ENFITEUSE — ATRASO NO PAGAMENTO DE FOROS — COMISSO

— No sistema do Dec.-lei n.º 3.438, de 1941, a decadência do enfiteuta verifica-se ipso jure *após três anos completos e contínuos. O ato da autoridade apenas declara o fato verificado, sem ter competência para admitir a purgação da mora.*

MINISTÉRIO DA FAZENDA

PROCESSO N.º 145.455-44

Wilson Sons & Co. Ltd. — Comisso decorrente do atraso de pagamento de foros por três anos consecutivos:

PARECER DA D.G.

Para o Sr. Ministro recorre a firma Wilson Sons & Cia. Ltd. (fls. 19-26) do despacho desta D.G. (fls. 18), que, de acôrdo com o parecer da P.G. (fls. 13-18), negou provimento ao recurso (fls. 1-6), interposto do despacho da antiga D.D.U., datado de 24-6-44 e exarado (fls. 6-6v.) — (Processo número 62.636-44).

2) A questão surgiu do fato de a antiga D.D.U., por aquêle despacho, ter mandado cancelar as guias 1.819-1.822, tôdas de 22-6-44, e com as quais a firma recorrente, antes de qualquer medida de caráter administrativo, pretendera pagar o fôro dos anos de 41 a 43 dos terrenos de marinha e acrescidos que ocupa à Praia de São Cristóvão, n.º 116.

3. A Procuradoria da D.D.U. é de parecer (fls. 26v. e 27) que o artigo 27 do Decreto-lei n.º 3.438, de 17-7-41, assim redigido:

> "No caso de atraso de pagamento de foros por três anos consecutivos, o chefe do Serviço Regional, independente de outras formalidades, declarará caduco o aforamento",

deve ser entendido de acôrdo com a alínea *b* do § 1.º do art. 13, da seguinte forma redigido:

> "Aprovada a concessão, lavrar-se-á o contrato de constituição da enfiteuse, de acôrdo com a minuta que prèviamente fôr elaborada por procurador da Fazenda e aprovada pelo chefe de Serviço Regional.
>
> § 1.º Constará especificadamente do contrato, além dos elementos necessários à perfeita identificação do terreno:
>
> *b*) que o atraso no pagamento do fôro por mais de três anos consecutivos importará na pena de comisso (27)".

4. A P.G., em seu parecer (fls. 13-18), precisando que há "têrmo direto certo *dies certus*, para o pagamento do fôro", deixou demonstrado que ocorrerá a caducidade da enfeiteuse, desde que o fôro não seja pago durante três anos seguidos.

5. Contrariam-se ambos os pareceres, girando a controvérsia em tôrno do advérbio, "mais", que precede, na alínea *b*, do § 1.º do art. 13 do Decreto-lei n.º 3.438, já transcrita, a expressão

"de três anos consecutivos",

inexistente êsse advérbio no art. 27 do mesmo Decreto-lei, também já transcrito.

6. O despacho desta D.G. (fls. 18), ora recorrido, aceitou a tese sustentado pela P.G. (fls. 13-18).

7. Não procedem as razões expedidas no novo recurso.

8. De fato. Não há que se lobrigar contradição entre as disposições transcritas.

9. Ambos os dispositivos regem, dentro do mesmo diploma, objetos distintos.

10. O art. 13 dispõe sôbre a constituição da enfiteuse e obriga a inclusão, no respectivo contrato, de determinadas condições, dentre elas a de que

> "o atraso no pagamento do fôro por mais de três anos consecutivos importará na pena de comisso".

11. O art. 27, porém, referindo-se a contrato de enfeiteuse, preexistente, isto é, anteriormente constituído, prescreve que caducará o aforamento (preexistente, é aconselhável a repetição), desde que se verifique a hipótese do não pagamento do fôro por três anos consecutivos.

12. Está claro, evidente mesmo, que não há identidade de objeto nos dispositivos em apreciação.

13. Não há que harmonizar textos, dado que, como se viu, não ocorre, no caso, a hipótese de identidade de objeto.

14. Assim, não há que aplicar ao caso a Terapêutica Jurídica, arte de conciliar disposições de lei, a que Carlos Maximiliano faz referência ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", pág. 169), dando-a como aconselhada nos estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772.

15. Se os dois textos se referem, como, no caso, acontece,

> "a hipóteses diferentes, espécies diversas, cessa, nesse caso, o conflito, porque tem cada um sua esfera de ação especial, distinta, cujos limites o aplicador arguto fixará precisamente",

como ensina aquêle tratadista de direito (ob. cit., pág. 169).

16. À D.G., diante do exposto, é de parecer que não merece ser provido o recurso (fls. 19/26).

17. À consideração do Senhor Ministro.

D.G.N. 26-9-44. — *Paulo Lyra,* Diretor Geral.

Despacho do Sr. Ministro: "Ouça-se a Consultoria Geral da República.

Rio, 10-10-44. — *A. de Sousa Costa*".

PARECER DO SR. CONSULTOR GERAL DA REPÚBLICA

I. "Wilson, Sons & Co. Ltd., que têm o domínio útil do terreno de marinha existente na Praia de São Cristovão n.º 116, nesta Capital, recorreram ao Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, para obter a reforma do despacho proferido em 17 de agôsto de 1944, pelo Sr. Diretor Geral da Fazenda Nacional, que confirmou a decisão da antiga Diretoria do Domínio da União e, assim, entendeu haverem os recorrente incidido em comisso pela falta de pagamento dos foros devidos em 1941, 1942 e 1943, consoante as disposições do Decreto-lei n.º 3.438, de 17 de julho de 1941, arts. 13, § 1.º e 27.

Os recorrentes sustentam que, antes de declarada a caducidade do aforamento, haviam pedido e obtido guias para pagamento dos foros atrasados, e iam efetuá-lo, "quando, a essa altura, foi mandado sustar. Não houve declaração, *expressa* e *formal*, do comisso".

A lei não dispensa, entretanto, a declaração da caducidade, como não dispensava outrora a sentença. Essa declaração substitui a sentença, como se vê pelo Decreto-lei n.º 3.438, art. 33 e parágrafo único.

O comisso ocorre pelo "atraso no pagamento do fôro por mais de três anos consecutivos" (Decreto-lei n.º 3.438, art. 13, § 1.º). Acrescentando a êste argumento o de que o fôro é anual e indivisível, os recorrentes concluem que o comisso sòmente pode ocorrer pelo atraso no pagamento dos foros durante quatro anos consecutivos, pelo menos.

Os recorrentes ofereceram o pagamento em meados de 1944. Ora, a anuidade de 1941 podia ser com multa em 1942 (Decreto-lei n.º 3.438, art. 13, § 1.º, *a*), a de 1942, do mesmo modo, em 1943, e a dêste ano em 1944. "Era direito da parte *pagar vencidas e com multas* essas anuidades em 1944, porque até o fim dêsse ano não haveriam se completado os três anos consecutivos". Logo, em meados de 1944, ainda não ocorrera o "atraso do pagamento de foros por três anos consecutivos" (Decreto-lei n.º 3.438, arts. 13, § 1.º, *b*, e 27).

Os recorrentes compendiam, afinal, suas razões em dois argumentos: 1.º) não fôra declarada a caducidade do aforamento, quando compareceram para pagar os foros; 2.º) não podia ser declarada a caducidade, quando ainda estava em curso "o quarto ano para pagamento do fôro e efeitos de comisso"; e concluem pelo pedido da reforma do citado despacho, para que a autoridade superior ordene o recebimento dos foros em atraso com multa que a lei impõe.

II. A autoridade recorrida manifestou-se contrária ao provimento do recurso, porque o caso é regido pelo art. 27 do Decreto-lei n.º 3.438, onde se dispõe que o aforamento caducará pelo não pagamento do fôro por três anos consecutivos. O art. 13 refere-se a hipótese diversa; trata da constituição da enfiteuse e exige que se inclua no contrato a estipulação de que "o atraso no pagamento do fôro por mais de três anos consecutivos importará na pena de comisso".

III. Segundo antigo direito entre nós, incorre em comisso o foreiro que não paga as pensões devidas "por três anos consecutivos" (Cód. Civ., artigo 692, II). Diziam as Ordenações que, se o foreiro "não pagar o fôro ou pensão por três anos cumpridos e contínuos, perderá todo o direito, que na coisa aforada tinha, para o senhorio, se o quiser" (4, 39, pr.).

O comisso dá lugar à aplicação do pacto comissório tácito, da condição resolutiva tácita. Esta aplicação precisa, entretanto, ser pedida judicialmente, e nisto o pacto comissório tácito se distingue da condição resolutiva, em sentido próprio. A ação de devolução, a também chamada ação de comisso, tem por objeto declarar a ocorrência da condição resolutiva, a extinção da enfiteuse *proter commissum*.

A lei estabeleceu, entretanto, que, nos contratos enfitêuticos relativos a terrenos da União, a condição resolutiva tácita *ipso jure*, "independentemente de ação judiciária" (Decreto n.º 24.606, de 6 de julho de 1934, art. 2.º), admitindo depois que o foreiro purgasse a mora, ficando relevado do comisso, se pagasse as pensões atrasadas no prazo de trinta dias, após a intimação por edital (Decreto-lei n.º 710, de 17 de setembro de 1938, art. 6.º).

Estas disposições foram repetidas no Decreto-lei n.º 2.490, de 16 de agôsto de 1940, arts. 28 e 29, que, todavia, só admitiu a purgação da mora para conceder ao foreiro novo aforamento, de acôrdo com os novos preceitos estabelecidos pelo mesmo decreto-lei (art. 29, § 2.º).

O Decreto-lei n.º 3.438 dispensou a intimação do foreiro por edital e autorizou que, no atraso do pagamento de foros por três anos consecutivos, fôsse declarada, "independente de outras formalidades", a decadência do enfiteuta (art. 27). Ao foreiro que incorreu em comisso a lei apenas concedeu a revigoração do aforamento, mediante cálculo de novo fôro e pagamento dos foros atrasados (art. 27, §§ 1.º a 4.º).

Desde que a lei dispensou o *ministerium iudicis* e outras formalidades para que a autoridade administrativa pudesse considerar extinto o aforamento pelo comiso, o foreiro não pode ser admitido a purgar a mora apenas por não ter a mesma autoridade declarado a caducidade, antes de ter sido oferecido o pagamento dos foros atrasados. Quando a lei exigia a interpelação do foreiro, o pagamento dos cânones atrasados não eximia o enfiteuta da renovação do aforamento (Decreto-lei n.º 2.490, art. 29, § 2.º). Agora, quando a lei torna desnecessária qualquer formalidade, é, com certeza, inaceitável que possa o foreiro purgar a mora e obter a continuação do aforamento nas mesmas condições, depois de haver incorrido em comisso.

No sistema do Decreto-lei n.º 3.438, a decadência do enfiteuta *ob canones non solutos* verifica-se *ipso jure*, após três anos completos e contínuos. O ato da autoridade administrativa apenas declara o fato verificado. Não é lícito a essa autoridade admitir a purgação da mora. O que a lei permite é apenas que se restaure o contrato resolvido, "feita a avaliação do terreno para o novo cálculo do fôro" e pagos os foros atrasados (art. 27, §§ 1.º e 2.º). O ato declaratório do comisso tem importância, não porque determine o momento da caducidade, mas sòmente porque o prazo de 90 dias dado para o foreiro obter a revigoração do contrato corre desde a publicação do mesmo ato (art. 27, *ibi.*).

Não se harmoniza com o texto legal, nem com a tradição de nosso direito, o argumento de que, nos têrmos do art. 12, § 1.º, *b*, do Decreto-lei n.º 3.438, só a falta de pagamento dos foros por quatro anos consecutivos dá lugar ao comissão. De acôrdo com o art. 27, tantas vêzes citado, a autoridade administrativa não pode deixar de reconhecer o comisso "no caso de atraso do pagamento de foros por três anos consecutivos". O art. 13, § 1.º, *b*, não diz coisa diversa, pois que manda inserir no contrato enfitêutico a cláusula segundo a qual "o atraso no pagamento do fôro por mais de três anos consecutivos importará na pena de comisso". A expressão "mais de três anos consecutivos", significa o mesmo que "três anos completos e consecutivos", ou, como diziam as Ordenações, "três anos cumpridos e contínuos". O comisso verifica-se quando a mora do foreiro no pagamento dos cânones dura mais de três anos ininterruptos, já completou três anos contínuos, já passou de três anos consecutivos.

O direito de purgar a mora, mediante o pagamento da pensão acrescida de 20% (Decreto-lei n.º 3.438, art. 13, § 1.º, *a*), tem cabimento antes da caducidade. Até que se complete o triênio, após o qual a lei exige a revigoração do aforamento, pode o enfiteuta exercer aquêle direito, do qual decai necessàriamente, ao incorrer no comisso.

IV. E', pois, meu parecer que o recurso não merece provimento, devendo ser confirmado o despacho do Sr. Diretor Geral da Fazenda Nacional.

Os recorrentes apenas podem obter a revigoração do aforamento, consoante as disposições dos §§ 1.º a 4.º do art. 27 do Decreto-lei n.º 3.438.

Rio de Janeiro, em 2 de fevereiro de 1945. — *Hahnnemann Guimarães*.

Despacho do Sr. Ministro:

De acôrdo com o parecer da Consultoria Geral da República, nego provimento ao recurso, para manter a decisão recorrida.

Feita à mesma Consultoria a comunicação necessária, possiga-se, declarando-se a caducidade do aforamento e assegurando-se ao interessado, como de lei, o direito de recorrer dêsse ato ou de pedir a revigoração.

Rio, 6-2-45. — *A. de Sousa Costa*.

"Encaminhe-se ao S.P.U.". D.G.F.N., 27-2-45. — *Paulo Lyra*, Diretor Geral.