

AS
AREIAS MONAZITICAS

E SUA EXPLORAÇÃO

EM TERRENOS DE MARINHA

AFORADOS PELA UNIÃO



RIO DE JANEIRO
TYPOGRAPHIA LEUZINGER

—
1904

PETIÇÃO

AO EXM. SNR. MINISTRO DA FAZENDA

POR

MAURICIO ISRALSON

CONTRACTANTE DO SERVIÇO DE EXTRACÇÃO E VENDA
DAS AREIAS MONAZITICAS DO DOMINIO DA UNIÃO

IMPETRANDO PROVIDENCIAS NO SENTIDO DE SER
ASSEGURADO O FIEL CUMPRIMENTO DO CONTRACTO
DE 12 DE DEZEMBRO DE 1903

Exm.º Sr. Ministro da Fazenda.

MAURICIO ISRALSON, tendo contractado com o Governo Federal o serviço de extracção e venda das areias monaziticas existentes em terrenos de marinha e outros da União, no Estado do Espirito Santo, vem, mais uma vez, impetrar de V. Ex. providencias no sentido de ser assegurado o fiel cumprimento do contracto de 12 de Dezembro de 1903.

Em virtude desse contracto (doc. n. 1) o Supplicante está obrigado a exportar, annualmente, nunca menos de mil e duzentas toneladas de areias monaziticas, em bruto, ou duzentas e cincoenta de areias beneficiadas (clausula 8 do contracto) ⁽¹⁾, mas, ao mesmo tempo, deverá regularisar a venda respectiva de modo que não se produza a baixa dos preços (clausula 21 do preindicado contracto ⁽²⁾ e IV do Edital de 6 e 14 de Agosto de 1903) ⁽³⁾.

(1) Clausula 8ª do Contracto: « O contractante fica obrigado a exportar nunca menos de mil e duzentas toneladas de areias, em bruto ou duzentas e cincoenta toneladas de areias beneficiadas, sob pena de ser cobrada a porcentagem estipulada sobre uma das mencionadas quantidades, isto é, da que estiver sendo exportada. »

(2) Clausula 21 do Contracto: « O contractante aceita todas as clausulas e condições do edital de 6 de Agosto do corrente anno, de que não se tenha feito especial menção. »

(3)
« Quando, p-ventura, se realize a venda de ambas as qualidades, poderá exportar das areias beneficiadas a quantidade possivel, de modo a não produzir a baixa dos preços de ambas. » (Clausula IV do edital de 6 e 14 de Agosto de 1903.)

Ora, não se podem cumprir as duas obrigações sem que o Governo, por sua parte, cumpra as que lhe correspondem, isto é de impedir toda a concorrência ilícita ou illegal na exportação e venda das areias monazíticas, concorrendo para que a lei da offerta e da procura não se manifeste em sentido desfavoravel aos proprios interesses do Fisco.

Já o Supplicante tem, por vezes, denunciado essa concorrência ilícita e pedido providencias para que cesse a exportação de areias monazíticas, extrahidas em terrenos da União, por quem não tem o direito de fazel-o e o faz com prejuizo gravissimo da Fazenda Nacional, nomeadamente no Estado da Bahia.

Neste sentido, em 12 de Janeiro do corrente anno, a V. Ex. foi dirigido o seguinte telegramma :

« Levo conhecimento V. Ex. que agentes John Gordon procedem á extracção de areias monazíticas em Commuruxatiba, Comarca Prado, fazendo depositos distante praia.

De accôrdo contracto, peço V. Ex. haja expedir ordens impedir continue extracção ».

.....

Havendo extrahido, sem o menor obstaculo, mil toneladas, o prenomeado John Gordon requereu ao Inspector da Alfandega que « houvesse de designar um empregado aduaneiro para assistir ao embarque das areias extrahidas », sendo por este funcionario despachado que « não consentia que as areias extrahidas fossem exportadas, porque recente ordem do Thezouro Federal determinou que não podessem ser exportadas areias monazíticas pertencentes ao mesmo, sem que um empregado fosse assistir á sua extracção ». (Vide doc. sob n. 2.)

Tal despacho levou John Gordon a interpor um protesto (doc. n. 2) perante o Juizo Federal na Secção da

Bahia, em que allega estar, como emphyteuta, no pleno direito de extrahir nos terrenos de marinha, que aforou, areias monaziticas e de exportal-as, preenchidas, apenas, as formalidades aduaneiras, sem pagamento algum á União. (Vide protesto).

Ao mesmo tempo, porém, que interpunha esse protesto, requeria á Autoridade Aduaneira que houvesse de designar um empregado que « na forma da ordem do Thezouro Federal » fosse assistir á extracção de areias a que ia proceder.

Tendo sido deferido tal pedido, foi a V. Ex. dirigido o seguinte telegramma :

« Gordon para contornar difficuldades Delegado Fiscal que indeferira licença para exportar areias extrahidas requereu designação empregado Fazenda para assistir extracção, sendo deferido em virtude instrucções V. Ex. anteriores ao contracto de 12 de Dezembro. Como extracção é feita terrenos de marinha, peço V. Ex. novas instrucções Delegado revogar despacho para cumprimento clausula 19 do contracto.»

.....

Nenhuma provideneia decisiva e fundamental tem sido ordenada, e, assim, por facto de uma das partes contractantes, a Fazenda Nacional, a extracção e venda de areias monaziticas estão á mercê de uma concurrencia desleal, illicita, illegal e altamente leziva ás rendas federaes.

Á sombra de uma carta de afôramento de área não determinada de terrenos de marinha, com a frente de quatro kilometros, oitocentos e cinquenta e um metros, avaliada em cincoenta contos de réis (Rs. 50:000\$000) e mediante o fôro annual de um conto e duzentos e cinquenta mil réis (Rs. 1.250\$000), John Gordon, de Outubro de 1898 a Dezembro do anno passado, tem exportado

para Hamburgo — 7.385.184.219 kilos de areias monazíticas no valor official, estabelecido pelo governo da Bahia, de Rs. 3.385:184\$700.

Só em Dezembro de 1903 exportou 922.260 kilos no valor official de Rs. 553:356\$000, muito inferior ao preço do mercado consumidor.

Ainda agora, acaba de exportar mais 1.000.000 de kilos ou, 1.000 toneladas cuja prohibição, aliás, solicitou de V. Ex. o supplicante, como se vê dos telegrammas acima transcriptos. Vê-se, pois, que John Gordon tem exportado até hoje 8.385.184 kilos—oito milhões trezentos e oitenta e cinco mil cento e oitenta e quatro kilos—ou, oito mil trezentos e oitenta e cinco toneladas de areias monazíticas com manifesto prejuizo para o Thezouro Nacional.

Ora, tomando-se por base o preço minimo por que tem sido vendida essa mercadoria no mercado consumidor, o de £ 30 — por tonelada, vê-se que as areias exportadas produziram £ 251.555-10-4, de que nada reverteu em favor da Fazenda Publica.

O Thezouro Federal, nesse periodo apenas recebeu o fôro ou pensão no valor total de Rs. 7:500\$000 — sete contos e quinhentos mil réis.

Sobre o presente assumpto, naturalmente, já está V. Ex. de posse de informações cathgoricas, porquanto, pela ordem n. 8 de 23 de Janeiro de 1904, (*Diario Official* de 24 de Janeiro) expedida á Delegacia Fiscal da Bahia, a Directoria do Expediente do Ministerio, de que é V. Ex. digno Titular, pedio-as.

* * *

Pretende John Gordon que usa de seu direito como emphyteuta, extrahindo areias monazíticas dos terrenos de marinha que lhe estão afôrados, e exportando livres de quaesquer onus federaes.

Tal direito não pôde invocar, porque :

1) o afôramento é nullo, tendo sido a concessão feita contra direito e ob e subrepticamente.

2) ainda quando não fosse nullo, o emphyteuta, por se tratar de terrenos de marinha, não tem o direito de converter o afôramento em concessão para explorar jazidas miueraes, por isso que alienando o dominio util, União não aliena, antes reserva-se o direito ás minas que em taes terrenos forem achadas.

I

O afôramento é nullo, tendo sido feita a concessão contra direito, porque :

« A carta de afôramento, que serve de titulo a John Gordon, não está de accôrdo com a legislação reguladora da especie, consolidada e completada pelo Dec. n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868, e mantida pela posterior, salvo quanto á competencia, para a concessão de terrenos de marinha ».

Ao afôramento não precedeu hasta publica, como determinam as Leis n. 1.507 de 26 de Setembro de 1867, art. 34 n. 33 e n. 3.348 de 20 de Outubro de 1887, art. 8 § 3 *in fine*.

Esta assim dispõe :

« Nenhum arrendamento ou afôramento de quaesquer terrenos, nem a renovação dos actuaes arrendamentos, poderá effectuar-se senão em hasta publica a quem melhores condições offerecer ; sendo applicadas aos proprios desta natureza as disposições do Dec. n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868; e considerando-se nullas quaesquer concessões em contrario desta disposição ».

Sobre a concessão do afôramento não foi ouvido pelo menos o Ministerio da Marinha, como prescreve o paragrapho unico do art. 3 e art. 4 do Dec. n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868.

Na carta, ou titulo de afôramento, apenas se indica a extensão de frente do terreno afôrado, quando devia declarar se para o lado do mar ou de terra, assim como a extensão de fundo e as confrontações, como se torna preciso em virtude das Instrucções de 10 de Janeiro de 1837, « não tendo sido expedido com regularidade segundo a lettra e espirito das Instrucções de 14 de Novembro de 1832 e das Ordens a respeito, pois que se o deu com declaração sómente da extensão de frente, sem designar si é para o mar ou para terra, não especificando quanto tem de fundos comprehendidos nas 15 braças de marinha, como é necessario para se evitar qualquer alteração futura em prejuizo da Fazenda Nacional ou de terceiros, e a que é indispensavel attender-se para que seja justa a avaliação por que se regula o fôro (vide Ordem de 10 de Janeiro de 1837 — Costa Lima « Terrenos de Marinha » pag. 54) e para não confundir o terreno de marinha, que foi afôrado, com os accrescidos, que, tambem podem ser objecto de afôramento separadamente dos de Marinha, propriamente ditos, (portaria do Ministerio da Fazenda de 3 de Fevereiro de 1852, Aviso-Circular do Ministerio da Fazenda de 18 de Outubro de 1859. Lei n. 1.114 de 27 de Setembro de 1860 art. 11, Circular do Ministerio da Fazenda de 29 de Novembro de 1860. Aviso do Ministerio da Fazenda de 27 de Janeiro de 1862, Circular do Ministerio da Fazenda de 18 de Novembro de 1864, Dec. n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868. Instrucções do Ministerio da Fazenda de 28 de Dezembro de 1889).

Da leitura das disposições legais citadas bem patente fica a distincção, estabelecida pelo legislador, entre ter-

renos de marinha, propriamente ditos, e os accrescidos natural ou artificialmente.

O cit. Dec. n. 4.105, consolidando toda a legislação anterior, assim os define no § 3 do art. 1º

§ 3º « São terrenos accrescidos todos os que natural ou artificialmente se tiverem formado ou se formarem além do ponto determinado nos §§ 1 e 2 para a parte do mar ou das aguas dos rios » (Resolução de Consulta de 31 de Janeiro de 1852 e Lei n. 1.114 de 27 de Setembro de 1860 art. 11 § 7º)

Vê-se pois, que não se pôde incluir no afôramento de terrenos de marinha os terrenos accrescidos.

O afôramento concedido a John Gordon, preterio taes dispositivos legais e não pôde produzir effeitos juridicos.

Accresce, ainda, que a carta de afôramento expedida se affasta, por completo, das instrucções constantes da Circular de 18 de Abril de 1836, visto que não está de accôrdo com o modelo que o Tribunal do Thezouro mandou observar (Vide Costa Lima — Terrenos de Marinha pag. 48).

Concedendo-se a um unico individuo « a consideravel extensão de 4 kilometros oitocentos e cincoenta e um metros (4.851) de frente, foram infringidas as determinações constantes do Aviso de 24 de Janeiro de 1848 (vide Costa Lima—« Terrenos de Marinha » pag. 86) e as recommendações do Ministerio da Fazenda constantes da Circular n. 32 de 19 de Março de 1895, concebida nos seguintes termos :

« Declaro aos Snrs. Chefes das Repartições de Fazenda que não devem fazer concessões de afôramento de grandes extensões de terreno de marinha a uma só pessoa, o que tenho por muito recommendado aos mesmos senhores Chefes. —
Francisco de Paula Rodrigues Alves ».

II

Na concessão do afôramento procedeu-se ob e subrepticamente occultando-se declarações que teriam influido na avaliação dos terrenos, e consequentemente, na estipulação do fôro a pagar (Portaria de 2 de Janeiro de 1834).

Ora, da carta de aforamento concedida a John Gordon, absolutamente não se cogita de exploração de areias monaziticas, não se podendo classificar esse fim entre os que presidiram, desde os tempos coloniaes, ás concessões de terrenos de marinha (lei de 4 de Julho de 1776 ; Dec. de 21 de Janeiro de 1809 e mais disposições leaes até o precitado decreto 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868). Limitando-se a ella, não executa o mesmo concessionario o contracto como se obrigou, falta á fé do pactuado e procedeu com ob e subrepcão.

« E, como os contractos se annullam, quando convencidos de erro, simulação, dolo ou fraude », e, no caso verterente, reputando-se o erro essencial (T. de Freitas — Esboço do Cod. arts. 467 a 472) o contracto ficou viciado desde a sua origem.

Demais, o contracto é de emphyteuse, e ao foreiro não é licito alterar a substancia da cousa alheia da qual apenas tem o dominio util. Ora, é obvio que a retirada das materias preciosas contidas no solo não só altera, mas prejudica e póde exgottar os elementos de sua constituição primitiva.

A emphyteuse é, neste caso, sophismada, illudida. Nos contractos commutativos, é sempre subentendida a clausula resolutiva por falta de um dos contractantes.

III

No afôramento ou emphyteuse de terrenos de marinha, a União alienando o dominio util, reserva-se o direito ás minas, que nelles forem achadas, porque :

O direito do emphyteuta de retirar dos bens afôrados todos os fructos e vantagens, quer ordinarios, quer extraordinarios (Coelho da Rocha, vol. 2 § 559) de gozar da cousa da maneira a mais ampla, percebendo-lhe os fructos e productos e aproveitando-a em todos os misteres a que se preste (Lafayette — Dir. Das Cousas. Vol. 1 § 147) constitue um desmembramento do dominio que tem como caracteristico juridico deferir ao foreiro, com o dominio util, a obrigação de conservar a substancia do bem afôrado, sem a menor redução do valor que tenha ao tempo da constituição da emphyteuse, de sorte que, extincta esta, por qualquer causa legal, recupere o proprietario o gozo da cousa de modo tão completo e proficuo, quanto o que ella proporcionava na época do contracto. (Laurent, Princ. de Droit. Civ. Vol 8 n. 378). Ora, a extracção do minerio, quando não iniciada na época da emphyteuse, e, portanto, comprehendida no contracto, não constitue faculdade incorporada ao direito real do emphyteuta, ao dominio util que lhe affecte por lhe acarretar redução do valor dos terrenos afôrados » (Laurent ob. cit. n. 378 e 393; Demolombe, Cours de Code Napoleon vol. 6 n. 485, pag. 375).

A emphyteuse de terrenos de marinha não dá ao emphyteuta a somma de direitos que são attribuidos á emphyteuse commum; entre esse não se inclue o de explorar os mineraes nelles existentes, porquanto o respectivo contracto tem por fim promover a construcção de obras de utilidade publica, no littoral, como está declarado na legislação que rege o assumpto, desde os tempos coloniaes, até ao decreto n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868 (Teixeira de Freitas, Cons. das Leis Civis art. 606).

As minas foram sempre reguladas por leis especiaes e differentes das reguladoras da emphyteuse, a tal ponto que, salvo declaração expressa, presumiam-se excluidas

das proprias doações régias como se vê da Ord. L. 2 tit. 38 pr. combinada com o tit. 26 § 16, que se refere expressamente ás de «ouro, ou prata, ou qualquer outro metal».

Deste modo se tem entendido até hoje de accôrdo com a opinião dos melhores civilistas.

Entre nós, desde a Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, ficou estabelecido que a venda de terras devolutas não importava o direito de explorar as minas que fossem nellas encontradas, porquanto ficavam sujeitas á concessão especial (art. 16 § 4 da cit. lei n. 601).

«A nação vendendo terras devolutas, reservava-se o direito ás minas».

Ora, si, tratando-se de terras devolutas, na alienação do dominio pleno, reserva-se a Nação o direito ás minas, tratando-se de afôramento ou emphyteuse, isto é, da alienação de uma parte do dominio — o util — não é licito pensar que, sem concessão especial do Governo, nos termos da lei 1.507 de 25 de Setembro de 1867, art. 23, o emphyteuta possa fazer suas as minas e exploral-as incondicionalmente.

O direito de explorar minas, em terras pertencentes ao Estado, sómente pôde provir de concessão ou contracto especial, que o confira, designando os limites, as datas, em que elle se exerça.

Essa é a doutrina decorrente do Alvará de 8 de Julho de 1801, 30 de Janeiro de 1802, 13 de Maio de 1803, Dec. de 17 de Setembro de 1824; Lei de 28 de Outubro de 1848 arts. 33 e 34; Dec. n. 3350 A de 29 de Novembro de 1864).

Com a emphyteuse, de que são objecto os terrenos de marinha, é inconciliavel a exploração de mineraes. Não são estes fructos da terra, que se renovem e se reproduzam, periodicamente, segundo as estações; e sim

elementos constitutivos da formação geologica do globo, ou transformação desses elementos pela acção secular das leis physicas.

Destacal-os, extrahil-os das respectivas jazidas e até exgotal-os, é alterar e destruir as condições primitivas do solo em que se encontram, o que é vedado ao emphyteuta.

Não se póde portanto, permittir que, á sombra de um afôramento, evidentemente nullo, e com infracção de todo o regimen legal, continue o pseudo-emphyteuta a lesar as rendas publicas.

.....

IV

O fôro está, além de tudo, viciado por lesão enormissima.

Sendo o fôro determinado pela avaliação art. 11 das instrucções de 14 de Novembro de 1832) que attribuiu a quasi 5 kilometros de terrenos de marinha o valor de Rs. 50:000\$000 foi desprezada, por culpa ou dóllo, a circumstancia de existirem nellas areias monaziticas. Tivesse sido considerado elemento para o calculo da avaliação e o fôro annual não teria sido fixado em um conto duzentos e cincoenta mil reis (Rs. 1:250\$000), como foi.

O thorium dá aos terrenos onde se encontram seus depositos muitissimo valor. O thorium, segundo opinião official (Rel. do Ministerio da Fazenda de 1899—1900—1902), é metal precioso ; cada tonellada de areia, que o contém, encontrava, ao tempo do afôramento preço elevado. Eliminado do calculo da avaliação, por culpa ou dóllo, esse essencial elemento, a lesão é manifesta e incide na censura da Ord. L. 4 tit. 13 n. 6.

O concessionario do afôramento, ao tempo em que o

requereu, conhecia a existencia do thorium e exportou as areias lesando o Fisco, com simulação, porque dava-lhes a simples apparencia de lastro de navio. A condição estabelecida pela Ord. citada—engano além da metade do justo preço ao tempo do contracto—para que se possa allegar o vicio da lesão, está preenchida na hypothese.

Basta considerar que si o concessionario tivesse requerido concessão para minerar teria de pagar, além da taxa fixa de cinco réis por braça quadrada, 2 % sobre o liquido da extracção, o que elevaria a contribuição ao Fisco á quantia muito maior do que a do fôro annual calculado em Rs. 1:250\$000.

Nas repartições fiscaes tem o Governo os elementos necessarios para fixar o valor da lesão, e não se deve esquecer que o beneficio da restituição *in-integrum* foi exactamente attribuido á Fazenda Publica para impedir que o tempo consagrasse a malversação ou a negligencia na gestão dos interesses da Republica. O Governo da União si se conservasse indifferente a este assumpto attentaria contra os direitos e interesses da Fazenda Nacional ; sendo gratuita esta hypothese, o supplicante não tem a pretensão de indicar os meios de defender os cofres publicos e o dominio da União de um afôramento illegal, nullo e lesivo.

E o Governo Federal não precisa de esforço para conseguir esse resultado, quando tem ao seu serviço auxiliares, que, sem duvida, perante os Tribunaes de Justiça, com vantagem, pleitearão a nullidade e rescisão do afôramento, a indemnisação das perdas e damnos, o emprego dos interdictos possessorios e o sequestro, durante a lide, do que, ainda, não estiver exportado.

E assim procedendo, o Governo da União, deixando ao Poder Judiciario a responsabilidade da defeza do contracto synallagmatico de extracção e venda de areias mo-

nazíticas, a que foi autorizado pelo Congresso Nacional, como meio de aproveitamento dessa parte do dominio da Republica, não será accusado de ter faltado á garantia legal, que, omittida ou recusada, tem effeitos juridicos inilludiveis.

« Não é em vão que o direito, equiparando a Republica e o Fisco aos menores e mais pessoas miseraveis, lhes concede o beneficio da restituição *in-integrum*».

N'estes termos, o supplicante requer a V. Ex. se digne de tomar as providencias que o caso exige, pondo a Fazenda Nacional e o supplicante, a salvo de concorrência illicita e illegal.

E. DEFERIMENTO

Rio de Janeiro, 16 de Maio de 1904.

PEDRO FRANCISCO RODRIGUES DO LAGO,
Advogado.

DOCUMENTO N. 1

Contracto

Aos doze dias do mez de dezembro de mil novecentos e tres, na directoria do contencioso do Thesouro Federal, presente o senhor doutor Carlos Augusto Naylor, director, compareceu o senhor Mauricio Isralson, engenheiro de minas, de nacionalidade russa, estabelecido na capital do Estado da Bahia, e disse que, em virtude do despacho do senhor Ministro da Fazenda, de sete do corrente, proferido no processo em que se apreciavam as propostas para o serviço da extracção de areias monaziticas existentes em terrenos de marinha e outros da União, no Estado do Espirito Santo, propostas estas apresentadas, em virtude do edital da Directoria das Rendas Publicas, do mesmo Thesouro, de seis e quatorze de agosto tambem do corrente anno, que acceitou a sua proposta por ser a mais vantajosa, vinha assignar o presente termo pelo qual contracta o referido serviço, mediante as clausulas seguintes, a que se obriga :

1.^a — O prazo da concessão do referido serviço é de seis annos, contados da data em que lhe fôr entregue pelo governo aqui, ou por seu representante no Estado do Espirito Santo, a planta do terreno pelo qual deverá começar a fazer a extracção das areias.

2.^a — O serviço da extracção das areias será iniciado no prazo de dois mezes, contados tambem da data em que lhe fôr entregue pelo governo, ou seu representante

no Estado do Espirito Santo, a planta do terreno pelo qual deverá começar a fazer a mesma extracção, passando recibo da referida planta, obrigando-se o governo a entregar ao contractante livres, desembaraçados e demarcados, á medida que forem se fazendo as demarcações, os terrenos e as plantas respectivas, nos quaes se encontrem areias monaziticas em abundancia.

3^a — Si, no prazo e nas condições mencionadas na clausula antece lente não der o contractante começo ao serviço de extracção dessas areias, caducará o respectivo contracto, independente de interpe llação judiciaria, perdendo o contractante, em favor do Thesouro, a caução que fez e de que trata a clausula 14^a.

4^a — O contractante se obriga a pagar ao governo federal, em prestações semestraes, a porcentagem de cincoenta por cento sobre o preço bruto da venda das areias que fizer o mesmo contractante; liquidando-se as contas com o governo até seis dias depois de findo cada semestre, á vista das facturas de venda legalisadas pelo consulado brasileiro do logar, sob pena de multa de um conto de réis por dia que exceda dos seis dias acima estipulados para essa liquidação até o prazo de dez dias, inclusive os seis, findos os quaes, não sendo paga essa porcentagem, ficará rescindido o contracto. O prazo para a liquidação de que trata esta clausula, poderá ser prorogado até trinta dias, inclusive os seis acima estipulados, si o contractante provar a impossibilidade material de fazel-a dentro dos seis dias acima designados. No caso de ser feita no Brasil a venda das areias, servirão para o calculo da porcentagem as contas de vendas fornecidas por quaesquer agentes ou obtidas dos lançamentos nos livros de escripturação do vendedor ou compradores. Os semestres a que esta clausula se refere terminarão sempre em trinta de junho e trinta e um de dezembro.

5ª — Além da porcentagem estabelecida na clausula anterior, o contractante se obriga a pagar ao governo mais uma libra esterlina por cada um por cento de oxydo de thorium que exceder de seis por cento em cada tonelada de areias brutas.

6ª — Não serão consideradas areias beneficiadas as que forem simplesmente lavadas.

7ª — A porcentagem de oxydo de thorium nas areias será verificada por analyses feitas por chimico juramentado, nomeado pelo consul brasileiro, devidamente authenticada pelo mesmo consul do logar da venda, que o contractante é obrigado a apresentar sobre cada carregamento na occasião de liquidação de contas do semestre vencido.

8ª — O CONTRACTANTE FICA OBRIGADO A EXPORTAR NUNCA MENOS DE MIL E DUZENTAS TONELADAS DE AREIAS EM BRUTO OU DUZENTAS E CINCOENTA TONELADAS DE AREIAS BENEFICIADAS, SOB PENA DE SER COBRADA A PORCENTAGEM ESTIPULADA SOBRE UMA DAS MENCIONADAS QUANTIDADES, ISTO É, DA QUE ESTIVER SENDO EXPORTADA.

9ª — O valor minimo pelo qual o contractante se obriga a vender a tonelada de areias brutas será de — vinte e cinco libras esterlinas, e o de igual quantidade de areias beneficiadas será de — noventa e cinco libras. Assim, si o preço de areias mencionadas baixar dos valores acima estipulados, o contractante se obriga a pagar a porcentagem de cincoenta por cento sobre taes valores, isto é, sobre vinte e cinco libras por tonelada de areia bruta e noventa e cinco libras por tonelada de areia beneficiada.

10. — A importancia da porcentagem sobre a venda das areias monaziticás poderá ser paga no Thesouro Federal, na delegacia do mesmo thesouro, em Londres, ou nas delegacias fiscaes que forem indicadas, em ouro ou em

moeda-papel, pelo cambio do dia, podendo tal pagamento tambem ser feito em titulos do *fundling-loan*, pela cotação média do mez anterior ao do citado pagamento, si taes titulos estiverem abaixo do par, e, quando se achem acima pelo valor ao par, ficando o governo com o direito de escolher a especie com que deve ser effectuado o pagamento, entre as especies acima indicadas.

11 — O contractante fica obrigado a recolher adiantadamente aos cofres federaes, em prestações semestraes a quota destinada á fiscalisação do seu contracto e que fôr uma vez fixado pelo Ministro da Fazenda, sob pena de, si assim não o fizer, ser a mesma quota retirada da caução de que trata a clausula 14^a.

12 — O contractante responsabilisa-se pela conservação, em bom estado, de todas as bemfeitorias, machinismos e accessorios, que encontrar nos terrenos demarcados ou nelles estabelecer para o serviço de extracção, transporte, beneficiamento das areias monaziticas, os quaes, findo, rescindido ou considerado caduco o contracto, ficarão pertencendo ao governo, sem direito a haver indemnisação alguma da parte do mesmo governo, á cuja propriedade passarão naquelle estado; e si no mesmo não se acharem e si o contractante não quizer assim conserval-os ou entregal-os, o governo fará, por conta do mesmo contractante, as obras ou concertos de que carecerem os ditos bens, retirando da caução a importancia necessaria.

13 — O contractante, tendo offerecido como luvax ou joia a quantia de cem contos de réis em dinheiro, confirma aquella offerta, tendo sido a quantia recolhida, conforme se verifica do conhecimento numero quatro mil cento e vinte tres da Thesouraria Geral do Thesouro Federal, que exhibiu, e datado de sete do corrente.

14 — Confirma tambem o contractante o deposito feito na mesma thesouraria geral, da quantia de cinquenta

contos de réis em apolices da divida publica da União, de juros de cinco por cento ao anno, ao portador, do emprestimo de que trata o decreto numero quatro mil oitocentos e sessenta e cinco, de dezeseis de junho de mil novecentos e tres, e representados pelas cautelas de numero duzentos e trinta e oito a duzentos e quarenta e dois, contendo cada cautela dez apolices, conforme o conhecimento numero seiscentos e trinta, de sete do corrente, que servirá de caução para fiel execução do presente contracto, e que perderá em favor do thesouro, no caso de caducidade ou rescisão do mesmo contracto. Toda a vez que fôr a caução desfalcada da importancia retirada em virtude do contracto, será a mesma integrada no prazo de quarenta e oito horas, contadas da data da notificação que lhe for feita para aquelle fim pelo governo, sob pena de multa de um conto de réis, e, no caso de não o satisfazer e integrar a caução, ficará rescindido o contracto.

15 — O contractante se sujeitará em tudo ás leis brasileiras já existentes ou que vierem a ser promulgadas, desde que não offendam os direitos adquiridos por este contracto, respondendo sempre perante o fôro brasileiro e desta capital que é o do contracto, qualquer que seja a sua nacionalidade, e obrigando-se a ter um representante no paiz, e com poderes para receber qualquer citação.

16 — O contractante terá o escripturação dos negocios relativos ao presente contracto feita em lingua portugueza, e em livros escripturados e legalizados com as formalidades prescriptas pelo codigo commercial, sob pena de rescisão deste contracto, facultando ao governo federal, ou a seus representantes, o exame dos mesmos livros, toda a vez que fôr exigido, sob pena de, si o não fizer, incorrer em multa de quinhentos mil réis, na do dobro desta quantia, no caso de reincidencia, ficando rescindido

o contracto, caso de todo se negue a exhibir os mencionados livros.

17 — O contractante poderá transferir o respectivo contracto a um syndicato, firma commercial ou companhia, mediante prévia auctorização do governo, responsabilizando-se pela fiel execução do mesmo contracto.

18 — Sendo as areias, cuja exploração é objecto do presente contracto, bem federal, será em relação ás mesmas observado o disposto no artigo dez da Constituição Federal.

19 — *O contractante communicará ao thesouro a existencia de intrusos que possam estar occupando os terrenos de marinha do dominio federal, onde existam areias, fazendo o Ministro da Fazenda retirá-os, E ASSIM COMO PROVIDENCIARÁ PARA QUE AS ALFANDEGAS NÃO DÊEM SAHIDA ÁS AREIAS QUE POR ELLAS TRANSITAREM SEM PROVAR A SUA PROCEDENCIA. CASO RESOLVA O GOVERNO FAZER EXTRAHIR AREIAS DE OUTRO QUALQUER ESTADO DA UNIÃO, DURANTE A VIGENCIA DO PRESENTE CONTRACTO, SÓ O FARÁ MEDIANTE CONCURRENCIA PUBLICA, NA QUAL TERÁ O CONTRACTANTE PREFERENCIA, EM EGUALDADE DE CONDIÇÕES.*

20 — O contractante pagará as despesas feitas com a actual commissão demarcadora dos terrenos de marinhas e que se acha no Estado do Espirito Santo, não excedendo taes despesas de setenta contos de réis.

21 — O contractante acceta todas as clausulas e condições do edital de seis de agosto do corrente anno de que não se tenha feito especial menção.

22 — A infracção de qualquer clausula deste contracto, para o qual não esteja estipulada pena especial, importará na rescisão e caducidade do mesmo, decretada pelo Ministro da Fazenda. O sello porpocional deste contracto é satisfeito quanto ao valor da joia e da caução, neste acto, e quanto ao preço da exploração, na occasião de ser

paga a porcentagem por parte do contractante. E, pelo senhor doutor director do Contencioso do Thesouro Federal, foi dito que, em nome, e por parte da fazenda federal e para ella, acceitava as clausulas do presente contracto, mandando, para constar, lavrar este, que, sendo lido, assigna com o contractante. E eu José Carlos Pereira de Azevedo, segundo escripturario do Thesouro Federal, o escevi. Sobre estampilhas do valor de cento e sessenta e cinco mil réis, devidamente inutilisadas. Directoria do Contencioso, doze de dezembro de mil novecentos e tres. Carlos Augusto Naylor. Mauricio Isralson.

DOCUMENTO N. 2

Certidão passada a pedido do advogado Dr. Pedro Francisco Rodrigues do Lago, do teor que abaixo se declara. O Bacharel Alfredo Henrique Baptista Soares, Escrivão Seccional n'esta cidade do Salvador, capital do Estado Federado da Bahia, por nomeação vitalicia, na fórma da lei, etc., etc. Certifico a todos que a presente virem, que em meu poder e cartorió existem uns autos de protesto registrados sob n. 1.029, fl. 170 v. do Livro 1º, em que é protestante John Gordon, e revendo-os acerca do que pelo advogado Dr. Pedro Francisco Rodrigues do Lago me foi apontado e pedido por certidão, d'elles constam a petição e termo de protesto que abaixo vão transcriptos: PETIÇÃO. — ILLUSTRISSIMO SR. DR. JUIZ SECCIONAL. O CIDADÃO AMERICANO JOHN GORDON, *foreiro de terrenos de marinha no municipio do Prado n'este Estado desde 5 de Maio de 1898 e garantido na posse, uso e gozo e exploração desses terrenos por mandado desse Juizo em 15 de Julho d'aquelle anno, tem feito cinco carregamentos de areias monasticas extrahidas dos indicados terrenos com assistencia de empregados federal e estadual e exhibindo justificação procedida n'aquelle terreno, pela qual tem provado que AS DITAS AREIAS HÃO SIDO EXTRAHIDAS DOS*

TERRENOS AFORADOS AO SUPPLICANTE. ⁽¹⁾ *Ao fazer, porém, o sexto carregamento quando o vapor chegou a este porto para desembarcar os empregados e pagar os respectivos impostos e apresentada a costumada justificação o Sr. Inspector da Alfandega impugnou esse instrumento por não ter sido tirado perante Juizo Federal e citado para ella o Procurador da Republica n'este Estado e porque o SUPPLICANTE COMO SIMPLES FOREIRO NÃO PODIA EXTRAHIR OS PRODUCTOS DOS TERRENOS AFORADOS. Surprehendido o Supplicante COM TÃO TARDIAS E INFUNDADAS IMPUGNAÇÕES observou que a justificação era igual ás cinco anteriormente offerecidas e acceitas pela mesma Inspectoria, a qual havia sido processada e julgada por Juiz competente, que é o do Prado por força do artigo 362 do Decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, artigos 79 e 82 da Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894 e 72 e 73 do Decreto n. 3.084 de 5 de Novembro de 1898, por isso que n'aquelle Termo não ha ainda supplentes do Juiz Federal nem substituto do Procurador da Republica, e quanto á faculdade do supplicante extrahir areias de terrenos aforados são una-*

(¹) De 1898 até á presente data John Gordon tem exportado as seguintes quantidades de areias monazíticas, extrahidas de terrenos de marinha :

1898 — Outubro.....	810 toneladas		
1899 — Novembro ...	302	»	e 980 kilos
1900 — "	228	»	873 " "
» — Março	608	»	904 " "
» — Novembro....	860	»	
» — "	12	»	100 " "
1901 — Abril.....	800	»	040 " "
» — "	7	»	920 " "
» — Julho.....	810	»	
1902 — Fevereiro.....	810	»	
» — "	1.080	»	
1903 — Maio.....	373	»	863 " "
» — Agosto.....	566	»	200 " "
» — Dezembro....	922	»	260 " "
1904 — Março.....	1.000	»	

Nenhum lucro auferio a União de tão larga exportação.

nimes os civilistas em ensinar que o foreiro é quasi senhor e como tal pode tirar e dispôr dos fructos e productos dos mesmos terrenos. Recebendo tal impugnação o Sr. Inspector da Alfandega despachou que nada podia resolver por si, porque havia affectado as suas duvidas ao Ministro da Fazenda, consentindo, porém, que as areias fossem exportadas mediante um deposito de dez contos de réis (10:000\$000) que o supplicante entrou para Alfandega. DESEJANDO O SUPPLICANTE FAZER O SETIMO CARREGAMENTO DIRIGIO-SE AO SR. MINISTRO E ESTE NÃO SÓ PERMITTIO (ficando decidido que o supplicante como foreiro podia extrahir areias) (sic), como ordenou que seguisse um empregado aduaneiro graduado para assistir o embarque, o qual deveria informar igualmente se as areias a embarcar tinham sido extrahidas dos terrenos aforados ao supplicante, dispensada assim a justificação, que costumava apresentar. Chegando aqui de volta o referido empregado informou em relatorio, que apresentou, QUE AS AREIAS EMBARCADAS TINHAM SIDO EXTRAHIDAS DOS TERRENOS DE MARINHA, AFORADOS AO SUPPLICANTE, ATÉ PORQUE N'AQUELLAS CIRCUMVISINHANÇAS NÃO HAVIA TERRENOS OUTROS CONTENDO AREIAS MONASITICAS; e por ser inteiramente satisfactoria a informação d'esse empregado o vapor, que continha o carregamento, foi despachado e seguio o seu destino sem o supplicante ser obrigado a prestar caução alguma. Confiado em que o alvitre sensato authorisado pelo Sr. Ministro da Fazenda e posto em execução deveria prevalecer para os demais carregamentos tratou o Supplicante de preparar UM OUTRO DE MIL TONELADAS, mas quando requereu á Inspectoria da Alfandega que houvesse de designar um empregado para ir ao Prado com as mesmas attribuições do anterior a Inspectoria da Alfandega declarou que não consentia que as areias depositadas fossem exportadas, porque RECENTE ORDEM DO THESOURO FEDERAL DETERMINOU QUE NÃO PUDESSEM SER EXPORTADAS AREIAS MONASITI-

CAS PERTENCENTES ao *Supplicante* sem que um empregado fosse assistir á sua extracção. Está pois o *Supplicante* prohibido de exportar as areias, que estão depositadas em barracões fronteiros aos terrenos aforados, porque o empregado aduaneiro não assistio á sua extracção, isto é, nega-se ao *Supplicante* a faculdade de, pelos meios de direito, provar que as areias depositadas em Cummuruxatiba, no Prado, lhe pertencem para poder exportal-as. (***) Se o *Supplicante* quizer recorrer a uma justificação procedida perante V. S. e processada regularmente para provar que as areias já depositadas lhe pertencem porque FORAM EXTRAHIDAS DOS TERRENOS DE MARINHAS QUE LHE ESTÃO AFORADOS, PERDERÁ O TEMPO, VISTO COMO O SUPPLICANTE SÓ PODERÁ EXPORTAR AREIAS MONASTICAS SI O EMPREGADO FÔR assistir que a pá do trabalhador seja introduzida no terreno e venha com o producto, obrigando-se o *Supplicante* a manter esse empregado com maioria de vencimentos á sua custa no Prado por longo prazo, porque a extracção das areias se faz lentamente e com intermitencias. E' incrível! mas, está determinado, de modo que todos os preceitos do direito civil brasileiro, todos os dispositivos da legislação nacional são derogados para o *Supplicante*, que fica assim sujeito a um regimen discricionario e especial, e, o que é peor, variavel a cada momento, e amanhã podem ordenar que o empregado não irá assistir só á extracção, mas até á formação geologica do sólo e vér como as areias alli se reúnem. Não pode, porém, o *Supplicante*, embora estrangeiro, mas igual a qualquer brasileiro no que diz respeito a certas relações civis, resignar-se ás vio-

(**) Não obstante a ordem do Thesouro Federal e a despeito do estipulado na clausula 19 do contracto assignado com o Governo Federal por Mauricio Isralson, o Sr. John Gordon ainda conseguiu exportar as mil toneladas de areias monaziticas extrahidas de terrenos de marinhas, sem nenhum lucro para a União, que, aliás, percebe cincoenta por cento sobre o preço bruto por que forem vendidas as areias exportadas pelo contractante.

lencias, tergiversações e surpresas, como as que vem de relatar com toda exactidão, e por isso vem protestar perante esse Juizo por perdas e damnos provenientes da prohibição da exportação das areias, que se acham depositadas em Cummuruxatiba, Municipio do Prado, E QUE FORAM EXTRAHIDAS quando vigorava a ordem de ser mandado um empregado sómente para examinar de onde ellas haviam sido extrahidas. Protestando como protesta pela presente, requer que tomando por termo o seu protesto sejam intimados d'elle o Dr. Procurador da Republica n'este Estado e o Sr. Delegado Fiscal do Thesouro Federal para os fins de direito. N'este sentido P. a Vossa Senhoria deferimento (sobre 3 estampilhas federaes no valor collectivo de novecentos réis estavam a data e assignatura seguintes :) Bahia, 1 de Março de 1904. Antonio Carneiro da Rocha. (Despacho) A. tome-se por termo, feitas as intimações requeridas. Bahia, 1 de Março de 1904. Paulo M. Fontes. Termo de Protesto. — Aos 2 dias do mez de Março de 1904, nesta cidade da Bahia, em meu cartorio, compareceu o Advogado Conselheiro Dr. Antonio Carneiro da Rocha, e, por parte do seu constituinte o cidadão americano John Gordon, disse que, na fórmula da sua petição e despacho retro, que ficam fazendo parte integrante d'este termo, não se conformando com as violencias, tergiversações e surpresas relatadas na mesma petição, protestava, como de facto protesta, por perdas e damnos provenientes da prohibição emanada do Thesouro Federal da exportação das areias que se acham depositadas em Cummuruxatiba, municipio do Prado e que foram extrahidas quando vigorava a ordem de ser mandado um empregado sómente para examinar de onde ellas haviam sido extrahidas. E de como assim o disse e protestou, lavrei este termo em que assigna. Eu Alfredo Henrique Baptista Soares, Escrivão Seccional, o escrevi, sobre 3 estampilhas federaes no valor total de 300 réis estavam a data e assi-

gnatura que se seguem :) Bahia, 2 de Março de 1904. Antonio Carneiro da Rocha. Nada mais se continha, nem outra alguma cousa declarada se achava em os teóres da petição, despacho e termo de protesto transcriptos na presente certidão, a qual, na fôrma pedida e apontada extrahi dos alludidos autos de protesto, aos quaes me reporto e dou fé, e vai sem vicio, borrão, razura, emenda, entrelinhas ou cousa outra que a menor duvida faça, por mim Escrivão escripta, conferida, rubricada e assignada nesta cidade do Salvador, Capital do Estado Federado da Bahia, aos 9 dias do mez de Março de 1904. Eu Alfredo Henrique Baptista Soares, Escrivão Seccional a escrevi, conferi, rubriquei e assigno. Bahia, 9 de Março de 1904. Tinha 3 estampilhas no valor de 2\$100 réis devidamente inutilizadas. Alfredo Henrique Baptista Soares. Reconheço a firma. Bahia, 9 de Março de 1904. Em testemunho da verdade (estava o signal publico), Virginio José Espinola, Tabellião Publico. Estavam colladas 2 estampilhas do sello estadual, no valor de 300 réis, devidamente inutilizadas. Reconheço a firma e o signal do Tabellião Espinola. Rio, 16 de Maio de 1904. Em testemunho da verdade, Andronico R. S. Tupinambá.

CONSULTA

Examinada a carta de afôramento constante da copia junta, pergunta-se:

I

Está de accôrdo com as instrucções de 14 de Novembro de 1832, a Ordem de 10 de Janeiro de 1837, a Portaria de 12 de Dezembro de 1837, o Aviso de 20 de Julho de 1838, e o Aviso de 24 de Janeiro de 1848? Obedeceu á circular de 18 de Abril de 1836?

O Dec. n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868 manteve expressa ou virtualmente os actos acima citados? Estão ainda, em vigor, salvo quanto á competencia, nos termos das circulares de 31 de Outubro de 1892 (*) e n. 17 de 28 de Fevereiro de 1895?

II

Não tendo sido denunciada pelo requerente da concessão de terrenos de marinha a existencia nelles de jazidas ou minas de oxido de thorium, de que tinha conhecimento, e, depois de obtida a concessão, fazendo consistir o aproveitamento de taes terrenos exclusivamente, na exploração dessas jazidas ou minas, procedeu elle com ob e subrepcão? Constitue isso causa de rescisão do afôramento por haver sido concedido por fraude e lesão?

(*) A circular de 31 de Outubro de 1892 encontra-se no *Diario Official* n. 301 de 6 de Novembro de 1892, pag. 407.

III

Tendo o terreno de marinha, que foi afôrado a extensão de *quatro kilometros, oitocentos e cincoenta e um metros*, sem designação de fundos, respeitou a concessão o espirito da legislação sobre terrenos de Marinha e o interesse do Fisco?

IV

Em face dos dispositivos legais citados e dos applicaveis á especie é válida a concessão constante da carta de afôramento cuja cópia vai junta?

COPIA

Termo de contracto de emphyteuse, que assigna o cidadão f....., de um terreno de marinhas na cidade de.....

Aos cinco dias do mez de Maio de 1898 nesta Delegacia Fiscal do Estado de..... presente o cidadão Delegado Fiscal..... compareceu o cidadão F..... e disse que vinha assignar termo de contracto de emphyteuse mandado lavrar por despacho do mesmo senhor Delegado, nos termos do Art. 17 do Doc. n. 2.807 de 31 de Janeiro do corrente anno, para afôramento de um terreno de marinha, na cidade de..... entre o riacho..... e o rio....., *medindo quatro mil, oitocentos e cincoenta e um metros de frente* de accôrdo com o termo de medição, demarcação e avaliação procedido pelo senhor o qual termo fica registrado nesta repartição e serve de base á expedição do respectivo titulo de foreiro. O concessionario obriga-se a pagar annualmente, a titulo de fôro a importancia de um conto duzentos e cincoenta mil réis (Rs. 1:250\$000), na razão de dous e meio por cento ($2\frac{1}{2}\%$) calculado sobre cincoenta contos de réis (Rs. 50:000\$000) em que foram

avaliados os terrenos, sendo o valor de cada metro dez mil tresentos e sete réis (Rs. 10\$307) sujeitando-se igualmente ao pagamento do laudemio de quarenta e um no caso de venda ou escambo do dito terreno ou de qualquer de suas bemfeitorias, que, aliás, não poderá vender ou escambar, sem que notifique o senhorio directo do mesmo para pagar a necessaria licença, quando não convenha tomar-se tanto por tanto para a Fazenda Nacional; sendo o afôramento por despacho desta Repartição em dezanove de Janeiro deste anno, e approvedo pelo Ministerio da Fazenda conforme a ordem da Directoria Geral das Rendas Publicas de n. 1 de 15 de Março. E para constar, lavrou-se o presente termo que vai assignado pelo Sr. Delegado Fiscal e o referido concessionario, e eu F. segundo escripturario addido á mesma Delegacia o escrevi.

Estava sellado etc.

PARECER

DO

Conselheiro Carlos de Carvalho

Ao primeiro quesito: Reintegrada pelo art. 1º da lei n. 25 de 30 de Dezembro de 1891 a União no direito de aforar terrenos de marinha e accrescidos, (Circ. n. 27 de 8 de Julho de 1892, Avisos de 4 de Agosto de 1892, Portaria de 19 de Agosto de 1892, Aviso Circ. n. 17 de 28 de Fevereiro de 1895) subsiste a sanção estabelecida no final do ultimo alinea do § 3º do art. 8 da lei n. 3.348 de 20 de outubro de 1887, isto é, os afôramentos não poderão effectuar-se senão em hasta publica a quem melhores condições offerecer, considerando-se nulla quaesquer concessões em contrario dessa disposição, salva a hypothese do art. 5º paragrapho unico do Dec. n. 4.185 de 22 de Fevereiro de 1868 (L. n. 1.507 de 26 de Setembro de 1867, art. 34 n. 33).

A formalidade substancial da hasta publica não foi imposta somente ás municipalidades e ás provincias.

Transferindo o uso e fructo dos terrenos de marinhas e accrescidos ás camaras municipaes e reservando os demais direitos constitutivos do dominio para a Fazenda Nacional, a lei de 1887 procurou dar mais uma garantia á gestão dessa parte do patrimonio nacional, estabelecendo a hasta publica como meio de assegurar melhor aproveitamento. Não foi apenas uma cautela irritante ou acto de

tutela imposto ás municipalidades ; tornou-se extensiva a essa alienação do dominio util a hasta publica applicada á alienação a titulo oneroso dos propios nacionaes.

A consolidação operada pela lei de 1891 não alterou a regra de gestão. Só um direito de preferencia absoluta póde prevalecer contra ella.

Nas instrucções de 28 de Dezembro de 1889 mandou-se attender não só ao Dec. n. 4.105 de 1868 como tambem ás ordens e praticas anteriores. Assim :

a) si ao afôramento não precedeu hasta publica ha nulidade de pleno direito ;

b) si não se procedeu ás diligencias ordenadas pelos arts. 4º e 9º do Decr. n. 4.105 de 1868 foi o aforamento irregularmente concedido ;

c) si apenas se indica a extensão da frente omitindo-se as outras confrontações, deve ser rectificado, porque isso póde importar occupação e exploração indebitas de accrescidos que não foram concedidos.

O facto de ter sido afôrada uma extensão pouco vulgar senão extraordinaria tambem incorre na censura das ordens do Thesouro Nacional e, entre outras, nas constantes dos Avisos de 24 de Janeiro de 1848 e n. 32 de 19 de Março de 1895.

Ao segundo quesito : Era essencial a declaração da existencia das jazidas ou minas de oxydo de thorium, porquanto desse facto resultariam a incompetencia do Ministerio da Fazenda para consentir na concessão e outra especie de contracto a celebrar.

Omittida essa circumstancia, a lei foi illudida com prejuizo da Fazenda Publica. O contracto ficou viciado ; a Fazenda foi induzida a contractar o que não podia contractar por essa fórma e com isso conseguiu-se defraudar disposição expressa de lei — o pagamento das taxas de

mineração, a competencia e fiscalisação do Ministerio da Industria, Viação e Obras Publicas, dando-se, além disso, ao contracto o caracter de perpetuidade. *Rcs ipsa in se dolum habet.*

O contracto é annullavel, isto é, a nullidade depende de rescisão. (Dec. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 arts. 685 e 686).

Ao terceiro e quarto quesitos : Julgo prejudicado com as respostas anteriores.

S. M. J.

Rio, 23 de Abril de 1904.

CARLOS DE CARVALHO.

PARECER

10

Visconde de Ouro Preto

O Dec. n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868 consolidou e completou as instrucções de 14 de Novembro de 1832, e as demais disposições até então vigentes, acerca da concessão de terrenos de marinha, dos reservados nas margens dos rios e dos accrescidos natural ou artificialmente.

Sob o Imperio, nenhum acto legislativo ou regulamentar alterou aquelle decreto, no tocante ás formalidades exigidas para taes concessões, a não ser a lei n. 3.348 de 20 de Outubro de 1887 que as tornou dependentes de hasta publica, sob pena de nullidade. (art. 8º *in fine*.)

A competencia para fazel-as, sim, passou ora do Ministerio da Marinha (Dec. 13 de Junho de 1820) para o da Fazenda (lei de 15 de Novembro de 1831, tit 4 § 14), ora para a Camara Municipal do Rio de Janeiro (lei de 13 de Outubro de 1834, art. 37 § 2), e, ultimamente para todas as Municipalidades. (Cit. lei de 1887.)

Logo após a proclamação da Republica, as instrucções do Ministerio da Fazenda de 28 de Dezembro de 1889 mandaram observar a legislação anterior.

Comquanto, em virtude dos arts. 3º e 64 da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, devesse passar aos Estados a attribuição da outorga dos mencionados terrenos;

todavia, com a promulgação da lei n. 25 de 30 de Dezembro de 1891, entendeu-se, a meu ver erradamente, que só a Municipalidade da Capital Federal e o Governo da União eram competentes para a alludida concessão (Ordem do Ministerio da Fazenda de 8 de Julho de 1892 e outras.)

Isto posto e considerando que :

a) ao afôramento de que trata a consulta não precedeu hasta publica ;

b) nem a respeito foram ouvidos os Ministerios da Marinha, da Guerra e da Industria, Viação e Obras Publicas ;

c) na carta ou titulo respectivo, apenas se indica a extensão da frente do terreno aforado, quando devia declarar si para o lado do mar ou de terra, assim como a extensão do fundo e as confrontações (Instruções de 10 de Janeiro de 1837) ;

d) não se enumeraram nesse diploma as obras que o concessionario se obrigava a executar ; tão pouco se especificou o modo e se marcou o prazo de serem levadas a effeito (cit. Dec. n. 4.105 de 1868, art. 2º § 1º) ;

e) a um unico individuo foi concedida a consideravel extensão de 4.850 metros de frente, sem fundo determinado, em contrario ao que muito criteriosamente, recommenda a Ordem do Ministerio da Fazenda n. 32 de 19 de Março de 1895, e já condemnara o Aviso do mesmo Ministerio em 24 de Janeiro de 1848 ;

Respondo, — resumindo-as, — as questões do 1º quesito do modo seguinte :

A carta do afôramento, que acompanha a consulta não está de accôrdo com a legislação reguladora da especie, consolidada e completada pelo Dec. n. 4.105 de 1868, e mantida pela posterior, salvo quanto á — competencia para a concessão de terrenos de marinha.

II

Os requerimentos para a concessão de terrenos de marinha, conforme o art. 2º § 1º do Decr. n. 4.105, deverão ser instruídos com a planta demonstrativa da extensão e confrontação dos lotes pretendidos e das obras projectadas, e mais com a explicação da natureza dessas obras, modo e tempo de realiza-las, segundo acima disse.

Essa exigencia visa duplo fim :

— Habilitar a autoridade a julgar com pleno conhecimento de causa, da conveniencia ou inconveniencia do pedido, sob o ponto de vista do interesse publico ;

— offerecer base para a avaliação dos terrenos, e, consequentemente, para se apurar a importancia do *canon*, a pagar ao Estado.

O sigillo guardado pelo pretendente sobre a existencia (que bem conhecia) da jazida de oxido de thorium, substancia de grande valor, prejudicou os alludidos intuitos.

Si não fôra elle, era possivel que a autoridade recusasse o deferimento, preferindo reservar para a administração o monopolio da exploração daquella riqueza, ou adoptar qualquer outro alvitre no sentido de aproveitá-la.

Não se dêsse a omissão do pretendente, e, com certeza, mais elevada seria a estimação dos terrenos, e, portanto, maior renda d'ahi adviria para o Thezouro Nacional.

Nestas condições, respondo ao segundo quesito :

— Ao solicitar os terrenos, procedeu o requerente ob e subrepticamente occultando declarações que, a terem sido feitas, talvez impedissem a concessão, ou a sujeitavam a fôro mais alto do que o estipulado.

E, como os contractos se annullam, quando conven-

cidos de erro, simulação, dolo ou fraude, julgo haver causa sufficiente para ser rescindido o afôramento em questão.

Dado mesmo que tivesse o concessionario agido, em começo, de bôa fé, nem por isso menos se justificaria a rescisão.

Desde os tempos coloniaes presidio as concessões de terrenos de marinha, o pensamento de promover, no litoral, obras de utilidade publica, como aterros, caes, armazens, trapiches, (Lei de 4 de Julho de 1776 ; Dec. de 21 de Janeiro de 1809).

Não se classifica nessa ordem de serviços a exploração de jazidas mineraes. Limitando-se a ella, portanto, não executa o mesmo concessionario o contracto, como se obrigou ; falta á fé do pactuado.

Demais, o contracto é de emphyteuse, e ao fôreiro não é licito alterar a substancia da cousa alheia, da qual apenas tem o dominio util.

Ora, é obvio que a retirada das materias preciosas contidas no sólo não só altera mas prejudica e póde exgotar os elementos de sua constituição primitiva.

A emphyteuse é, neste caso, sophismada, illudida.

Nos contractos commutativos, é sempre subentendida a clausula resolutiva por falta de um dos contractantes.

Condição não cumprida por uma das partes autorisa a outra parte a não cumprir a obrigação : (Ord. Liv. 4, titulo 5, § 3º; tit. 8 § 2; tit. 44 § 8 e tit. 83 § 7).

III

Incluido na resposta ao I.

IV

Prejudicado pela resposta ao II.

V

Sob o antigo regimen, eram de competencia administrativa as questões attinentes á validade das concessões de terrenos de marinha, sua intelligencia, preenchimento das formalidades legais de que se deviam revestir a medição, demarcação e avaliação dos mesmos terrenos, ao desempenho dos onus á que os concessionarios estivessem sujeitos. (Cit. Dec. 4.105 de 1868, art. 15).

Das decisões tomadas pelo Ministerio da Fazenda, havia recurso para o Conselho de Estado. Abolido como foi, pelas novas instituições o Contencioso Administrativo, estas questões devem ser submettidas ao poder judiciario federal. (Const. de 24 de Fevereiro de 1891, art. 60, letra B).

Rio de Janeiro, 29 de Abril de 1904.

VISCONDE DE OURO PRETO.

PARECER

DO

Conselheiro Costa Barradas

Examinando o termo de aforamento dos terrenos de marinha sitos na cidade do Prado, cuja cópia tenho presente, respondo englobadamente aos quesitos propostos na consulta do modo seguinte:

O referido aforamento foi irregular e feito contra as disposições do nosso direito fiscal, porque:

a) comprehende vasta extensão, de quasi cinco mil metros, que é prohibido, e por isso nunca concedido nos termos daquelle (Ord. do Thezouro Nacional de 24 de Janeiro de 1848 e outros);

b) não se precisou no mesmo a medida dos fundos desses terrenos, o que era necessario para sua determinação. (Ord. de 10 de Janeiro e de 12 de Dezembro de 1837, de 24 de Janeiro de 1848, etc.)

A falta de determinação dessa medida, imposta pela Lei no interesse da delimitação do dominio publico, da defeza militar, dos melhoramentos dos portos, servidões publicas, etc., importa em contracto sem objecto determinado, o que equivale a contracto sem objecto algum.

Conhecendo o requerente dessa concessão as riquezas mineraes que os terrenos encerravam, e que eram geralmente ignoradas, procedeu com fraude pedindo o aforamento e occultando o valor e a qualidade dos referidos

terrenos ; e o Governo prestando o seu consentimento a esse aforamento fel-o por erro devido á fraude do requerente, sem a qual de certo o contracto não se teria realisado.

Neste caso, reputando-se o erro essencial (T. de Freitas, esboço do Cod. arts. 467 a 472), o contracto ficou desde a sua origem viciado.

Entendo, portanto, que aquelle aforamento é nullo, mas a sua nullidade depende de sentença que a pronuncie. (Reg. n. 737 de 1850, art. 685).

E' o meu parecer, salvo mais auctorisado.

Rio, 9 de Maio de 1904.

J. DA COSTA BARRADAS.

PARECER

no

Conselheiro Coelho Rodrigues

Pelo Direito Commum as leis anteriores juntam-se ás posteriores, e estas completam aquellas, « *nisi contrariae sint* » (L.L. 20 e 28 Dig. Legib. 1,3).

Se a contradicção entre a lei anterior e a posterior é total, esta revoga aquella e, si parcial, apenas deroga, na parte correspondente. (Ulpiano Frag. — tit. de Legib. § 3).

De accôrdo com estes principios, o Dec. n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868, sobre o aforamento dos terrenos de marinha, apenas podia revogar ou derogar as disposições anteriores, sobre o mesmo objecto, que lhe fossem contrarias, como sôe declarar o ultimo artigo das nossas leis.

Nas collecções, que pude consultar, não encontrei a Port. de 12 de Dezembro de 1837, o Aviso de 20 de Julho de 1838, nem o de 31 de Outubro de 1892, sobre o assumpto, citados no primeiro quesito; mas os Avisos de 18 de Abril de 1836, de 10 de Janeiro de 1837 e o de 24 de Janeiro de 1848; o primeiro dos quaes ordena a demarcação do terreno aforado, tanto pela frente como pelos fundos; o segundo que estabelece o modelo do respectivo auto e do titulo, e o terceiro que prohibe as demasias das concessões, longe de contrariarem o Dec. n. 4.105 de 1868, facilitam e uniformisam a sua execução.

Accresce que o ultimo foi implicitamente confirmado pelo § 1 do art. 14, da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, e que os terrenos de marinha, ao menos pelos fundos, têm limites definidos e muito mais restrictos do que os dos devolutos, á que se referia a Lei citada.

O mesmo se póde dizer da collocação seguida dos *marcos* e do levantamento da *planta circumstanciada*, exigidos pelos arts. 12 e 14 das Inst. de 14 de Novembro de 1832.

Por outro lado, á vista do art. 83 da Const. Fed., não se póde considerar revogado o Dec. regulamentar de 1868. O mais que se póde conceder é que o novo regimen importe a transferencia da *jurisdição administrativa* do § 1, do art. 15 do mesmo Dec. para o Presidente da Republica, unico agente responsavel do Poder Executivo central, e sempre com a resalva dos casos em que possa caber a competencia judiciaria, segundo o referido Dec. ; pois a palavra *jurisdição* tambem se applica ao poder que administra. (Paula Baptista — Theor. e Prat. do Pr. § 43 da 3ª edição.)

Isto quanto á materia do primeiro quesito.

Quanto á dos outros, si o concessionario, tendo conhecimento da existencia de metaes preciosos, ou outros mineraes de grande valor, nos terrenos que requereu, como de *marinha*, os pedio com o fim de os minerar, obteve *ob* e subrepticamente o seu titulo, e este é duplamente nullo : 1º — pelo vicio da *ob* — subrepcção (arg. da Ord. de L. 2. tit. 43 ; 2º — por contrario ás leis que regulam a concessão de datas mineraes, leis de tal modo particulares que, no antigo regimen, as minas se presumiam excluidas das proprias doações régias, (Ord. L. 2, tit. 28 pr.) e no actual mereceram uma disposição especial, no § 17 do art. 72 da Const. Fed.

Mas, ainda concedendo-se, por hypothese, que o titulo

em questão não fosse nullo, *ipso jure*, e contraproducente para a mineração, seria ainda annullavel por lesão enorme, attentos o valor do minerio, a grande extensão dos terrenos e a baixa avaliação do fôro, ex-vi do § 6 da Ord. L. 4, tit. 13.

Entretanto, verificada, como parece, a nullidade do aforamento, ella poderá ser declarada pelo Governo, de accôrdo com o cit. § 1 do Art. 15 do Dec. n. 4.105 de 1868; ao passo que a lesão só poderá ser allegada por via judiciaria, porque é uma questão de facto (LL. 24, 71 e 105, Dig. de Reg. Jur. 50, 17) e não cáberá na hypothese o arbitramento do art. 10 das Instr. de 1832, que só cogita delle, antes da expedição do titulo.

Isto posto, respondo : ao

1º — Negativamente ás duas primeiras perguntas, e affirmativamente ás outras ;

2º — Affirmativamente quanto á primeira parte, e negativamente á segunda ; porque a nullidade do titulo precede e prejudica a questão da lesão ;

3º — Negativamente ;

4º — E' nulla de pleno direito ;

5º — Affirmativamente.

Salvo melhor juizo.

Petropolis, 5 de Maio de 1904.

A. COELHO RODRIGUES.

PARECER

DO

Dr. Didimo Agapito da Veiga

Resposta

O primeiro *item* da consulta desmembra-se em dois :

a) O aforamento constante do termo junto guarda observancia dos preceitos estabelecidos nas Instrucções e Actos indicados na Consulta?

b) Esses actos acham-se em vigor, depois do Decreto de 1868 e das Circulares de 31 de Outubro de 1892 e de 28 de Fevereiro de 1895?

Quanto á primeira parte do quesito :

A condição capital para a validade dos contractos de emphyteuse, que tenham por objecto terrenos de marinha, é que a área do terreno, dado em aforamento, se comprehenda dentro dos limites estabelecidos no art. 4 das Instrucções n. 348 de 14 de Novembro de 1832, isto é, até 15 braças craveiras, para a parte da terra, contadas desde o ponto a que chega o preamar médio.

Sem determinar-se, como fel-o o termo junto, a limitação dos fundos dos terrenos concedidos em aforamento, não ha como pretender-se afirmar a legalidade da emphyteuse ; a determinação da área territorial da sua incidencia é condição essencial, no aforamento de terrenos de

marinha, por terem este limite necessario e formal estabelecido em lei.

É, pois, com sobeja razão, que exige o Aviso n. 23 de 10 de Janeiro de 1837, que seja especificada a extensão dos fundos de terrenos de marinha, concedidos em aforamento, dentro das quinze braças craveiras, limite maximo a que necessariamente deve obedecer o aforamento das marinhas, não sómente, como se exprime o Aviso, para garantia da fazenda e para certeza da avaliação, mas ainda pela razão juridica da nullidade essencial de não abranger o aforamento terrenos, que não se possam comprehender nas marinhas, e que, por esta razão, não podem ser objecto de emphyteuse concedida pelo Estado.

A concessão de uma área de 4.851 metros de frente constitue outro vicio fundamental do aforamento constante do termo junto por copia, em face do estabelecido nos avisos n. 23 de 10 de Janeiro de 1837 e n. 13 de 24 de Janeiro de 1848. Vedam elles, de modo preciso, que fique á disposição do foreiro toda a marinha correspondente aos fundos (15 braças); antes, exigem que seja restrictamente limitada na frente e nos fundos a área concedida (av. n. 23 de 1837), sendo as concessões de grande extensões de terrenos (21.282 braças era a extensão de frente no caso do Aviso) exorbitantes dos termos da lei, dos regulamentos e das ordens existentes, pelo que não se deve approvar, ficando de nehum effeito os termos de medição, demarcação e avaliação dos ditos terrenos, por serem manifestamente irregulares e contra o espirito das leis existentes e prejudiciaes á commodidade e utilidade publica e aos interesses da Fazenda Nacional (av. n. 13 de 24 de Janeiro de 1848).

Não guarda, portanto, conformidade com o preceituario das Instrucções de 14 de Novembro de 1832, de 10 de

Janeiro de 1837 e de 24 de Janeiro de 1848 a emphyteuse de terrenos de marinha, constante do termo junto por copia :

a) por não estabelecer a extensão dos fundos dos terrenos dados em aforamento ;

b) por fixar uma linha de frente de 4.851 metros de extensão, o que é condemnado pela doutrina dos Avisos de 1837 e de 1848, como contrario ao espirito da legislação reguladora das concessões de aforamento, legislação que, adoptando noção mais restrictiva do que a do direito romano, o qual só vedava ao emphyteuta a pratica de actos que deteriorassem o terreno aforado e lhe reduzissem o valor (Van-Vetter, Direito Romano, § 214, Accarias, Précis de Droit Romain, vol. I, § 283 e vol. 2 § 618 ; Maynz, Cours de Droit Romain, vol. I, § 147 ; Mackeldey, Manuel de Droit Romain, § 332, n. 2 ; Novella, 120, cap. 8), noção que, em contrario ao que suppõem alguns, se ajusta á do direito moderno (Laurent, Principes, Vol. 8, n. 370, 377 e 378) ; adoptou o instituto da emphyteuse tal qual o concebera o direito intermediario, sob o aspecto e fundamento que lhes imprimiram Cujacio e Domat, e, encontrando sua razão justificativa no interesse da agricultura e da constituição dos nucleos de população, permittio o aforamento dos terrenos, para a formação de quintas ou chacaras e edificação de casas (alvará de 10 de Abril de 1821) e, particularmente os de marinha, para a construcção de trapiches, armazens e casas (Decs. de 21 de Janeiro de 1809 e de 13 de Julho de 1820, Lei n. 38 de 3 de Outubro de 1834, art. 37 § 2 e Aviso n. 23 de 10 de Janeiro de 1837) o que importa condemnar as concessões de largas fachas de terreno, no intuito de utilisal-as, para actos de exploração que não se ajustam á razão fundamental da emphyteuse dos terrenos de marinha.

Quanto á segunda parte do primeiro quesito :

Não pode existir duvida sobre o facto de haver o decreto n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868 mantido e revigorado o preceituário dos actos reguladores das concessões de aforamento de marinha ; basta para prova indicativa de tal pensamento as referencias feitas nos §§ 1 e 2 do art. 1 quando affirma a natureza dos mencionados terrenos, que o Decreto sempre concedera taes quaes são estabelecidos naquelles actos.

O objectivo do Decreto n. 4.105 foi, principalmente, regular a forma da concessão do aforamento de terrenos de marinha, dos reservados e dos accrescidos ; nunca alterar a noção da emphyteuse de taes terrenos estabelecida em actos anteriores.

De todos os artigos do Decreto resulta a preocupação de regular taes concessões, de modo a resalvar e pôr bem a coberto o interesse da Fazenda Publica ; não tem outro intuito as minucias de requisitos exigidos no art. 2, as informações precisadas nos arts. 4 e 5, como elementos de instrução para ser devidamente deliberada a concessão, que os arts. 6 e 7 tornam restrictamente limitada a uma área demarcada dentro dos terrenos sobre os quaes a Fazenda Publica exercita o seu direito, e para os effeitos de obras e aterros que deverão ser precisado em plantas, sobre as quaes assentarão as concessões, que não podem ser indeterminadas em seu objectivo ; o art. 9 do decreto torna consequentemente applicaveis ás concessões de marinhas os preceitos que em artigos anteriores estabeleceram em referencia ás concessões dos accrescidos e o art. 10 não deixa duvidas, quanto á applicação da legislação anterior, que, de modo algum, altera.

Fazia-se preciso regular, segundo as noções então correntes, e em maior vantagem na Fazenda Publica, o alcance da jurisdicção administrativa e as raias da judi-

ciaria, em tão intrincada materia ; foi o que fizeram, bem ou mal, os arts. 15 e 19 do decreto, que em nada affectaram a legislação reguladora das concessões de aforamento de marinhas.

A lei n. 25 de 30 de Dezembro de 1891, a Circular n. 27 de 8 de Julho de 1892 e a de n. 7 de 28 de Fevereiro de 1895 sómente cuidaram da competencia para a concessão e das formalidades desta, não alterando a essencia juridica da mesma.

Ao segundo quesito :

A concessão de aforamento dos terrenos de marinhas só podendo ter tido logar para os fins estabelecidos nos actos acima citados, a exploração de jazidas de thorium, sem communicação ao representante da Fazenda Publica, constituiria o foreiro em situação de quem violasse o contracto, excedendo as faculdades e os direitos d'elle decorrentes, ainda quando fosse usado em concomitancia com edificações na área concedida ; desde, porém, que a exploração de taes jazidas foi o acto unico praticado no exercicio do direito decorrente do aforamento das marinhas, a situação do foreiro é de mais accentuada gravidade e affecta de nullidade essencial o aforamento, por não ser licito utilisal-o, no sentido das explorações prohibidas no nosso direito escripto e no moderno (lei belga de 1824) ; este tem inteira applicação, como subsidiario, por constituir a sancção da restricção ao aforamento, em seus effeitos e applicação, imposta nos actos legislativos e regulamentos supracitados, especialmente nos decretos de 21 de Janeiro de 1809, de 13 de Junho de 1820, na lei n. 38 de 3 de Outubro de 1834, art. 37 § 2, no aviso n. 23 de 1837 e proemio do proprio decreto de 1898, que excluem as explorações de jazidas de minerio das faculdades inherentes ao dominio util do emphyteuta de terreno de marinhas, faculdades que são restrictas ás indica-

das em taes actos, nas quaes não se comprehende a mineração, aliás expressamente excluida no art. 4 da lei belga de 1824.

Desde que a exploração das jazidas de thorium affecta a essencia da emphyteuse, acarretando redução do valor do terreno aforado, e foi feita sem denuncia ao proprietario directo, é causa habil para a rescissão da emphyteuse, por dar-se, da parte do emphyteuta, violação do dever de conservar a substancia da cousa e não deterioral-a, e além disso por ser lesiva a exploração, ha a obrigação de prestar perdas e daunos para reparação do mal causado, corporificado na depreciação do valor do terreno aforado.

Ao terceiro quesito :

Já respondidos nas ponderações feitas na resposta ao primeiro.

Os actos citados, accentuadamente os de 10 de Janeiro de 1837 e de 13 de Janeiro de 1848 vedam como irregulares e contrarias ao espirito das leis existentes, prejudiciaes á commodidade e utilidade publicas e aos interesses da Fazenda Nacional as concessões de grandes extensões de terrenos de marinhas devendo ser declarados sem effeito os termos de medição, demarcação e avaliação dos ditos terrenos, como os despachos proferidos em favor da concessão delles.

Ao quarto quesito :

A concessão constante do termo de 5 de Maio de 1898, junto por copia, é nullo em face do direito escripto acima referido :

a) por não declarar que a emphyteuse é concedida dentro das 15 braças de fundo a contar do logar attingido pelo preamar médio, que constitue terrenos de marinha (Instr. de 1832, citadas e art. 1 § 1º do decreto n. 4.105 de 1868) ;

b) por conceder 4.851 metros de frente, o que constitue as largas fachas condemnadas pelo Aviso n. 13 de 24 de Janeiro de 1848, como importando concessão contrária ás nossas leis, que só permitem concessões de aforamento de marinha para edificar;

c) por não fazer menção do fim restricto do aforamento, para construir edificios, trapiches, armazens ou outras obras. (Decs. de 1809, de 1820, de 1868; Avisos de 1837, de 1848 e Lei de 1834).

DIDIMO DA VEIGA.

PARECER

Do

Conselheiro Ruy Barbosa

I

A escriptura publica é da substancia de contracto nas emphyteuses. (*C. Telles*, III, n. 896). *C. da Rocha*, II, § 539, cingindo-se ao disposto na Ord. L. IV, tit. 19 pr. limitava o preceito ao aforamento de bens ecclesiasticos. O antigo legislador portuguez reproduzira o estatuído por Justiniano na auth. 120, c. 6, § 2. (*Arndts*, I, § 198). Mas a nossa jurisprudencia, obedecendo á lei da analogia invocada pelo autor do *Digesto Português*, estendeu essa exigencia a todos os empraçamentos. É o que reconhece *T. de Freitas*, que, annotando o art. 367, § 2 da sua consolidação, escreve: « Na pratica reputa-se a escriptura publica como substancial de todos os aforamentos ». (Ed. de 1896, p. 255). (*) Assim determinam tambem varios codigos civis modernos, como o hespanhol, art. 1628, e o portuguez, art. 1655, sendo que outros, como o hollandês, art. 767, o italiano, art. 1932, n. 1, e a lei belga de 1824, art. 1, equivalentemente, impõem a esse contracto a publicidade solemne pela transcripção. Em

(*) O mesmo diz *C. da Rocha*, em nota ao paragrapho supracitado, accrescentando: « E muito se arriscará aquelle, que prescindir desta solemidade.

todas, pois, o acto escripto, com as formas que lhe dita a lei, se requer, não *probationis*, mas *solemnitatis causá*. Quer dizer que á inobservancia dellas se commina a pena de nullidade. (*Digesto Ital.*, v. X, p. 433, n. 20).

Mas, respeito aos aforamentos de bens nacionaes, essas formas são estabelecidas por actos do governo, que as regulam. *T. de Freitas*, consolidando-as resumidamente, assignala o seu alcance no regimen desses contractos. « Estas regras », diz elle, « posto que extrahidas de decisões do governo, *fazem parte do direito civil*, e são da maior importancia ». (Consolid., n. 18 ao art. 613). « As concessões que o Estado faz de terrenos de marinha », escreve Lafayette, « e outros, por aforamento, estão sujeitas a um processo administrativo especial, marcado nos regulamentos do governo ». « Essas *emphyteuses*, acrescenta em nota, « entram, depois de constituidas, para o direito civil: o processo da concessão pertence ao direito administrativo ». (*Dir. das Cous.*, I, p. 394).

As formalidades, pois, a que essas concessões e esses contractos estão adscriptos pelos actos administrativos, são substanciaes á validade juridica do aforamento, quando celebrado a respeito de bens nacionaes. A solução, portanto, que se adopte em resposta ao primeiro quesito, interessa vitalmente o aforamento indicado.

O decr. n. 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, não contem disposição revogatoria quanto aos actos anteriores do governo sobre aforamento de terras publicas. Referindo-se a varias prescripções legislativas, em que se estriba, não abroga as administrativas, que o precederam. Na mente desse decreto se deve, logo, presumir que estava mantel-as, em tudo quanto nellas o não contradissem.

A circular n. 17, expedida pelo ministerio da fazenda em 26 de fevereiro de 1895, confirma esta intelligencia do assumpto, determinando que o processo de aforamento,

no concernente a terrenos de marinha, « se regulará pelo decr. n. 4.105, de 1868, e mais disposições a respeito ». Donde se vê que não se reputava consubstanciado nesse decreto todo o direito administrativo attinente á forma das concessões e do instrumento da emphyteuse, no que respeita a terrenos de marinhas.

Entre outras determinações, a circular de 1895 contém esta : « Quando os terrenos forem situados em localidades onde não seja possível a fiscalização directa por parte do ministerio da fazenda, deverão as medições, depois de revistas de accôrdo com a alteração primeira, ser visadas pela camara municipal do logar do terreno e assignadas pelos confrontantes ; sendo os termos lavrados na repartição de fazenda competente e assignados pelo respectivo chefe e pela parte, ou seu procurador legalmente constituído ; mencionando-se no termo o nome do fiscal da medição, o do revisor, o do engenheiro que a tiver feito, o da municipalidade que a tiver visado, os dos confrontantes, que a assignarem, e os dos que se tiverem recusado a fazel-o, declarando-se quanto a estes, o motivo da recusa, se fôr possível ».

Dest'arte o regimen instituido nos actos do governo, que regem o assumpto, conciliava os interesses geraes, municipaes e individuaes, exigindo a intervenção da municipalidade e dos confrontantes na escriptura, que estes e aquella haviam de assignar, mencionando-se-lhe no texto o nome do engenheiro, que houvesse procedido á medição, mais o do revisor, quando se tivesse dado a revisão autorizada na clausula 1.^a da circular. Essa revisão ficava, nos termos desta clausula, á descripção dos inspectores das alfandegas e delegados fiscaes do Thesouro, nos Estados. Mas todos os demais requisitos alli se estabelecem imperativamente, e, por consequencia, não se podem omittir sem quebra da inteireza legal do instrumento do con-

tracto, cuja validade está subordinada á do escripto que o exara.

No termo, entretanto, do contracto de emphyteuse annexo, por traslado particular, á consulta não consta, sequer, tivesse havido a audiencia dos confrontantes, nem a das camaras municipaes. Apenas se mencionam « a medição, demarcação e avaliação procedida pelo Sr. F. », cujo termo « fica registado » na delegacia fiscal, « e serve de base á expedição do titulo de foreiro. » De maneira que o trabalho submettido á repartição fiscal pelo postulante serviu de fundamento exclusivo á concessão, dispensando-se, não só a revisão indicada na clausula 1.^a da circular n. 17, de 1895, mas ainda todas as garantias que nella se taxaram, para acantelar os direitos da fazenda publica, não offender os da particular, e rectificar, nas pretensões dos interessados, os erros e artificios do interesse.

Tamanha foi a confiança neste, com que se procedeu num aforamento, cuja vastidão abarca perto de cinco kilometros de praia.

O aviso de 24 de janeiro de 1848, expedido pelo ministerio da fazenda, se exprimia assim : « Fique V..... na intelligencia de que similhantes concessões de grandes extensões de terrenos exorbitantes dos termos da lei, regulamentos e ordens existentes a respeito delles, *se não devem fazer, ou approvar*; e, quando nas concessões regularmente feitas *se estabelecerem foros diminutos em resultado de avaliações manifestamente lesivas, em attenção ás qualidades e circumstancias dos terrenos, se deverão desattender essas avaliações, e mandar proceder a outras mais regulares e razoaveis* ».

Já se vê quão longe está do espirito e da letra dos actos administrativos sobre o assumpto um contracto de emprazamento, onde se assenta na fé implicita do pretendente a medição de cinco kilometros de littoral, e se

acceita do interessado a avaliação de tão extensas marinhas.

Depois, na ordem de 10 de janeiro de 1837, declara o ministerio da fazenda que « os aforamentos até agora concedidos não têm sido expedidos com regularidade, segundo a letra e espirito das instrucções de 14 de novembro de 1832 e das ordeus a respeito; *pois que elles se tem dado com declaração sómente da extensão da frente, sem designar si é para o mar ou para a terra, não especificando quanto tem de fundos comprehendidos, nas quinze braças de marinha, como é necessario, para evitar qualquer alteração futura em prejuizo da fazenda nacional, ou de terceiro, e a que é indispensavel attender-se para que seja justa a avaliação, por que se regula o fóro; e que, por consequente, não só se deve proceder d'ora em diante desta maneira, especificando-se, para a avaliação do terreno, regulamento do fóro e expedição do titulo, tanto a extensão da frente como a dos fundos, mas tambem se deve fazer a devida declaração, nesta conformidade, NOS TITULOS dos terrenos já concedidos ».*

Egual preceito se estatue na portaria de 12 de dezembro de 1837; sendo para notar, porém, que a mesma norma já se achava praticamente consignada no modelo dado pela circular de 18 de abril de 1836 aos titulos de aforamento de terrenos de marinhas.

Todas essas garantias administrativas da legalidade, sinceridade, moralidade e estabilidade nesses contractos estão indubitavelmente em vigor, e não foram observadas no de que trata a consulta.

II

A discrição com que, ao sollicitar esse aforamento, occultou o postulante ao governo o facto capital de existi-

rem areias monaziticas nas praias, cuja emphyteuse requeria, constitue uma reticencia condemnavel. Não se póde admittir que fosse involuntaria, ou innocente, isto é, que o interessado o ignorasse, ou lhe não comprehendesse o valor. Desde que entrou na posse da concessão emphyteutica, a acção do foreiro sobre os terrenos aforados se tem reduzido á exploração daquellas areias preciosas. Obvio é, pois, que não tinha em mira outro objecto, ao requerer o prazo.

Temos caracterizado, pois, aqui o dolo, a saber, « o engano intencional, *absichtlicher Täuschung* ». (*Derburg: Pandekten* II, § 136. Ed. de 1900, p. 369). « Le dol n'est en effet qu'une erreur causée à dessein », diz *Vareille-Sommières*, « une falsification de la vérité destinée à attirer une personne dans les liens d'un contrat. Le *dolus* ou *fraus* résulte ordinairement d'un acte positif, mais peut aussi résulter d'un acte purement négatif: par exemple la connaissance chez le vendeur de la fausseté du motif qui pousse l'acheteur à contracter, pourrait suffire pour constituer un dol; il n'a pas provoqué l'erreur, mais il s'en est rendu complice par son silence. » (*Étude sur l'erreur*, p. 37, n. 41).

Dá-se o erro no motivo determinante do contracto, quando, naquella que o celebra, fallece a idéa exacta do estado das cousas, sobre que o contracto versa: « *der Irrthum, d. h. der Mangel der wahren Vorstellung von dem Zustand der Dinge.* » (*Windscheid: Pand.* I, § 78. Ed. de 1900, p. 343.) Esse erro póde ser « *fraudentamente provocado* » numa das partes (*ibid*) pelo silencio da outra: « *Er auch durch Verschweigen begangen werden kann* ». (*Ib.*, n. 4, p. 344. — Tr. 1 § 2 D. *de dolo*, 4, 3. F. 7 § 9 D. *de pact.*, 2, 14. F. 43 § 2 D. *de contr. empt.* 18, 1.)

Dolo ha, desde que se induz intencionalmente em erro uma pessoa, « para a determinar a concluir certo

acto juridico, de que lhe resulte damno. (*Schaff : De l'infl. de l'erreur, du dol et de la viol. sur l'acte jur. 1902. P. 64-5*).

Para compôr o dolo, pois, se requer :

1 — O intento de enganar.

2 — A acção determinante do engano sobre a conclusão do acto juridico.

3 — A autoria da parte, com quem contratou a victima desse acto.

4 — O prejuizo daquelle que o impugna.

Na especie todos esses caracteres se manifestam do modo mais claro. O impetrante não ignorava que a exploração de minas, em terras do dominio publico, depende legalmente da autorisação administrativa *para minerar*. Não ignorava que essa autorisação o sujeitaria a encargos e contribuições, de que o aforamento o eximia. Não ignorava que, calando a existencia de metaes preciosos no solo, cujo emprazamento requeria, lhe amesquinhava a uma cotação minima o valor, cuja importancia a declaração da verdade elevaria enormemente. Não ignorava, pois, que ante a administração publica, a declaração da verdade arredaria a *commoda hypothese* da emphyteuse, e estabeleceria a necessidade onerosa da licença para minerar.

Por outro lado, claro está que, não se podendo ter a administração nacional sob a suspeita de prevaricação, não é licito admittir que, conhecendo a existencia de jazidas de oxido de thorium naquellas paragens, desse de aforamento, pela renda annual de um conto duzentos e cincoenta mil réis, immensos depositos (amontoados á flôr da terra pela natureza e por ella offerecidos, sem o menor trabalho, á industria extractiva) desse metal, uma de cujas toneladas, por si só, bastaria, a reembolsar

ao foreiro a totalidade dos seus encargos de um anno para com o senhorio.

As resoluções assentes a tal respeito pelo governo constam dos mais solemnes documentos officiaes. Basta apontar a circular n. 28, de 18 de abril de 1902, onde se manda «mencionar sempre nos editaes e termos respectivos que o aforamento será declarado sem effeito, se em qualquer tempo se verificar a existencia de areias monazíticas, ou metaes preciosos, nos terrenos aforados».

Houve, portanto, sonegação maliciosa da verdade, que, sabida, teria obstado ao aforamento. Foi esta sonegação, pois, que moveu o senhorio a convir na emphyteuse. É, consequentemente, o *dolus malus causam dans contractui*. O contracto nasceu do engano armado por um dos contraentes ao outro. É, por consequencia, nullo. Não por lesão, que não cabe na emphyteuse, mas por erro e dolo (*T. de Freitas : Esboço*, art. 471.2).

III

Em face do estatuido nos vários actos administrativos já por nós citados, especialmente a circular do Thesouro de 18 de abril de 1836 e a portaria de 12 de dezembro de 1837, a ordem de 10 de janeiro do mesmo anno e o disposto, quanto á extensão dos terrenos de marinhas, já nas instrucções de 14 de novembro de 1832, art. 4, já no decr. n. 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, art. 1, § 4, a escriptura de emphyteuse tem que declarar a extensão da frente, designar se é para o mar, ou para terra, e especificar quanto tem de fundos comprehendidos nas quinze braças craveiras, para que «os posseiros fiquem na certeza de que pelos aforamentos sómente se transfere o dominio util de uma porção de terreno restrictamente limitado na frente e nos fundos, comprehendidos nas

ditas quinze braças de marinha, sem que, a pretexto de aforamento de uma parte qualquer, fique á disposição dos foreiros toda a extensão da marinha correspondente, como se tem indevidamente entendido » (Circ. de 10 de Jan. de 1837).

Apenas se diz, porém, nessa escriptura que o terreno « mede quatro mil oitocentos e cincoenta e um metros de frente », na cidade de..... « entre o riacho e o rio ». É, como se vê, uma dimensão *linear*, pura e simplesmente. Não se declara se corresponde á frente, se ao fundo, se a uma e outra face do terreno, nem quanto entre as duas faces medeia de largura.

Deixou-se, assim, por estabelecer a identificação precisa do terreno dado de aforamento, franqueando-se a porta á incerteza e ao abuso, maxime quando se considera não haver senão um « termo de medição e demarcação procedido pelo Sr. F... », sem as contraprovas e verificações exigidas nos actos administrativos que citámos, e violando-se abertamente o disposto nesses actos, cujas regras mais não fazem que reproduzir as normas eurematicas adoptadas no direito civil com relação aos contractos de emphyteuse. (C. Telles: *Manual do Tabellião* § 73. — T. de Freitas: *Formulario do Tabellionado*, p. 220, § 244.) Ambos esses mestres prescrevem declarar-se no instrumento contractual, « não só o lugar e as confrontações do immovel declarado, como a medida de cada um dos lados, para em qualquer tempo ser facil a verificação da identidade ».

IV

Considerando o que levamos exposto e demonstrado, a concessão exarada na carta de aforamento, a que diz respeito a consulta, não é válida, nem como contracto de emphyteuse, nem como autorização para minerar.

Não é válida como outorga para minerar; porque outorga tal não fez o governo ao concessionario, antes apenas lhe deu terrenos de aforamento, contracto este que não envolve a faculdade juridica de estabelecer mineração nos sitios aforados.

Válida não é tambem como aforamento; porque foi dolosamente captado ao senhorio, cujo consentimento se resente de *erro essencial*, havendo o foreiro, por uma reticencia calculada e maliciosa, encoberto ao governo a existencia das minas, cuja exploração era o unico objecto do seu plano, e cuja denuncia teria obstado ao aforamento, determinado pela ignorancia, em que estava a administração, da presença das opulentas jazidas mineraes, que alli enriquecem o solo.

V

Já resolvido na minha resposta ao quinto quesito da primeira consulta.

Além do mais, alli expendido, accresce que a decisão do caso pelo poder administrativo o não forraria á intervenção judiciaria, com que provavelmente havia de reagir o emphyteuta, e que, suscitada no terreno da competencia da administração para dirimir um litigio civil, em que ella, de mais a mais, é parte, exporia o governo a ser vencido, incorrendo, talvez, ainda em cima, em perdas e damnos.

A nosso vêr, pois, a resolução do aforamento deve ser demandada ante o poder judiciario pela fazenda nacional.

RUY BARBOSA.

CONSULTA

I

No aforamento de terrenos de marinha entre as parcelas destacadas do dominio da União, ou, entre os direitos elementares desmembrados de tal dominio, está comprehendido o de abrir e explorar minas, por exemplo — de oxydo de thorium (areias monaziticas) e outros productos que não são fructos?

II

Qual o fim da Lei autorizando o Governo a afôrar terrenos de marinha? O decreto n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868 autorisa o emphyteuta a fazer consistir o aproveitamento dos terrenos de marinha exclusivamente na exploração de minas de oxydo de thorium (areias monaziticas) e a converter, de facto, o afôramento em concessão para minerar?

III

Si o emphyteuta reduz o aproveitamento dos terrenos de marinha, exclusivamente á exploração de minas de oxydo de thorium (areias monaziticas), póde pretender que conserva a substancia da cousa aforada e que não lhe causa grave deterioração? Incorrerá em commisso?

IV

O aforamento de terrenos de marinha está sujeito á Ord. L. 4 tit. 13 § 6, isto é, á rescisão por lesão? Como se verifica a lesão?

V

Compete ao Governo decidir as questões sobre a validade da concessão em relação ás formalidades legais, á interpretação do titulo, o cumprimento das condições impostas ao foreiro, ou deverá pedir a resolução do afôramento ao poder judiciario?

VI

Si no afôramento de terreno de marinha não está comprehendido o direito de abrir e explorar minas de oxydo de thorium (areias monaziticas), como poderá o Governo fazer bom o contracto que celebrou para a exploração e venda desse mineral?

Rio, 5 de Abril de 1904.

PARECER

DO

Visconde de Ouro Preto

I

Do empraçamento de terrenos de marinha não resulta, para o foreiro, o direito de explorar os mineraes nelles existentes.

Porquanto :

1) O respectivo contracto tem por fim promover a construcção de obras de utilidade publica, no littoral, como está declarado na legislação que rege o assumpto, desde a colonial, até ao Decreto n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868.

E tanto que esse contracto só póde recahir sobre terrenos não cultivados, e destinados ao levantamento de casas e edificações de qualquer genero.

Eis aqui :

... « Todos aquelles contractos nos quaes se empraçaram, ou empraçarem terrenos, para *edificar casas*, ou terras e *mattas incultas*, para abrir e melhorar com os FINS DE LAVOURA E PLANTIO DE VINHAS E ARVOREDOS, foram e serão *verdadeiros contractos emphyteuticos*. » (Lei de 4 de Julho de 1776).

... « Tendo em consideração a grande falta que ha nesta cidade de armazens, trapiches, em que se recolham

trigos, couros e outros generos, e constando-me que *nas praias da Gambôa e Sacco do Alferes se podem construir* ;

« Hei por bem ordenar que o Conselho de Fazenda, procedendo aos exames necessarios nas ditas praias, mande demarcar os terrenos, que ali achar proprios para este fim ; e que fazendo publica esta minha determinação, haja de os afôrar ou arrendar a quem mais offerecer e possa em *breve prazo principiar a edificar.* » (Dec. de 21 de Janeiro de 1809).

... « Os pretendentes (a terrenos de marinha ou accrescidos) instruirão os seus requerimentos, além dos titulos e documentos que entenderem de seus interesses, com a planta demonstrativa da extensão e confrontação dos terrenos ou aterros, ou obras que tencionarem fazer, especificando a sua natureza e o modo e prazo de levál-os a effeito. » Decreto n. 4.105 de 1868, art. 2º, § 1º.

2) O direito de explorar mineraes, em terras pertencentes ao Estado, unicamente pôde provir de concessão ou contracto especial, que o confira, designando os lotes, ou datas, em que elle se exerça.

(Alvará de 8 de Julho de 1801, 30 de Janeiro de 1802, 13 de Maio de 1803 ; Dec. de 17 de Setembro de 1824 ; lei de 28 de Outubro de 1848, arts. 33 e 34 ; Dec. n. 3.350 A de 29 de Novembro de 1864.)

3) Com a emphyteuse, de que são objecto os terrenos de marinha, é inconciliavel a exploração de mineraes.

Não são estes fructos da terra, que se renovem ou se reproduzam periodicamente, segundo as estações ; e sim elementos constitutivos da formação geologica do globo, ou transformação desses elementos pela acção secular das leis physicas.

Destacal-os, extrahil-os das respectivas jazidas e até

esgotal-os, é alterar e destruir as condições primitivas do sólo em que se encontrem, o que é vedado ao emphyteuta.

O dominio util sobre a cousa alheia, em que consiste a emphyteuse, não vai ao ponto de prejudicar e menos destruir a substancia da cousa. (Lafayette — Direito das Cousas, § 139).

Respondo, portanto, pela negativa ao primeiro quesito.

II

Está comprehendido na resposta ao precedente.

III

Prejudicado tambem na primeira parte.

Quanto á segunda: sim. — Incorre em commisso o emphyteuta que, culposamente, como parece indubitavel, no caso da consulta, deteriora a substancia da cousa afôrada. (Obra cit. § 156).

IV

Sim; é expresso na Ord. L. 4, Tit. 13, § 6º.

Para verificar-se a lesão, tomar-se-ha por base, não o valor das areias extrahidas, mas sim o que pagarem, por concessão para exploral-as, aquelles que legalmente a tiverem obtido na localidade.

V

Sob as instituições vigentes, só o poder judiciario federal é competente para conhecer das questões enumeradas no quesito.

VI

Generico como é o quesito, não é possivel respondel-o sinão em termos geraes.

Direi, pois, que o Governo fará bom o contracto para a exploração e venda do oxido de thorium, cumprindo aquillo a que expressamente se obrigou e juridicamente decorre das estipulações firmadas.

Por outra, — deve o Governo garantir ao contractante, por todos os meios legitimos a seu alcance, a effectividade dos direitos adquiridos pela convenção, indemnizando-o, si taes direitos forem burlados, sem culpa do mesmo contractante.

Rio de Janeiro, 30 de Abril de 1904.

VISCONDE DE OURO PRETO.

PARECER

DO

Dr. Didimo da Veiga

Resposta

Ao primeiro *item* da consulta :

Não.

O direito do emphyteuta de retirar dos bens afôrados todos os fructos e vantagens, quer ordinarios, quer extraordinarios (Coelho da Rocha, vol. 2º, § 559), de gozar da cousa da maneira a mais ampla, percebendo-lhe os fructos e productos e aproveitando-a em todos os misteres a que se preste (Lafayette, Dir. das Cousas, vol. 1º, § 147) constitue um desmembramento do dominio, que tem como caracteristico juridico deferir ao foreiro, com o dominio util, a obrigação de conservar a substancia do bem afôrado, sem a menor redução do valor que tenha ao tempo da constituição da emphyteuse, de sorte que, extincta esta, por qualquer causa legal, recupere o proprietario o gozo da cousa de modo tão completo e proficuo, quanto o que ella proporcionava na época do contracto (Laurent, Princ. de Droit Civile, vol. 8º, n. 378). Ora, a extracção do minerio, quando não iniciada na época de emphyteuse, e portanto, comprehendida no contracto, não constitue faculdade incorporada ao direito real do emphyteuta, ao dominio util que lhe affecte por acar-

retar redução do valor dos terrenos afôrados. (Laurent, obr. cit. ns. 378 e 393 ; Demolombe, Cours de Code Napoléon, vol. 6º, n. 485, pag. 375).

Tendo a União o dominio sobre os terrenos de marinha, pertence-lhe igualmente as minas nelles existentes (Const. da Republica, art. 72 § 17) por estarem abolidos o direito real sobre ellas (João Barbalho, Comment. pag. 325) e as preferencias nas concessões para lavras de minas. (Milton, Const., pag. 405).

O afôramento não confere, com o dominio util, o direito á exploração de taes minas ; tal exploração reduziria consideravelmente o valor das marinhas e não se comprehende nas faculdades decorrentes do aforamento ; este importa sómente autorisação para a mudança e transformação dos terrenos, para o effeito de melhora-los (Coelho da Rocha, vol. 2 § 559 ; Marcadé, vol. 2, n. 358 ; Arntz, vol. 1, n. 1.225 B ; Laurent, Principes, vol. 8, n. 378 ; Chironi, Diritto Civile italiano, vol. 1, n. 201) ; d'ahi o não reconhecerem os grandes doutrinadores do nosso direito civil, no foreiro, a faculdade de arrancar olivaeas e outras plantas do terreno afôrado. Valasco (Consulta 50, n. 3) torna saliente o fundamento da prohibição n'estes termos :

« Adversus emphyteutam facit dictum Bald & ubi concludunt quod emphyteuta non potest extirpare sylvam duam et ibi vinam plantare, invito domino, quia destructa vinea, non manet sylva, ut antea erat. »

Esta noção ajusta-se ao conceito romano da emphyteuse, tal como a crearam os glosadores, fundados na acção util de reivindicacção, que os textos concediam ao emphyteuta (§ 1º da Lei 1ª Dig. Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petitur), noção que passou para o

nosso direito em que a emphyteuse se caracteriza como um factor do desenvolvimento da agricultura e da edificação, pois dão as leis como objectos desse direito real facilitar a utilização de terras não cultivadas ou que se encontram com as culturas arruinadas e proporcionar ensejo á edificação dos terrenos vagos, para nelles se edificarem casas e para formarem quintas ou chacaras, ou fazerem qualquer genero de cultura. (Lei de 4 de Julho de 1776; alvará de 10 de Abril de 1821 — *ibi* —; Carlos de Carvalho, Dir. Civ. Brasileiro, art. 629; Teixeira de Freitas, Consol. das Leis Civis, art. 606).

A doutrina e a jurisprudencia têm excluído, por completo, ainda nos paizes em que sómente nellas encontra assento, como em França, o instituto juridico da emphyteuse, da comprehensão do dominio util a exploração de minas e de jazidas de pedras e minerios de toda a especie (Demolombe, vol. 9, n. 485, pag. 375, Laurent, vol. 8 n. 393; Durantou, vol. 4 n. 75); direito que não se desmembra dos do nú-proprietario na constituição do arrendamento, senão mediante clausula expressa, por ser elle inherente áquelle que conserva o dominio sobre a substancia da cousa. (Planiol, vol. 1, n. 1.025; Thiry, Droit Civil, vol. 1, n. 686; Laurent, vol. 8, n. 378; Demolombe, vol. 9, pag. 375).

A lei belga de 10 de Janeiro de 1824, inspirada na doutrina de Voët, prohibe de modo expresso (art. 8º) ao emphyteuta a extracção de pedras, hulha, turfa, argila, e outras materias semelhantes que fazem parte do solo, a menos que a exploração haja começado na época da abertura do direito.

Ao segundo :

O fim do nosso direito escripto autorizando o aforamento dos terrenos de marinha foi favorecer a edificação e a cultura dos mesmos, obedecendo nisso ao impulso que

levou a transportar do Direito Romano para o nosso o instituto da emphyteuse.

Foi, como se sabe, a lei belga o primeiro acto legislativo que consagrou a noção moderna da emphyteuse, caracterizada no pleno gozo do emphyteuta, sem as restricções do direito romano que o nosso direito adoptou; alargando a área de acção de tal instituto impoz-lhe no art. 4 a limitação da exploração de jazidas de minerio.

« Os verdadeiros contractos de emphyteuse, são aquelles, em que se emprazam terrenos para edificação de casas, ou terras incultas para trabalhos de lavoura e plantações » (Art. 606 da Consolidação das leis civis de Teixeira de Freitas).

A emphyteuse sómente póde recahir :

- a) em terras que não estão cultivadas, ou que o tendo sido se acham com as culturas arruinadas ;
- b) em terrenos que se destinam á construcção de casas e edificios de todo o genero (Carlos de Carvalho, Direito Civil Brasileiro, art. 629).

Illustram ambos estes Jct. com a legislação que os fundamenta os preceitos de direito por elles consolidados.

Ora, em referencia ao aforamento dos terrenos de marinha obedeceu o legislador ao mesmo movimento de impulsão, que levou-o a adoptar a emphyteuse.

Basta ler com attenção, os conceitos fundamentaes, que servem de parte inicial ao Decreto n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868 e a legislação que se pretendeu n'elle consolidar, para verificar-se que o pensamento que presidio á confecção dos dispositivos de tal acto, ao regular o aforamento ou a emphyteuse dos terrenos de marinha, foi o expellido na lei de 4 de Julho de 1766 e actos posteriores.

Art. 37 § 2 da lei n. 38 de 3 de Outubro de 1833, uma das citadas no proemio do Decreto n. 1.868 autorisa a Camara Municipal da cidade do Rio de Janeiro a *afôrar para edificações os terrenos de marinha* que existirem por *afôrar*.

Já o art. 3 da lei n. 66 de 12 de Outubro de 1833, estatuinto sobre o prazo do arrendamento dos predios, dispoz que o aforamento dos chãos engravados nas povoações *que sirvam para edificação* será perpetuo, como é o dos terrenos de marinha, é claro que a razão da perpetuidade do fôro assenta, em uns como em outros, no emprego de capital nas edificações.

O dispositivo do § 7 do art. 11 da lei n. 1.114 de 27 de Setembro de 1860 é confirmativo do da lei de 1833, com o qual deve ser confrontado para sua perfeita intelligencia.

As razões do motivo do decreto de 1868, expressadas no seu proemio, não deixam duvida sobre a causa da regulamentação do afôramento dos terrenos de marinha — que foi provêr « a necessidade de regular a fôrma da concessão no interesse não só do dominio nacional e privado, como no de defeza militar, alinhamento e regularidade dos caes e edificações, servidão publica, navegação e bom estado dos portos, rios navegaveis e seus braços o que não pôde autorisar a pretensão de envolver a concessão do aforamento a da exploração de jazidas de minerio de qual-quer especie, antes exclue, de modo inilludivel tal exploração.

Ao terceiro :

Como decorrencia do que fica expendido só pôde ser negativa a resposta á primeira pergunta.

Quanto á segunda pergunta relativa á incursão em commisso — não ha como pôr em duvida, que tal incursão constitue a sancção das obrigações resultantes da emphyteuse, e é o commisso a medida que defende a substan-

ciã da cousa afôrada contra os excessos do êmphyteuta (Aviso n. 288 de 8 de Outubro de 1859 e n. 295 de 12 do mesmo mez e anno; Dout. das acções, edição de Teixeira de Freitas, § 130, not. 735); todavia, como a opinião mais geralmente seguida é que o commisso só tem logar nos casos especificados nas Ords. do Liv. 4 tits. 38 e 39; tratando-se de um contracto bilateral perfeito, no qual a obrigação de guardar a substancia da cousa, e de não reduzir-lhe o valor é fundamental, á acção especial de commisso deve ser preferida a acção commum, para rescisão do aforamento e consequente reparação do damno causado.

A doutrina de Laurent (Vol. 8, n. 387, pag. 469) importa de facto no emprego dos meios ordinarios para a rescisão do aforamento em tal hypothese.

Ao quarto quesito:

O preceito do § 6 da Ord. do Liv. 4 tit, 13 deve-se considerar alterado pela Lei de 4 de Julho de 1776.

Ao quinto:

Os contractos de afôramento de terrenos de marinhas constituem actos de gestão de bens de dominio privado do Estado; ainda que sob a fôrma de *concessão*, que aliás costumam revestir os actos do imperio, praticados á sombra e sob autoridade do direito publico, o afôramento, na especie figurada, é acto de direito privado e como tal sujeito em todos os fundamentos e decorrencias á apreciação dos tribunaes judicarios (Ussing, contencioso administrativo trad. de Doreste, pags. 43 e 44; Laferrière, jurisdicção administrativa, vol. 1, pags. 549 a 550; Guilouard, Notion Juridique des autorisations, des concessions administratives et des actes d'exécution, pag. 253; Pandectes françaises verb. autorités administratives, n. 75).

Sem procurar elucidar, com grandes desenvolvimentos as theorias que têm sido formuladas sobre a natureza

dos contractos celebrados pelo Estado, especialmente os preconizados por Nésard e Duguit, que só vêm nelles actos de funcção publica, o que parece confiar exclusivamente á autoridade administrativa a apreciação da validade e execução de taes contractos, diremos que tal doutrina não tem prevalecido e sim a de Guillouard, Ussing, Hauriou e Laferrière.

Este escriptor considera « véritables ventes domaniales les concessions de lais et relais de mer et celles des îles émergées dans une cours navigable ». (Vol, 1 pag. 549) e Guillouard classifica entre os direitos reaes - « les concessions de lais et relais de mer et des îles émergées dans un cours d'eau navigable. » (pag. 253).

Ao numero seis :

Celebrado o contracto para a concessão de tal exploração, desde que do de afôramento de terrenos de marinha não decorre, necessariamente, o direito de explorar jazidas de oxydo de thorium, deverá promover o Governo a rescisão do aforamento, e para impedir que continuem os actos de exploração que constituem excesso das faculdades do emphyteuta, embargal-os até á propositura da acção, que constituindo o facto litigioso, torna impraticavel a continuação da exploração offensiva dos direitos dominicaes do nú-proprietario, com ampliação indevida do dominio util.

19—4—1904.

DIDIMO DA VEIGA.

PARECER

DO

Conselheiro Coelho Rodrigues

Respostas

Não conheço os termos da concessão, de que trata a consulta; mas della infiro que se trata de um aforamento de terrenos de marinha, pedido e feito na conformidade do decreto n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868, que deu regulamento ás diversas leis do Imperio, que, de 1831 a 1867, haviam disposto sobre esta materia, cujo assento continuou a ser a Ord. L. 4 tits. 36 e seguintes.

E' a fórma mais commum e frequente do contracto emphyteutico, tal como o caracterizou o direito romano, desde a Constituição do Imperador Zenon (Inst. de locat. (3,25) § 3º) donde passou para o nosso direito.

As minas, quer no Brazil, quer em Portugal, foram sempre reguladas por leis especiaes e differentes das reguladoras do emphyteuse, a tal ponto que, salvo declaração expressa, presumiam-se excluidas das proprias doações régias, como se vê da Ord. L. 2 t. 38 pr. comb. com o tit. 26 § 16, que se refere expressamente ás de «ouro ou prata ou qualquer outro metal».

A Const. Fed. tambem sujeita as minas á legislação especial no § 17 do art. 72, onde reconhece como dono dellas o proprietario do solo, que, na hypothese, não é de certo o foreiro.

O fim essencial da emphyteuse é a cultura ou o melhoramento do immovel, que tem por objecto, (Ord. L. 4 t. 38 pr.) e por isso o emphyteuta que, em vez de o melhorar, deteriora, não só incorre na pena de commisso, como pôde ser obrigado pelo senhorio a repol-o no antigo estado, e satisfazer-lhe as perdas e os damnos. (Nov. 7 c. 3 § 2º e Nov. 120 c. 8 pr.; Westenberg Princip. Jur. L. 6 tit. 3 n. 35; Marezoll § 111, in fin.; Mello Freire, Inst. L. 3 tit. 11 § 27 n. 2—Coelho da Rocha—Inst. § 556 n. 2, e Cons. Lafayette — Dir. das Cousas § 147 n. 2.

E, se ainda pudesse haver duvida sobre o fim do contracto de aforamento, ahi estão as palavras positivas da Lei de 4 de Julho de 1766, onde diz: « o contracto emphyteutico consiste *essencialmente* em afôrar os terrenos para edificar casas, ou terras incultas para abrir e melhorar ».

Além disso o Dec. n. 4.105 falla repetidas vezes de *aterros* nos terrenos de marinha, como meio de aproveitá-los; mas não se refere uma só vez a excavações; naturalmente porque estas, sempre que não se destinarem a alguma construção, e forem, como pôde ir a extracção das areias, até o nivel do mar, ou mesmo abaixo, terão como effeito necessario o desapparecimento do terreno afôrado pela invasão das aguas, o que repugna ao fim essencial do contracto.

Por consequencia, ou a concessão questionada foi obtida *ob e subrepticamente* e é nulla *ipso jure* (arg. da Ord. L. 2 t. 43), ou é nulla para minerar, porque esta especie de concessão é regulada por leis differentes e « *melius est titulum non habere, quam habere vitiosum* ».

Em qualquer destas hypotheses a questão de nullidade precede e prejudica a da lesão que, aliás, caberia no aforamento, como foi previsto na Ord. L. 4 t. 13 § 6; salva a excepção da cit. lei de 4 de Julho de 1766, que

sómente a negou ao foreiro, quando pedisse a redução do fôro, *ad instar* da que pôde competir ao rendeiro, ou locatario (Cons. Lafayette Ob. cit. § 148 n. 2).

Finalmente o Dec. n. 4.105, resalvando embora a competencia do poder judiciario, nos casos previstos pelos arts. 18 e seguintes, reservou ao Governo as questões relativas — «á validade da concessão; á interpretação do titulo, e ao cumprimento das condições impostas aos concessionarios» — no parographo primeiro do art. 15 que continúa em vigor, enquanto não fôr revogado (arg. do art. 83 da Const. Fed.) Esta competencia pôde fazer-se effectiva, tanto sobre informações dos agentes do mesmo governo, si os tiver para fiscalizar a concessão, quanto sobre reclamações de terceiros prejudicados pelo abuso do concessionario. N'este caso se acha inquestionavelmente o contractante da extracção das areias monazíticas.

Isto posto respondo ao

1º — Não.

2º — Quanto á primeira parte «o fim foi o melhoramento dos terrenos» e quanto á segunda, não.

3º — Não, quanto á primeira parte; sim quanto á segunda.

4º — Prejudicado pelas razões expostas.

5º — Sim, verificado previamente o facto da mineração.

6º — Impedindo a mineração nos terrenos que aforou, como de marinha.

Salvo melhor juizo.

Petropolis, 12 de Abril de 1904.

A. COELHO RODRIGUES.

PARECER

DO

Conselheiro Carlos de Carvalho

I

Dos artigos 34 n. 29, 64 e 72, § 17 da Const. da Republica se deduz que as minas constituem propriedade distincta das terras publicas.

Ao Congresso Nacional, diz o art. 34 n. 29, compete legislar sobre «*terras*» e «*minas*» de propriedade da União; pertencem aos Estados as «*minas*» e «*terras devolutas*» segundo o art. 64; as *minas* pertencem ao proprietario do *solo* (art. 72, § 17).

Ao tempo da promulgação da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 e até a da Constituição Republicana, predominava a idéa, aliás contra a minha opinião, de pertencerem á Nação as minas achadas em terras do dominio particular, considerando-se como propriedade á parte e distincta.

No art. 16 § 4^o dessa Lei n. 601 ficou estabelecido que a venda de terras devolutas não importava o direito de explorar as minas que fossem nellas encontradas, porquanto ficavam sujeitas ás disposições respectivas, isto é, á concessão especial. A Nação, vendendo terras devolutas, reservava-se o direito ás minas.

A Constituição manteve distinctas as duas propriedades — a do *solo* e a *das minas*, confirmando assim as reservas da Lei n. 601 de 1850.

Sendo os terrenos de marinha terras publicas de propriedade da União e constituindo as minas pro-

priedade distincta e á parte, seu aforamento não pôde importar o direito de explorar as minas que nelles forem encontradas.

Si, tratando-se de terras devolutas, na alienação do dominio pleno, reservava-se a Nação o direito ás minas, tratando-se de aforamento ou emphyteuse, isto é, da alienação de uma parte do dominio — o util — não é licito pensar que sem concessão especial do Governo, nos termos da Lei n. 1.507 de 26 de Setembro de 1867, art. 23, o emphyteuta possa fazer suas as minas e exploral-as incondicionalmente.

A emphyteuse de terrenos de marinha não dá ao emphyteuta a somma de direitos que são attribuidos ao emphyteuta *commum*; entre esses não se inclue o de minerar, muito embora Ulpiano (Dig. L. 24, tit. 3, frg. 7, § 14) equipare a *fructo — cretifodinae, argentifodinae vel auri, vel cujus alterius materiae sint, vel arenae*.

E que o direito ás minas não é elemento essencial da emphyteuse vê-se na Lei belga de 10 de Janeiro de 1824 em que se diz :

« L'emphytéote exerce tous les droits attachés á la propriété du fonds, mais il ne peut rien faire qui en diminue la valeur. Ainsi, il lui est défendu, entre autres, d'en extraire des pierres, de la houille, de la tourbe, de l'argile ou autres matières semblables faisant partie du fonds »... (Vide Laurent — Direito Civil, T. 8, n. 377 e seguintes).

A lei n. 741 de 26 de Dezembro de 1900, art. 2, n. VIII, autorizando a concessão de explorar as areias monaziticas, têm valor interpretativo irrecusavel. São um desenvolvimento do art. 34 n. 29 da Constituição.

Assim, respondo : o direito de abrir e explorar minas, tratando-se de aforamento de terrenos de marinha,

não está comprehendido entre as parcellas destacadas do dominio da União ou entre os direitos elementares desmembrados de tal dominio.

II

A Lei de 15 de Novembro de 1831 (tit. IV, art. 51 § 14), autorizando o aforamento de terrenos de marinha a particulares, subordinou-o ao maior interesse da Fazenda; posteriormente em 1833 a lei n. 59 de 8 de Outubro, no art. 5 § 3, autorizou o Governo a celebrar contractos para a mineração dos terrenos nacionaes. O aproveitamento, pois, de terrenos de marinha não pôde consistir sómente na exploração de minas sem perturbar profunda e cavilosamente a gestão do dominio privado da Nação.

O Decr. n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868, deu no art. 1º § 1º, a definição de terrenos de marinha, e de todo o seu contexto resulta que o fim ou o objectivo do aforamento é utilisal-o em beneficio das povoações, dos portos, da construcção naval e das industrias que se relacionam com o mar e os rios. A legislação sobre aforamento de terrenos de marinha exclue da concessão grandes extensões, o que está expressamente recommendado, entre outros, nos Avisos de 24 de Janeiro de 1848 e n. 32 de 19 de Março de 1895. O primeiro qualifica de extraordinaria a extensão de 21.282 braças, « concessão manifestamente irregular e contra o espirito das leis, prejudicial á commodidade e utilidade publica e aos interesses da Fazenda Nacional. »

Conceder extensões pouco communs de terrenos de marinha foi permittido por actos especiaes dos tempos coloniaes e do Imperio; assim o aproveitamento para a exploração de salinas (Carta Régia de 7 de Setembro de 1808 — Provisão da Meza do Dezembargo do Paço de 12

de Novembro de 1811), para a fundação de feitorias de pesca, salga e sécca de peixe (L. n. 876 de 10 de Setembro de 1856 — Dec. 8.838 de 17 de Dezembro de 1881) ou quando se trata de empresas de melhoramento de portos ou concernentes á navegação (art. 13 do Dec. n. 4 105 de 1868; concessões, ex-lei n. 1.746 de 13 de Outubro de 1869).

Tomar por aforamento terrenos de marinha simplesmente para exercer a mineração é defraudar a lei, porquanto as clausulas e condições dos respectivos contractos com a Fazenda Nacional obedecem a preceitos e normas bem diversas, sendo competente para celebral-os em um caso o Ministerio da Fazenda e no outro o da Industria, Viação e Obras Publicas. E' assim que no aforamento calcula-se o fôro de 2 1/2 % sobre o preço da avaliação do terreno (art. 11 das Instrucções de 14 de Novembro de 1832); na concessão para mineração, segundo a lei citada de 1867, além da taxa annual fixa de cinco réis por braça quadrada, o concessionario tem de pagar a proporcional *de 2 % do rendimento da mina liquida das despezas de extracção.*

III

O emphyteuta pôde alterar e transformar o immovel com o unico limite de não lhe deteriorar a substancia.

Por substancia entende-se — a fórmula actual, o caracter principal, o modo de ser com as qualidades inherentes. (Lafayette — Direito das Cousas, par. 93, n. 3, *in fine.* Accarias — Direito Romano, n. 274, n. 4 e nota 2).

Destinado o immovel afôrado exclusivamente á exploração das minas de oxydo de thorium (areias monaziticas), metal precioso (Rel. do Ministerio da Fazenda, 1899, pag. 41, 1900 pag. 52, 1902 pag. 251), resolve-se a questão em saber si esse modo de aproveitamento consti-

que deterioração tal que destrua ou diminua gravemente o valor do immovel.

A deterioração é o estado de facto que, comparado a outro contemporâneo ou posterior á concessão, demonstre uma diminuição dos elementos de valor que antes existiam. (Vide Vito di Pirro—Dell' enfiteusi, pag. 280, *in fine*.)

A Côte de Cassação da França, recusando á cessão do direito de explorar minas o caracter de arrendamento, apoiou-se na seguinte consideração: «a extracção de productos, que não podem mais reproduzir-se, diminua a massa das materias que contém a mina e póde depois de algum tempo, destrui-la inteiramente.» (Daloz — Rép. Gen. de Jurisp. vb. Enregistrement—ns. 2.876 e 2.879—idem Supplem.—idem ns. 1.394 e 1.398. Sirey — Les Codes Ann. cod. civ., notas 25 e seguintes ao art. 1.709).

Sob este aspecto considero que este modo de aproveitamento do immovel aforado destróe-lhe a *substancia* e póde autorisar o commissio, caso particular do preceito geral da *lex commissoria*.

IV

A Ord. L. 4, tit 13, § 6º refêre-se expressamente a aforamentos e a Lei de 4 de Julho de 1776 a confirma. (Vid. Alm. e Souza., Direito Emphyt. §§ 59 e seguintes).

Nas praticas fiscaes e nomeadamente quanto a terrenos de marinha, a lesão considera-se com relação á avaliação delles para a determinação do fóro. E' assim que o Aviso de 24 de Janeiro de 1848 estabelece a doutrina e manda observal-a sem excepção.

Para dizer-se, pois, si o Fisco está lesado é preciso verificar si a avaliação foi justa, não perdendo de vista a circumstancia de ser ou não conhecida ao tempo da avaliação a riqueza das — praias pedidas por aforamento.

Si a concessão fosse feita para a exploração de minas

de oxydo de thorium, o concessionario ficaria obrigado á taxa fixa annual de cinco réis por braça quadrada e á de 2 % sobre o rendimento da mina, liquido das despezas de extracção. (Art. 23 da Lei n. 1.507 de 26 de Setembro de 1867).

A estatistica da exportação póde esclarecer esta questão que é de facto. Qual a área concedida, qual o fôro? Qual seria a taxa fixa de cinco réis por braça quadrada? qual a proporcional? São os elementos para a verificação da lesão enorme.

V

Considero derogado o art. 15 do Dec. n. 4.105 de 22 de Fevereiro de 1868, devendo o Governo recorrer aos Tribunaes de Justiça, porque na hypothese a resolução do contracto não se opera de pleno direito.

VI

Si o aforamento foi requerido, como parece, com dolo, e obtido ob e subrepticamente, deve o Governo pedir judicialmente a rescisão do contracto por ser nullo e celebrado em fraude da lei e a indemnisação de perdas e danos, que é o pagamento de 2 %, do rendimento na mina, liquido das despezas de extracção. (Lei n. 1.507 de 26 de Setembro de 1867, Art. 23).

Essa é a garantia que o Governo deverá prestar á outra parte contractante, a quem caberá o direito de intervir no pleito como assistente.

Não é em vão que o direito, equiparando a Republica e o Fisco aos menores e mais pessoas miseraveis, lhe concede o beneficio da restituição *in integrum*. (Mello Freire -- Inst., L. 2, tit. 13, § IX).

S. M. J.

CARLOS DE CARVALHO.

PARECER

DO

Conselheiro Ruy Barbosa

I

Cômquanto seja corrente a proposição de que ao emphyteuta cabe o goso pleno do immovel emphyteuticoado, essa faculdade encontra uma limitação essencial nos direitos do senhorio. A este pertence a substancia da coisa. (*Lafayette: Dir. das coisas*, v. I, p. 408.) Ora este direito « fórma a essencia do dominio directo », e nelle « se vêm fundir os direitos, que coustituem a emphyteuse, quando se opera a consolidação ». (*Ibid.*) O goso do emphyteuta, portanto, embora se estenda, mais amplo que o do usufructuario, aos fructos e productos (*ib.*, p. 398, 258), não pôde envolver sob este nome elementos, que interessem a substancia da coisa, com diminuila, ou deterioral-a.

1º — Ao foreiro não é licito diminuir a substancia da coisa aforada.

A expressão *pleno goso*, adverte *Laurent*, « não se deve aqui tomar á lettra. Quando se confronta com o do usufructuario, pôde-se dizer que o goso do emphyteuta é pleno; visto como a lei não lhe accrescenta a restricção de que o emphyteuta deva gosar, como gosava o dono. Mas, se o goso do emphyteuta é mais amplo que o do usufructuario, menos amplo é que o do senhorio. Gosa

este a coisa do modo mais absoluto, ao passo que o emphyteuta se defronta com um proprietario, cujos direitos não pôde lesar; e neste sentido é que a lei diz nada poder fazer elle, que reduza o valor ao fundo emphyteutico. A sua fruição, pois, differentemente da do proprietario, implica uma obrigação: a de que elle gose como pae de familia.» (*Principes*, v. VIII, p. 377).

Assentimento geral encontra esta doutrina entre os jurisconsultos. «L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds», ensina *Thiry*: «*mais il ne peut rien faire qui en diminue la valeur.*» (*Cours de dr. civ.*, v. I, p. 843, n. 814.) E *Planiol*, no seu admiravel tratado: «L'emphytéote a sur le fonds un droit de jouissance plus étendu que celui d'un usufruitier ou d'un locataire ordinaire... On ne lui défend qu'une seule chose: c'est de diminuer la valeur du fonds.» (*Tr. elem. de dr. civ.*, v. II, p. 556, n. 1824.)

Essa regra já formulada por mestres antigos (*Voet*: *Comm. in Pandect.*, VI, 3, 11), teve depois consagração em modernos textos legislativos. A lei belga de 10 de janeiro de 1824, art. 3, dispõe: «L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds; *mais il ne peut rien faire qui en diminue la valeur.*» Nos mesmos termos se exprime o cod. civ. hollandês, art. 768.

Os grandes repositórios contemporaneos da sciencia do direito consignam todos essa theoria. Assim as *Pandectas Francesas*: «L'emphytéote a-t-il le droit de changer la forme et la nature du fonds? On décide qu'il peut innover, *pourvu que la valeur du fonds ne soit pas diminuée.*» (Vol. XXIX, p. 645, n. 135.) «En ce qui concerne les droits de l'emphytéote, ils sont très voisins de ceux du propriétaire. L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds; *mais il ne peut rien faire, qui en diminue la valeur.*» (Ib., p. 644, n. 112.) E igual lição

contém as *Pandectas Belgas*. (V. XXIX, col. 1.025 ; v. XXXV, col. 616, n. 170.)

Ora, se o foreiro não pôde cercear o valor ao predio aforado, como poderá explorar-lhe as minas? Em terrenos onde se encerram jazidas ou veios de metaes preciosos, que maior diminuição de valor se poderia infligir ao immovel emprazado?

A relação logica entre esta consequencia e aquella premissa é manifesta. Assim, a lei belga de 10 de janeiro de 1824, art. 3, e o cod. civ. hollandês, art. 768, instituindo a norma, que ha pouco transcrevemos, immediatamente della deduzem, como corollario, a prohibição ao emphyteuta de explorar as minas jacentes no terreno dado a fôro, salvo se já o senhorio as explorava, quando constituiu a emphyteuse. Porque então, se expressamente não excluir da emphyteuse esse direito, razoavel será inferir que transmittio inteiro ao utilista o gozo, em cuja posse estava.

Estabelecido o preceito que veda ao emphyteuta desfructar o immovel de maneira que lhe abata o valor, accrescentam, nos mesmos termos, aquelles dois textos legislativos :

« *Ainsi il lui est défendu, entre autres, d'en extraire des pierres, de la houille, de la tourbe et autres matières semblables faisant partie du fonds, à moins que l'exploitation n'en ait déjà été commencée à l'époque de l'ouverture de son droit.* »

Thiry reproduz textualmente estas palavras, em sequencia ás suas pouco ha por nós citadas. *Laurent*, commentando esse texto, escreve : « É o principio que o cod. Napoleão, art. 508, estabelece em materia de usufructo. Ao emphyteuta, portanto, se pôde applicar, por analogia, o que expendemos quanto ao direito de usufructuario em relação ás minas. Aqui a lei abandona a analogia da

emphyteuse com a propriedade, e razoavelmente. O emphyteuta desfructa um immovel pertencente a outrem... Necessario é, pois, que o conserve.» (*Principes*, v. VIII, n. 378.)

No mesmo sentido :

Planiol, ubi suprâ ;

Pandect. Belges, v. XXII, col. 1084, n. 76 ; vol. XXV, col. 616, n. 172 ;

Pandect. Français., v. XXIX, p. 645, n. 126.

Os mineraes não são fructos. (*Demante : Cours*, v. II, p. 466, n. 421.) Porque o character especifico dos fructos é a reproducção periodica. Sem periodicidade, ou, quando menos, sem possibilidade ou expectativa de reproducção, não ha fructos: *Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet.* (*Toullier : Le dr. civ. franç.*, v. II, n. 399. — *Proudhon : Usufr*, v. III, n. 1200. — *Zachariae*, v. II, p. 61, n. 18. — *Acollas : Dr. Civ.*, v. I, p. 612. — *Thiry : Op. cit.*, v. I, p. 749. — *B. — Lacantinerie e Chauveau : Dés Biens*, n. 485. — *Lafayette : Dir. das cois.*, v. I, p. 258, 259, 262. — *Planiol : Op. cit.*, v. I, n. 976, 1679.)

Rigorosamente fallando, nem *productos* se podem chamar os mineraes. « O que de uma mina, ou de uma pedreira, se extrae, não é *producto* do sólo : a terra não produz minerio, areia, ou calcárea. É o proprio sólo que se remove e aliena em pedaços. A exploração de uma pedreira ou mina infallivelmente acabará por esgotal-a. » (*Planiol*, v. I, n. 1698.) Ora, esgotando-a, não só se terá extinguido a mina, ou pedreira, subtraindo-lhe assim ao sólo, talvez, o principal do seu valor, mas ainda se haverá desfalcado consideravelmente a substancia ao immovel aforado.

Terrenos ha, diz *Lafayette*, que só se prestam ao mister da mineração. (*Op. cit.*, v. I, p. 262, n. 10.) Minerados, pois, esses terrenos, perderam, não os seus fructos,

nem os seus productos, mas toda aquella parte da sua substancia, que constituia o valor da propriedade. Logo, o fruidor, a quem se reconhecesse o direito de explorar as minas, poderia desvaliar, extenuar e aniquilar o objecto da propriedade.

Daqui resulta a consequencia, universalmente acceita quanto ao usufructuario, de que as pedras e os metaes lhe não pertencem, salvo se as minas já estavam abertas e em laboração, ao tempo em que se constituiu o usufructo. (*Lafayette*, I, p. 259, 262. — *Demolombe: Cours*, v. X, n. 435. — *Toullier*, v. II, p. 166. — *Proudhon: Usufr.* ns. 1202, 1207. — *Duranton: Cours*, v. IV, n. 567. — *Acolas*: v. I, p. 621. — *Arnts: Cours*, v. I, n. 986. — *Huc: Comment*, v. IV, p. 248, 251. — *Planiol*, v. I, n. 1698-9.) Mas esta consequencia, já reconhecida expressamente no direito romano pelo que toca ao usufructo (*Saraffini, Dir. Rom.*, v. I, § 82, p. 304), e consagrada nos codigos modernos (c. civ. fr., art. 598) a este respeito, forçosamente ha-de alcançar a emphyteuse. « C'est une analogie avec l'usufruit. » (*Thiry*, v. IV, p. 843, n. 814. — *Supplém. aux Princip. de F. Laurent par L. Siville*, v. III, p. 41, n. 69.)

Porque, se, como bem estabelece *Lafayette*, do senhoria é « o direito á substancia da coisa » (*op. cit.*, v. I, p. 408), a norma, que obriga o usufructuario a « conservar a substancia » da coisa usufruida (c. civ. fr., art. 578), logicamente se estende ao emphyteuta, no tocante á coisa emprazada. Destruir, ou desfalcicar, a substancia da coisa, num e noutro caso, é attentar contra o dominio do senhoria, que, na hypothese da emphyteuse, se manifesta especialmente pelo direito eventual á consolidação do dominio util com o directo. Este direito, inherente á essencia da propriedade, é igualmente o é á da emphyteuse. De maneira que attentaria, a um tempo, contra a essencia

das duas instituições o arbitrio, que se deixasse ao emphyteuta, de prejudicar na sua substancia a coisa emphyteuticada. E esse arbitrio é o que se lhe deixaria, se ao emphyteuta se permittisse desvaliar o sólo aforado, abrindo-lhe e esgotando-lhe as minas.

Desde as suas origens no direito romano, já se punha á emphyteuse esta regra entre as suas leis fundamentaes. Todos os expositores do assumpto formalmente a consignam. Admittia-se ao emphyteuta que transformasse o predio, *mas não que o deteriorasse*. « Formam praedii mutare potest, dummodo illud deterius non faciat. » (Warkœnig, § 445.) « Son pouvoir arbitraire », diz *Maynz*, « n'est limité que par la défense de *détériorer le fonds*. » (*Dr. rom.*, v. I, § 147, p. 861.) E ajunta: « Il est obligé de cultiver le fonds *en bon père de famille*, et de le restituer, à la fin de l'emphytéose, dans l'état où il l'a trouvé: il est tenu de toute *détérioration arrivée par sa faute*. » (*Ib.*, § 148, p. 862.) *Arndts*, do mesmo modo, limita unicamente o direito do emphyteuta pela obrigação de não deteriorar o immovel: « *nur mit der Beschränkung, dass die Sache nicht verschlechtert werde*. » (*Lehrbuch der Pandekten*, § 196. Como elle, *Windscheid*: « *nur verschlechtern darf er das Grundstück nicht*. » (*Pandekt.*, § 219. Ed. de 1900. V. I, p. 990.) « Der Emphyteuta ist verpflichtet, *das Grundstück in gutem Stande zu erhalten*. » (*Ib.*, § 220, p. 992.) « Ha il pleno godimento della cosa », nota *Saraffini* « come un proprietario; *perche non la deteriori*. » (*Dr. rom.*, v. I, p. 327-8.) E citariamos todos os romanistas, se houvessemos de citar a todos os que no mesmo sentido se pronunciam.

Modernamente a mesma restricção aos direitos do emphyteuta consagram a legislação, a doutrina e a jurisprudencia, em quasi todos os paizes cuja lição juridica nos allumia. Vejamos, por exemplo :

- A l. belga de 1824, art. 5.
 O c. civ. holl., art. 770.
 O c. civ. hespanhol, art. 1648, n. 2.
 O c. civ. japonês, art. 271.
Dalloz : *Répert.*, v. XXX, p. 583, n. 6.
Pandect. Belg., v. XXXV, col. 600.
Chironi : *Istit. di dir. civ.*, v. I, p. 306, 308.
Digesto Ital., v. X, p. 437-8.
Dernburg : *Pandekt.*, ed. de 1902, v. I, p. 638.
Simoncelli : *Le costruzioni giuridiche dell'emfiteusi*.
Archiv. Giuridico, v. XL, p. 455.
Pacifici-Mazzoni : *Istit. di dir. civ. it.*, v. III, n. 283,
 p. 521.
De Filippis : *Corso di dir. civ. it.*, v. IV, p. 28,
 n. 53.

Os nossos civilistas, como, antes delles, os portuguezes, firmando-se no direito romano (Nov. 7, c. 3, § 2), assentam a mesma doutrina. « A emphyteuse, é mais ampla do que o usufructo » diz Lafayette: « comprehende, além do direito de usufruir, o de perceber os productos, que não entram na definição de fructos, e o de transformar e alterar as coisas, com o unico limite de lhes não deteriorar a substancia » (*Op. cit.*, v. I, § 140; p. 3 e 2.) Adeante, definindo os direitos do emphyteuta, enumera o de « praticar nelle » (no predio) « as transformações e mudanças, que forem *necessarias ou uteis, sem todavia lhe deteriorar a substancia.* » (*Ibid.* § 147, p. 398). Depois, explanando as obrigações do foreiro, menciona a de « *conservar a substancia da coisa aforada* » (ib., § 150, p. 406), e acrescenta, em nota: « O senhorio retém o seu direito á substancia da coisa, direito importante pela contingencia da consolidação. Este direito ficaria aniquilado, se ao emphyteuta fosse licito destruir a coisa em sua substancia.»

Almeida e Souza professava a mesma lição. (*Dir. Emphyteut.*, § 615.) *C. da Rocha* exigia que « as alterações ou mudanças » feitas pelo emphyteuta nos bens aforados « pareçam próprias a melhora-os. » (*Instit. de d. civ.*, v. II, § 559, p. 435.) *C. Telles* vedava expressamente ao foreiro « deteriorar os prédios », e explicava-se, dizendo : « Não poderá reputar-se deterioração o arrancamento de um olival, ou de uma vinha, se por velhice já não derem esperanças de melhoramento, e aliás o terreno der mais lucro semeado de cereaes. » (*Dig. Port.*, tom. III, n.º 982-983.) Lição donde resulta que o emphyteuta não poderia destruir uma cultura util, senão para a substituir por outra mais vantajosa.

Defeso é, pois, ao emphyteuta *deteriorar* a substancia ao immovel. Nesta regra contestam todos os votos.

Mas que é *deteriorar* ?

Deteriorare, define Forcellini, « proprie est deterius aliquid facere : deteriorare (ital), peggiorare. » (*Totius Latinitatis Lexicon*, v. II, p. 676.) E *deterior, ius* ? « Deterior proprie est inferior, vilior, peior. » (*Ibid.*) *Deterior* corresponde a *peior*, com a differença que « *deterior notat inter bona minus bonum e peior inter mala magis malum.* » (*Ibid.*) No vernaculo as accepções são as mesmas que na lingua mãe. *Deteriora-se*, pois, uma coisa, fazendo-a menos bôa (*peior*), diminuindo-lhe o apreço (*inferior*), reduzindo-lhe o valor (*vilior*). *Deteriora* o immovel, logo, tudo o que lhe desfalca a utilidade, a consideração, o preço. Temos, de mais a mais, a definição juridica no proprio texto de *Correia Telles* : « se, em vez de bemfeitorizar os prédios, os deteriorar, fazendo-o valer menos. » (V. III, n. 982.)

Portanto, = *deteriorar* = *fazer valer menos*.

Ora a mineração *deteriora a substancia* do solo ?

Evidentemente. Para dizer que não, fôra mister sustentar ou que as minas não entendem com a *substancia*

do solo, ou que a extracção dos mineraes não o *empobrece* e *deprecia*; dois absurdos que ninguém ousaria.

O mineral « *c'est le sol lui même qu'on enlève et qu'on vend par morceaux* ». (Planiol, I, n. 1698.) A mineração, pois, interessa directamente a substancia do chão minerado, e a interessa no mais precioso do que elle contém; porque ninguém poderia contestar que o mais precioso do solo metallifero esteja nos metaes, que elle encerra. A subtracção de valor é, portanto, incontestavel. Ella se opera na substancia do sólo, deixando-a reduzida á parte menos valiosa dos seus elementos. Logo, seria impossivel descônhecer que a mineração faça *valer menos* o sólo explorado. Mas fazer valer menos é *deteriorar*. Logo, a mineração deteriora a propriedade minerada. Ora o emphyteuta não pôde deteriorar a *substancia* da emphyteuse. Logo, não pôde minerar terreno aforado.

A opinião, pois, de que ao foreiro é dado abrir minas no prazo (*Lafayette*, I, p. 376, n. 4) collide, no mais irreductivel antagonismo, com a de que ao foreiro é defeso deteriorar a substancia da coisa emprazada. (*Lafayette*, I, p. 382, 398, 406, n. 1, 421, 376, 377.)

Ainda, se essa deterioração fosse reparavel, se poderia admittir a assimilação dos mineraes, não propriamente aos *fructos*, mas aos *productos*. Tão mysteriosos são, porém, os processos e tão vastos os periodos geologicos, a que está sujeita a formação dessas riquezas no seio da terra, que, não obstante o adeantamento dos estudos modernos sobre a mineralização e a metallificação, a reproducção natural dos metaes excede todas as previsões da sciencia, e não pôde entrar em conta, nos calculos do interesse, ou nas apreciações do direito. Ante este, consequentemente, as minas se apresentam com o character de irreproductibilidade. O que a mineração, pois, ataca, não é a producção, mas a substancia mesma do sólo. A sua

acção deteriorante, por consequencia, é definitiva e irreparavel. A exploração das minas deteriora irremediavelmente as terras metallíferas, roubando á sua substancia as partes opulentas. E' a propria substancia, portanto, que se lhe destroe, e nos seus elementos de mais valia. Logo, se « o direito do senhorio á substancia da coisa ficaria anniquilado, quando ao emphyteuta fosse licito destruir a coisa em sua substancia » (*Lafayette*, I, p. 406, n. 1), não menos anniquilado ficará esse direito, quando ao emphyteuta se permita abrir minas no immovel aforado. Se, pois, em face dos direitos do senhorio, se recusa ao emphyteuta o arbitrio de attentar contra a substancia da coisa, não se póde consentir ao emphyteuta o de encetar a mineração do sólo emprazado.

Na theoria contrária a incongruencia affronta a logica do modo mais directo. Nega-se na conclusão, contra ambas as premissas, o principio firmado na primeira e imposto ao caso pela segunda. Na maior se declara que o emphyteuta não poderá *deteriorar* a substancia da coisa. Na menor não se póde contestar que a exploração das minas *deteriore* a substancia do sólo. Na conclusão dá-se ao emphyteuta o direito de explorar as minas, *que deterioram* o sólo.

A inconsequencia só se poderia evitar, negando a menor. Mas já vimos que esta é irrecusavel. Que restará de um terreno aurifero ou diamantino, se a industria do emphyteuta lhe lavrar e despejar os veios e jazidas? O sólo ordinariamente ingrato das formações mineraes, o cascalho, a pedra, os residuos mais ou menos desprezíveis do chão maltratado e esterilizado pelo trabalho do mineiro. Consumiram-lhe a opulencia dos thesoiros naturais, deixando-lhe apenas o inutil envoltorio na gleba árida e revêssa á cultura. E não lhe destruíram a substancia? Não a deterioraram? Nos campos de Pedro,

antes do aforamento, havia ricas minas, que o tempo, mais tarde, veio a revelar. Mas, quando elles, pela resolução da emphyteuse, voltam ao dominio pleno do senhor, já não encerram senão excavações vazias. Como sustentar, pois, que o emphyteuta lhes não deteriorou a substancia? E, se a deteriorou, como sustentar que obrou juridicamente, ante a lei, essencial á emphyteuse, que recusa ao emphyteuta o direito de anniquilar, ou deteriorar, a substancia do immovel?

Na collisão entre a premissa, que nega esse direito, e a falsa consequencia, que o reconhece, força é optar por uma ou por outra.

Ora, qual dellas se nos impõe?

A premissa que nega ao emphyteuta o direito de infringir deteriorações á coisa aforada, tem a sua base na essencia da emphyteuse, que assegura ao dominio do senhorio a substancia do immovel, e a sua origem positiva na jurisprudencia romana, de onde as nossas leis primariamente derivam. *Lafayette* mesmo lhe assigna essa procedencia, invocando as novellas de Justiniano (*op. cit.* v. I, § 140, p. 382), que todos os romanistas invocam. (*Dernburg*, I, § 260, n. 15.—*Windscheid*, I, § 220. n. 1—*Arnts*, § 196, n. d.—*Maynz*, § 147, n. 1.)

A pseudo-conclusão, pelo contrario, que reconhece ao emphyteuta o arbitrio de abrir lavras mineraes, contraria os principios fundamentaes da emphyteuse, attentando contra os direitos do senhorio, e não se apoia em texto algum, seja nas leis patrias, seja nas romanas. O egregio autor do *Direito das Coisas* deixa cair essa opinião em duas linhas, numa nota ao § 139, remetendo-nos aos §§ 97 e seguintes. Mas o que alli se encontra, na exposição da theoria dos fructos, é, á p. 259 e á p. 262, a regra de que o usufructo não abrange o direito a minerar, senão quando ao tempo do contracto as minas já se

achavam em laboração. A lei belga, o código hollandês, a doutrina francesa estendem essa restrição á *emphyteuse*. O sabio jurisconsulto brasileiro a rejeita. Porque ?

Elle mesmo, commentando, em nota, o principio, asentado no seu texto, de que o *emphyteuta* não poderá deteriorar a substancia da coisa, alli explica esta vedação com este exemplo : « Como converter plantações em pastos, demolir e reconstruir edificios.» (§ 139, n. 4.) Pois que ! O *emphyteuta* ha-de respeitar, sejam quaes forem, as construcções existentes no sólo. Não poderá sequer, mudar-lhe o genero de cultura, ou a adaptação industrial. Ser-lhe-á defeso entregar á criação as terras, que encontrou plantadas. Mas, se ellas contiverem minas, ainda que nestas consista o valor principal ou total do sólo, poderá lavral-as e exhauril-as a seu salvo ! De sorte que o *emphyteuta* deterioraria a substancia da coisa, acabando com um plantio, que poderia renovar, ou demolindo um edificio, que poderia reconstruir, isto é, submettendo o predio a alterações superficiaes, de reparação mais ou menos facil. Mas, revolvendo as entranhas do sólo, para o despojar das riquezas naturaes, que de certo se não repõem, e em que certamente se cifrava o melhor, se não o total, do seu preço, não deterioraria a substancia da coisa.

Esta opinião, bem se vê, se destróe pelos seus proprios elementos.

Se a contingencia, abonada pela *emphyteuse*, da consolidação integral da propriedade nas mãos do senhorio se oppõe á deterioração da coisa aforada pelo *emphyteuta*, ao *emphyteuta* não se póde reconhecer a faculdade juridica de iniciar mineração no sólo aforado. Quando a laboração das minas já existisse, e o proprietario não a houvesse reservado, o silencio do contracto envolveria implicita a autorização de continual-a. E' o que no uso-

fructo se suppõe: não se póde suppor menos na emphyteuse, Mais, porém, tambem lhe não poderíamos attribuir, sem que, na phrase do conselheiro *Lafayette*, ficasse aniquilado o direito, que o senhorio retém, á substancia da coisa.

2º — Ainda, porém, que assim não fosse na emphyteuse ordinaria, na de terrenos de marinha, objecto da consulta, accresce ao problema um factor, que torna irrefragavel a nossa conclusão.

A se admittir que, nos aforamentos communs, assista ao foreiro o jus de emprehender lavras mineraes, este principio, geral ao commum das emphyteuses, teria de ceder, nas de bens do Estado, á lei especial que sujeita a mineração, em taes terrenos, á licença do governo. *Lex specialis derogat generali*.

Sob o regimen imperial, não obstante o decr. de 27 de janeiro de 1829 e o aviso de 23 de julho de 1831, ninguém podia minerar, entre nós, ainda em terrenos de seu dominio particular, sem permissão do governo. (Ord., L. II, t. 26, § 16, t. 28 pr. e t. 34, § 10, L. n. 514, de 28 de out. de 1848, art. 34, Ord. do Thes., n. 226 de 19 de set. de 1849. L. n. 601, de 18 de set. de 1850, art. 16, § 4.) Erronea era a doutrina contrária de *T. de Freitas*, na *Consolidaç.*, art. 903 e n. 22; porquanto o decr. de 27 de janeiro de 1829, onde ella estriba expressa e exclusivamente, mero acto do poder executivo, não podia revogar as disposições legislativas da Ordenação, que nem depois se revogaram. (Resol. de cons. em 13 de out. de 1866 e 4 de janeiro de 1871). E, nessa exigencia, a Ordenação era coherente consigo mesma, desde que no seu systema as minas eram bens da corôa, limitando-se a propriedade individual, nos terrenos metalliferos, á superficie do sólo.

Com a constituição republicana, art. 72 § 17, a pro-

priedade individual se estendeu ás riquezas mineraes do subsólo.

Claro está, porém, que, a respeito das terras abrangidas no dominio publico, subsistiu intacto o antigo preceito, que subordinava as operações de mineração particular á autorização do poder administrativo. Ninguem, no antigo regimen, podia minerar, onde quer que fosse, sem concessão do governo; ninguem, sem concessão do governo, pôde minerar, sob este regimen, em terrenos nacionaes ou estaduaes.

Era um principio de direito publico administrativo, sob as instituições imperiaes. E', sob as republicanas, um principio de direito publico administrativo. Os contractos civis que a administração concluir, hão-de estar adstrictos, pois, a essa limitação superior. Não se pôde, logo, presumir que se envolva uma renuncia della sob as fórmulas civis da emphyteuse. Limitavel como todos os civilistas reconhecem, pelas convenções das partes, esta, com maioria de razão, se limita pelas regras permanentes que asseguram a soberania e os direitos do Estado. Quando este, portanto, deu terrenos a fôro, mas não fez a concessão de minerar, subentendido está que a reservou.

Esta regra foi expressamente estabelecida na Ord. 1, II, t. 28, pr., a proposito das doações e, portanto, *a fortiori* em relação aos aforamentos. « Por quanto », determina o antigo legislador, « em muitas doações feitas por nós e por os reys nossos antecessores, são postas clausulas *muito geraes e exuberantes*, declaramos que, por taes doações, e clausulas nellas conteúdas, *nunca se entende serem dadas* as dizimas novas dos pescados *nem os veeiros e mîmas*, salvo se expressamente forem nomeados e dados na dita doação. E para prescripção das ditas cousas *não se poderá allegar posse alguma, posto que seja immemorial.* »

Ora, se nas doações que transferem por inteiro o do-

minio, com todos os seus elementos, era preceito formal que, embora as suas clausulas se enunciassem com a maior amplitude e exuberancia, nunca se reputaria alienado pela corôa o direito ás minas, excepto « se expressamente fossem nomeadas e dadas », com maioria de razão claro está que, se não fôr expressamente nomeado e dado, não se alheia esse direito *nas emphyteuses* de bens do dominio nacional, onde o emphyteuta apenas adquire o dominio util. Como traspassaria as minas um contracto, que apenas traspassa o dominio util, isto é, o goso da coisa, se não alheavam as minas os contractos, que, com o dominio util, alheavam o directo? Se o donatario, fazendo-se *dono* do immovel nos seus productos e *na sua substancia*, não se fazia dono das minas, como se faria senhor das minas o foreiro, que, obtendo sómente a fruição do immovel, deixa o direito á sua substancia no patrimonio do senhorio?

Esse principio da antiga legislação portugueza, vigente no Brasil, teve nova consagração nas leis brasileiras. E, se é possível, ainda mais frisante. O que a Ord. l. II, t. 28 pr. dispuzera quanto ás doações, dispoz *quanto ás vendas*, a lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. 16 § 4, estatuinto que « as terras devolutas, que se venderem, ficarão sempre obrigadas » ao onus de « sujeitar ás disposições das leis respectivas quaesquer minas, que se descobrirem nas nossas terras ». Considerando este texto, *Bernardo de Souza Franco*, o visconde de *Sapucahy* e o marquez de *Olinda*, numa consulta da secção do imperio, aos 19 de agosto de 1866, com a qual se conformou o imperador em resolução de 13 de out. desse anno, observavam: « A L. n. 601, de 18 de set. de 1850, no § 4 do art. 16, confirmou o direito do Estado, reservando na venda dos terrenos devolutos o subsólo com todos os seus mineraes, como era de regra na concessão de sesmarias. » Ora, sé o Estado, *ao doar* as suas terras, se reserva os

mineraes, se o Estado, *quando vende* terras suas, igualmente se reserva as minas, será possível admittir que o Estado só não se reserve as riquezas mineraes do sólo, quando o afora? a saber, que guarde sempre consigo o dominio das minas, quando aliena em todos os seus elementos o dominio do sólo, só alienando o dominio das minas, justamente quando retem o senhorio da terra?

O absurdo não poderia ser maior. Não poderia ser mais extravagante a inversão.

Assim que responderei *ao primeiro quesito* NEGATIVAMENTE: NO AFORAMENTO DOS TERRENOS DE MARINHA NÃO SE COMPREHENDE ENTRE OS DIREITOS DESMEMBRADOS DO DOMINIO DA UNIÃO O DE ABRIR E EXPLORAR MINAS.

A particularidade, relativa ás areias monaziticas, de serem superficiesas as suas jazidas não altera esta conclusão; porque não é a situação subterranea das riquezas mineraes, mas a sua natureza, o que determina a especialidade juridica neste assumpto.

II

O fim das nossas leis autorizando o governo a aforar terrenos de marinhas está expressamente definido nos fundamentos solemnes que antecedem a parte dispositiva no dec. n. 4.105, de 22 de fev. de 1868.

Firma-se este decreto em que taes concessões, « além de conferir direitos de propriedade aos concessionarios, *tornam esses terrenos productivos, e favorecem, com o augmento da producção, o das rendas publicas* ». Attende, em segundo lugar, « á necessidade de regular a forma das mesmas concessões, no interesse, não só *do dominio nacional* e privado, como *no da defesa militar*, alinhamento e regularidade dos caes e edificações, servidão publica, bom estado dos portos, rios navegaveis e seus braços ».

Com as providencias adoptadas em favor desse contracto o que tem tido em mira, portanto, o legislador patrio, é acudir ao *interesse do dominio nacional* e ao desenvolvimento publico, sevindo:

- á *defesa militar* do paiz ;
- á regularidade no *arruamento e edificação* das cidades e povoados ;
- á conservação dos *caes e portos* ;
- á navegabilidade dos *rios e seus afluentes* ;
- á expansão *das rendas publicas* pelo *augmento da producção*.

A olho se está vendo, pois, que o aforamento de taes bens não mereceu a consideração, de que o cerca o legislador, como liberalidade prodigalizada aos concessionarios, simplesmente para que o Estado aufera de taes convenções o mesquinhissimo lucro da pensão annual. Seu objecto consiste em fomentar, nas regiões urbanas, o desenvolvimento das cidades, nos districtos ruraes o da lavoura e viação.

Todos os povos, que têm usado este contracto intermedio á locação e á venda, sempre o ligaram ao intuito, que a etymologia grega do vocabulo *emphiteuse* lhe attribue, de cultivar os campos incultos, e melhorar a cultura aos cultivados. (*Arndts*, I, §. 197. — *Namur: Cours d'Institut.*, I, §. 149. — *Girard: Man. de dr, rom.*, ed. de 1901, p. 383. — *Serafini: op. cit.* I, p. 326. — C. civ. napolit., art. 1678. — C. civ. ital., art. 1556. — *Laurent: Princip.*, v. VIII, n.º 346, 540. — *Simon van Leuwen: Comment. on Roman — Dutch. Law. Tr. Kotzé* v. I, p. 221 — *Chironi: op. cit.*, I, p. 306, 308, 309. — *Pacifici — Mazzoni: Istituz. di dir. civ. it.*, v. III, n. 283, p. 521. — *De Filippis: Corso* v. IV p. 28, n. 53. — *C. da Rocha*, II, § 533. — *Digesto Ital.*, v. X, p. 426-8). « L'obbligo di migliorare il fondo », diz *Chironi*, « é della essenza giuridica della enfiteusi. » (I, §.

199.) « L'obbligo di migliorare il fondo enfiteutico », ensina De *Filippis*, « nasce dell'essenza stessa della enfiteusi. » (*Loc. cit.*).

Praticamente o uso, entre nós, tem obliterado essa obrigação do emphyteuta. Mas o dec. de 22 de fev. de 1864 a consigna explicitamente, de accôrdo com a legislação anterior, como motivo e objecto das emphyteuses concedidas pelo Estado:

Não é possível, pois, deixar de ter em consideração, na apreciação do direito peculiar a taes concessões, esse dever, formalmente imposto aos concessionarios em textos legislativos. Elle define e circumscreve os direitos do emphyteuta de bens do Estado. Não lhe seria licito reduzir a sua acção nos terrenos de marinha á exploração das areias mineraes, e converter o aforamento em concessão para minerar.

D'est'arte a industria, meramente *espoliativa*, exercida sobre o immovel, *invertiria os fins ao contracto de emphyteuse*.

Depois, transformando em concessão para minerar o aforamento, destinado, em sua essencia, a *melhorar* a propriedade aforada, se praticaria contra a lei uma verdadeira burla. Não pode haver duas especies de concessões e contractos de natureza e fins mais diversos. A emphyteuse tem o seu regimento tradicional nas antigas leis que lhe dizem respeito. A exploração de minas está sob um regimen distincto, sob uma legislação adequada á sua especialidade e assente em monumentos legislativos, assaz antigos tambem, atravéz dos quaes se tem mantido, em suas linhas capitaes, o principio que reserva os direitos do Estado, e lhe subordina os favores, neste assumpto, a condições e formalidades particulares.

Nunca se confundiram as duas especies. Se o aforamento autorizasse a exploração das minas, as emphy-

teuses teriam substituído as concessões de datas mineraes; o que nunca se deu. Os pretendentes á mineração sempre solicitaram datas mineraes. Nunca acobertaram sob petições de aforamento o designio de explorar minas. Nem se comprehende que a administração publica haja aquiescido nessa reticencia, lesiva da lei e attentatoria dos interesses do Estado, senão quando ignorasse ou a existencia das minas ou o animo dos postulantes. Mas, num e n'outro caso, a concessão, outorgada sob a qualificação expressa e as formas legaes *do emprazamento*, não os auctoriza a lavrarem as riquezas mineraes do sólo.

Tal auctorização lhes não poderia resultar senão de clausula expressa no contracto de emphyteuse, quando não lhes fosse dada em concessão especial.

Tratando-se de estrangeiros, ainda mais positiva é essa exigencia, nas leis brasileiras. Outr'ora lhes recusavam as instituições patrias licença, para minerar. A lei n. 1507, de 26 de setembro de 1867, art. 23, extinguiu essa incapacidade; mas, ao mesmo tempo, accentuou a necessidade indispensavel da auctorização administrativa, estatuinto: « Os estrangeiros poderão, isoladamente ou em sociedade, como os subditos do imperio, *requerer e obter concessão para a mineração*, ficando revogadas as disposições que lhes vedam tal concessão. »

Nacionaes ou estrangeiros, pois, hoje, todos podem lavrar minas em terrenos de dominio do Estado, contanto, porém, que deste obtenham *expressa*, requerendo-a *expressamente*, a devida licença.

E, para se ajuizar do zelo, com que, nesta materia, ao menos sob o regimen passado, sempre defendeu o governo brasileiro os direitos da Fazenda Nacional, e medio as condições a taes favores, examine-se o decr. de 17 de set. de 1824, que estabelece regras para o serviço das minas descobertas no Rio Grande do Sul e em

São Paulo, o de 21 de março de 1864, que regula a proporção entre a data mineral e o capital da empresa exploradora, o de 29 de setembro do mesmo anno, que fixa os prazos aos concessionarios de minas para o começo dos trabalhos, e o de 16 de setembro de 1824, o de 18 de dezembro de 1864, o de 10 de julho de 1872, o de 19 de janeiro de 1876 e varios outros, que a estrangeiros e brasileiros concederam licença para minerar, sujeitando-os a clausulas strictas, e impondo-lhes, além das obrigações instituidas nas leis anteriores, novas responsabilidades e compensações em beneficio do Thesoiro.

São dados irrecusaveis, para mostrar, do modo mais concludente, que ninguem então conceberia o facto, ainda hoje inconcebivel, de uma concessão mineratoria insinuada e exercida obrepticamente, á face do Estado, em terrenos seus e com a sua connivencia silenciosa, sob a capa de um simples aforamento.

III

Na solução do primeiro quesito demonstrámos que a exploração de minas importa deterioração, e das mais graves, ao immovel aforado, e que o emphyteuta não tem o direito de deteriorar a emphyteuse na sua substancia, antes a deve molhorar.

Se a deteriora gravemente, incorre em duas sanções civis:

o *commissio*;

a indemnisação de perdas e *damnos*.

Era assim no direito romano. Continuou a sel-o no dos povos modernos. E, sob o nosso, assim é.

Quanto ao commissio.

No direito romano :

« A emphyteuse cessa pelos seguintes factos:...

« Por decadencia do titular (*durch verwirkung des Berechtigten*). Elle perde, em pena, o seu direito nos seguintes casos: a) *se deteriora o predio (wenn er das Grundstück deteriorirt)* ».

(*Windscheid: Pandekt: I, § 222. Ed. de 1900, p. 998.*

« O direito de emphyteuse acabará... b) pela remoção do emphyteuta, quando haja violado as obrigações, que lhe incumbiam. A ella poderão dar motivo: a) a deterioração notavel da propriedade aforada (*Erheblicher Verschlechterung des emphyteutischen Gutes*) ».

(*Arndts: Pand. I, § 199. Ed. de 1886, p. 372.*)

« As deteriorações autorizam ao proprietario o confisco. *Deteriorationem ermächtigen den Grundherrn zur Privation* ».

(*Dernburg. Pand: I, § 260. Ed. de 1902, p. 638.*)

« The lord was entitled to hold the grant forfeited... if the emphyteuta *allowed the lands to deteriorate* ».

(*Muirhead: Historic. introd. to the law of Rome, p. 421.*)

« He (the emphyteuta) *must not deteriorate the property...* If the emphyteuta fail in any of these duties... the landlord (dominus emphyteuseos) *may deprive him of his rights as perpetual lessee* ».

(*Rudolph Sohm: Instit. of Rom. Law. Tr. Ledlie 1892, p. 369-70.*)

« This (to improve the land) is the principal object, yes, the source of emphyteusis, and consequently *it will determine* » (i. é : ella terminará),

« whenever the emphyteuta allows the land to remain
« uncultivated, or deteriorates the same by his own
fault or conduct ».

(Van Leeuwen, loc. cit.)

« L'enfiteuta è privato del suo diritto a titolo
di pena... quando deteriori il fondo... In questi
casi l'enfiteuta decade ipso jure dal suo diritto ».

(Serafini: *Dir. Rom.* I, § 89.)

« Dans certains cas, le propriétaire peut priver
l'emphytéote de son droit, notamment... s'il détériore
considérablement le fond emphythéotique ».

(Maynz, vol. I, § 151, p. 866.)

No direito moderno de outros paizes a mesma dou-
trina consagram :

A l. Belg. 10 de jan. de 1824, art. 15.

O c. civ. holl., art. 780.

O c. civ. hesp., art. 1.648, n. 2.

Laurent, Principes, v. VIII, § 400.

Daloz: Répert., v. XXXIII, p. 593.

Pandect. Belg., v. XXXV, col. 631-2.

Pac. Mazzoni: Op. cit., v. III, p. 525.

De Filippis, loc. cit.

Chironi, op. cit. I, § 202, p. 309.

Digesto Ital., v. X, p. 465, n. 77, p. 470, n. 83.

Ricci: Corso di dir. civ., v. VIII, n. 54.

Thiry, v. I, p. 845.

Planiol, v. II, n. 1829.

O cod. civ. port., art. 1.672.

No direito patrio igualmente são uniformes os pare-
ceres, desde *Almeida e Souza e C. Telles*, até *Lafayette. C.*
Telles, invocando *Alm. e Souza*, ensina, como já vimos,
que « incorre em commisso o foreiro, se, em vez de bem-
feitorizar os predios, os deteriorar, fazendo-os valer menos ».

(*Dig. Port.*, v. III, n. 982). *Lafayette*, citando *A. e Souza* e *C. Telles*, repete duas vezes a lição.

Á p. 406 (v. I):

Incumbe ao emphyteuta:

« Conservar a substancia da coisa aforada, sob pena de commisso e de indemnização dos damnos causados, no caso de culpa ».

Á p. 420-21:

« A emphyteuse acaba:

« Nos casos em que o emphyteuta incorre em commisso, a saber:

a) *se causa, dolosa ou culposamente, grave deterioração á substancia da coisa aforada* ».

Eis aqui nitidamente expresso, além do commisso, o direito do senhorio á indemnização. Este direito, já o reconhecia *Alm. e Souza, Dir. Emphyt.*, § 737. *C. da Rocha* tambem o assignala em termos precisos: « Se o fôro nenhum lucro dá ao emphyteuta, pode a todo o tempo abandonal-o ao senhorio; mas, *se dolosamente o damnificou, deve indemnizal-o* ». (*Dir. Civ.*, v. II, § 540).

Temos aqui uma incorrecção no adverbio *dolosamente*. *Culposamente* é a palavra. Não se exige o dolo: basta a culpa, para estabelecer o direito á indemnização. Este o sentir unanime nas leis e nos autores. Não se verifica o commisso, não havendo culpa do emphyteuta; mas, verificado o commisso, com elle estará sempre o direito do senhorio á indemnização. Tal a opinião de *Lafayette* no primeiro dos dois trechos pouco ha citados. E esta opinião, se bem não seja a de *Laurent*, que parece admittir hypotheses de direito ao commisso sem direito a perdas e damnos (*Príncipes*, v. VIII, n. 400), se nos affigura incontestavel; porquanto, de um lado, não se concebe que o

emphyteuta incorra na pena de commissio, se a deterioração não se deu por culpa sua, e, do outro, não se comprehende que, havendo culpa sua, não lhe corra a obrigação de compor o damno. Na lei belga de 1824, art. 15, no c. civ. hollandês, art. 780, no c. civ. hespanhol, arts. 1.640, n. 2, e 1.652, a pena de commissio está explicitamente associada á compensação do damno.

O mesmo é corrente na jurisprudencia italiana: « Le due azioni sono tutt'altro che incompatibili e possono anche cumularsi: essendo un portato *della stessa ragione naturale* che la restituzione del fondo deteriorato debba farsi *insieme col pagamento dei danni* ». (*Digesto Ital.*, v. X, p. 471, n. 84). Em termos analogos se enuncia *Simoncelli*, na monographia que já citamos: « *comunque finisce l'enfiteusi, l'enfiteuta é sempre obbligato a pagare i canoni arretrati ed i pesi scaduti, restituire la cosa, a indennizzare le deteriorazioni, e restituire i frutti que per ulteriore illegitima detenzione della cosa il proprietario non ha potuto raccogliere* ». (*Archivio Giurid.*, v. XI, p. 465).

Temos, pois, que á deterioração grave da substancia se segue o commissio, e ao commissio a compensação do damno culposamente causado.

Na hypothese, deteriorou-se o immovel, deteriorando-lhe as minas.

Essa deterioração é *grave*, porque roubou á propriedade quasi tudo, senão tudo o em que residia o seu valor.

É na *substancia* da coisa; visto que substancia é a *materia* da coisa (Tr. 9, § 2. *D. de contr. empt.*; fr. 14 *D. de verb. oblig.*; *Gaius*, § 79. *Comm.* 2; V. *Sommières: L'erreur*, p. 26), e as minas constituem a propria *materia* do solo. (*Plaviol*, I, n. 1698).

É *culposa*; visto que o emphyteuta a praticou deliberadamente, com o proposito de se locupletar e a sciencia de que tirava ao predio o melhor do seu valor.

Dolosa é, emfim, (o que aliás não era necessario, para estabelecer o caso de *commisso* e a responsabilidade civil); porquanto, não tendo outro intuito, senão esgotar as minas, o *emphyteuta* o occultou, solicitando o aforamento, em vez de requerer licença para minerar.

Não hesitamos, pois, em responder que incorreu em *commisso*, e está obrigado a restituir o valor dos productos mineraes, que desautorizadamente extrahiu.

IV

Já as Ordenações Affonsinas, l. IV, t. 45, § 3, sujeitavam á rescisão por lesão os aforamentos. Dahi passou ás Manuelinas, a que Lafayette injustamente attribue o haverem introduzido a "novidade". (*Dir. das Cous.*, I, p. 374, n. 5). As Filipinas, emfim, que ainda nos regem, depois de estatuirem as regras da lesão, determinam: «E tudo o que dito é ha logar... nos contractos dos arrendamentos, *aforamentos*, escambos, transacções e quaesquer outras avenças, em que se dá ou deixa uma coisa por outra, (L. IV, t. 13, § 6).

Em face deste preceito seria innegavel a lesão numa *emphyteuse* como esta, onde, segundo os documentos juntos por copia á consulta, o senhorio percebe de fôro *um conto duzentos e cincoenta mil réis annuaes* pelo emprazamento de terrenos, cuja mineração, de outubro de 1898 a dezembro de 1903, monta oficialmente no valor de *tres mil trezentos e oitenta cinco contos*, tendo pago de imposto estadual *mil cento e setenta e oito contos de réis*.

Não obstante, porém, o texto das Ordenações, temos duvida em admittir a rescisão por lesão nas *emphyteuses* «A favor do foreiro», diz *C. da Rocha*, «prevaleceu sempre a regra de que o canon, devendo-se *in agnitionem domini*, nunca podia ser arguido de lesivo.» (*Dir. civ.*, I, p. 705).

A doutrina da Ord, l. IV, t. 13, § 6 envolve, logicamente, o presupposto de que o canon emphyteutico representa o preço dos fructos e vantagens que o emphyteuta percebe da cousa emphyteuticada. Ora o alvará de 26 de julho de 1813, qualificando, ao contrario, o fôro como « *um modico reconhecimento...* para o senhorio do terreno », repudia aquella doutrina, e dest'arte nos parece que implicitamente deroga o estatuido naquelle texto. Nos proprios actos da nossa administração não se encara a pensão emphyteutica de outro modo. A circular do Thezouro expedida em 20 de agosto de 1835 designa o fôro como « *uma modica contribuição em reconhecimento do dominio directo* ». Assim se entende geralmente em toda a parte. Os nossos melhores juriconsultos sempre assim opinaram. (*Mello Freire*, III, 11 § 3 — *C. Telles: Dig. port.*, III, n. 933. — *C. da Rocha*, II, § 541 e p. 705. — *Lafayette: Op. cit.* XX, v. I, § 148.)

A nosso ver, pois, a emphyteuse, de que se trata, não é rescindivel por lesão.

V

O decr. n. 4.105 de 23 de fevereiro de 1868, art. 15, declara serem « da competencia exclusiva da administração as questões :

1 — Sobre a validade da concessão *em relação ás formalidades do presente decreto, interpretação do titulo e cumprimento das condições impostas pela administração aos concessionarios* ;

2 — Sobre o *direito de preferencia á concessão garantido aos posseiros e outros confrontantes dos terrenos* (arts. 16, 17 e 18) ;

3 — Sobre a avaliação dos terrenos feita por arbitros, para o pagamento do fôro.»

No regimen deste decreto, caem sob a competencia

do governo as questões enumeradas no art. transcripto e, portanto, as que versarem sobre « a validade das concessões em relação ás formalidades do decreto » onde se acha esse texto, sobre « a interpretação do titulo » e sobre « o cumprimento das condições impôstas pela administração ao concessionario. »

Mas não seria licito inscrever debaixo de nenhuma destas rubricas as questões suscitadas na consulta.

Não entendem ellas, de feito, com a validade do contracto, aferida segundo o criterio das solemnidades impostas a esse genero de concessões pelo decr. n. 4.105 de 1868.

Tambem não se referem á observancia das condições ditadas pela administração ao foreiro.

Não dizem respeito, emfim, á interpretação do titulo de aforamento.

O que se trata de interpretar, é a instituição jurídica da *emphyteuse*, examinando se ella abrange nas facultades do *emphyteuta* a exploração das minas.

As condições que se quer saber se têm sido respeitadas, vêm a ser, não as que a autoridade administrativa exige do foreiro, mas aquellas a que o sujeita á lei civil.

É, emfim, com relação aos principios de direito civil, não com respeito ás formalidades taxadas no decreto de 1868, que se discute a validade da concessão.

O *emphyteuta*, que deteriorar a substancia da coisa aforada, incorrerá em commisso? Abrindo minas no solo emprazado, deteriorará o *emphyteuta* a substancia da coisa? Eis os dois polos da controversia levantada na consulta.

Se, minerando, o foreiro deteriora a substancia do immovel, e, praticando essa deterioração, attenta contra uma das clausulas essenciaes da *emphyteuse*, — desde que esta é um contracto civil, está subordinada pelo direito

commun, que a deve reger (*Planiol*, II n. 829), á applicação do pacto commissorio tacito, a saber, da condição resolutiva, subentendida em todos os contractos, pela qual a todo contrahente assiste o remedio de lhes pedir a resolução, quando o outro contrahente não se desempenhe das obrigações contrahidas. (*Giorgi: Obligazioni*, v. IV, n. 204. — *Laurent*, v. VIII, n. 611. — *Serafini, op. cit.*, I, p. 333. — *Pand. Belg.* v. XXXV, col. 632.)

Ora, nenhum dos contractantes pode ser juiz dos direitos, obrigações e responsabilidades contractuaes do outro. Por isso a resolução dos contractos não se opera senão por acção judicial e sentença regular do magistrado. (*Giorgi loc. cit.* p. 209).

Em relação á emphyteuse, especialmente, a materia tem sido examinada pelos jurisconsultos, que a resolvem, applicando, como era razão, ao contracto emphyteutico o direito geral aos demais contractos: « *La devoluzione non segue ipso jure, nè l'espulsione dell'enfiteuta avviene di propria autorità del dominus; ma per sentenza del magistrato.* » (*Archivio Giuridico*, v. XL, p. 465.)

O governo mesmo, por decisão n. 256, de 30 de julho de 1875, reconheceu a competencia da auctoridade judiciaria nas questões relativas á posse de terrenos de marinha. (*T. de Freitas: Add. á Consolidaç. das Leis civ.*, an. I, p. 431.)

Ora, não interessam menos intimamente aos principios do direito civil, e, portanto não estão menos essencialmente vinculadas á esphera constitucional da justiça as questões concernentes á resolução dos aforamentos celebrados a respeito desses terrenos.

Parece-nos, pois, fóra de toda a duvida que a rescisão de taes contractos, isto é, na hypothese, o commissio, não pode ser pedida senão aos tribunaes de justiça, nem declarada por acto de outro poder.

Assemelhando, na resposta ao primeiro quesito, sob este aspecto, a situação do emphyteuta á do usufructuario, dissemos que aquelle, como este, poderia explorar as minas do terreno dado de emphyteuse, caso ellas já estivessem em laboração, quando esta se contractou. Porque, se o estavam, accrescentámos, e o *dominus* não excluio declaradamente da emphyteuse o arbitrio de proseguir na exploração já exercida pelo senhorio, se inferirá que a autorizou, transferindo tal qual ao foreiro o goso, em cuja posse estava o senhor da coisa.

É que na clausula subentendida sempre no aforamento, de se não deteriorar a coisa aforada, o que se preserva, é o direito do senhorio. Neste direito, desautorizadamente, não poderia tocar o emphyteuta, damnificando o immovel emprazado. Nada, porém, obsta a que o proprietario, modificando o conteúdo ao seu direito, habilite o foreiro, mediante accôrdo expresso no contracto, a desmembrar da substancia da coisa emphyteuticada estes ou aquelles elementos, mais ou menos importantes, cuja subtracção a desvalie, sem a destruir. Destruil-a, não; porquanto o arbitrio, outorgado ao emphyteuta, de acabar com a coisa aforada importaria a negação da emphyteuse, cujo objecto desappareceria com o anniquilamento do immovel. Mas com a perda parcial da sua substancia elle não se extingue: apenas se diminue o valor aos direitos do senhorio, que, cerceando-os voluntariamente, por mutuo e formal ajuste, deprecia a sua expectativa na contingencia de consolidação da propriedade, sem, todavia, eliminar a materia do prazo. A mesma faculdade, que se presume *tacitamente* conferida pelo senhorio ao foreiro, quando aquelle já minerava, antes de firmar com este a emphyteuse, poderá dar o primeiro *explicitamente* ao segundo, quando, ao celebrar do contracto, as minas ainda estiverem por explorar.

Uma vez que esse pacto deixa subsistir a emphyteuse com as suas tres condições imprescindiveis, o immovel, a alienação dos attributos uteis do dominio e a renda annua (*Lafayette*, I, p. 392), nada obsta a que a materia se reja' pela convenção das partes. (L. Belg. 10 jan. 1824, art. 17. C. civ. holl., art. 782, C. civ. ital., art. 1.557. Thiry, I, p. 843. De Filippis, IV, p. 18. 19).

Ao contracto emphyteutico poderão ellas, pois, addicionar, mediante estipulação *expressa*, a outorga ao fobreiro do direito de lavrar mineraes no predio dado de emprazamento.

Dado, portanto, que o governo haja contractado emphyteuse de terrenos seus, sem disposição formal na escriptura, que autorize o emphyteuta a encetar mineração, e o que se queira actualmente, seja conferir-lhe esse direito, poderá fazel-o, ou firmando novo instrumento, onde se ratifique o anterior, accrescentando-lhe precisamente essa clausula, ou dando ao emphyteuta essa faculdade por acto separado, mediante concessão especial para minerar naquelle immovel.

RUY BARBOSA.