

§ 8.º

Terras devolutas

Até 1887 figurava entre as diversas fontes de receita do Império a venda de terras públicas, isto é, o produto da venda das terras devolutas, consequência dos princípios proclamados e reivindicados pela Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850 (111).

A Lei do orçamento para o exercício de 1889, porém, suprimiu essa verba da receita e no art. 4.º (112) cedeu às províncias todo o produto da venda das terras públicas, para por elas ser aplicado ao desenvolvimento e serviço de colonização. Paralelamente a Lei n.º 3397, de 24 de novembro de 1888, que fixou a despesa geral do Império para o mesmo exercício, adjudicou a cada uma das províncias em plena propriedade, 360.000 hectares de terras devolutas.

Com a direção dada em 1890 ao Ministério da Agricultura, foram vivamente atacados os direitos originários dessas duas leis, de forma que somente a caducidade das concessões poderá reintegrar o patrimônio das ex-províncias.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, exagerando na partilha do patrimônio nacional o quinhão dos Estados, atribuiu-lhes também o domínio das terras devolutas (113), e reduziu assim os recursos da União, obrigada a usar e abusar dos impostos indiretos.

O Distrito Federal, efetuada a mudança da Capital, passará, nos termos do parágrafo único do art. 3.º da Constituição, a constituir um Estado, prerrogativa de que está gozando desde já no que se refere à Justiça Federal (114), e assim deve-se inquirir se a êle pertencem as terras devolutas que forem reconhecidas em seu território.

O disposto no parágrafo único do art. 3.º da Constituição não é uma condição suspensiva mas um termo, não é um fato incerto e futuro mas simplesmente futuro.

A condição afeta a existência do ato jurídico; o termo somente afeta sua execução (115) — Não é mera expectativa e sim direito adquirido do Distrito Federal o domínio das terras devolutas. O fato de que depende sua transformação em Estado não pode, por sua na-

(111) Assim, a Lei n.º 3.348, de 20 de outubro de 1887, art. 1.º, n.º 27.

(112) Lei n.º 3.396, de 24 de novembro de 1888.

(113) Art. 64.

(114) Art. 365 do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890.

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

tureza, deixar de realizar-se — é *immancabile*, na expressão de GABBA (116) e portanto seu direito já está adquirido, faz parte de seu patrimônio. E quando diferida a entrega, êsse patrimônio não pode ser desfalcado pela União, devendo as terras devolutas que forem encontradas no território do Distrito Federal assumir o caráter de inalienáveis, ficando fora do comércio.

CAPÍTULO IV

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

Era indispensável êste processo de análise. A luta bastante séria entre a Municipalidade os proprietários de prédios, grandíssimas perturbações já têm produzido e qualquer esforço para restabelecer o direito não será exagerado.

E' histórica e secular a contenda. Talvez a ela se pudesse referir o incêndio que na madrugada de 20 de julho de 1790 reduziu a um montão de ruínas o edifício onde funcionava o Senado da Câmara, "ficando nelas sepultadas as preciosidades que se encerravam no Arquivo" (117).

A sociedade é a *imitação* (118).

No capítulo *Anarquia espontânea* descreve TAINÉ as terríveis explosões de violência que sobrevieram em França depois de 1789, e que se designam sob a forma coletiva — *incêndios dos castelos*.

Vê-se claramente hoje, depois de ter-se somente suspeitado durante muito tempo, que os incendiários propunham-se a um fim especial, observa SUMMER MAINE (119).

Incendiando os castelos, os camponeses pretendiam, antes de tudo, *queimar os arquivos* e, queimando-os, destruir os títulos e pergaminhos do senhor feudal. A nobreza francesa estava empenhada em intermináveis processos com os camponeses (120).

(116) *Teoria della Retroatt. delle legge*. T. 1, pág. 222.

(117) HADDOCK LÔBO, *loc. cit.*, pág. 40. PIZARRO, *Memórias do Rio de Janeiro*, T. 7, pág. 153 e notas.

(118) TARDE, *Les lois de l'imitation*, pág. 82.

(119) *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, tradução de 1884, págs. 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 êle citado.

As enormes vexações que sofriam os moradores do Rio de Janeiro e deram lugar ao famoso pleito entre o povo e o Senado da Câmara, a que o Acórdão de 20 de junho de 1812 pretendeu pôr termo, razoavelmente explicam a destruição do arquivo da Câmara e tiram ao incêndio o caráter de casual.

A Câmara nunca faltou apetite para apoderar-se dos bens nacionais e pretender absorver a propriedade particular. Em luta com a Fazenda Real, em luta com os sucessores dos primitivos concessionários de terras de sesmaria, em luta com os jesuítas, a Câmara, nem sempre escrupulosa no aproveitamento dos bens do Conselho, não podia deixar de provocar enérgica reação e o que ocorria na França, sem dúvida foi sugestão (120-A) suficiente para, por meio do incêndio, oporem os povos às afirmações fundadas ou infundadas da Câmara — a mais categórica e formal negação — *não tendes títulos*.

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

CAPÍTULO V

APLICAÇÕES DO DIREITO

§ 1.º

Tem a Municipalidade ação “ad exhibendum” contra os possuidores de chãos compreendidos na área medida e demarcada em 1754?

Está em prática notificar por edital os possuidores para, dentro de certo prazo, exhibirem seus títulos, e foi isso geralmente recomendado pelo Governo, quando à Fazenda Nacional competia a supremacia administração dos terrenos de marinhas (121). Sem resultado efetivo mostrado insuficiente êsse meio para reconstituir o patrimônio municipal.

(120-A) SCIPIO SIGHELE, *La foule criminelle. O contágio moral e a sua gestão*. Tradução de P. VIGNY.

(131) HADDOCK LÔBO, *loc. cit.*, págs. 44 e 58. Ordem de 10 de maio de 1825. Port. 12 de novembro de 1856, Circ. de 20 de junho de 1860, Circ. de 20 de junho de 1868, entra outros atos administrativos.

Como preparatória de ação real ou pessoal (reivindicação, reconhecimento de um *jus in re*, realização de um direito de obrigação), a ação *ad exhibendum* (122) foi perfilhada pelo direito pátrio e nas relações de direito provenientes da enfiteuse tem sido praticada (123)

CORREIA TELES e TEIXEIRA DE FREITAS (124) contestam ao senhorio o direito de demandar o enfiteuta para mostrar o instrumento do prazo, por isso que o *traslado* que o enfiteuta tem é seu próprio.

E' regra de direito que a exibição de documentos pode-se requerer quando o documento é *comum* e não quando é próprio (125).

A jurisprudência francesa e italiana assim o tem entendido (126) e o Código de Processo Civil alemão, no art. 387 (127), se exprime: “Considera-se ato comum a muitas pessoas, especialmente quando foi lavrado no interêses coletivo ou quando consigna seus direitos e obrigações recíprocas”.

Fora dessa hipótese ou daquelas expressamente declaradas em lei, aplica-se a máxima que ninguém é obrigado a fornecer armas ao adversário, acrescentando GIORGI (128) que para pretender a exibição de documentos não basta um simples interêse patrimonial 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 vestroae proprias afferre debetis probationes, non adversus se ab adversariis adduci” (129) são os conceitos que repelem a ação *ad exhibendum* e a que PAULO, no *Digesto*, L. X, Tit. 4 p. . . ., dá fôrça e vigor, dizendo:

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

(122) MAINZ, *Dr. Rom.*, § 362.

(123) ALM. SOUSA, *Aç. Sum.*, §§ 19 e 26. *Dir. Enfit.*, §§ 1.106, 1.107, 1.250 e seguintes.

(124) *Doutr. das Aç.*, §§ 237 e 238. *Consolid.*, not. ao art. 605.

(125) RIBAS, *Cons. Proc. Civ.*, art. 893.

(126) MATTIROLE, *Trat. di Dir. giudiziario civ. Ital.*, T. 3, n.º 396, *in fine*; EMM. CUZZERI, *Il cod. ital. di proced. civ.*, vol. 2, notas ao art. 187; GARSONNET, *Traité de Proc.*, T. 2, § 275; ROUSSEAU et LAISNEY, *Dict. de Proc. Civ.* Vb. *Communication de pièces*, n.º 7.

(127) Anotado por GLASSON, LEDERLIN e DARESTE, 1887.

(128) *Teoria delle Obligaz.*, T. 6, n.º 61.

(129) *Cód. de test.*, L. 4, Tit. 20 — Const. 6.

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

Não havendo dúvida sobre a qualidade de senhorio na pessoa que pretende intentar a ação *ad exhibendum*, não se pode desconhecer que a carta de aforamento é um documento comum às duas partes contratantes, estabelecidos nela os direitos e obrigações recíprocos. Mas, sendo contestada essa qualidade e negando-a o réu, decaída ação o autor (130), sem que lucre a pena de comisso, no caso de ser dolosa, a negação do enfiteuta, por não estar expressamente recebida no direito pátrio.

Na situação em que se acha a Municipalidade não teria eficácia alguma a ação *ad exhibendum* contra os possuidores de terrenos de que pretende o domínio, faltando-lhe direito para demandar os títulos 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 aplica à ação *in vectigali*, na lição de PELLAT (131).

§ 2.º

Pode intentar a ação de reivindicação contra os usurpadores?

Na Ordenação do L. 1, Tít. 66, § 11 impôs-se aos Vereadores a obrigação de demandar perante os Juizes até realmente serem tomadas e restituídas ao Conselho as possessões que andassem amalheadas, preceito que com especial recomendação 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 fora de tôdas as comarcas, cidades e vilas para que tirassem e fizessem restituir logo aos Conselhos os bens que andassem usurpados, intentando os Conselhos as ações perante o juízo dos feitos da Fazenda (132).

Passou essa obrigação para as Câmaras municipais, 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 Conselhos para reivindicarem os que se achassem alheados contra a determinação da lei.

(130) ALM. E SOUSA, *Dir. Enfit.*, § 1.254.

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

(132) O Av. n.º 83, de 2 de julho de 1828, declarou em pleno vigor a Ord. do L. 1, T. 86, § 11, e recomendou ao zelo das Câmaras a defesa do patrimônio.

Na Lei n.º 85, de 20 de setembro de 1892, que estabeleceu a organização municipal, no Distrito Federal, está o § 15 atribuindo ao Conselho Municipal — o providenciar sobre a guarda e conservação dos bens municipais.

Quando os princípios de direito que conferem ao proprietário a *actio in rem*, a *rei-vindicatio*, não socorressem a Municipalidade, por sua própria constituição estaria investida do direito de demandar a restituição dos bens patrimoniais usurpados.

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

“Officium autem judicis, ensina ULPIANO, in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat an reus possideat. Nec ad rem pertinebit ex que causa possideat; ubi enim probari rem mean essa, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit *aliquam exceptionem*”.

E examinando o Juíz se o réu possui, não lhe compete indagar da causa da posse, por isso que não está o réu obrigado a provar o direito de conservar a coisa, cabendo ao autor provar que tem o direito de reavê-la. Nem está o réu, acrescenta PELLAT (133), obrigado a declarar por que título possui. “Hoc enim petitoris munus est, non possessoris”.

A análise dos diversos elementos que contribuíram para a formação do patrimônio territorial da Municipalidade denuncia as dificuldades que em regra assoberbarão seu esforço para determinar que este ou aquêlo terreno encravado nas terras de suas doações e aquisições faz parte de seu domínio ou não tem o caráter de alodial em que está mantido. E foi por êsse motivo que o célebre Alvará de 10 de abril de 1821, cogitando de vários casos e providenciando a respeito dêles, guardou inteiro silêncio sobre a reivindicação.

Ainda acresce que, vingando a ação, o possuidor tem direito à justa indenização das despesas necessárias e úteis, cabendo ao de boa-fé igualmente o de retenção pelas voluntárias (133-A), não sendo de desprezar as considerações que o Alvará de 26 de outubro de 1745 aduziu para validar aforamentos nulos e imprestáveis.

Reflete o alvará: ... havendo respeito ao grande embaraço a perturbação que causou aos povos a execução do Alvará de 15 de julho de 1744... sobre... a restituição dos bens dos Conselhos, que

(133) *Loc. cit.*, pág. 153, nota 1.

(133-A) LAFAYETTE, *Dir. das Coisas*, § 85; C. TELES, *Doutr. das Ap.*, § 72 e nota contra MOLITOR, *La Possession. Revend.*, n.º 29.

se achassem injusta e nulamente alheados... procedendo esta inquietação... sendo obrigados os possuidores a seguir pleitos de que se experimentariam outras desordens, de que resultaria maior dano que a conveniência que podia esperar-se... e querendo dar providência a êstes 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 constituído regularmente o aforamento.

A êsse processo obdeceram as Instruções de 14 de novembro de 1832 sôbre terrenos de marinhas.

Tendo o possuidor em sua defesa variados meios de repelir a intenção do reivindicante, só em condições excepcionais poderia ser proposta com êxito a ação ordinária.

§ 3.º

Pode ser oposta a prescrição aquisitiva?

A afirmativa não se contesta mais.

O tempo, parte integrante dos fatos jurídicos, apresenta-se entre as condições de que depende a aquisição ou a perda de um direito. A existência de um direito resulta de ter a atividade ou a passividade humana, isto é, a ação exercida ou sofrida voluntariamente, durado um período de tempo determinado.

Êstes conceitos enunciados por SAVIGNY (134) têm variadíssimas aplicações e por êles realiza o legislador os votos de IHERING (135): (a vida não se deve dobrar aos princípios, são os princípios que se devem modelar pela vida; é a vida, com tôdas as suas relações, é o sentimento jurídico que reclamam o que deve ser”.

O *usucapião* obedeceu e obedecerá a essa influência.

Determinada pela utilidade pública, ou em consequência da culpa do proprietário, propondo-se corrigir o vício de aquisição ou sanar os vícios dos modos de adquirir e muitas vêzes suprir a falta de prova de modo de aquisição (136), o *usucapião*, as mais das vêzes — *exce-*

(134) *Sist. du dir. rom.*, § 177, Tom. 4.
 (135) IHERING, *Espr. du Dr. Rom.*, T. 4, pág. 310.
 (136) LAFAYETTE, *Dir. das Coisas*, §§ 6 e seguintes.

ção peremptória — tem por motivo mais geral, mais decisivo, mais conforme ao desenvolvimento econômico — “a necessidade de fixar as relações de direito incertas, suscetíveis de dúvida e contestações, encerrando a incerteza em um lapso de tempo determinado” (137).

Se os bens de uso público são imprescritíveis, coisa inábil para autorizar o usucapião, outra é a sorte dos bens patrimoniais ou do domínio privado da União ou dos Estados e dos Municípios (138).

Contra essas pessoas jurídicas pode ser oposta a prescrição. No último estado do direito romano foram fixadas as regras jurídicas, prevalecendo a *proscriptio longi temporis*, criação do direito pretório (139).

Adotada também no direito pátrio e ante ela cedendo a ação de reivindicação (140), respeitada a instituição da acessão da posse (141), a Municipalidade encontrará tôda a sorte de embaraços ao exercício da ação.

Em falta de justa causa, e no estado atual da propriedade urbana não será difícil encontrá-la (142), o *tempo imemorial*, tendo por objeto suprir a insuficiência de certas instituições, quando faltam-lhes as condições ou quando trata-se de matérias a que elas não são aplicáveis (143), viria dar ao possuidor o título que não aparece e fazer recuar qualquer pretensão à recuperação.

“A posse imemorial, ensinam os juriconsultos (144), faz presumir a existência do justo título e da boa-fé (145) e não admite pro-

(137) SAVIGNY, *Loc. cit.*, § 237, T. 5 e nota c, “*ne rerum dominia diutius in incerto essent*”, na frase de GAIO.
 (138) Assim deve ser entendido o fr. 9, § 2, do *Dig.* — De adm. rer. ad civit. pert., “*agros republicas, etc.*”, objeto da nota de GOTHOFREDO às sentenças de PAULO. L. 5, Tit. 2, § 4.º.
 (139) MACKELDEY, *Dir. Rom.*, § 296; PUCHTA, *loc. cit.*, § 208; BONJEAN e LARICHE, T. 1, §§ 898 e seguintes.
 (140) CORREIA TELES, *Dout. das aq.*, § 71 e nota; LAFAYETTE, *Dir. das coisas*, *Loc. cit.*, § 63.
 (141) LAFAYETTE, *loc. cit.*, § 72; SAVIGNY, T. 5, pág. 372 — *Inst.*, L. 2, T. 6, §§ 12 e 13 — *Cód.*, L. 7, Tit. 31. Const. Única.
 (142) Por tão largo espaço de tempo tem durado o abandono do patrimônio municipal que será raríssimo o caso em que o possuidor não possa alegar e provar que tem o direito ao usucapião — ou *pro emptore* ou *pro donato*, *pro legato*, *pro dote*, *pro soluto*, *pro hoerede*, como enumera BONJEAN, *loc. cit.*, ns. 1.1901 e seguintes.
 (143) SAVIGNY, *loc. cit.*, § 195, T. 4.
 (144) LAFAYETTE, *loc. cit.*, § 80.
 (145) Reflete SAVIGNY: O usucapião transfere a propriedade ou supre a prova de um direito adquirido? Êste ponto de vista tem inteira aplicação ao usucapião de 30 anos, pois que muitas vêzes o título realmente existiu e perdeu-se por acidente.

va em contrário. E' essa a razão por que se costuma dizer que o possuidor adquire o domínio não pròpriamente em virtude de prescrição, senão do título presumido, diante do qual cedem tôdas as dificuldades que poderiam sugerir as outras espécies de prescrição... No sistema do nosso direito tem grande utilidade prática; vem a ser a de suprir a extraordinária em casos em que é esta inadmissível, por lhe faltar algum requisito”.

O estudo da constituição histórica da propriedade territorial no Distrito Federal evidencia a improficuidade de qualquer tentativa da Municipalidade no sentido de, pelos meios judiciários, reintegrar seu patrimônio ou de reforçar a verba de receita que daí lhe pudesse advir (146).

§ 4.º

Pode ser oposta a prescrição extintiva da enfiteuse?

MACKELDEY, invocando a Const. 7, § 6, do Cod. L. 7, Tít. 39, MOLITOR (147) e entre os juriconsultos pátrios o Conselheiro LAFAYETTE (148) pensam que o enfiteuta que deixa passarem trinta anos sem pagar a pensão não ficará por êsse fato exonerado dela nem terá destarte adquirido livre a propriedade que lhe estava aforada. Para assim decidir êste exímio juriconsulto expõe que não há prescrição aquisitiva sem boa-fé e portanto o enfiteuta nunca poderá prescrever a propriedade do prazo, tendo ciência, como tem, que não lhe pertence o domínio direto.

(146) Que o usucapião prevalece contra a Fazenda Nacional di-lo com precisão o preclaro Dr. SOUSA BANDEIRA, tão cedo perdido para as letras jurídicas — *Manual do Proc. dos Feitos*, § 499. Quando tratou o govêrno, pouco antes da fundação do Império, de tomar providências sôbre o domínio patrimonial do Estado, sempre recomendou que se respeitasse a posse e que o despejo só se operasse pelos meios judiciais 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 ano. Na lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, respira a confissão de ceder o direito ao fato, é a tranqüillidade da população as exigências da Fazenda.

Argumento em contrário podia dar o § 15 do Alvará de 5 de outubro de 1795 — sem título legítimo não vale a posse nas sesmarias do Brasil, mas ponderem-se as razões que determinaram a suspensão dêsse Alvará em 10 de dezembro de 1776 e ver-se-á a inconsistência do argumento.

Vide SAVIGNY, *loc. cit.*, T. 5, pág. 369.

(147) MACKELDEY, *Dr. Rom.*, § 334 a not. 4; MOLITOR, *Oblig.* n.º 629, 5.º

(148) *Direito das coisas*, § 156, nota 2.

BOHEMERO (149), HEINECCIO (150), MELO FREIRE (151), PUCHTA (152), SAVIGNY (153), LARICHE (154), ALMEIDA DE SOUSA (155), CORREIA TELES (156), COELHO DA ROCHA (157), TEIXEIRA DE FREITAS (158) defendem a tese contrária.

Tratando-se, como é o caso, de prescrição extintiva de ação, o requisito da boa-fé não é necessário, quando *por via de exceção* o enfiteuta repele a intenção do senhorio.

BOHEMERO, SAVIGNY e COELHO DA ROCHA fornecem os raciocínios mais concludentes em apoio dessa doutrina, que os códigos modernos sufragam quase uniformemente, segundo-lhes a lição o “Projeto do Código Civil Brasileiro”, apresentado pelo Dr. COELHO RODRIGUES (159).

Deixando o enfiteuta de pagar o fôro ou pensão por três anos cumpridos e contínuos (160), adquire o senhorio o direito de despejá-lo e de reaver o imóvel, tendo para isso a *actio locati* (161); o enfiteuta fica desde então equiparado a um locatário (162). Se não o faz, começa a correr a prescrição, que se opera por ser a enfiteuse uma obrigação principal a que se ligam como acessórias prestações periódicas. A falta de pagamento de três prestações contínuas, constituindo violação fundamental do contrato e resolvendo-o, por efeito do pacto comissório necessário e expresso, deve determinar o credor,

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

(150) *Recitationes*, § 938 — invocando o fr. 15, § 27 do *Dig. De damno infecto* — L. 39, Tít. 2.

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

(152) *Storia del Dir.*, invocando a Const. de 14 do Cód. *De fund. patrim.* L. 11, Tít. 61.

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

(154) *Explicat. das Inst.*, T. 2, n.º 2.768, *in fine*.

(155) *Dir. Enfít.*, §§ 1.075 e seguintes

(156) *Doutr. das Ag.*, § 393 e nota 3.

(157) *Instít. do Dir. Civ. Port.* nas eruditas notas T. Se o devedor pode prescrever contra o próprio título e Z — Sôbre a prescrição da Enfiteuse.

(158) *Consolidação*, art. 853, nota 2.

(159) *Cód. Civ. Fr.*, art. 2.262.

Cód. Civ. It., art. 2.135.

Novo Cód. Civ. esp., arts. 1.961, 1.963, 1.969 e 1.970.

Cód. Civ. do Chile, arts. 2.154 e seguintes.

Cód. Civ. do Distrito Federal do México, art. 1.091.

Cód. Civ. Arg., arts. 4.017 e 4.019.

Dr. COELHO RODRIGUES, projeto do *Cód. Civ. Bras.*, arts. 249 e 250.

(160) *Ord. L. 4*, T. 39 pr. — O contrato fica resolvido (V. DEMO-LOMBE, T. 25, n.º 561).

(161) IHERING, *De la volonté*, etc., pág. 313.

(162) SAVIGNY, *loc. cit.*, pág. 319.

que é o senhorio, a agir. Na locação e na enfiteuse, reflete SAVIGNY, o pagamento de cada prestação do aluguel ou fôro é o reconhecimento da dívida principal; a falta dêle deve fazer começar a prescrição da dívida principal.

Na Constituição 14 do Código *de fundis patrim*, claramente determinou o imperador Anastácio:

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

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

Contradizendo essa constituição, que é invocada por MACKELDEY e foi objeto de profunda análise de BOHEMERO, raciocina SAVIGNY que evidentemente no caso da Const. 7 § 6 do Cod. *de Praescript*, a existência do contrato foi estabelecido de um modo qualquer, de sorte que a prescrição não atinge 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 prescrição extintiva na negligência do credor, e excluído o requisito da boa-fé, só exigida no usucapião, arredada tôda a consideração *de peccato* de que a Ord. do L. 4, T. 79 a tornava dependente e que a Lei de 18 de agosto de 1769 no § 12 suprimiu, deve-se concluir que a ação do senhorio para reclamar da enfiteuta o imóvel aforado por falta de pagamento do fôro, pode ser oposta a prescrição extintiva, ainda que o réu seja priginário devedor, ou por outra, extingue-se a enfiteuse, se o proprietário deixa prescrever a ação contra o enfiteuta.

§ 5.º

De que modo se poderá operar o comisso enfiteútico?

Confisco e comissão não se confundem (163). A prescrição da-quele pelo direito público e pelo direito penal não importa a condenação dêste, instituição de direito civil, fato convencional, que entra no quadro das obrigações *ex contractu*.

(163) ALEXANDRE HERCULANO, *Hist. de Port.*, T. III, pág. 36, Decreto de 30 de dezembro de 1892, art. 4.º; PEREIRA E SOUSA, *Dic. Jur.* vb. *confiscação*.

O comisso nada mais é do que o pacto commissório, a *lex commissoria*, cláusula em virtude da qual as partes contratantes regulam os casos em que a inexecução do contrato determinará sua resolução (164).

Verdadeira condição resolutória que opera na extensão determinada pela lei ou fixada pela vontade das partes, o comisso enfiteútico independe de ser o enfiteuta judicialmente constituído em mora, que não pode ser purgada, salvo se o senhorio aceitar expressamente a purgação e o relevar do comisso em que caiu (165).

“Culpa possessoris ammittitur emphyteusis ob non solum canonem intra triennium, *quamvis emphyteuta ad illius solutionem interpellatus non sit, dies enim interpellat pro homine*, ensina MELO FREIRE (165).

Incorre o enfiteuta em mora *ipso jure*, de pleno direito, não sendo necessária sentença judicial que a pronuncie, mas o senhorio não pode, por autoridade própria, *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 MELO FREIRE

Sob o regime das Ordenações Afonsinas, conforme o Título 80, do Livro 4.º, estava expressamente declarado que a intervenção do Juiz somente 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 si* fazer esbulho; cá não parece que as Leis e Ordenações do Reino nasçam reixas de que necessariamente se sigam mortes ou feridas e outros grandes males e danos, que depois tarde ou nunca puderam ser reparados”.

Na interpretação da Constituição 2.ª do Código — *De jure emphyteutico* (L. 4, Tít. 66) — que prestava-se a servir à opinião dos que quisessem atribuir ao senhorio o direito de despejar *ex-propria autoritate* o enfiteuta em mora, prevaleceu a doutrina contrária, e se dúvida houvesse por ter a Ord. Filipina eliminado tôda a disposição da Afonsina, a boa razão obrigaria a subscrever a opinião vencedora (167).

(164) DEMOLOMBE, T. 25, ns. 485, 547, 551, *in fine*.

MACKELDEY, *Dr. Rom.*, § 457, n.º 6.

(165) Ord. L. 3, Tít. 39, § 1.º.

(166) *Loc. cit.*, L. 3, Tít. 11, § 27.

(167) DONELLUS, *Opera Omnia*, T. 2, L. 9, cap. 15, §§ 19 e 20 — que,

§ 6.º

Pode ser oposta a prescrição do comisso?

Dando aos comissos o caráter de pena civil, FERNANDO TOMÁS, o autor do *Repertório das Extravagantes*, consolidou esta disposição — “Quaisquer que êles sejam tem lugar contra êles a prescrição de cinco anos” e para justificar a tese invoca o Assunto n. 246 da Casa da Suplicação de 27 de janeiro de 1748.

COELHO DA ROCHA (168), apadrinhando-se com PINHEIRO, doutrina que, pedindo-se na ação de comisso uma pena, prescreve por cinco anos.

Essa inteligência, também adotada por ALMEIDA E SOUSA (169), merece algum reparo principalmente quando se sustenta que além do comisso poderá o senhorio conjuntamente pedir os foros devidos.

CORREIA TELLES, contra ALMEIDA E SOUSA, entende que uma exclui a outra ação, não se podendo pedir a pena convencional e os interesses do contrato (170).

Dessa opinião foi VINNIUS, mas reflete MOLITOR (171) “a expulsão não pode ser considerada como *pena* estipulada entre as partes, a *pena* equivaleria ao cânon e às perdas e danos e a expulsão ou despejo não pode ocupar o lugar de cânon”.

Não há, pois, motivo para deixar de admitir cumulativamente a ação de despejo e a ação de contrato, que toma então o nome de ação “*privatória*”.

A teoria das cláusulas penais (172) sufraga a opinião de MOLITOR, que deve prevalecer considerando-se que o comisso enfiteutico é nem mais nem menos do que uma das aplicações da lei comissória, pela qual se opera a resolução do contrato de enfiteuse.

contra BARTOLO, dá o enfiteuta contra o senhorio o interdito *uti possidetis*. O anotador OSWALDUS HILLIGERUS faz sentir que essa é a opinião comum.

MACKELDEY, *loc. cit.*, § 334, n.º 6 c.

MAYNZ, *Dr. Rom.*, n.º 237, *in fine* e nota. — ALMEIDA E SOUSA, *Dir. Enfit.*, §§ 888 e 889, § 1.110, nota.

COELHO DA ROCHA, *loc. cit.*, § 557.

LAFAYETTE, *Dir. das coisas*, § 156.

(168) *Loc. cit.*, § 557.

(169) *Dir. Enfit.*, § 801.

(170) Vide COELHO DA ROCHA, *loc. cit.*, nota.

(171) *Loc. cit.*, § 629, 4.º, b.

(172) MACKELDEY, *loc. cit.*, § 739.

COELHO DA ROCHA, *loc. cit.*, § 739.

Admitido, porém, que o comisso é pena, prevalece a prescrição quinquenal mas o senhorio não pode demandar os interesses do contrato.

§ 7.º

Pode ser excluída a mora?

A Ord. L. 4, T. 39, § 1.º consagra a renúncia expressa do senhorio à resolução do contrato mas, operando-se de pleno direito essa resolução a renúncia equivale a um novo contrato por isso que o primeiro fica extinto (173). A doutrina também reconhece a renúncia tácita, desde que os atos ou fatos, de que se pretende deduzí-la, não ofereçam incerteza ou dúvida. A renúncia de um direito não se presume.

A renúncia tácita deve resultar de atos que com tóda a segurança demonstrem que o credor não pretende prevalecer-se das conseqüências produzidas pela mora. Não deve haver a mínima sombra de incerteza; a dúvida exclui a perda do direito.

Assim se pronuncia CHIRONI (175), atendendo a que pela mora *ipso jure* o contrato não existe mais e pela só vontade do devedor não pode ela ser purgada.

Não é difícil aplicar êste conceito à enfiteuse cuja figura a Ord. do L. 4, T. 39 claramente descreve e portanto pode-se estabelecer como *criterium* que qualquer fato ou ato referente a efeito futuro do contrato importa renúncia do direito, como se o senhorio, depois de incurso o enfiteuta no comisso, desse-lhe licença para a alienação de *jus in re* e recebesse o laudêmio ou foros ainda a vencer-se.

A só vontade do enfiteuta não opera a purgação da mora. Esta, porém, não é um fato brutal; é um fenômeno jurídico que tem de ser apreciado.

IHERING (176) declara que não é mais necessário, no estado atual da doutrina, justificar a existência de culpa da mora; para que se operem seus efeitos é necessário que o devedor esteja em falta.

Reconhece MACKELDEY, embora o contrário ensine (177), que essa doutrina tem prevalecido.

(173) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, ns. 522 e 526.

(174) *Idem* n.º 528.

(175) *Culpa contrattuale*, n.º 336.

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

(177) *Loc. cit.*, § 361 e nota 8.

Não sendo imputável ao devedor a demora, provindo a falta de execução do contrato de fôrça maior ou de caso fortuito, não pode a mora produzir efeito jurídico, o que, sendo irrecusável na indenização de perdas e danos (178), torna absoluta a tese de IHERING — não é o dano que obriga à indenização, é a falta; não é a causalidade externa e sim a interna que a determina; não é a ação de um modo absoluto mas a ação *que se quis* o que obriga (179).

A mora obedece ao mesmo tipo. Se a causa não é imputável ao devedor, se prova que não houve falta ou culpa de sua parte, a mora não existe.

A teoria corresponde ao sentimento jurídico dos intérpretes do direito romano e do direito pátrio.

Já na Constituição 2.^a do Código — *De fundis patrimonialibus* (L. 11, Tít. 60) o imperador Constantino dizia:

“A falta de pagamento de pensão devida por menores, em razão da enfiteuse não opera a perda de seus direitos; o juiz, sem tocar nos direitos dos menores, deve constranger o tutor ou curador, que por sua negligência retardou o pagamento, a indenizar o prejuízo causado e condená-lo por sua negligência culposa”.

AROUCA (180) proclama o princípio “*cúm quaelibet justa causa culpam excuset et moram*”.

Daqui se explicam tôdas as restrições contra a decretação do comisso, o dizer COELHO DA ROCHA que a escusa qualquer causa, ainda que aparente e colorada, CORREIA TELES enumerar uma série de justos impedimentos (181), TEIXEIRA DE FREITAS e LAFFAYETTE que o comisso é de si odioso e daí resulta a tendência, que a jurisprudência prática sempre mostrou para ampliar os motivos de escusa e de tal modo que quase sempre a excluam.

Adote-se como conceito fundamental da mora a culpa e o comisso enfiteutico descerá do arbitrário e do violento à justa harmonia de todos os interesses (182).

(178) Vide DEMOLOMBE, T. 24, ns. 546 e seguintes; CHIRON, *loc. cit.*, n.º 322, *in fine*.

(179) *Loc. cit.*, pág. 46.

(180) *Adnotationes*, Ad. L. I, Tít. 8. *De rerum divis.* L. I, § 1.º, em o n.º 291.

(181) *Doutr. dos ac.*, § 398, nota 3. Vide GAMA — quanto aos herdeiros. — Decisão 175; DIAS FERREIRA — Ao Cód. Civ. Port., art. 672.

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

§ 8.º

Verificado o comisso é devida a indenização das benfeitorias?

A Ordenação Filipina do L. 4, Tít. 39, aceitando o disposto na Afonsina (Tít. 80) e na Manuelina (Tít. 65), declarou que, no caso de comisso *ob non solutum canonem intra triennium*, o foreiro perderá *todo o direito* que na coisa aforada tiver, para o senhorio, *se o quiser*.

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

Para indicar, porém, os efeitos da violação do contrato, a Ord. empregou as expressões “perderá todo o direito que na coisa aforada tiver, para o senhorio, se o quiser”, ao passo que a legislação romana claramente dispôs — “*volenti ei licere eum à proediis 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 præ tendente quod non est super hac causa inquietatus...*” (184).

Se as expressões — *perderá todo o direito* equivalem a *perda das benfeitorias* é ponto da mais séria controvérsia.

A locação perpétua era usada nas cidades gregas da Itália meridional antes de sua submissão à dominação romana e três séculos, pelo menos, antes da era cristã (185). Pelos mais apurados estudos sobre as inscrições jurídicas gregas (186) tem-se verificado, que no caso de resolução do contrato, como, entre outros, o celebrado sobre os terrenos pertencentes ao templo de Dionísios (187) no título 1, § 4.º tôdas as plantações ou construções feitas nos terrenos ficariam pertencendo à cidade, sendo o locatário obrigado a pagar eventualmente

Diz HONELLUS — Neque iniquum est hoc statui adversum eum, qui in eo culpoæ suæ penam luat. (pág. 1.370).

(183) Vide Prefação à edição das Ords. Afons., 1792, pág. VIII. Basta confrontá-lo com a Const. 2 do Cód. L. 4, Tít. 66, *De Jure emphyteutico*.

(184) A novela 120, cpa. 8, diz: *ejicere de emphyteusi... non valentem de emponematis actionem aliquam... non valente neque hie de emponematis aliquid proetendere.* (Refere-se à enfiteuse eclesiástica).

(185) GARSONNET, *Hist. ds loc. perp.*, pág. 28.

(186) DARESTE, HAUSSONLLIER e TH. REINACH, *Recueil des Inscriptions juridiques grecques*. Fascículo 2.º, 1892.

(187) *Heraclée na Lucânia*. Estudo sobre as famosas Tábuas.

uma multa, *ampolema*, se, submetido o terreno a outra adjudicação, encontrasse preço inferior ao do extinto contrato (188).

Regulando e dando a noção do contrato enfiteutico, o imperador Zenon reconheceu a forma grega (189), e impôs a perda das benfeitorias. Quando, porém, a enfiteuse bizantina penetrou na Itália com os códigos de Justiniano entre o fim do reinado dos Ostrogodos e o comêço do de Lombardos (190), muito perdeu de sua aspereza, sendo numerosos os títulos que excluem formalmente o comisso e estabelecem apenas a cláusula penal (191).

Só depois do século 12.^o o direito romano francamente influuiu sobre o direito português (192) e quando à Universidade de Bolonha eram atraídos de tôdas as nações os que precisavam instruir-se nas lições de IRNÉRIO, BULGARO e dos demais glosadores (193).

Por ocasião da codificação Afonsina já a exegese empregada pelos glosadores tinha estabelecido as relações entre os diversos textos da legislação romana e portanto à substituição dos termos — perda de benfeitorias por perda de todo o direito — não podem deixar de andar ligados efeitos distintos.

Quer no direito grego quer no romano o contrato enfiteutico tinha por objeto imóveis destinados à cultura, sendo preocupação do legislador o estado da agricultura, que, principalmente, no império romano, era causa das mais sérias inquietações (194). Os textos empregam as expressões — *ager, proedium, fundi* e só um (195) refere-se a — *vectigales aedes*.

E' licito concluir que no direito romano o contrato de enfiteuse não tinha por fim o aproveitamento dos terrenos para construção de casas (196) e que portanto a perda das benfeitorias era da essên-

(188) DARESTE, *loc. cit.*, págs. 203, 230, 233, 253 e 273.

(189) Já para o contrato de venda e no respectivo comisso tinha sido nacionalizada a *ampolema* — Dig. fr. 4, § 3.^o, L. 18, Tít. 3.

(190) GARSONNET, *loc. cit.*, pág. 262.

(191) *Idem*, pág. 264 e notas.

(192) MIDOSI, *loc. cit.*; MELO FREIRE, *loc. cit.*, *Hist.*, § 62 e nota.

(193) DANTE DAL RE, *I precursori italiani di una nuova scuola di dir. rom.*, pág. 19.

PUCHTA, *Storia*, § 143, vol. 2.

ACCURSIO — o último dos glosadores, morreu em 1260.

(194) Nas inscrições jurídicas gregas podem ser apreciados os detalhes relativos aos diversos gêneros de cultura. Vide também GARSONNET, *loc. cit.*, pág. 154.

(195) Dig. LI 39, Tít. 2, fr. 15, § 26. V. MAYNZ, *Dr. Rom.*, § 114, nota 34; PELLAT, *loc. cit.* pág. 607.

(196) *Vectigales Aedes* — são casas já construídas e dadas pelo *dominus* em enfiteuse.

cia do contrato, sanção dos intuitos do legislador — a cultura agrícola.

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

Se para a formação de distritos urbanos, cidades e vilas, a enfiteuse foi aplicada a êsse outro fim, não é curial atribuir-lhe efeitos não cogitados em sua origem e que perturbam profundamente as idéias não já de equidade mas de justiça.

Não há a mesma razão de direito. As benfeitorias de que um campo ou *possessão agrícola* era suscetível ao tempo da Ord. Afonsina, não podem ser equiparadas às construções que se levantaram nos terrenos urbanos.

E quando o direito romano, indicado expressamente pela Ord. do L. 4, T. 39, n. 2 como subsidiário, pudesse autorizar semelhante rigor, a Lei de 18 de agosto de 1769, § 3.^o, e os Estatutos da Universidade de Coimbra, cujo merecimento CORREIA TELES (197) com agudeza não vulgar tão justamente pôs em relêvo, opor-se-iam a isso por ser contra a equidade e as leis das nações mais civilizadas.

A perda das benfeitorias não pode ser um dos efeitos da resolução do contrato enfiteutico.

Não mantida pelo código civil francês, a enfiteuse tem perdido quase tôda sua aspereza e está reduzida a instituição inofensiva.

No caso de devolução do imóvel ao senhorio, a indenização das benfeitorias, que com relação a terceiros tão importante função representam no desenvolvimento do crédito territorial, é preceito obrigatório.

O Código Civil italiano no art. 1.566, o Código Civil espanhol no art. 1.652, o Código Civil do Distrito Federal do México, no art. 3.149, o Código Civil do Peru, no art. 1900 — assim dispõem e o Código Civil português, abolindo o comisso, só autoriza a devolução do prédio ao senhorio, quando (art. 1.672) o foreiro deteriora o prédio de modo que o valor dêste não seja equivalente ao do capital correspondente ao fôro e mais um quinto.

O *Projeto do Código Civil* pelo Dr. FELÍCIO DOS SANTOS, no art. 2.351 regula a indenização das benfeitorias no caso de consolida-

(197) *Comentário crítico à lei da Boa Razão.*

ção, e o do Dr. COELHO RODRIGUES, mantendo o comisso, impõe ao senhorio a obrigação de pagar as benfeitorias aos credores do enfiteuta, se quiser consolidar o prazo (art. 1.052).

A interpretação indicada encontra apoio nas regras de direito aplicáveis aos efeitos da ação de reivindicação e da aplicação do pacto comissório ao contrato de compra e venda.

A indenização das benfeitorias necessárias e úteis não é objeto de dúvida, que somente afeta as voluptuárias (198).

Aceitável é a conclusão de CORREIA TELES (199), quando ensina que, embora o aforamento tenha cláusula que o prazo se devolve rá ao senhorio com tôdas as benfeitorias, que tiver, esta cláusula se deve entender das benfeitorias módicas ou feitas — *necessitate juris* e não das grandes, que aumentam o valor da coisa, porque de outra sorte seria o fato iníquo, 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, § 5.º e de 10 de abril de 1821, o direito às benfeitorias está proclamado e quando fôsse contestável a Ord. do L. 4, T. 13, § 6.º — que trata da lesão — habilitaria o foreiro a fazer vingar o seu direito. O que êle perde é simplesmente o de continuar a ser enfiteuta.

§ 9.º

Convirá à Municipalidade intentar a ação de comisso?

O processo de desapropriação por necessidade ou utilidade pública municipal presta-se a resultados que, ofendendo o sentimento de justiça, embaraçam a execução de melhoramentos inadiáveis.

Reconhecido, no caso de comisso, o direito à indenização das benfeitorias, pode operar-se a consolidação do domínio da Municipalidade com muito menor sacrifício de seus cofres e como sucedâneo da desapropriação.

Subordinar o interesse público a exigências particulares nem sempre confessáveis, quando, usando de seu direito, pode a Municipa-

(198) Vide MOLITOR, *Oblig.*, ns. 509 e seguintes; PACIFICI-MAZZONI, *Cód. Civ. It.*, n.º 30, *Tratt. della vendita*; LAURENT, *Dr. Civ.*, Tít. 24, ns. 356-357, Tít. 17, ns. 156 e seguintes.

(199) *Questões de direito enfiteut.* — questão 165.

(200) Vide ALMEIDA E SOUSA, *Dir. enfiteut.*, §§ 604 a 613, 1.120 a 1.124. *Apêndice a êsse tratado*, §§ 35 a 46; COELHO DA ROCHA, § 558.

lidade chegar ao mesmo fim com vantagem para as suas finanças, seria fazer uma renúncia que as necessidades do Distrito Federal não podem tolerar.

Sempre que houver vantagem em recorrer ao comisso, em vez de usar de desapropriação, que aliás depende de decreto do Conselho, deve ser preferida essa forma de servir ao interesse público.

O Decreto n.º 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 efeitos de *cálculos absolutos*, quase sempre altamente prejudiciais, não oferece, por pesado formalismo, a ductilidade necessária aos empreendimentos de uma administração que não queira esterilizar-se.

§ 10.º

Pode a Municipalidade transigir com os foreiros e usurpadores?

Como qualquer outro senhorio a Municipalidade pode relevar o foreiro do comisso em que caiu, *ex-vi* da Ord. do L. 4, Tít. 39, § 1.º.

Resolvido de pleno direito o contrato por efeito de pacto comissório, deixou êle de existir, readquirindo o senhorio o direito de celebrar outro.

O aforamento dos bens municipais independe de hasta pública, e portanto pode a Municipalidade, em vez de intenção de comisso ou de reivindicação, contratar com o foreiro incurso nêle ou com o usurpador, que sem título esteja de posse de terrenos municipais a enfiteuse, regulando-a pelo direito em vigor.

Ainda ocorre que tão grandes dificuldades opondo-se a que a Municipalidade reintegre seu patrimônio pelos meios judiciais, há em Direito a instituição da — transação — que a habilita a conseguir pròximamente seus intuitos.

A transação é contrato pelo qual duas ou mais pessoas decidem por meio de concessões recíprocas uma contestação sôbre que disputam ou receiam disputar (201) ou, como se exprime MACKELDEY (202), todo o acôrdo sôbre um direito litigioso, ou pelo menos duvidoso e incerto, que tem por fim fazer cessar o litígio ou a incerteza, renunciando cada uma das partes em favor da outra alguma ou algumas de suas pretensões.

(201) COELHO DA ROCHA, *loc. cit.*, § 744.

(202) *Dr. Rom.*, § 470.

A Lei n.º 85, de 20 de setembro de 1892 atribuiu no art. 15, § 9.º competência ao Poder Legislativo Municipal para resolver sobre acôrdo 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 forma indicada.

§ 11

Pode o Conselho Municipal autorizar o resgate dos aforamentos?

O resgate, quando determinado em lei, é uma substância como ensina PACIFICI-MAZZONI (203), uma desapropriação forçada do domínio do senhorio em favor do enfiteuta, justificada pelo interesse geral de tornar a propriedade plena e livre. Por êle se extingue a enfiteuse.

O Projeto do Dr. COELHO RODRIGUES no art. 1.503 o consigna, como o fizera o Dr. FELÍCIO DOS SANTOS no art. 2.350 do que apresentou e está em estudo no Senado.

Autorizar o resgate é autorizar alienação de bens patrimoniais e por uma forma de que a Lei n.º 85, de 20 de setembro de 1892 não cogitou.

O Conselho Municipal pode decretar a venda de bens municipais, mas subordinado-a às formalidades do art. 15, § 8.º, alínea b, — *hasta pública* — inadmissível na hipótese.

O resgate, extinguindo a enfiteuse, só por lei federal pode ser decretado.

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

§ 12

Goza a Municipalidade do "jus protimeseos", opção ou prelação quanto aos terrenos de marinhas e mangues?

Não tendo a Municipalidade senão o usufruto — *foros e laudê-mios* (204) e pertencendo a nua-propriedade à República, a esta cabe o direito de prelação ou opção.

(203) *Della Enfiteusi*, n.º 17 — *Affrancazione*.
(204) PACIFICI-MAZZONI, *loc. cit.*, Tít. 1, n.º 391.

Assim entende em tese CORREIA TELES (205) e procede a conclusão na hipótese, embora a licença seja requerida à Municipalidade, que, concedendo-a, nada mais faz do que exercer por delegação o direito do senhorio (206).

§ 13

Compete-lhe quanto a êles a ação do comisso?

Seria seu efeito a consolidação do domínio, o que *prima facie* é inadmissível.

A Lei n.º 38, de 3 de outubro de 1843 no art. 37, § 2.º, adjudicou à Câmara Municipal os foros dos terrenos de marinhas e autorizou o aforamento para edificações, determinando assim a modalidade do usufruto.

Não pode alterar a forma de seu direito e adquirir pelo comisso bens não suscetíveis de aforamento que, na frase 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 habitáveis (207).

Não lhe sendo permitido aforar as casas, ou converteria em arrendamento a forma de usufruto ou seria obrigada a vender os imóveis pelo modo por que no Império Romano entravam no domínio privado os bens do príncipe *empti privato jure salvo canone* (208).

§ 14

Pode consentir que o foreiro purgue a mora?

Parece que operando-se a resolução do contrato de pleno direito e competindo exclusivamente ao senhorio relevar o foreiro do comisso em que caíu, ao Ministério da Fazenda incumbe deliberar e a êle deve dirigir-se a Municipalidade, que aliás não está inibida de demandar os foros vencidos.

Isso não importa renúncia, e se importasse, seria nenhuma por faltar à Municipalidade o poder de fazê-la.

(205) *Questões do Dir. enfit.* — Questão 183.

(206) Instruções do Ministério da Fazenda, de 28 de dezembro de 1889

(207) A censura do Dr. FELÍCIO DOS SANTOS ao Alvará — *Comentário* ao seu "Projeto de Código Civil", T. V, pág. 26, parece referir-se somente ao *critérium* da modicidade da pensão.

(208) GARSONNET, *Hist. des loc. perp.*, pág. 149.