., § 470.

§ 11

PÓDE O CONSELHO MUNICIPAL AUTORIZAR O RESGATE DOS AFORAMENTOS ?

O resgate, quando determinado em lei, é em substancia, como ensina Pacifici-Mazzoni (203), uma desapropriação forçada do dominio do senhorio em favor do emphyteuta, justificada pelo interesse geral de tornar a propriedade plena e livre. Por elle se extingue a emphyteuse.

O projecto do Dr. Coelho Rodrigues no art. 1503 o consigna, como o fizera o Dr. Felicio dos Santos no art. 2350 do que apresentou e está em estudo no Senado.

Autorizar o resgate é autorizar alienação de bens patrimoniaes e por uma fórma de que a lei n. 85 de 20 de setembro de 1892 não cogitou.

O Conselho Municipal pôde decretar a venda de bens municipaes, mas subordinando-a às formalidades do art. 15 § 8 alinea b, — *hasta publica* — inadmissivel na hypothese.

O resgate, extinguindo a emphyteuse, só por lei federal pôle ser decretado.

E' um contracto de direito civil que ao Congresso Federal *ex vi do art. 34 n. 23* da Constituição compete regular.

§ 12

GOZA A MUNICIPALIDADE DO «JUS PROTIMESIOS», OPÇÃO OU PRELAÇÃO QUANTO AOS TERRENOS DE MARINHAS E MANGUES ?

Não tendo a Municipalidade senão o usufructo — *foros e laudemios* (204) e pertencendo a nua propriedade á

(203) Della Enfiteusi, n. 17.—Affrancazione.

(204) Pacifici-Mazzoni—loc. cit., Tit. 1 n. 391.

Republica, a esta cabe o direito de prelação ou opção.

Assim entende em these Corrêa Telles (205) e procede a conclusão na hypothese, embora a licença seja requerida á Municipalidade, que, concedendo-a, nada mais faz do que exercer por delegação o direito do senhorio. (206)

§ 13

COMPETE-LHE QUANTO A ELLES A ACÇÃO DO COMMISSO ?

Seria seu effeito a consolidação do dominio, o que *prima facie* é inadmissivel.

A lei n. 38 de 3 de outubro de 1834 no art. 37 § 2 adjudicou á Camara Municipal os fóros dos terrenos de marinhas e autorizou o aforamento para edificações, determinando assim a modalidade do usufructo.

Não pôde alterar a fôrma de seu direito e adquirir pelo comisso bens não susceptiveis de aforamento que, na phrase da carta de lei de 4 de julho de 1776, consiste essencialmente em conceder chãos para edificar ou terras incultas para abrir e não se confunde com a locação, que versa sobre casas já feitas e quintas habitaveis. (207)

Não lhe sendo permittido aforar as casas, ou converteria em arrendamento a fôrma de usufructo ou seria obrigada a vender os immoveis pelo modo por que no Imperio Romano entravam no dominio privado os bens do principe *empti privato jure salvo canone*. (208)

(205) Questões do Dr. emphyt.—Questão 183.

(206) Instrucções do Ministerio da Fazenda de 28 de dezembro de 1889.

(207) A censura do Dr. Felicio dos Santos ao Alvará—Commentario ao seu « Projecto de Codigo Civil », T. V. p. 26, parece referir-se sómente ao criterium da modicidade da pensão.

(208) Garsonnet—Hist. des loc. perp., p. 149.

§ 14

PÓDE CONSENTIR QUE O FOREIRO PURGUE A MÓRA ?

Parece que operando-se a resolução do contracto de pleno direito e competindo exclusivamente ao senhorio relevar o foreiro do commisso em que cahiu, ao Ministerio da Fazenda incumbe deliberar e a elle deve dirigir-se a Municipalidade, que aliás não está inhibida de demandar os fóros vencidos.

Isso não importa renuncia, e si importasse, seria nenhuma por faltar à Municipalidade o poder de fazel-a.

§ 15

PÓDE TRANSIGIR COM O FOREIRO EM MÓRA ?

A solução dada à questão antecedente applica-se a esta.

Autorisada pelo Ministerio da Fazenda a promover o commisso, isto é a dar efficacia á sancção da violação do contracto, ou a transigir com o foreiro para evitar pleito de exito incerto, a Municipalidade, nos termos de sua lei constitutiva (art. 15 § 9º), poderá fazer a accommodação que quizer, uma vez que ao direito de nua propriedade foi prestado o respeito legal.

§ 16

QUANTO AOS TERRENOS ACCRESCIDOS AOS DE MARINHAS « QUID JURIS » ?

Limitado à percepção dos fóros, o direito da Municipalidade se reduz à acção para cobral-os.

A' União compete o exercicio dos demais direitos de-
fluentes da emphyteuse e para pol-os em acção deverá o
Ministerio da Fazenda informar-se dos factos que atten-
tam contra elles.

Usufructuaria, a Municipalidade é responsavel pelos
prejuizos que resultarem de sua omissão.

§ 17

RECUSANDO A MUNICIPALIDADE RECEBER O LAUDEMIO, QUE
PROCEDIMENTO DEVERÁ TER O FOREIRO ?

Na Ord. do Livro 4 Tit. 38 princ. está a solução.

« Concede-se 30 dias ao senhorio para deliberar e
exercer esse *direito de opção*. Não deliberando ou não
satisfazendo o preço no referido prazo, fica livre ao foreiro
vender a cousa a quem quizer ». Assim consolidou
Teixeira de Freitas no art. 617 a regra do direito.

Não fica, porém, dispensado de pagar o laudemio, con-
vindo effectual-o por meio de consignação judicial, si
recusar a Municipalidade recebê-lo.

§ 18

A PRETEXTO DE ESTAR O FOREIRO INCURSO EM COMMESSO PÔDE
A MUNICIPALIDADE NEGAR LICENÇA PARA OBRAS NO PREDIO
AFORADO ?

Esse meio coercitivo está condemnado.

A portaria de 31 de julho de 1852, expedida sobre
luminoso parecer do conselheiro Procurador da Corôa de
14 de junho de 1852 (209), declara « quaesquer que

(209) Costa Lima—loc. cit., ps. 93 a 100.—

sejam os direitos que a Camara ou a Fazenda Publica tenha sobre os terrenos, devem ser reivindicados pelos meios competentes e não negando licença para construir obras. «

CAPITULO VI

TRANSACÇÃO E DIREITO — NOVOS HORISONTES DA EMPHYTEUSE.

O direito vigente, quer material quer formal, não resolve as difficuldades, em que, pela indifferença votada aos seus interesses patrimoniaes, se acha envolvida a Municipalidade.

Titulos que se prestam a toda a sorte de duvidas, impossibilidade quasi absoluta de discriminar da propriedade allodial a foreira e de assignalar-lhe a identidade, as excepções extinctivas da emphyteuse e do commisso, a interpretação dos conceitos juridicos que deverão predominar na solução do conflicto entre a Municipalidade e os possuidores, oppõem-se a que as relações de direito tenham um caracter de fixidez e de certeza.

Transacção ou novo direito? Um dos meios não exclue o outro, antes poderá completar senão corrigir.

No estado irritante da questão, em que os dous orgãos da Administração Municipal — o Conselho e o Prefeito — se annullam e esterilizam pela divergencia do esforço, da transacção pouco resultado se obterá. Falta a uma das partes a superioridade moral que lhe daria o maximo das vantagens no accordo e o bem publico a invocar, mera ficção perante o interesse particular mal educado, senão

desilludido e descrente da sinceridade de seus promotores, seria quantidade nulla no calculo da accommodação.

Não é razão para deixar de tentar a transacção, assentando-a na larga base da equidade.

Esperar da reforma da legislação ou da intervenção dos tribunaes judiciarios o devido aproveitamento do patrimonio, seria desbaratar promptos recursos e attribuir ao desconhecido e ao imprevisto a solução de questões em que a prudente probidade administrativa não pôde nem deve manter-se inerte.

A severidade e o rigorismo das regras de direito, que no regimen das ordenações subsidiado pela legislação romana dão ao senhorio a posição predominante no contracto emphyteutico estão absolutamente condemnados, invertidas pela analyse e pela equidade as posições. Ao emphyteuta, ao foreiro que representa o resultado mais proximo, mais visivel, mais tangivel do trabalho adjudicam-se todas as sympathias.

A' presumpção feudal — *nenhuma terra sem senhor* — succede a presumpção — a terra é livre ; á liberalidade como titulo e posse oppõe o trabalho — o esforço muscular ou nervoso — a conquista.

E a essa tonalidade, que a economia politica impõe, terá de obedecer a reforma, como na America do Sul já se impoz e na Europa ha de prevalecer.

Si não está inteiramente proscripta a emphyteuse, tem sido por tal modo despida de suas armaduras medievas que pôde representar com vantagem uma das variadas conciliações do trabalho e do capital, consorciando-os no desenvolvimento e producção da riqueza e por esse modo addiando o collectivismo agricola que a questão social —

apoiada na tradição e no facto (210), reclama e reivindica.

O Codigo Civil da Republica Oriental do Uruguay não reconhece a emphyteuse e apenas perfilhou o censo consignativo. (211)

O da Republica Argentina, no capitulo *De las restricciones y limites del dominio*, prohibe aos proprietarios de bens de raiz (art. 2614) constituir sobre elles — *derechos enfiteuticos* —, aceitando sómente o contracto oneroso de renda vitalicia (arts. 2070 a 2088).

O Codigo Civil do Chile, repellindo a emphyteuse e adoptando o censo consignativo (arts. 2022 a 2052), tem provocado da jurisprudencia — considerar como arrendamento a emphyteuse temporaria e como venda a perpetua (212), o que faz retroagir as relações de direito defluentes desse contracto ao tempo anterior á celebre Constituição do Imperador Zenon a Sebastião, prefeito do pretorio. (213)

A Bolivia, no art. 1327 de seu Codigo Civil, peremptoriamente declarou — « Ningun boliviano, ninguna corporacion ni otro establecimiento podrá hacer en adelante imposiciones de censo ya sea consignativo, reservativo o enfiteutico. »

A Republica do Equador, no art. 2014 do Codigo Civil, prohibiu — « gravar los fundos com censos — sean de naturaleza que fueren » — e a Columbia, de-

(210) Lavelleye — *De la propriété et de ses formes primitives*, 4^a ed. pag. 272 e seguintes.

(211) Arts. 1817 a 1835.

(212) Carlos Risopatron — *Dicc. razon. de leg. y jurisp. chilenas vb enfiteuse* T. 1. pag. 439.

(213) Cod. L. 4, T. 66 — *De jure emphyteutico*.

cretando pela lei 57 de 1887 a unificação da legislação nacional, fez extensivo a toda a Republica — tornada unitaria — o Codigo Civil de 1873, que não reconhece a emphyteuse.

Aceitando-a, os Codigos do Perú e do Districto Federal do Mexico e do Territorio da Baixa California — sob a denominação de « Censo enfiteutico » estabeleceram para o caso de commisso a obrigação de indemnisação das bemfeitorias, declarando o do Perú (art. 1883) que essa obrigação prevalece, ainda pactuado o contrario.

Abolido o laudemio pelo Codigo Mexicano (art. 3100), foi mantido simplesmente como convencional pelo do Perú (art. 1896), que, com relação ao commisso, permittiu purgar a móra, emquanto não houver sentença executoria (art. 1903), sendo de um anno, segundo o Codigo Mexicano (art. 3146), a prescripção do commisso, que aliás independe de interpellação judicial (art. 3124).

Na Europa, si o exemplo dado pelo Codigo Civil francez, que aboliu a emphyteuse, não foi geralmente seguido, esse contracto tradicional perdeu muitos de seus caracteristicos.

A lei belga de 10 de janeiro de 1824, ratificando a abolição do *jus protimeseos* pelo desuso, prohibiu o laudemio e, guardando silencio sobre o commisso, o reduziu à clausula resolutoria tacita de todos os contractos synallagmaticos. (214)

No « Avant Projet de révision du Code Civil » Laurent, mantendo a abolição do laudemio, o direito à indemnisação de bemfeitorias e a prescripção de 30 annos, torna expressa a condição resolutoria, que se opera pela falta

(214) Laurent.— Princip. de droit civil n. 397 — T. 8.

de pagamento de pensão durante cinco annos consecutivos. (Art. 729 § 2º)

Na Italia, os tres projectos de Codigo Civil — Cassinis, Miglietti e Pisanelli — não a consignaram, obedecendo este não ás suas impressões pessoaes mas á generalidade das informações dos magistrados e jurisperitos. Prevalecendo, porém, no codigo de 1865, nem permittiu-se o laudemio nem a devolução ao concedente sem indemnisação de bemeitorias nem a sub-emphyteuse, antes declarou-se livre a alienação (art. 1562) e obrigatorio o resgate (art. 1264), proclamada a prescripção trintennaria para a emphyteuse (art. 1563) e a de cinco annos para a prestação annua. (art. 2144)

O Codigo Civil Portuguez de 1867 occupou-se com os emprazamentos de futuro (art. 1653 e seguintes) e de preterito (art. 1689 e seguintes), abolindo de futuro a sub-emphyteuse ou sub-emprazamento (art. 1701) e o censo reservativo. (art. 1706)

Proscripto o laudemio (art. 1657 quanto ao futuro e passada para o adquirente a obrigação de pagal-o quanto aos emprazamentos de preterito (art. 1693 paragrapho unico), abolio o commissio e só admittiu a devolução ao senhorio, si o foreiro deteriorar o predio de modo que o valor deste não seja equivalente ao do capital correspondente ao foro e mais um quinto (art. 1672).

Reconhecendo no senhorio o direito de preferencia no caso de alienação, deu-lhe como unica sancção o de haver-o do adquirente pelo preço da aquisição (art. 1681) e estabeleceu como verdadeira a reciproca em relação ao foreiro, sendo, pois, a preocupação equiparar as duas partes contractantes.

Quanto à prescripção, decretou a de cinco annos para a cobrança dos fóros (art. 1984) e a da emphyteuse submetteu á dos outros bens immobiliarios (art. 1686).

O Código Civil hespanhol de 1889 que denomina de *censo enfiteutico* a emphyteuse (art. 1605) aboliu a sub-emphyteuse (art. 1654).

Mantendo o commisso (art. 1648), estabeleceu o direito á indemnisação das bemfeitorias (art. 1652) e a *redemption* (art. 1608), dando ao *jus protimeseos* como sancção — la accion de retracto em todo o tiempo hasta que trascurra un año, contado desde que la enajenacion se inscriba en el registro de la propiedad (art. 1639) — Reduzindo o laudemio a 2 %, transferiu ao adquirente a obrigação de pagar-o ao senhorio.

Da emphyteuse não se occupa o projecto do Codigo Civil allemão, parecendo que por motivos de excepção o tornará objecto de lei especial (215).

Nos tres projectos de Codigo Civil brasileiro, Teixeira de Freitas (arts. 4423 a 4529), Felicio dos Santos (arts. 2343 a 2371) e Coelho Rodrigues (arts. 1482 a 1510) á emphyteuse foi dispensada a maior attenção.,

Si o primeiro (art. 4472) e o terceiro (arts. 1489 a 1492) mantém o laudemio, o segundo no art. 2349 o extingue absolutamente; por todos, embora divergentes quanto aos casos, é reconhecido o direito de indemnisação das bemfeitorias, sendo o commisso regulado de modo a harmonisar os interesses reciprocos.

Mantendo o 1º e 3º projectos o commisso quando desrespeitado o direito de opção, modificam-n'o dando ao se-

(215) Jules Challamel — Étude sur la partie du projet du code civil allem. relative aux droits réels — Bulletin de la soc. de lég. comp. 1889 — p. 405.

nhorio (art. 4502 do 1º e 1492 do 3º) a faculdade de intentar acção de nullidade da alienação.

Estabelecendo o projecto Teixeira de Freitas a remissão da emphyteuse (art. 4525) pelo emphyteuta, o projecto Felicio dos Santos o direito de requerer a consolidação, em todo o tempo, do dominio directo do senhorio ao seu dominio util (art. 2350), o projecto Coelho Rodrigues o resgate do aforamento (arts. 1501 a 1506); tornando o projecto Felicio dos Santos facultativo ao senhorio tambem por indemnisação extinguir (art. 2351) a emphyteuse em qualquer tempo, e o projecto Coelho Rodrigues com preferencia aos credores do foreiro (art. 1502), rompem com o passado e sem duvida abrem caminho á emancipação da propriedade territorial.

Nenhum dos tres projectos extingue a indivisibilidade do prazo ou a prohibição de dividil-o por glebas sem o consentimento do senhorio, o que no projecto Coelho Rodrigues está de harmonia com a liberdade de desherdação (art. 2502), sendo portanto livre o encabeçamento do prazo em um só dos successores.

A Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891 foi proclamado vencedor o principio da uniformidade ou unicidade da legislação civil (art. 34 n. 23) e a uma área de 8.307.806 kilometros quadrados (216) em grande parte não explorada foram impostas a mesma organização da propriedade territorial, as mesmas fórmas de desenvolvimento agrario, tolhendo-se aos Estados, a quem aliás se adjudicou o dominio das terras devolutas, o direito de ensaiar combinações que não tenham sido consagradas nas leis federaes.

(216) Moreira Pinto.— Chorographia do Brazil, p. 13.

De federativa e converteu-se em unitaria de direito quanto à legislação uma republica em que os grãos de latitude de sua posição condemnão fundamentalmente a uniformidade de suas funcções de relação.

Maior deve ser o cuidado do legislador quando tem de regular assumpto de multiplices faces, qual o da constituição e funcionamento da propriedade territorial, por que delle dependerá no problema complexo do aproveitamento e distribuição das terras toda a prosperidade do Brasil, cuja principal industria, salvo o illogico e falho processo da protecção às industrias fabris e manufacturieras, será por muitos annos a agricola.

Ligada essencialmente à liberdade politica está a propriedade territorial, e todos os factores que retardarem a emancipação dessa propriedade se reflectirão sobre aquella, mantendo laços de dependencia e sujeição incompativeis com os direitos que o cidadão é chamado a exercer.

Si ao capitalista, ao grande proprietario territorial deve ser licito dar ao seu capital a feição contractual que lhe aprouver, não se lhe poderá outorgar o direito de sobresaltar o trabalho, tirar-lhe todo o effeito util e à sombra de um supposto direito conferido ao foreiro de ser indenizado das bemfeitorias autorisar todos os esbulhos, todas as oppressões e tyrannias.

A tranquillidade da exploração da terra, a segurança do foreiro é incompativel com o commisso, por mais atenuada que seja a sua cultura, como é incompativel com o direito conferido ao senhorio de consolidar quando lhe aprouver ao seu dominio directo o util, si é que se póde correctamente admittir esse dualismo.

A indemnisação das bemfeitorias não é correctivo em que se possa confiar.

O senhorio não pôde ter o direito de despejar o emphyteuta embora com esse encargo. A legislação portugueza nunca deixou de reconhecer os abusos e os vexames que andavam ligados á indemnisação e o Alvará de 10 de abril de 1821 o proclamou com a maior evidencia.

A Inglaterra, na questão da Irlanda, já reconheceu esse direito e sem resultado. A lei de 13 de agosto de 1875, modificada em 25 de agosto de 1883, é ainda objecto das mais serias ponderações e não tem dado effeito salutar. (216 bis) Todas as perturbações se mantem e a indemnisação é illusoria.

Proibir a divisão do prazo por glebas, superstição condemnada pela economia politica e meio de oppressão, é contrariar a emancipação da terra, difficultando principalmente aos successores o resgate do seu quinhão e como consequencia o advento prompto da propriedade individualista.

A emphyteuse deve ser effectivamente perpetua e potencialmente divisivel; deve ser um modo eventual de transmissão da propriedade plena, competindo o resgate, em qualquer tempo, ao foreiro e não podendo o senhorio allegar beneficio algum de termo. A terra é um capital cuja renda não pôde deixar de ser o resultado do trabalho actual. E' o homem que pertence á terra e não a terra ao homem.

Nem se deve perder de vista a observação de Thorold Rogers no capitulo « *Historia da renda territorial na*

(216 bis) *Journal des Économistes* — La lég. angl. sur l'indemnité de plus valeur au fermier sortant. Março 1890. *Annuaire* — Lég. étrag. 1889.

Inglaterra », na Interpretação económica da historia : « Sem nos lançar em afirmações concernentes ao futuro, podemos assegurar que os proprietarios do seculo XVIII fizeram do rendeiro inglez o primeiro agricultor do mundo, e que os do nosso o reduziram à mendicidade... » Os nobres dedicaram-se igualmente à agricultura.

« L'ordinamento giuridico della proprietà si lega intimamente allo stato ed alle condizioni economiche della società. Si in ogni tempo e in ogni luogo, dovunque sono state uomini sulla terra, si trova sempre una proprietà, che rappresenta il complesso dei beni sottoposto all'impero del uomo e necessari alla sua esistenza ; questa proprietà però, nei singoli tempi e nei singoli luoghi, ha mutato anche sempre di natura e di forma, mutando i bisogni e lo sviluppo dell'organismo sociale.

Le teorie giuridiche s'entrecciano e s'integrano a vicenda colle teorie economiche, per quanto riguarda specialmente l'ordinamento della proprietà ; ma le une e le altre non sono poi, che risultato ed espressione logica, a un punto, delle necessità sociale dominante storicamente in un dato tempo e in un dato luogo. L'opera dell'economista e del giurista mira sempre, anche inconsciamente, a idealizzare ed organizzare il reale ; come l'opera del legislatore non mira che a realizzare continuamente l'ideale dai primi escogitato per incarnarlo via via in quelle istituzioni che crede le più adatte a soddisfare i bisogni effettivi della vita e a favorirne lo sviluppo progressivo »

Estas reflexões de Enrico Cimbale (217) explicam por

(217) La nuova fase del diritto civile — 1889, p. 172.

que a Italia manteve a emphyteuse (218) e estabeleceu a *affrancazione*, despido o senhorio do poder enorme de que estava de posse, aliás profundamente modificado desde que a emphyteuse bysantina penetrou na peninsula.

Com esses intuitos a emphyteuse pode ser mantida, eliminada a influencia feudal que se manifesta no dualismo do dominio—*directo e util*—, dualismo desconhecido no Direito romano e que Cujacio e Doneau desde o seculo XVI procuraram combater (219).

(218) Vide Pacifici-Mazzoni — Cod. Civ. It. Comm.— Vol. 13 — Della enfiteusi — ns. 1 e 2.

Foschini — I motivi del Cod. Civ. Tit. 8.

(219) V. Molitor. Oblig. T. 1 n. 623 — Dias Ferreira — Comm. ao art. 1653 do Cod. Civ. Port. in fine.

Laurent — Cours de Dr. civ. T. 8, ns. 342 e seguintes. Id. Avant Projet de révision du Code Civil — Comment. ao art. 724.

Gabba — Retroattività delle legge — L. 3, Parte 2, Cap. V, § 9 — 3º vol., p. 139.

Lafayette — Direito das Cousas, § 139, notas 11 e 12 — Roguin — La règle de droit, p. 276.

Os tres projectos de Código Civil Brasileiro — T. de Freitas, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues — mantem as expressões — dominio util e dominio directo, como fez o Código Portuguez.

CONCLUSÕES

I

Presumem-se livres ou allodiaes os chãos, salvo prove em contrario.

II

Nenhum possuidor pôde ser demandado pela Municipalidade para exhibir o instrumento do prazo ou o titulo da posse.

III

A Municipalidade tem acção de reivindicação contra os usurpadores de seu patrimonio.

IV

A acção de reivindicação cede à usucapião ou prescripção acquisitiva.

V

A emphyteuse extingue-se pela prescripção e della pôde o foreiro prevalecer-se contra o proprio titulo.

VI

Só por sentença judicial pôde ser decretada a devolução do prazo à Municipalidade por effeito do commisso.

VII

A acção de commisso, effeito do pacto commissorio, incide sob a regra geral da prescripção extinctiva das acções reaes; considerada, porém, como pena, a prescripção quinquennial a exclue.

VIII

A falta de culpa exclue a móra do foreiro.

IX

Decretado o commisso, é devida ao foreiro a indemnisação das bemfeitorias.

X

A acção de commisso pôde ser com vantagem intentada como succedanea ou auxiliar da desapropriação por necessidade ou utilidade publica municipal.

XI

A transacção é meio legitimo de fixar as relações de direito entre a Municipalidade e os foreiros em móra, podendo com elles ser contractados novos aforamentos.

XII

O Conselho Municipal não pôde decretar o resgate dos aforamentos e por essa fórma extinguil-os.

XIII

Quanto aos terrenos de marinhas e de mangues, a Municipalidade, mera usufructuaria, não goza do *jus protimeseos* ou do direito de opção.

XIV

Não compete à Municipalidade acção de commissio quanto aos terrenos de marinhas e de mangues.

XV

Sem autorização do Governo Federal não pôde a Municipalidade consentir que o foreiro de terrenos de marinhas purgue a móra, relevando-o do commissio, nem com elle transigir.

XVI

Quanto aos accrescidos de marinhas, competem à Municipalidade as acções que resultam de seu direito pessoal à percepção de fóros.

XVII

O deposito em pagamento ou consignação judicial do laudemio é meio legitimo de corrigir a omissão da Municipalidade.

XVIII

Não se confundem as relações de direito resultantes do aforamento e da licença necessaria para obras, constituindo abuso de poder tornar esta dependente daquellas.

XIX

A acção judicial, de exito incerto, é insufficiente para reintegrar o patrimonio da Municipalidade.

XX

Emquanto o Poder Legislativo Federal não autorizar o resgate dos aforamentos e não impuzer a emphyteuse nova figura juridica, a Municipalidade deverá transigir com os foreiros e com os usurpadores, si não quizer esterilizar inteiramente seu patrimonio territorial.

INDICE

	PAGS.
CAPITULO I — A criação da cidade.....	3
CAPITULO II — A distribuição das terras.....	9
CAPITULO III — Genesis dos titulos.....	15
§ 1º Terras dadas de sesmaria a particulares pelos donatarios da Capitania de S. Vicente.....	15
§ 2º Terras dadas de sesmaria pelos capitães-móres e governadores.....	19
§ 3º Terras dadas aos Jesuitas.....	20
§ 4º Terras dadas á Camara para patrimonio do concelho e logradouro e uso commum dos povoadores.....	20
a) A doação de 1565.....	21
b) A concessão de 1567.....	27
c) A antiga marinha da cidade.....	31
d) A sesmaria dos sobejos.....	37
e) Terrenos realengos do Irajá.....	38
f) Sesmaria do Realengo do Campo Grande.....	41
§ 5º Terrenos de marinhas e mangues.....	43
§ 6º Terrenos de alluvião ou accrescidos aos de marinhas	44
§ 7º Terrenos devolutos encravados na povoação ou seus arredores.....	46
§ 8º Terras devolutas.....	46
CAPITULO IV. — O incendio de 1790 e o alvará de 10 de abril de 1821.....	48
CAPITULO V. — Applicações do direito.....	50
§ 1.º — Tem a municipalidade acção ad exhibendum contra os possuidores de chãos comprehendidos na área medida e demarcada em 1751?.....	50
§ 2.º — Póde intentar acção de reivindicação contra os usurpadores?.....	53

	Pags.
§ 3.º — Póde ser opposta a prescripção acquisitiva?.....	56
§ 4.º — Póde ser opposta a prescripção extinctiva da emphyteuse?.....	59
§ 5.º — De que modo se poderá operar o commisso emphyteutico?.....	62
§ 6.º — Póde ser opposta a prescripção do commisso?....	64
§ 7.º — Póde ser excluída a móra?.....	65
§ 8.º — Verificado o commisso é devida a indemnização das bemfeitorias?.....	68
§ 9.º — Convirá á municipalidade intentar a acção de commisso?.....	73
§ 10 — Póde a municipalidade transigir com os foreiros e usurpadores?.....	74
§ 11 — Póde o conselho municipal autorisar o resgate do aforamento?.....	76
§ 12 — Goza a municipalidade do <i>jus protimesos</i> , opção ou prelação quanto aos terrenos de marinhas e mangues?	76
§ 13 — Compete-lhe quanto a elles a acção do commisso?.	77
§ 14 — Póde consentir que o foreiro purgue a móra?.....	78
§ 15 — Póde transigir com o foreiro em móra?.....	78
§ 16 — Quanto aos terrenos accrescidos aos de marinhas, <i>quid juris?</i>	78
§ 17 — Recusando a municipalidade receber o laudemio, que procedimento deverá ter o foreiro?.....	79
§ 18 — A pretexto de estar o foreiro incurso em commisso póde a municipalidade negar licença para obras no prédio aforado?.....	79
CAPITULO VI. — Transacção e direito. Novos horizontes da emphyteuse.....	80
Conclusões.....	91

38
31

Nico

002/007

R-04

C/255