

ENFITÊUSE — Sua história. Sua dogmática. Suas vicissitudes.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA

Professor Catedrático de Direito Civil

SUMÁRIO:

1. História e conceito
2. Direitos e deveres do enfiteuta
3. Direitos e deveres do senhorio
4. Extinção da enfiteuse
5. Terras públicas

Bibliografia: LAFAYETTE, Direito das Coisas, §§ 137 e segs.; LACERDA DE ALMEIDA, Direito das Coisas, vol. I, §§ 77 e segs.; EDUARDO ESPÍNOLA, Direitos Reais Limitados e Direitos Reais de Garantia, §§ 1º e segs.; CLÓVIS BEVILÁQUA, Direito das Coisas, vol. I, §§ 65 e segs.; MARTINHO GARCEZ, Direito das Coisas, §§ 197 e segs.; COELHO DA ROCHA, Instituições, vol. I, §§ 353 e segs.; CUNHA GONÇALVES, Tratado de Direito Civil, vol. IX, págs. 207 e segs.; DE PAGE, Traité, vol. VI, ns. 697 e segs.; PLANIOL et RIPERT, Traité Pratique, vol. III, ns. 1000, e segs.; NICOLA STOLFI, Diritto Civile, II, 2ª parte, ns. 728 e segs.; RUGGIERO e MAROI, Istituzioni, vol. I, § 122; WINDSCHEID, Pandette, Direitos Reais, § 218; ENECCERUS, KIPP y WOLF, Tratado, Derecho de Cosas, vol. II, § 104; PEPIN LE HALLEUR, Histoire de l'Emphythéose, edição de 1843; SERPA LOPES, A Enfiteuse, tése; F. ERCOLE, in Dizzionario di Diritto Privato di SCIALOJA, vº Enfiteusi; DERNBURG, Pandette, Direitos Reais,

§ 258; TEIXEIRA DE FREITAS, Consolidação, arts. 609 e segs., notas; PIETRO GERMANI, *in* Nuovo Digesto Italiano, vº Enfitèusi.

1 — *Conceito e História*: A enfiteuse é um direito real que tem sofrido diversas vicissitudes, enfrenta oposições várias e tende a desaparecer.

O nome é grego, mas a origem grega, da instituição, é discutida. CLÓVIS BEVLÁQUA invoca historiadores do direito para proclamar que nos documentos genuinamente helênicos não se depara a palavra *emphytheusis* acrescentando que a entrada do vocábulo na terminologia jurídica romana proveio da intermediação das províncias gregas. O fato etimológico é todavia testemunho da presença da instituição no direito grego, pois não teria cabimento referisse o Direito Romano a um chamado *ius emphyteutium*, usando tal designação no Código de Justiniano, sem que pre-existisse no direito helênico. NICOLA STOLFI alude não apenas à instituição enfitêutica, porém ao direito *emphyteuticon*, com êste mesmo nome, no direito da Grécia (N. STOLFI, *Diritto Civile*, nº 728). LUDOVIC BEAUCHET, autorizado historiador do direito ateniense, reportando-se ao Direito Romano, depõe da existência de instituição análoga no Direito Grego, caracterizada pelo refletir situação intermediária entre a venda e a locação, e conclui que a sua origem deveu provavelmente ser a mesma na Grécia e em Roma (LUDOVIC BEAUCHET, *Histoire du Droit Privé de la République Athénienne*, vol. III, p. 309). M. E. PEPIN LE HALLEUR, em obra dedicada especialmente à história desta instituição, no Direito Romano, assenta que a expressão *ius emphyteuticum* apareceu pela primeira vez com sentido nitidamente determinado numa célebre Constituição do Imperador ZENON, mas ressalva que a sua origem se não confunde com esta Constituição, a qual faz supôr que a enfiteuse já existia anteriormente e que a sua natureza era discutida (PEPIN LE HALLEUR, *Histoire de l'Emphythéose*, nº 1).

Rastrêa-se, em verdade, a sua origem na concessão do *ager vectigalis*, como direito peculiar, com que se fundiu depois o *ius emphyteuticum*, formando um só instituto (DERNBURG,

Pandette, § 258). Admite-se que era conhecido no Império do Ocidente, e, segundo DE PAGE, apoiado em CORNIL, os primeiros contratos enfitêuticos datam do II século de nossa era (G. CORNIL, Droit Romain, p. 620; DE PAGE, Traité, vol. VI, n° 698). Mas as condições econômicas do Baixo Império propiciaram o seu desenvolvimento.

Quando se promoveu a codificação justinianéa, recebeu o instituto enfitêutico a sua unificação conceitual, reunindo-se o direito ao campo vectigal (*ius in fundo vectigali*) do Império do Ocidente, isto é, o uso das terras pertencentes ao Estado, aos Municípios ou aos *collegia*, dadas em locação perpétua (DIGESTO, Livro VI, Tit. III, fr. 1) e o *ius emphyteuticum* do Império do Oriente. WINDSCHEID sustenta-o, acrescentando que na sua elaboração ocidental (*ius in fundo vectigali*) não constituía um direito real, porém modalidade locatícia, que, devido à sua longa duração a princípio, tornada mais tarde em perpetuidade, recebeu do pretor a proteção de uma *actio in rem*; de onde a jurisprudência acabou por extrair o caráter real do direito (WINDSCHEID, loc. cit., § 218, nota 5). Segundo êste pandectista, a enfiteuse no Direito Romano constituía um arrendamento perpétuo realizado pelos municípios e *collegia* (corporações sacerdotais), investido o arrendatário, chamado depois enfitêuta, na posse do imóvel, com a faculdade de utilizar todos os seus frutos e produtos. Mais tarde ainda, os glosadores passaram a ver na enfiteuse o desdobramento do direito de propriedade, com a denominação de *domínio útil*, que ainda hoje subsiste apenas como reminiscência histórica, em contra-posição à nua propriedade do senhorio.

Do Direito Romano expandiu-se a instituição pelos diversos sistemas que a êste se filiaram ou dêle promanaram, muito embora em alguns códigos não sobreviva. Mas isto por motivos decorrentes de uma tendência moderna à sua eliminação.

No velho Direito Português, e desde os primeiros séculos da monarquia lusitana, segundo MELLO FREIRE e seu constante opositor LOBÃO, foi usado um tipo de negócio jurídico denominado emprazamento ou prazo de aforamento, que consistia na concessão de terras a quem se encarregava de seu cultivo, me-

diante o pagamento de renda anual. Aí se pode ver a enfiteuse do Direito Romano, porém deformada pela prestação de serviços por parte do concessionário, numa influência feudal inteiramente estranha à origem romana. Com tais conotações entrou o instituto no direito compilado (*Ordenações Affonsinas*, publicadas em 1446, Livro IV, Tit. 77 e segs.; *Ordenações Manuelinas*, Livro IV, Tit. 60 e segs.; *Ordenações Philippinas*, Livro IV, Tits. 36, 37, 38 96). E assim chegou até o século XVIII como um complexo de privilégios aristocráticos, devendo contudo assinalar-se que os prazos temporários eram muito mais freqüentes do que os perpétuos, por conveniência dos enfitêutas (CUNHA GONÇALVES, Tratado, vol. IX, 1ª parte, nº 1301). Sob o Marquês de Pombal começaram a ser restringidos os privilégios quase logrando recuperar as linhas romanas da instituição (LAFAYETTE, Direito das Coisas, § 138; COELHO DA ROCHA, Instituições, vol. II, nota X, ao § 533, pág. 703).

No Brasil vigorou sem as inconveniências e os abusos que a deformaram em Portugal, produzindo no século passado bons frutos e prestando bons serviços. Conheceu-se uma distinção, subsistente nas obras de LAFAYETTE e LACERDA DE ALMEIDA, entre o aforamento perpétuo ou *fateusim* e o outorgado em caráter temporário, a dizer vitalício ou “de vidas”, quando abrangia a duração de vida de pessoas que se sucediam, ordinariamente três (LACERDA DE ALMEIDA, Direito das Coisas, vol. I, § 81). Ainda neste século sua utilidade tem sido manifesta, proporcionando o aproveitamento de terras incultas, a urbanização de áreas próximas aos grandes centros, e, no que tem sido mais prestadio, a instalação de núcleos industriais ou “cidades industriais”, em vários pontos do território pátrio.

Ao ser elaborado o Código Civil de 1916, recebeu tratamento que eliminou tôdas as interferências estranhas, escoimando a instituição do que não fôsse estritamente técnico.

Sem embargo disto, tem sofrido manifestações contrárias, especialmente em razão de conservar privilégios e benefícios como fonte enorme de vantagens a título de sua transferência *inter-vivos* (cobrança de *laudêmio*, como adiante se verá). Duas especialmente merecem salientadas.

Uma primeira em 1950, quando se cogitou de sua supressão total. O Govêrno ventilou a questão, encarregando a uma Comissão de juristas o seu estudo (OROZIMBO NONATÔ, FILADELFO AZEVEDO, SABOIA DE MEDEIROS, AGRIPINÔ VEADO, HAHNEMANN GUIMARÃES). Elaborado o Projeto pela Comissão, e apresentado na Câmara dos Deputados por HERMES LIMA, a Comissão de Constituição e Justiça acoimou-o de inconstitucional, e a Comissão de Finanças o deu como constitucional, mas contrário ao interêsse social e à Fazenda Nacional. A opinião pública manifestou-se a respeito, debatendo a matéria pela imprensa (COLÔMBO DE SOUSA, no "Jornal do Comércio") ou em estudo monográfico (SERPA LOPES, "A Enfiteuse") como tese de concurso. (Sôbre esta fase da vida da instituição no Brasil, inclusive para conhecimento do texto integral do Projeto de extinção, ver EDUARDO ESPÍNOLA, *Direitos Reais*, nº 43). Mobilizaram-se ainda as instituições profissionais (Instituto dos Advogados de Minas Gerais), bem como as pessoas e entidades interessadas. O Projeto transitou pelo Congresso em ritmo lento, não encontrou receptividade maior e o Govêrno, mesmo, que o movimentara, desinteressou-se, e acabou por se frustrar a tentativa de supressão total.

Uma segunda vez a enfiteuse estêve na ordem do dia da polêmica, esta ligada à elaboração do Projeto de Código Civil de 1965. Reunida a Comissão (OROZIMBO NONATO, ORLANDÔ GOMES, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA), a esta vieram ter as contribuições de entidades e pessoas interessadas, com exposições, pareceres de jurisconsultos e arrazoados, — todos na linha defensiva da instituição tradicional. A Comissão, adotando uma posição intermédia, fêz consignar no Projeto a "proibição de novos aforamentos" (Projeto, art. 503), e limitações aos aforamentos existentes, tais como a interdição de cobrar laudêmio sôbre o valor das construções e plantações e de constituir subenfiteuse (art. 504). Apresentado o Projeto ao Govêrno e por êste encaminhado ao Congresso Nacional, logo em seguida eclodiu movimento de opinião dirigido pela Sociedade de Defesa da Família, Tradição e Propriedade, que lhe assestou os seus ataques no plano do que chamou "defesa da família e

luta contra o divórcio”, mas a que não foi estranha, se bem que não ostensiva, a meta de conservação dos contratos enfiteuticos nos quadros atuais. Vitoriosa a campanha, o Projeto foi retirado do Congresso.

No Direito Francês, a enfiteuse vem sofrendo combate desde a era revolucionária, com a abolição da perpetuidade nas Leis de 9 Messidor do Ano III e II Brumário do Ano VIII. O Código Napoleão não a contemplou, o que levou a ser considerada como direito pessoal e não real (AUBRY et RAU, Cours, II, § 224-bis; GUILLOUARD, Louage, vol. I, nº 10). Mas a jurisprudência opôs-se a esta concepção, conservando-lhe todos os antigos caracteres (PLANIOL et RIPERT, Traité Pratique, vol. III, nº 1.000).

No Direito Alemão, conhecido anteriormente ao BGB de 1896, neste não encontrou abrigo, como, aliás, a maioria das formas hereditárias e feudais do direito germânico (ENECCERUS, KIPP, WOLF, Tratado, Derecho de Cosas, vol. II, § 104, XIII).

Conceito: Assim, passamos ao estudo dêste instituto, em face do direito positivo.

O conceito de enfiteuse vem muito bem assentado pelos nossos mais conspícuos civilistas (LAFAYETTE, TEIXEIRA DE FREITAS, LACERDA DE ALMEIDA, MELQUÍADES PICANÇO, ALMÁQUIO DINIZ, CLÓVIS BEVILÁQUA, EDUARDO ESPÍNOLA, SERPA LOPES), aos quais nos reportamos, sem contudo repeti-los: *é um direito real e perpétuo de possuir, usar e gozar de coisa alheia e de empregá-la na sua destinação natural sem lhe destruir a substância, mediante o pagamento de um fôro anual invariável.*

Diversamente de outros direitos reais, que são parciais, e fragmentários (LACERDA DE ALMEIDA), a enfiteuse revela total amplitude, que retira ao proprietário quase tôdas as faculdades inherentes ao domínio, deixando-lhe sòmente alguns resquícios externos (ENDEMANN, ARNDTZ, LAFAYETTE, LACERDA DE ALMEIDA). Não é sem razão que êste contraste repona das designações com que a sinonímia jurídica identifica o complexo dos direitos enfiteuticos como “domínio útil”, ao mesmo passo que chama de “nua propriedade” o que resta ao senhorio.

Constitui-se por testamento ou por contrato (mais frequentemente por contrato), observadas as exigências formais relativas a um ou a outro, com a liberdade de estipularem os interessados o que lhes pareça conveniente, uma vez respeitadas as exigências legais, e guardados os seus pressupostos básicos, sem o que o ato se desvirtua, passando a configuração diversa típica ou atípica, conforme assuma ou não as características individualmente de outra entidade jurídica.

Mas, qualquer que seja a forma adotada, há de se transcrever no registro de imóveis, sem o que não se constitui como direito real.

Pelo fato de outorgar a enfiteuse a posse, uso e gôzo do imóvel aforado, e de compôr um complexo jurídico transmissível por sucessão hereditária ou transferível por ato entre vivos (embora a alienação subordinada a requisitos adiante examinados), o aforamento atribui ao beneficiário situação jurídica análoga à propriedade e em detrimento do dono do imóvel.

Da definição acima apresentada resulta a sua *perpetuidade* como elementar de caracterização, sem a qual não passa de um arrendamento, e como tal se rege (Cód. Civil, art. 679). Não cabe, em nosso direito, ajustar-se por prazo certo, ainda que longo, ou por vida ou vidas, como o direito anterior admitia (*Alvará* de 3 de novembro de 1759), ou como o Direito Francês estatui, impondo necessariamente a temporariedade (PLANIOL et RIPERT, n^o 1.001). Sem embargo da perpetuidade, admite-se o seu resgate, como se verá entre os direitos do enfiteuta (n^o 2, *infra*).

Além de perpétuo, o aforamento é *indivisível* em benefício do senhorio direto, no sentido de que o vínculo enfiteutico não se fraciona na hipótese da passagem a diversos foreiros, seja por efeito de transmissão hereditária, seja por qualquer outra causa. Em casos tais, os consortes deverão eleger um *cabecel* que os represente perante o senhorio, e na omissão dêles devolve-se a êste a faculdade de escolher um dentre os conforeiros. O *cabecel*, eleito ou nomeado com observância das prescrições processuais (Cód. do Processo Civil, art. 411 e segs.)

tem a legitimação ativa e passiva para tôdas as relações ou questões (Cód. Civil, art. 690), cabendo-lhe, ainda, ação regressiva contra os demais foreiros, na proporção das respectivas quotas partes. A indivisibilidade não é, todavia, um atributo da enfiteuse, o que MELLO FREIRE enunciava nesta sentença: *Emphiteusis non natura sua, sed iure, individua est* (MELLO FREIRE, *Institutiones Iuris Civilis Lusitani*, Livro III, Tit. XI). Considera-se um direito do nú proprietário. Se êste anuir, renunciando ao benefício, cindir-se-á a relação enfitêutica em tantas, quantos os interessados, formando cada gleba um prazo distinto (art. 690, § 2º do Cód. Civil).

O aforamento sòmente pode incidir sôbre terrenos incultos ou abandonados, a cuja utilização se destina; ou terrenos não edificados, mas destinados à construção, como um estímulo econômico a que se promova. Sòmente pode constituir enfiteuse o proprietário do imóvel — pessoa física ou jurídica — e, como modalidade de alienação, pressupõe a livre disposição dos bens, e exige outorga do outro cônjuge (LAFAYETTE, § 142).

Cumpre, todavia, não confundir, como salienta LAFAYETTE, a enfiteuse e o imóvel sôbre que incide: a primeira é um direito real incorpóreo, tendo como objeto coisa alheia (*ius in re aliena*) e se distingue do bem ou coisa corpórea a que adere (LAFAYETTE, § 139). Tal distinção ajuda a compreender, como no desenvolvimento do assunto se verá, a estrutura do instituto, e principalmente o fenômeno da alienação, por parte do senhorio como por parte do foreiro.

2 — DIREITOS E DEVERES DO ENFITEUTA

Originariamente a enfiteuse era modalidade particular de locação, e sòmente depois foi que se converteu em direito real e perpétuo. No desenvolvimento dos direitos e deveres do enfiteuta, atende-se a estas circunstâncias, salientando-se a presença de direitos e deveres que lembram os do locatário, e outros que se convizinham do domínio. No seu conjunto, bem denotam a situação peculiar de refletirem o *domínio útil*, ou seja a sua feição dinâmica, sem negar a propriedade nua do senhorio, a qual não é tão nua assim:

a) O foreiro ou enfiteuta tem a posse direta do imóvel aforado, do que lhe resulta a faculdade de aproveitá-lo segundo o seu interesse e nos limites legais, perceber os seus frutos e rendimentos, e usá-lo sem lhe destruir a substância. Esta última cláusula envolve a proibição de dividi-lo sem autorização do proprietário (Cód. Civil, art. 681). A sua condição jurídica, assemelhada à propriedade, lhe franqueia, conforme deduz DE PAGE, aproveitar-se da acessão, alugar o imóvel, mudar-lhe a destinação desde que lhe não diminua o valor, exercer o direito de caça e pesca, plantar e construir (DE PAGE, *Traité*, vol. VI, nº 703).

b) Pode o foreiro alienar o seu direito onerosa ou gratuitamente, sob condição de prévia comunicação ao senhorio (Cód. Civil, art. 683), para que exerça este o seu direito de *opção* ou à percepção do *laudêmio*, conforme se verá ao tratarmos dos direitos e deveres do senhorio.

c) Tem o enfiteuta direito à aquisição da substância do imóvel (nua propriedade), no caso do senhorio direto pretender aliená-lo onerosamente. Nesta hipótese, fará notificá-lo para que, no prazo de trinta (30) dias a exerça, tanto por tanto. Com tal providência, arma-se o enfiteuta de uma condição jurídica simétrica à do senhorio, abolindo-se a subordinação daquele a este (CLÓVIS BEVILÁQUA), tão do gosto dos privilégios regalengos e feudais do direito anterior.

d) Os bens enfiteuticos transmitem-se *causa mortis* aos herdeiros do foreiro, segundo a ordem de vocação hereditária, mas não podem ser divididos sem consentimento do senhorio (Cód. Civil, art. 681). É proibida a sucessão de estrangeiro (Decreto-lei 3.438, de 17 de julho de 1941, art. 18, § 2º).

e) O Foreiro pode instituir subenfiteuse, como negócio jurídico autônomo, regulando-se pelo que no respectivo título se dispuser, e sem interferência nas relações entre o enfiteuta e o senhorio, as quais se desenvolvem regularmente. Na subenfiteuse, o foreiro assume a condição de senhorio, independentemente de notificação ao titular da nua propriedade, salvo se

no ato constitutivo originário tal providência vier expressa, pois que não assiste ao senhorio direito de opção (CLÓVIS BEVILÁQUA), nem percebe um laudêmio especial a êsse título. O Projeto de Cód. Civil, como acima visto, proíbe a subenfiteuse, na linha de restrições tendentes à sua abolição.

f) Pode o enfiteuta gravar a coisa aforada de servidões, usufrutos e hipotecas, subordinados sempre à condição de se extinguirem com a cessação do aforamento (LAFAYETTE, § 147), independentemente de cláusula expressa, e qualquer que seja a causa extintiva.

g) Tem o enfiteuta direito ao *resgate* do fôro, após decorridos 20 (vinte) anos, mediante o pagamento de importância correspondente a vinte (20) pensões ânuas (Cód. Civil, art. 693, na redação que lhe deu a Lei nº 2.437, de 7 de março de 1955, reduzindo de 30 para 20, tanto o prazo decorrido quanto o número de fôros anuais), extinguindo-se desta sorte o aforamento e consolidando-se no enfiteuta a plenitude da propriedade (V. nº 4, infra).

h) O foreiro está sujeito ao pagamento anual da importância fixada no documento constitutivo do aforamento, a título de *pensão* ou *fôro*, sob pena de incidir em comisso, que se pode ajustar se processe automaticamente. Extinta a enfiteuse sob tal fundamento (V. nº 4, infra), cabe ao foreiro o ressarcimento das benfeitorias que aderem ao terreno (plantações e construções). Na falta de estipulação diversa, deve ser pago o fôro no domicílio do senhorio, e ao fim de cada ano contratual, salvo quando consista em frutos, que serão devidos, de ordinário, ao tempo das colheitas (LACERDA DE ALMEIDA, ob. cit., § 89).

i) Responde ainda o enfiteuta pelo pagamento dos *tributos e ônus reais* que gravam o imóvel, sob cominação idêntica (Cód. Civil, art. 682).

j) Cabe ao enfiteuta o direito de *renunciar* ao aforamento, fazendo inscrever no registro imobiliário o seu ato abdicativo que é unilateral, e independente de anuência do senhorio direto. Mas não lhe assiste a faculdade de remissão do fôro por esteri-

lidade ou destruição do prédio, nem pela perda total ou parcial dos frutos (Cód. Civil, art. 687). O abandono aqui assentado na linha dos direitos do foreiro não terá lugar em prejuízo dos credores, os quais poderão embargá-lo, prestando fiança pelas prestações futuras e até a liquidação de suas dívidas (Cód. Civil, art. 691).

3 — DIREITOS E DEVERES DO SENHORIO DIRETO

O senhorio direto conserva, com a substância da coisa, direitos e faculdades que são a contra-partida dos deveres do enfiteuta, e em relação a êste está sujeito à observância de deveres correlatos aos respectivos direitos. Uma boa e sistemática exposição não pode dispensar a sua referência por menor, com a dedução das conseqüências:

a) Tem o senhorio o direito às *pensões* anuais estipuladas no ato constitutivo, e invariáveis não obstante a valorização futura da coisa ou o aumento da rentabilidade decorrente de sua exploração. São duas ordens de direitos totalmente distintos, — a percepção do fôro e a exploração do imóvel. Pela mesma razão, não se pode aliviar o enfiteuta do pagamento do fôro, ou postular a redução dêste, sob fundamento de malôgro das colheitas, perda ou deterioração dos frutos, ou qualquer outra causa determinante da diminuição dos benefícios auferidos do domínio útil (CLÓVIS BEVILÁQUA). Se êle baixar ao ponto de não convir o aforamento, o enfiteuta poderá abdicar do seu direito, conforme visto em o parágrafo anterior (nº 2, supra).

b) A lei reconhece ao senhorio a *opção*, em igualdade de preço, no caso de pretender o enfiteuta alienar o domínio útil. O fundamento desta faculdade (outrora denominada direito *protimeseos*) está, segundo os autores, na conveniência social de consolidação da propriedade num só titular (CLÓVIS BEVILÁQUA). O exercício dêsse direito obedece a um certo mecanismo: o foreiro notifica o senhorio para que exerça o seu direito de prelação no prazo de 30 (trinta) dias, declarando-o

por escrito datado e assinado (Cód. Civil, art. 683). Em o fazendo, adquire o direito. Abdicando por expresse da opção, ou deixando que se escôe *in albis* o prazo assinado, ao foreiro fica a liberdade de alienar.

A opção tem cabida nos casos de venda ou dação em pagamento. Não na tem se o foreiro pretende permutar a coisa por outra não fungível, bem como na hipótese de alienação gratuita (doação ou dote).

Alienando o domínio útil sem notificar o senhorio direto para que exerça a opção, poderá êste promover a consolidação da propriedade, depositando o preço, a símile do que se procede com o exercício do direito preferencial do condômino no caso de um consorte alienar a estranho a sua parte na coisa comum sem lhe reconhecer o direito de preferência (Cód. Civil, art. 1.139). A solução que já vinha expressa no Cód. Português de 1867, é preconizada por CLÓVIS BEVILÁQUA no silêncio do nosso a respeito.

c) Como compensação pelo não exercício da opção, que lhe compete, cabe ao senhorio a percepção de um *laudêmio*, que a lei fixa em dois e meio por cento sôbre o preço da alienação, se outro não estiver determinado no título de aforamento (Cód. Civil, art. 686). Quando da elaboração do Projeto do Código Civil de 1965, a Comissão (OROZIMBO NÔNATO, ORLANDO GOMES e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA) fêz consignar que o percentual incidiria sôbre o valor do terreno, uma vez que o nôvo texto proíbe cobrar laudêmio ou prestação análoga, sôbre o valor das construções ou plantações (Projeto, art. 504, nº I). Procurou atender, desta sorte, a um imperativo de justiça, contra o qual milita a tradição invocada pelos senhorios que exploram o benefício da valorização trazida às benfeitorias realizadas pelo enfiteuta e a êle pertencentes. Os bons juristas consideram não equânime venha a receber quota percentual a título de compensação pelo fato de transferir o enfiteuta a um terceiro aquilo que fôra por êle próprio realizado. Demais disso, a percepção de laudêmio calculado sôbre as benfeitorias do foreiro implica em oneração do domínio útil, e, por isto, é anti-social.

A luta contra o laudêmio é antiga. Já o Código Civil Português de 1867 estabelecia no art. 1.693 a sua conservação "nos empraçamentos de pretérito" (CUNHA GONÇALVES, Tratado, vol. cit., nº 1.308). O novo Código Civil Português, de 1966, mas entrado em vigor em 1967, voltando ao assunto, converte os laudêmios relativos aos empraçamentos anteriores a 22 de março de 1868 em uma prestação anual em dinheiro correspondente à vigésima parte de seu valor à data da entrada em vigor do Código, a qual se integrará no fôro, para todos os efeitos legais. Também no direito Italiano estatui o Código de 1942 que nenhuma prestação é devida pela alienação do direito do enfiteuta (art. 965).

Vê-se bem que o Projeto de Código Brasileiro, tal como foi enviado ao Congresso Nacional (embora retirado pelo mesmo Governo que o encaminhou) está na linha racional, moderna e justa. Sem chegar, como êsses outros, ao ponto de o suprimir de todo, estabeleceu para o laudêmio uma limitação que mantenha o direito do senhorio em têrmos compatíveis com a transferência do terreno, ao mesmo passo que libera o foreiro do laudêmio incidente sôbre a benfeitoria que pertence ao mesmo foreiro.

d) Penhorado o domínio útil por dívida do enfiteuta, deve ser citado o senhorio para assistir à praça e exercer (querendo) o direito de preferência no caso de arrematação ou adjudicação (E. ESPÍNOLA, ob. cit., nº 27).

4 — EXTINÇÃO DA ENFITEUSE

Como tóda relação jurídica, a enfiteuse expõe-se ao perecimento ou extinção em decorrência de variadas causas:

a) Pelo *perecimento* do objeto: se o imóvel fôr destruído totalmente desaparece a enfiteuse, seguindo a sorte de todo direito que cessa, por falta de objeto.

b) Em caso de *desapropriação* do imóvel a relação jurídica do aforamento cessa. Contra o ato expropriatório não tem voz o enfiteuta, nem tem opção o senhorio. O problema é a

indenização, que deve atender a que se o foreiro tem o domínio útil, o senhorio é titular da substância da propriedade que lhe assegura a pensão, perpétuamente, mas cujo fluxo é cortado pelo ato administrativo. Não nos parece haja lugar o laudêmio, pois que se não trata de uma alienação promovida pelo foreiro, porém coactivamente a êle também imposta. É certo que eminente publicista sustenta o direito de opção com o argumento de ser o senhorio despojado de sua parcela de direito tal qual se dá na venda (SEABRA FAGUNDES, *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, nº 523). Assim também decidiu o Supremo Tribunal Federal (Repertório de Jurisprudência do Código Civil, de J. G. R. ALCKMIN, vol. II, ns. 1.557 e segs.). Não obstante tão respeitáveis pronunciamentos, não nos convencemos da legitimidade do laudêmio, parecendo-nos, antes, haja que avaliar a propriedade como plena, atribuindo ao senhorio a parte correspondente ao seu direito à substância da coisa. Sòmente admitiríamos o laudêmio, neste caso, se incidisse, como estabelece o Projeto, sòbre o valor do terreno, e não sòbre as construções e plantações.

c) Também poderá cessar a enfiteuse por usucapião do imóvel aforado, hipótese pouco provável mas possível, em que aos requisitos da aquisição pela posse prolongada se aliasse a dupla inércia do foreiro e do senhorio.

Não há, porém, cogitar de usucapião dêste ou daquele, porque: 1. o enfiteuta não tem condições de usucapir contra o senhorio, de vez que a sua posse é um efeito da própria relação jurídica que por si mesma exclui a *posse cum animo domini*"; 2. da parte do senhorio direto não haverá usucapião porque já êle é titular da propriedade nua, com cessão do domínio útil ao foreiro em caráter perpétuo, insito na declaração de vontade constitutiva da enfiteuse, afastando a idéia de aquisição pela posse direta e prolongada, contra os têrmos do título.

d) Pode o enfiteuta *renunciar* ao seu direito, seja por lhe não mais convir a exploração da coisa, seja por qualquer outro motivo. Em qualquer caso há de ser *expressa*, não prevalecendo a renúncia tácita ainda quando as circunstâncias façam

presumir a sua inequívocidade, e tanto mais que para prevalecer terá de ser levada ao Registro de Imóveis. Por sua própria natureza é ato *unilateral* independentemente de anuência do senhorio para que produza os seus efeitos.

Aos credores, todavia, é lícito oporem-se ao abandono, oferecendo garantia fidejussória do pagamento das prestações futuras, e até que sejam pagos (Cód. Civil, art. 691). Com tal providência a lei os resguarda de um possível conlúio do senhorio e enfiteuta em seu detrimento.

e) Vindo o prédio a deteriorar-se a ponto de não valer o capital correspondente ao fôro e mais um quinto dêste, extingue-se a enfiteuse (Cód. Civil, art. 692, nº I), mas o foreiro responde por perdas e danos se tal se der por culpa sua.

f) Sendo dever precípua do enfiteuta pagar o fôro anual, cai em *comisso* se deixar de o fazer por três anos consecutivos. Em se tratando de penalidade séria porque importa em extinção do domínio útil, há de ser pronunciada por sentença judicial. E ao foreiro assegura-se a indenização das benfeitorias necessárias.

g) Cessa, ainda, a enfiteuse pelo *falecimento* do enfiteuta, sem deixar herdeiros, salvo aos credores a continuação com o aforamento até liquidação dos débitos do *de cujus*. Altera-se, desta sorte, a regra da devolução da herança, que vai ter ao Estado, em falta de herdeiros. O legislador preferiu, contudo, a consolidação do domínio na pessoa do nú proprietário, a manter a propriedade dicotomizada, o que é tanto mais inconveniente que o Poder Público não seria bom administrador do imóvel aforado.

h) Em caso de *venda ou dação em pagamento* do domínio útil, ao senhorio compete opção para adquirir; e, realizada esta, consolida-se na sua pessoa a plenitude da propriedade. Igual consolidação e com o mesmo efeito dá-se em sentido reverso, se a prelação vier a ser exercida pelo enfiteuta, em face da alienação onerosa da nua propriedade.

i) Na hipótese de *confusão*, quando na mesma pessoa se reunem as duas situações jurídicas de enfiteuta e senhorio, por ato *inter-vivos* ou sucessão *causa-mortis*, ocorre a extinção da relação enfiteutica (LAFAYETTE, ob. cit., § 156; RUGGIERO e MAROI, Istituzioni, I, § 122; CUNHA GONÇALVES, Tratado, IX, tomo 1º, nº 1312).

j) Finalmente, pode ocorrer o *resgate*, depois de decorridos 20 (vinte) anos de vigência da enfiteuse, mediante o pagamento ao senhorio de importância correspondente a vinte pessoas ânuas (Cód. Civil de 1916 mencionava trinta, mas a Lei 2.437, de 7 de março de 1955 emendou para vinte, dando nova redação ao art. 693).

Dúvida se levantou quanto à extensão do poder de resgate aos aforamentos constituídos anteriormente ao Cód. Civil, tendo em vista o fato de se haverem celebrado na vigência de uma legislação que o não comportava, mas, por outro lado, atendendo a que o Código o generalizava na referência a “todos os aforamentos” (Art. 693). A matéria, muito debatida, mereceu a atenção de quantos civilistas cogitaram do problema. Sustentando a *inaplicabilidade* vem em primeiro plano EPITÁCIO PESSOA em trabalho exaustivo, segundo o duplo testemunho de PAULO MADRUGA (Terrenos de Marinha, pág. 369) e CLÓVIS BEVILÁQUA, em Comentário ao art. 693. No mesmo sentido PAULO LACERDA em (Manual Lacerda, vol. I, Introdução, pág. III, nota 35), como SÁ FREIRE (Emphyteuse — Estudo do art. 693 do Cód. Civil, III, pág. 239). OROZIMBO NONATO, no julgamento do recurso extraordinário nº 7.560 de Pernambuco mostrou à sociedade a doutrina dominante neste sentido, citando, além dos já mencionados, GONDIN FILHO, BENTO DE FARIA, HAHNEMANN GUIMARÃES, FILADELFO AZEVEDO, AGRIPINO VEADO e SABÓIA DE MEDEIROS. A todos êsses acrescentamos, ainda, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, Curso de Direito Civil, Direito das Coisas, pág. 246.

Em divergência, por defenderem a *aplicação imediata* do Código Civil aos aforamentos pretéritos, abriu os debates JOÃO LUIZ ALVES (O Resgate do Fôro Enfiteutico, in Revista de

Direito, vol. 47, pág. 484) argumentando com a conveniência social e econômica da integração do domínio útil e domínio eminente. Sustentaram a mesma tese ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO (Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. II, 343 e nota "i") com fundamento na doutrina de ROUBIER do efeito imediato da lei e de GABBA de se reconhecer à lei a faculdade de regular de novo as enfiteuses perpétuas. Reportando-se a êstes últimos autores, e depois de mostrar que ambas as correntes invocam a doutrina de GABBA, defende OROZIMBO NONATO a aplicação do Código às enfiteuses constituídas antes de sua vigência, fundado em que as leis abolitivas têm inevitável projeção retrooperante.

A jurisprudência haveria de refletir esta vacilação. Mas o Supremo Tribunal Federal acabou por se fixar na doutrina da inaplicabilidade, inscrevendo-a na "Súmula" (Súmula da Jurisprudência Predominante no Supremo Tribunal Federal, nº 170).

Não obstante ser hoje jurisprudência assente, e defendida por tão opinados autores, inclinamo-nos pela extensão do direito de resgate aos contratos concluídos antes da vigência do Código, tendo em vista o propósito que anima o legislador moderno, assim pátrio quanto estrangeiro, de extinguir privilégios que marcavam a vida jurídica no passado. Se a lei encontrasse obstáculo no direito adquirido (GABBA) ou na situação jurídica constituída (ROUBIER), jamais se extinguiriam aquêles institutos que o legislador considera nocivos ao interêsse social e contrários ao progresso do País, como a escravidão, a cátedra vitalícia e, no particular da enfiteuse, a cobrança do laudêmio, a irresgatabilidade do fôro.

No direito italiano o resgate (*affrancazione*) pode sempre ser exercido ainda quanto às enfiteuses constituídas antes do Código que o instituiu (PIETRO GERMANI, *in* Nuovo Digesto Italiano, vº "*Enfiteusi*"), e independentemente de estipulação (Código de 1942, art. 971).

Sendo o resgate uma faculdade do enfiteuta, pode êste deixar de usá-la, e continuar pagando o fôro por tempo maior

de vinte anos. O que se lhe veda, entretanto, é renunciar a êste poder ou contrariar disposição imperativa legal (Cód. Civil, art. 693), que foi erigida em princípio de ordem pública, e por isto mesmo insuscetível de derrogação convencional.

TERRAS PÚBLICAS

O regime jurídico de utilização dos bens imóveis da União obedece ao esquema traçado no Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, mediante aluguel, aforamento ou cessão.

No tocante à enfiteuse, poderá dar-se quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo no solo e a de manter-se o vínculo da propriedade pública (art. 64, § 2º), dependendo sempre de autorização do Presidente da República, salvo se já permitida em expressa disposição legal, e reconhecido o direito preferencial segundo a escala do art. 105.

A aplicação do regime de aforamento compete ao Serviço do Patrimônio da União (S.P.U.), sujeita, porém, a prévia da audiência:

a) dos Ministérios do Exército, Marinha ou Aeronáutica, em obediência a razões de segurança, e em função da localização do imóvel;

b) do Ministério da Agricultura, quanto aos terrenos suscetíveis de aproveitamento agrícola ou pastoril;

c) do Ministério da Viação e Obras Públicas quando se tratar de terrenos situados na proximidade de obras portuárias, ferroviárias, rodoviárias, de saneamento ou de irrigação;

d) das Prefeituras Municipais, quando se tratar de terreno situado em zona que esteja sendo urbanizada.

Particularmente merecedora de atenção consiste em admitir-se como objeto de aforamento terreno beneficiado com construção constituída de unidades autônomas ou para tal fim comprovadamente destinado, caso em que incidirá nas partes ideais correspondentes às mesmas unidades (art. 99, parágrafo único).

Na enfiteuse de terrenos da União, o fôro é fixado em 0,6% (seis décimos por cento) do valor do domínio pleno, e o não pagamento por três anos consecutivos importará na sua caducidade (art. 101).

Não há obstáculo à transmissão *mortis causa*, mas a transferência entre vivos do domínio útil depende de prévia autorização do S.P.U., sob pena de nulidade de pleno direito. Na transmissão onerosa, a União tem a opção para adquirir, a ser manifestada no prazo de sessenta dias contados da apresentação do pedido de licença para transferência; e, não a exercendo, cobrará laudêmio de 5% do valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias (art. 102).

A transferência por ato entre vivos far-se-á sempre por escritura pública ou ato judicial competente, de que deverá constar, necessariamente a transcrição do alvará de licença expedido pelo S.P.U. (art. 117).

A enfiteuse de bens da União se extingue (art. 103):

a) por *inadimplemento* de cláusula contratual, facultado ao foreiro revigorar o aforamento mediante cláusulas especiais, se consistir na falta de pagamento do fôro por três anos consecutivos. A revigoração poderá ser negada se a União necessitar do terreno;

b) por *acôrdo* entre as partes, segundo seus termos;

c) a critério do Governo, pela *remissão*, mediante a importância de vinte foros e um e meio laudêmio, calculado este sobre o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias, sujeita entretanto à redução de 20%, 15%, 10% e 5%, se requerida respectivamente no primeiro, segundo, terceiro ou quarto semestre da data da notificação, uma vez que se efetui o pagamento no prazo de trinta dias da expedição da guia de recolhimento.

Efetuada o resgate, o órgão local do S.P.U. expedirá certidão para fins de averbação no Registro de Imóveis.

Em se tratando de terrenos do Estado ou Município, prevalecerá o disposto na respectiva legislação, respeitadas as normas essenciais da lei federal.