ENFITEUSE — NATUREZA DO CONTRATO — RETROATIVIDADE DAS LEIS — DIREITOS REAIS

— A enfiteuse é um contrato bilateral e comutativo, que cria obrigações recíprocas entre os contratantes, não podendo ser modificado por livre alvedrio de uma das partes.

— À Prefeitura Municipal falece competência para legislar sôbre o conteúdo de direitos reais.

PARECER

A Prefeitura de Osório submete a êste egrégio Conselho um projeto de decreto-lei que cria novas obrigações nos contratos enfitêuticos já realizados. Visa a Prefeitura tornar obrigatória a edificação em terrenos por ela concedidos há três anos passados. Para atingir tal objetivo, o referido projeto estipula em seu art. 1.º: "Fica estabelecido o prazo de 12 meses a contar da presente lei, para serem iniciadas as construções nos terrenos foreiros concedidos por esta Prefeitura, há mais de três anos, situados em "Tramandaí", 7.º distrito dêste município.

Trata-se, pois, na espécie, de aplicar uma lei nova em contratos já realizados sob o império da lei existente ao tempo de sua Constituição. Isso porque a enfiteuse é um contrato bilateral e comutativo, criando para ambos os contratantes obrigações recíprocas, inalteráveis ao arbítrio de uma das partes. Quanto ao caráter contratual da enfiteuse, não existe dúvida. "A enfiteuse — escreve Coelho da Rocha — não é da parte do senhorio uma mera liberdade, como antigamente se julgava, mas sim um contrato bilateral e comutativo, de que ambos os contratantes tiram recíprocas vantagens: o foreiro aceita o terreno para cultivar e exercer a sua indústria; o senhorio assegura a recepção duma prestação anual, do laudêmio, e dos outros interêsses que não receberia sem a cultura; cede, portanto, uma parte da propriedade para fazer valer a outra" (*Instituições de Direito Civil Português,* vol. 2.º, ps. 100).

Sendo um contrato, gerando obrigações recíprocas, é indiscutível a impossibilidade de modificações por livre alvedrio de uma das partes contratantes. O prazo que pretende introduzir a Prefeitura (senhorio direto) nos títulos de aforamentos já concedidos, a condição resolutiva constante do art. 3.º do projeto em questão, violam as normas jurídicas que regulam a vida dos contratos.

E' verdade que a doutrina se divide quanto ao conflito de leis em relação aos direitos reais. Veremos, entretanto, que, embora adotássemos as opiniões mais revolucionárias, assim mesmo seriam inexequíveis as modificações propostas pelo projeto. Gabba, estudando a posição da enfiteuse no direito transitório, opina a necessidade de distinguir os efeitos decorrentes do título e os decorrentes do direito real. Para êle, quando a lei nova se referir ao conteúdo do direito real, deve ser aplicada às enfiteuses já constituídas, ainda que o legislador não o diga expressamente (*Teoria della retroatività delle leggi,* vol. 3.º, ps. 187).

Por sua vez, Roubier esclarece que a lei que suprime um tipo de direito real (atinge o conteúdo do direito real) deve aplicar-se imediatamente a todos os direitos dêsse gênero, que existam, porque a lei, em tal

caso, tem por fim remediar os inconvenientes resultantes dêsse direito real; é uma lei de estática jurídica que, desde que entra em vigor, põe têrmo às situações existentes (*in Tratado de Direito Civil Brasileiro*, Espinola e Espinola Filho, vol. cit.).

Finalmente, sentencia Fiori: *"Si la ley nueva aboliese la enfiteusis perpetua y hiciere ninguna reserva expresa respecto de las que ya hubiessen sido constituida bajo el império de las leyes anteriores que le reconocian y admitian, no se podria negar ni desconocer la autoridad de dicha ley nueva para hacer ineficaz también las enfiteusis perpetuas constituidas legalmente con anterioridad a su promulgación"*. (*De la irretroactividad e interpretación de leys*, tradução de Enrique Paz, pág. 231).

Para Gabba, Roubier, Fiori, os mais autorizados mestres em assunto de direito intertemporal, a lei que tem por escopo modificar o conteúdo de um direito real aplica-se imediatamente aos já constituídos. Assim, se uma lei viesse extinguir a enfiteuse, ela se aplicaria às já existentes, pois, como explica Fiori: *"La razón de esto se deriva del principio general de que cuando es abolida en absoluto por una ley nueva una institución determinada, dejan de ser eficaces todos los derechos que la misma hubieren nacido, aunque hayan sido adquiridos legalmente, porque el reconocimento de éstos es incompatible con la institución abolida"* (*obr. cit., ps.* 231).

Na espécie, não se trata de qualquer lei que objetive alterar o conteúdo de um direito real, mas ùnicamente de modificar o conteúdo do título, isto é, as cláusulas dos contratos já celebrados. Admitir a possibilidade da medida pleiteada pela Prefeitura é dar à lei nova efeito retroativo, o que é proibido por tôdas as legislações modernas. O Código francês já sentenciava em seu art. 2.º: *"La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroatif"*. Comentando êsse dispositivo, escrevem Colin et Capitant: *"La jurisprudence a maintes fois prononcé avec la plus grande* fermeté *cette règle que les contrats, une fois formés, deumeurent exclusivement régis par la loi sous l'empire de laquelles ils on été formés* (*Cours Elémentaire de Droit Civil Français*, vol. I, p. 52).

Em defesa do projeto, argumenta o sr. Prefeito: — "Sucede que muitos foreiros querem fazer de seus terrenos objeto de especulação mercantil, provocando uma exagerada alta de preços e também entravando o progresso urbanístico, pois assim impedem o aumento das construções.

Alega, também, que os terrenos foram dados em aforamento mediante módica pensão. Tais argumentos são insustentáveis, como passaremos a evidenciar. O valor do fôro não está em proporção com o valor dos terrenos dados em aforamentos, pois êle, o fôro, não é preço de locação. E' opinião de todos os mestres, inclusive a de Lafayette Rodrigues Pereira, quando sentencia:

"A pensão não representa o preço dos frutos e vantagens que o enfiteuta deduz da coisa aforada. Ela tem por fim compensar a cessão do imovel para ser aproveitado pelo enfiteuta, e firmar de uma maneira sensivel e incessante o reconhecimento do domínio do senhorio". (*Direito das coisas*, ps. 337).

Da mesma opinião é Coelho da Rocha, quando preleciona: "Como o fôro se paga em reconhecimento do domínio direto, e se presume impôsto

no estado do prédio inculto, por pequeno que seja, não pode pelo senhorio ser arguido de lesivo" (*Instituições de Direito Civil Português,* vol. II, ps. 107).

Entretanto, o decreto n.º 24.606, de 6 de julho de 1934, deu novo conceito ao fôro, pois admitiu, quando da transferência do domínio útil das terras pertencentes à União, fôsse estabelecido novo fôro na base de nova avaliação feita pela repartição competente. Êsse aumento sòmente atingiria o novo adquirente, pois que "sòmente o êrro, a fraude, justificam essa medida como *revisão das condições* do aforamento" (Temístocles Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo,* vol. V, ps. 163). Mas a faculdade concedida por êsse decreto sòmente diz respeito às terras cujo domínio direto pertence à União.

E' indubitável, portanto, a improcedência da medida pleiteada, pois que à Prefeitura falece competência para legislar sôbre o conteúdo de um direito real, condição única que poderia dar à nova lei efeito retroativo.

Não nos impressiona o argumento de que "os foreiros entravam o desenvolvimento urbanístico". Muitos não edificam em virtude do aumento assustador dos materiais de construção, razão pela qual seria injusto obrigar os foreiros a fazerem despesas além de suas possibilidades econômicas.

Por tudo isso, opinamos que seja aprovado o substitutivo apresentado pela D.P.M., pois resguarda da ação da lei nova os contratos já celebrados.

Êste é o nosso parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 25 de maio de 1945. — *Raul Silva Gudolle,* Consultor Jurídico do Conselho Administrativo do Estado do Rio Grande do Sul.