

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

A Enfiteuse no Supremo Tribunal

(Palestra do Prof. ALFREDO BALTHAZAR DA SILVEIRA)

A crítica judiciária, isto é, a análise serena de sentenças e acórdãos de quaisquer tribunais, não poderá, jamais, molestar os seus ilustres prolotores porque a toga lhes não assegura plene infabilidade na aplicação das leis ordinárias e dos textos constitucionais; não e não, e desapareceriam, certamente, dos Códigos de Direito Processual os diversos recursos nêles admitidos para confirmar ou modificar as decisões de tôdas as instâncias, se fôsem infalíveis. Se “*a instância é o curso legal da causa*” — conforme a definição de MORAES CARVALHO, muito gabada por JOÃO MONTEIRO — é claro que, enquanto não houver decisão irrecorrível, aos Advogados compete usar das medidas judiciais para alcançar o triunfo desejado. E os agravos, as apelações, os embargos, as revistas, o recurso extraordinário não são, seguramente, os meios de dissentir das deliberações dos sentenciadores, em lhes destruindo, com elegância, os fundamentos? E, nesses arazoados, muitas vêzes veementes, mas polidos, não se depara uma completa desaprovação à fundamentação dos julgados, da qual se originou a interposição do recurso, cujo provimento se impetra, com a maior esperança? Vale recordar JOÃO MONTEIRO; “supor que todo juiz se irrita só porque lhe reformam as sentenças, e ao mesmo tempo concluir daí para a hipótese da reiteração no erro, é abstrair das regras e condições que devem preceder à investidura nos ofícios, do poder judiciário, segundo as quais se apuram não só as aptidões intelectivas como as qualidades morais dos juizes, e é, outrossim, mas com flagrante incongruência, imagianar que o juiz, assim irritável, se sujeite deliberadamente a ver as suas sentenças reformadas, quando o simples bom senso está mostrando que, a primeira reforma, tratará êle de apurar os seus estudos para em seqüência ver suas opiniões confirmadas no tribunal superior. Esta é que é a lei fisiológica; não aquela que denota uma perversão do senso moral. Querer descobrir na doutrina dos recursos aqueal *aristocracia judiciária*, que apavorava LA ROCHE-FOUEAULD e os convencionários de 1790, não passa de grosseira confusão de um fato histórico, passageiro como todos os que assinalam as primeiras épocas de reformas radicais, com a organização legal de um sistema definitivo”. “O Advogado precisa da mais ampla liberdade de expressão para bem desempenhar o seu mandato. Os excessos de linguagem que, porventura, comete, na paixão do debate, lhe devem ser relevados. O Juiz deve ter a longaminidade necessária para ouvir com paciência as queixas, reclamações e réplicas que a parte oponha aos seus despachos e sentenças. Apontar os erros do julgador, profligar lhe os deslizes, os abusos, as injustiças em linguagem veemente, é direito

sagrado do pleiteante. . . O juiz é que tem de se ressentir da couraça e da insensibilidade profissional, necessária para não perder a calma e não cometer excessos”.

São da autoria do Desembargador RAFAEL DE ALMEIDA MAGALHÃES, os conceitos acima citados, desconhecidos de certo magistrado carioca, de quem, muito cortêsmente, se aproximou um causídico, para lhe solicitar um justo obséquio, obtendo a seguinte resposta, inajustável a sua garnacha:

“O Magistrado não faz favores!”

“Então, retrucou-lhe o patrono, cumpra o seu dever, pondo o “visto” numa apelação minha, que está, em sua casa, há mais de cinco meses”!

O julgador não esperava aquela atitude desassombrada. Chamou o defensor; e, na sessão imediata, trouxe os autos e votou em prol do dito patrocinador.

“Tratai bem os juizes, tende sempre em mente as contínuas injustiças com que eles são julgados, devido às paixões e aos interesses contrariados pelas sentenças, e à leviandade e precipitação que presidem as apreciações dos interessados. Mas, quando verificardes, com segurança, com o espírito perfeitamente isento de todos os elementos subjetivos que perturbam a exata visão da realidade, que as suas decisões foram inspiradas pela amizade, pela gratidão, pela vingança, pelo ódio, pelo interesse ou pela subserviência aos poderosos, zurzi-os desapiedadamente, sêde implacáveis, sêde cruéis, por amor à justiça” eis a advertência de PEDRO LESSA aos bacharelados de 1906 da Faculdade de Direito de São Paulo na cerimônia da colação de grau.

Logo, os reparos a qualquer ato judiciário, mormente quando o seu censor não tinha nenhum interesse, presente ou futuro, na maneira por que foi concluído, têm de ser acolhidas, sem prevenções, sem dicacidades — “*quandos, on court après l'esprit, on attrape la sottise*” — como se exprimiu MONTESQUIEU — mais como uma contribuição à perfeita elucidação da tese solucionada no acórdão desaprovado.

RUI BARBOSA comentou, na imprensa, a solução dada ao pedido de “*habeas-corpus*” em prol do Almirante EDUARDO WANDENKOLH — mostrando-lhe a improcedência; e mereceu um artigo do Conselheiro JOAQUIM DA COSTA BARRADAS no qual cuidou de justificar o seu voto; entretanto, em 1898, apoiado na argumentação, desenvolvida pelo Egrégio RUI BARBOSA, solicitava do Supremo Tribunal Federal uma ordem de *habeas-corpus* para parlamentares presos e desterrados por PRUDENTE DE MORAES como implicados nos lamentáveis acontecimentos de 5 de Novembro de 1897. Não sou advogado da Família Imperial. Não sou advogado de Irmandades religiosas, ou de particulares que possuam enfiteuses.

Sou um modesto jurista católico, que, pela sua formação religiosa, se acostumou a obedecer às leis, para que diminuídos ficassem os pleitos, causados pelas transgressões legais, fôssem públicos ou particulares os seus autores; e, destruído o império da lei, babelizam-se as sociedades, crescendo a delin-

quência, enfraquecendo-se a judicatura e prevalecendo o gesto do leão da fábula: *“ego tollo primam, ert mea quia nominor resc”*.

Da obediência às leis, considerada obrigação indeclinável dos cidadãos, nasce o clima do sossêgo em que se melhoram as condições da vida Nacional.

Que a decisão recente do Colendo Tribunal é inconstitucional, não padece a menor dúvida; e, assim, com a ajuda divina, demonstrarei:

a) O Código Civil Brasileiro dispõe no seu art. 679: “O contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e como tal se rege”; no seu art. 692: “A enfiteuse extingue-se — I — pela natural deterioração do prédio aforado, quando chegue a não valer o capital correspondente ao fôro e mais um quinto dêste; II — pelo comisso, deixando o foreiro de pagar as pensões devidas, por três anos consecutivos, caso em que o senhorio o indenizará das benfeitorias necessárias; III — falecendo o enfiteuta, sem herdeiros, salvo o direito dos credores; no seu artigo n.º 693 — “Todos os aforamentos, salvo acôrdo entre as partes, são resgatáveis trinta anos depois de constituídos, mediante pagamento de vinte pensões anuais pelo foreiro, que não poderá, no seu contrato, renunciar o direito ao resgate, nem contrariar as disposições imperativas dêste capítulo”.

b) A Constituição brasileira, no parágrafo 16 do artigo 141, estabelece: E’ garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito de a indenização ulterior”, e no artigo 147 estatui: O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141 § 16 promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos”; no parágrafo terceiro do artigo 142 fixou de modo claro: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Também a lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957, estabelece: Artigo 1.º — O artigo 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, (Decreto-lei n.º 4.657, de 4-9-1942) passa a ter a seguinte redação: Artigo 6.º: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1.º — Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou; § 2.º — Consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. § 3.º: Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. E’ inquestionável, por consequência, que tal decisão, desrespeitando o princípio da irretroatividade das leis, já admitido pela constituição, outorgada por DOM PEDRO I e jurada em 25 de março de 1824 — “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública” — “a sua disposição não terá efeito retroativo” (§§ 2.º e 3.º do artigo 179) não poderá ser mantida, porquanto não se ajusta às disposições constitucionais, que devem encontrar na magistratura uma sentinela intemorata, sempre pronta a sacrificar-se pelo seu

inteiro acatamento, como aquela que não desertou de Pompéia quando sobre ela despejou as suas lavas o Vesúvio. A nossa tradição jurídica sempre repeliu a retroatividade das leis, por isso que as garantias individuais não se mantiveriam, senão com a anuência dos dirigentes, dos legisladores e magistrados, desaparecendo, destarte, a segurança pessoal, em se implantando o totalitarismo que estrangula o Direito.

Se ao legislador é absolutamente defeso mandar à sanção presidencial, ou promulgar leis destoantes dos princípios constitucionais — e não posso deixar de a péquedo, desaprovar a opinião de RAFAEL BIELSA: “Puede el legislador no solamente crear nuevos derechos sino también desconocer derechos adquiridos o existentes, y dar a la ley efecto retroactivo, no obstante el principal general de la irretroatividad de la ley, que el ha declarado (art. 3.º del Código Civil), fundando-se em consideraciones de orden publica, ante cujo principio nadie puede invocar derecho adquirido” (Derecho Administrativo — Vol. I, — p. 5.391); se, no entender de PIMENTA BUENO, “nem a liberdade nem a segurança teriam garantia alguma desde que as leis pudessem ter efeito retroactivo”, adiantando ainda que o “sagrado princípio da não retroatividade da lei deve ser respeitado ainda mesmo no caso de interpretação e essa é a norma dos governos constitucionais” (Direito Público Brasileiro — p. n.º 394 — 1857); se, na lição de RUI BARBOSA, “Dai a uma legislatura o poder de votar leis retroativas, e ninguém está seguro, porque exposto ao domínio dela ficará o passado inteiro de cada indivíduo. Óbvio é, pois, que só de tiranos será digno fazer leis retroativas, e só de escravos obedecer-lhes” (Anistia Inversa p. 97); é evidente que se não pode reconhecer, no Juiz de qualquer instância, a absoluta faculdade de sentenciar em franca divergência com os cristalinos textos legais vigorantes, em lhes dando uma exegese individual. Não e não, pois a ditadura das vertes judiciárias — *“la robe rouge”* — é, no meu fraco juízo, tão perigosa ao sossêgo dos homens e das mulheres, como a que se arrima nos sabres, pois, se esta se abordoa na violência, que absorve as liberdades, aquela é nutrida pelo sofisma; ademais, como lembrava JOÃO FRANCISCO LISBOA “muitos não saber tergiversar, nem sofismar a iniquidade para atenuá-la hipócritamente”.

“O Direito, escreveu RIPPERT, não reclama senão uma coisa: a obediência às leis, as causas da obediência às leis”, portanto, sem aludir à conveniência, ou à inconveniência da manutenção da enfiteuse, que concorreu para o privamento das plagas brasileiras, bastando lembrar a opinião de OLIVEIRA MARTINS: “a primeira organização administrativa do Brasil foi feudalista, federativa”, hei de me insurgir contra o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 21.590 — embargantes JOSÉ LOUREIRO DOS SANTOS BATISTA e s/m. Embargada Municipalidade de São Paulo — baseado em CLOVIS BEVILAQUA: “O direito de resgate não aproveita aos aforamentos já constituídos quando o Código Civil entrou em vigor, por se não ofender o direito dos senhorios, que contando com a perpetuidade estipularam cânones extremamente módicos”. (Cód. Civ. Com. — vol. 3.º — p. 253 — edição de 1933).

Também EPITÁCIO PESSOA demonstrou: a) a inaplicabilidade do resgate às enfiteuses anteriores ao Código Civil, por se tratar de até perfeito e acabado,

constituindo direito definitivamente adquirido; b) que o acôrdo entre as partes, no artigo 693, se refere ao pago maior ou menor para o resgate e não ao próprio direito de resgate, que não pode ser renunciado”.

Conheço algumas decisões em abono da minha atitude, assim — “os contratos de enfiteuse têm como elemento principal a perpetuidade” — in *Rev. Sup. Trib. Fed.*, vol. 68, p. 362; “aos aforamentos constituídos antes da vigência do Código Civil não se aplica o artigo 693 que permite o resgate mediante o pagamento de vinte prestações”, *Rev. Dir.* — Vol. 44, p. 312, “laudêmio deve ser cobrado sobre o preço da alienação acordada entre o fofreiro e o adquirente nos termos do artigo 686 do Código Civil e não na forma do Direito Executivo de 16 de novembro de 1946, que exorbitou ao declarar que o laudêmio deveria ser cobrado sobre o valor do domínio pleno e benfeitorias nas transmissões onerosas” (Agravo de Petição decidido pela 5.^a Câmara — in “Diário da Justiça” de 3-9-1953); é descabida a exigência de laudêmio em cessão de promessa de venda; êste só é devido em alienação a título oneroso” (Apelação Cível n.º 19.683 julgada pela 3.^a Câmara Cível — in “Diário da Justiça” de 24-9-53).

“Cumpre considerar na enfiteuse o direito real e as relações obrigacionais que nascem do contrato respectivo. Quanto ao aspecto contratual da enfiteuse deve-se observar o que, em relação aos contratos em geral, estabelece a doutrina do direito transitório. De modo geral, afirmam os autores que os direitos pertencentes ao enfiteuta sobre o imóvel enfitêutico se submetem ao princípio dominante em matéria de efeitos dos direitos reais, o que quer dizer que, como regra, os efeitos jurídicos de tais direitos são regulados pela lei vigente ao tempo em que foram postos em execução” (ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO — *Direito Civil Brasileiro* — Vol. II, p. 342). Ora, se a enfiteuse é um direito amplo e extensíssimo — como se lê em LACERDA DE ALMEIDA (*Direito das Coisas* — pp. 414 e 413 da Edição de 1908); se é constituído tal direito, mediante uma escritura pública, na qual são discriminados os benefícios, que tocarão aos contratantes, bem como os seus deveres, não posso conceber que o poder judiciário, por provocação de qualquer deles e em flagrante desrespeito ao Código Civil e à Constituição, nulificadas as condições contratuais, possa extinguir uma enfiteuse, perfeitamente concluída e com as suas conseqüências jurídicas em vigor. Onde a autonomia da vontade nos contratos? Onde a obrigatoriedade das cláusulas, articuladas, sem qualquer daqueles vícios, que imprestabilizam as convenções e por êles aceitas?

Sempre aprendi que um contrato, no qual foram observadas as formalidades essenciais à sua plena validade, tem de ser integralmente cumprido, importante a violação de qualquer das suas cláusulas na responsabilidade inteira do violador; e, agora, o Pretório Excelso decidiu de maneira colistiva à Lei Magna e às disposições do Código Civil, em me cabendo invocar a opinião de CARLOS MAXIMILIANO: “Julga-se contra a letra da lei quando se deixa de aplicar um texto positivo; quando a sentença abandona a regra evidentemente apta a regra a hipótese em aprêço e invoca outra que não a disciplina, ou comete êrro flagrante, manifesto de interpretação; quando contraria a tese, o princípio, que a norma vigente exprime; ou faz invocação dessa apropriada ou insincera de postulado preempatório; enfim, quando se orienta por um preceito

inaplicável à espécie vertente, em vez do claramente adequado” (in “Comentários à Constituição Brasileira” — Vol. II p. 368 — n.º 443).

Se aceitarmos a concepção do contrato, como pensava CLOVIS BEVILAQUA — “é o acôrdo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (Cód. Civ. Com. IV, 240); se aprovarmos o conceito de CARVALHO DE MENDONÇA (M.J.) — “é o ato jurídico por excelência, em virtude do qual os homens constituem, regulam ou dissolvem um vínculo jurídico, criando apenas relações pessoais (Obrigações, n.º 53); como, pois, permitir que, sem o consentimento expresso dos contratantes, um juizado se arrogue o direito de fazer delir as condições, que, livremente, foram demarcadas por êles?

Entendo ser a jurisprudência uniforme das Câmaras Judiciárias um dos elementos dos triunfos dos advogados, por isso que é nela que êles erguem a sua argumentação; mas, repilo não sòmente a line interpretação das leis, da qual dimana a balbúrdia forense, senão também a imitação dos passos do Juiz MAGNAUD, que trouxe como resultado o aumento da criminalidade em Paris.

Há, positivamente, uma sensível diferença entre as funções legislativas e judiciárias, de modo que o magistrado não pode arvorar-se em legislador nas demandas que lhe forem distribuídas; e não é para ser desprezada a advertência de JEAN CRUETS “o Juiz não tem o direito de tornar-se oficiosamente em direitos da consciência jurídica da nação; cabe-lhe, sòmente, ser o servidor imparcial da utilidade social apreciada de modo objetivo”. Se reprovo, formalmente, a lamentável situação dos causídicos e juizes, nas nações bolchevizadas, onde tudo tem de ser realizado conforme as instruções dos energúmenos, que ocupam o Ministério da Justiça, hei de discordar, a céu aberto, de certa corrente, para a qual os julgadores devem ser investidos de amplos poderes na aplicação das leis, o que acarretaria uma inocultável insegurança individual, quando a obediência constante às leis tem de ser o apanágio dos sentenciadores.

A sentença não pode refletir um capricho individual, nem tampouco ter como alicerces doutrinas ofensivas à legislação pátria; e advogados e aplicadores das leis exercem o mesmo apostolado, porque o que êles pretendem é, por ordinário, o império da lei sòbre a arbitrariedade, a fim de que não fiquem suplantados pela audácia, pela fraude, pela prepotência, os preceitos basilares do Direito, que se gravam na nossa mente acadêmica, em nos acompanhando a vida inteira.

Socorro-me da exortação de Santo Agostinho, exatamente no dia em que a Igreja Católica o festeja como uma das suas notáveis personagens: “embora os homens julguem das leis temporais, quando as instituem, contudo, uma vez firmadas, devemos julgar não delas, mas por elas”, e, não obstante o respeito em que me habituei a envolver a judicatura, não vacilo em divergir da sua orientação, no caso em aprêço, apesar da minha incompetência, atenuada pela sinceridade das minhas convicções.