



Apontamentos sobre o Instituto da Enfiteuse

I – Introdução: apontamentos preliminares;

II – Definição e origem;

III – Características;

IV – Regulamentação no Direito Brasileiro;

V – Enfiteuse *versus* Superfície;

VI – Principais questionamentos

I – Introdução: Apontamentos preliminares

- Não queremos adentrar nas controvérsias se tal instituto fora injustamente retirado do Código Civil de 2002 ou vantajosamente substituído pelo instituto da superfície;
- Unindo-nos a Vieira Ferreira, não reconhecemos como legítima a “pecha” em se tratar o instituto da Enfitese como algo “medieval”, associando-a a uma ideia obscura, ultrapassada e desnecessária de ser estudada. Vale ressaltar que tal comportamento, cheio de preconceitos, mas infelizmente presente até mesmo em alguns ditos pensadores pós-modernos, evidenciam que neste mundo pós Kant, Gramsci e outros, inclusive os clássicos oriundos da Escola de Frankfurt, através de uma crítica superficialista, ligeira, especialmente reforçada sobretudo pelas ideias iluministas, procura etiquetar os quase mil anos de Idade Média como uma única coisa: trevas.
- Ocorreram poucos períodos sombrios e sofridos da história medieval, mas maiores foram os períodos apoteóticos, basta pensarmos os séculos entre X e XIII, o auge da Idade Média, com a criação da universidade (como as de Bolonha, Paris e Oxford), as construções de grandes catedrais e abadias românicas e góticas, as obras filosóficas e teológicas de São Boaventura, Santo Alberto Magno, Pedro Abelardo, e a inextinguível obra de Santo Tomás de Aquino, especialmente a Suma de Teologia.





Enfiteuse é medieval ...

Aos que procuram pejorar a enfiteuse como medieval e justificam sua exclusão do ordenamento com essa vazia afirmação, lembra Vieira Ferreira:

- a **compra e venda**, então, deve ser pejorada, porque é medieval;
- a **locação** deve ser abandonada, porque é medieval;
- o **comodato, o depósito**; que já existiam, e mais, desde a idade antiga, devem ser jogados fora.

Ora, tudo o que foi apresentando até aqui se justifica, simplesmente, como uma motivação, um convite a adentrarmos nos estudos deste instituto, sem nenhum preconceito, afinal, queiramos ou não, a Enfiteuse ESTÁ PRESENTE, E EM PLENO VIGOR, no ordenamento jurídico brasileiro, pois:

Qual a razão de estudar a Enfiteuse? Porque é um instituto em vigor, ainda que extinto.



© CanStockPhoto.com

- 1 – ainda que o ‘caput’ do art. 2.038 do Código Civil de 2002 tenha proibido a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, as já constituídas continuam a existir, ainda que subordinadas ao Regime Jurídico do Código Civil de 1916; Nesse sentido, o Código Civil de 1916 ainda vige;
- 2 – o mesmo dispositivo, no § 2 estabelece que “a enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial”; Tal entendimento acompanha o § 3, do art. 49, do Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), que dispõe: “A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima”. Assim, ainda que esteja proibida a criação de enfiteuses particulares, não estão proibidas, em todo, as públicas;
- 3 – o item 10 do inciso I do art. 167 da Lei brasileira 6.015 (Lei dos Registros Públicos), de 1973, prevê o registro *stricto sensu* da enfiteuse;
- Com efeito, conforme já reconhecido pelo STJ, "os terrenos de marinha são bens públicos que se destinam historicamente à **defesa territorial** e atualmente à **proteção do meio ambiente costeiro**, permitindo-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo" (Resp nº 1.201.256/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07/12/2010, DJe 22/02/2011).

Algumas das enfiteuses remanescentes

- a) existentes no Rio de Janeiro, cobradas pela prefeitura, pela Igreja Católica e por famílias de colonizadores. Pertencentes às famílias, identificamos:
 - a. no bairro de Botafogo: família Burle de Figueredo; família Regis de Oliveira; família Silva Porto; família Moçapyr ou Ely José Machado; família Koenig.
 - b. no bairro de São Cristóvão: família Orleans e Bragança.
- b) Diversas terras públicas da cidade de São Francisco do Sul/SC.
- c) A cidade de Petrópolis, que possui suas enfiteuses administrada pela Companhia Imobiliária de Petrópolis, sucessora da Velha Superintendência da Fazenda Imperial, entidade jurídica que mantém o controle rentista da propriedade fundiária sobre a qual a cidade originariamente se organizou. Essa companhia administra os privados interesses fundiários dos herdeiros de Pedro II. – Problemática de ausência de domínio público sobre as terras onde se localizam a cidade e o município.
- d) As diversas enfiteuses constituídas nas cidades de Barueri e Santana de Parnaíba, especialmente nos bairros de Alphaville e Tamboré.



Algumas das enfiteuses remanescentes

a) A Igreja Católica é proprietária de diversas enfiteuses no Brasil, especialmente em cidades históricas onde muitos imóveis foram construídos durante o período colonial. Algumas das mais conhecidas são:

I – As polêmicas enfiteuses do bispado de Ribeirão Preto;

II – As enfiteuses no centro histórico de Olinda, bem como as presentes em torno da Basílica Nossa Senhora do Carmo, em Recife; Nelas, atualmente, parece que a Prefeitura Municipal exerce o papel de “senhorio”. No entanto, a Igreja Católica possui propriedades e imóveis significativos nos quais constituiu subenfiteuses.

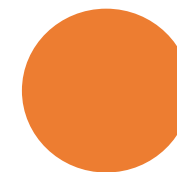
III – As enfiteuses em torno do Mosteiro de São Bento, em São Paulo.

IV – Os Jesuítas estão realizando um levantamento histórico, pois parece que as terras em torno do pátio do colégio também são enfiteuses que remontam ao período colonial.



II - Definição e origem da Enfiteuse

- A enfiteuse é também denominada de aforamento ou emprazamento. A origem do termo remonta à Grécia, *ενφύτευση*, ainda que tal origem grega do instituto seja discutida, e quer dizer “plantação”.
- Entretanto, não podemos deixar de adentrar a história real de uma dificuldade: a de **admitir-se a duplicação do direito de propriedade**, o que, refutado pelo direito romano antigo, só se viu reconhecido na Idade média – como veremos adiante.
- A enfiteuse é o mais amplo direito real sobre coisas alheias, pois consiste em um desdobramento da propriedade em domínio direto e domínio útil. Por esse desdobre, o titular dominial, chamado de senhorio, que até então era titular do domínio total da coisa, atribui a outrem (que se denomina enfiteuta ou foreiro), o *domínio útil*, isto é, todas as prerrogativas que constituem o conteúdo do domínio – uso, gozo e reivindicação da coisa, bem como a alienação de seus direitos a outrem, independentemente da concordância do senhorio – reservando a si o *domínio direto* ou eminente, que consiste no direito sobre a substância do imóvel, não embora sobre sua utilização.
- Em contrapartida, o enfiteuta tem a obrigação de pagar ao senhorio direto uma prestação anual, que se nomeia foro, cãnon ou pensão e o laudêmio.



Como Vigem as Enfiteuses?

- O vigente Código civil brasileiro proibiu a constituição de enfiteuses e subenfiteuses.
 - Subenfiteuses são “enfiteuses de enfiteuses”, é dizer, o desdobramento do domínio útil do imóvel, tal que o foreiro originário se trate ao modo de um senhorio direto.
- Todavia, considerando o fato da sobrevivência de enfiteuses constituídas ao tempo das normativas anteriores, esse Código civil prescreveu que, **até a extinção das enfiteuses antecedentes**, devam elas reger-se pelas disposições do Código civil de 1916 e as leis que o alteraram (cf. *caput* do art. 2.038).
- **Vedou-se**, no mais, a cobrança de “laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações” (inc. I do § 1º do mesmo art. 2.038), preservando-se, todavia, a regulação especial da enfiteuse de terrenos de marinha (§ 2º). Regulados pela Lei 9.740, de 05 de setembro de 1946.



Esboço Histórico:

- Não entraremos na controvérsia histórica acerca de ser mais remota a origem grega ou a romana da enfiteuse. Tomaremos, por brevidade de estudo, as referências de Serpa Lopes, no volume III de seu *Tratado dos registos públicos*, itens 495 e 496.
- Consideremos apenas, em razão de sua importância na formação do direito brasileiro, alguns traços do instituto no direito da Roma antiga. Não custa dizer, entretanto, o que Alvaro D'Ors ensinou: a palavra enfiteuse deriva do grego (plantação). Entretanto, em sua gênese, não há o sentido de arrendamento de largo prazo, que veio a adquirir através das fontes romanas.
- O Império Romano se expandia de modo que as terras submetidas a seu domínio militar e político (*ager publicus*) também. Tais terras assumiam designações diversas:
 - Se fossem distribuídas aos particulares – *ager adsignatus*;
 - Se fossem vendidas – *ager quaestorius*;
 - Se, por tolerância do Estado, pudessem ser ocupadas por particulares – *ager occupatorius*;
 - Se fossem arrendadas pelo Estado – *ager vectigalis*;
- Assim, *ager vectigalis*, eram as terras que o Estado Romano, por longo lapso de tempo (cêm anos) ou perpetuamente, arrendava a particulares, que se obrigavam a pagar um canon anual denominado vectigal;

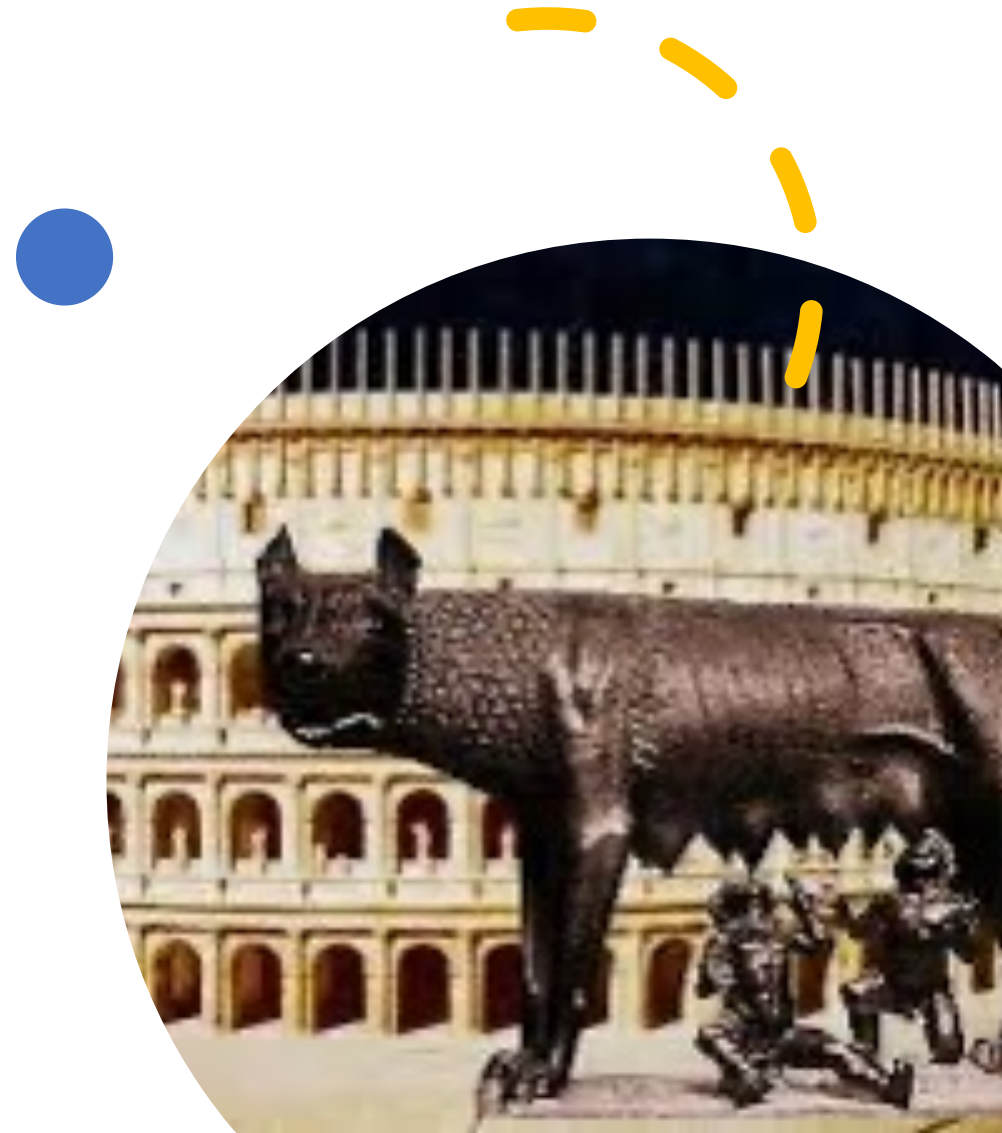
Os juriconsultos já discutiam a natureza jurídica desse instituto:

Uns diziam que se tratava de arrendamento; outros, por conta da longa duração ou perpetuidade, diziam que era compra e venda. No século II, Gaio (Institutas III, 45), nos informa que, a seu tempo, prevalecia a primeira opinião.



Esboço Histórico

- A princípio o arrendatário dos *agri vectigalies* somente tinha direito pessoal contra o arrendador.
- Passou a dispor de direito real quando o Pretor lhe concedeu, para a defesa de seu direito, *actio in rem* análoga à *rei vindicatio*, e outras ações reais;
- Por sua vez, enquanto durasse o arrendamento – mesmo que perpétuo – e o possuidor do *ager vectigalis* pagasse o canon anual, não poderia ser ele despojado do *ager vectigalis*, tendo ainda o direito de transmiti-lo, *inter vivos* ou *mortis causa*, a terceiro.
- Bonfante entendeu que a Enfiteuse romana surgiu como um caráter de limitação temporal do arrendamento hereditário, mas que ao fim do século III d.C., o instituto confundia-se com o arrendamento a perpetuum, mas que, em Justiniano, uma só forma era designada para os dois, enfiteuse.



Relação com a Posse

- Essa espécie de locação perpétua teve relevante papel político, social e econômico no Império Romano. Na idade média, conviveu ao lado de outras figuras de posse de imóveis alheios: terra própria e as tenências, em que o apossamento da terra é concedido por seu dono para o uso e fruição prolongado, mas precário, de um terceiro (tenente, precarista, *tenancier*).

Tipos de tenência:

- *o colonato*, em que o possuidor se ligava pessoalmente à terra que tinha a obrigação de cultivar;
- *o feudo*, que, por exemplo, em Portugal, foi uma tenência beneficiária, dispensada do pagamento de foro;
- *a precária*, com cânon de menor expressão;
- *a superfície*, uma sorte de variedade da enfiteuse, porque não compreendia a totalidade do fundo imobiliário, senão que apenas seu âmbito superficial;
- *o censo vitalício*, cuja duração equivalia ao da vida do possuidor do imóvel;
- *o foro temporário*, que se estabelecia o tempo para o encerramento do foro; e, não menos,
- *a enfiteuse* ou foro perpétuo.





Solução medieval

- O grande problema jurídico (não social, não político, não econômico), se deve à característica de esses tipos refletirem uma divisão do direito de propriedade. Havia, para os romanos, uma dificuldade em se admitir a divisão da propriedade plena.
- Foi na idade média que se entendeu o enfiteuta como dono, proprietário do domínio útil. Diz Serpa Lopes: “A consequência da concepção do dualismo medieval foi reconhecer-se no foreiro a qualidade de proprietário – *dominus utilis* (...)”.
- **Questão:** Será que o problema que levou a enfraquecer o instituto foi o seu caráter de perpetuidade? Isso porque se tratava de um instituto fortíssimo. Júlio Cock chega a dizer que as milícias romanas, o exército romano, precisava ter a possibilidade desse cultivo de terras. Nas regiões rurais de Roma tal instituto era admitido para a sobrevivência do povo romano. As famílias permaneciam em Roma e os homens iam para a guerra de conquista.
- A ideia de perpetuidade pode ter enfraquecido o instituto, especialmente porque o Domínio possui uma força centrípeta muito grande. Existe a elasticidade dominial, mas que tende ao retorno à situação anterior – centripetismo do domínio.

No Brasil

- Descoberto o Brasil, Portugal não podia se arriscar a perder o seu domínio a outros povos da Europa (invasões francesas e holandesa). A medida encontrada para proteger o território foi o sistema político das capitâneas hereditárias, assim nomeadas porque seus favorecidos, os donatários, exerciam duas funções:
 - 1 – restritas e instáveis faculdade próprias de um donatário (que recebia a doação);
 - 2 – mas também funções próprias de um capitão ou chefe superior (havia uma superintendência);
- Concedidas por meio de títulos designados cartas de doação, e denominando-se também capitâneas donatárias, o fato é que essas capitâneas estavam gravadas por uma dada lei implícita, chamada de lei mental de revogabilidade das “doações” tanto isso fosse do interesse da Coroa portuguesa. Ela poderia revogar tal doação a qualquer tempo.
- Dessa maneira, quer em sua integralidade, quer em suas partes (as sesmarias, que eram partes das capitâneas hereditárias), as terras nesse sistema de capitâneas hereditárias eram, não propriamente doadas, mas apenas concedidas (como hoje entendemos as concessões administrativas) para fins: de cultivo e de edificação de moradia. Era o meio para ocupar as terras e liminar a invasão dos povos Franceses e Holandeses. Era, enfim, só (ou, no limite, mais) de enfiteuse do que de transferência de domínio pleno que se estava a tratar:



Afirma Arnaldo Rizzardo:

“Caso não atingissem a finalidade prevista (cultivo, edificação ou moradia), voltavam ao domínio da Coroa, quando então eram consideradas devolutas (terras devolvidas). Convém esclarecer que tanto as terras das sesmarias como também aquelas que retornavam ao domínio da Metrópole (terras devolutas) foram objeto de contrato de enfiteuse. Concluiu-se, assim, que tanto os terrenos de domínio público como aqueles de domínio particular serviram de base para contrato de enfiteuse” (Arnaldo Rizzardo, Direito das coisas –8.ed., Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2016, p. 860).

- De modo mais incisivo, disse César Trípoli:

“Atendendo ao objeto da doação das capitanias feita pelo soberano aos donatários, força é reconhecer que esse ato real não constituía verdadeira doação, no sentido jurídico, porquanto, do exame conjunto das cláusulas outorgadas no respectivo título [carta de doação], aos donatários era apenas concedido o benefício, o usufruto das terras das capitanias, e não a propriedade territorial”.



Muitas Críticas:

Muitas das críticas dirigidas contra o instituto desprezam-lhe a importância ao largo da história do direito, não apenas nacional, talvez até universal. Vale recordar Clóvis Beviláqua que afirma que muitas das críticas dirigidas ao Instituto Enfiteuse se encontram referidas em outras legislações:

“O Código Civil francês não trata da enfiteuse, mas a jurisprudência a restabeleceu, contra a opinião de alguns civilistas dos mais notáveis, e, afinal, a lei de 25 de junho de 1902 a regulou, como direito temporário. O alemão também não enumera o aforamento entre os direitos reais; porém ele existe na legislação dos Estados...”
(*Código civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentário ao art. 678 do Código Civil de 1916).

O Código Napoleônico não a estabeleceu (18 de maio de 1804), mas em 1902 a jurisprudência já entendeu que a Enfiteuse deveria existir como direito temporário.

Questão: Será que no Brasil, observa Vieira Ferreira, “onde não faltam latifúndios”, existem motivos razoáveis “para se tolher a liberdade contratual na procura e oferta de terras e rendas, se aos interessados aprouver recorrerem à enfiteuse” (p. 987)? Não seria aqui uma visão realista de devolução da autonomia contratual para o estabelecimento da enfiteuse?

III – Regulamentação no Direito Brasileiro

- Nos termos do art. 2.038 do CC/2002, a normativa aplicável aos casos das enfiteuses já constituídas, será as do Código Civil de 1916;
- Tal lei regula a enfiteuse em 17 artigos (art. 678 e sqq);
- Além disso, estabelece-a como uma entre os diversos direitos reais (674, I), garantindo o direito de seqüela (677);
- O art. 678 assim estabelece: “Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui à outro o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável”.
- A enfiteuse pode dar-se por ato *inter vivos* (contrato enfiteutico), quanto por *mortis causa*.
- Clóvis Beviláqua ensina que, em se tratando de contrato *inter vivos*, no exercício de autonomia privada [em plena liberdade de contratação], as partes podem incluir cláusulas peculiares, contanto que “não alterem a substância do instituto”.



- Quanto à forma: exige escritura pública, sempre que o valor do imóvel exceda o limite normativo (hoje é consenso, nos termos do art. 108 do CC 2002) de 30 salários mínimos.
- O próprio art. 676 do CC 1916 estabelece:

“Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, n I, e 856), salvo os casos expressos neste Código”.
- Saliente-se que os contratos enfiteúticos relativos a **bens da União**, lavrados em livro próprio (nos termos do Decreto-lei 9.760, de 1946), são lavrados por meio de contratos administrativos – que, embora não demandem escritura pública, devem inscrever-se no ofício imobiliário competente.
- Aperfeiçoada pelo Registro a enfiteuse, surgem dois titulares de direitos reais sobre a mesma coisa. De um lado o titular do domínio direto, de outro, do domínio útil.



Regime da Enfiteuse

- **Direito do senhorio:**

- Foro: contraprestação devida pelo enfiteuta. O seu não pagamento por três anos, dá lugar ao comisso, ou seja, à extinção da enfiteuse com a consolidação do domínio nas mãos do senhorio;
- Laudêmio: a importância devida ao senhorio, pelo foreiro, cada vez que transferir o domínio útil de modo oneroso. Consistirá no pagamento de 2,5% sobre o preço da alienação.
- Preferência: quando o enfiteuta pretende vender ou dar em pagamento o domínio útil.
- Direito de consolidar o domínio útil, ainda:
 - em razão de abandono do imóvel pelo enfiteuta ou ainda de sua renúncia (art. 687);
 - no caso de caducidade, falecer o enfiteuta e este não tiver herdeiro (art. 692, III);
 - na hipótese de deteriorar o prédio, quando não valha o capital ao foro e mais um quinto deste (art. 692, I);

- **Direito do Foreiro:**

- Todos os direitos elementares inerentes à propriedade.

- **Hipótese de vários enfiteutas – Eleição de cabecel!**

- No caso do Enfiteuta deixar vários herdeiros, por exemplo, que sucedem em condomínio, na propriedade útil da coisa, pode o senhorio direto, se quiser, convir na divisão. Isso não ocorrendo, em seis meses, os herdeiros devem escolher um cabecel, sob pena do senhorio o escolher.



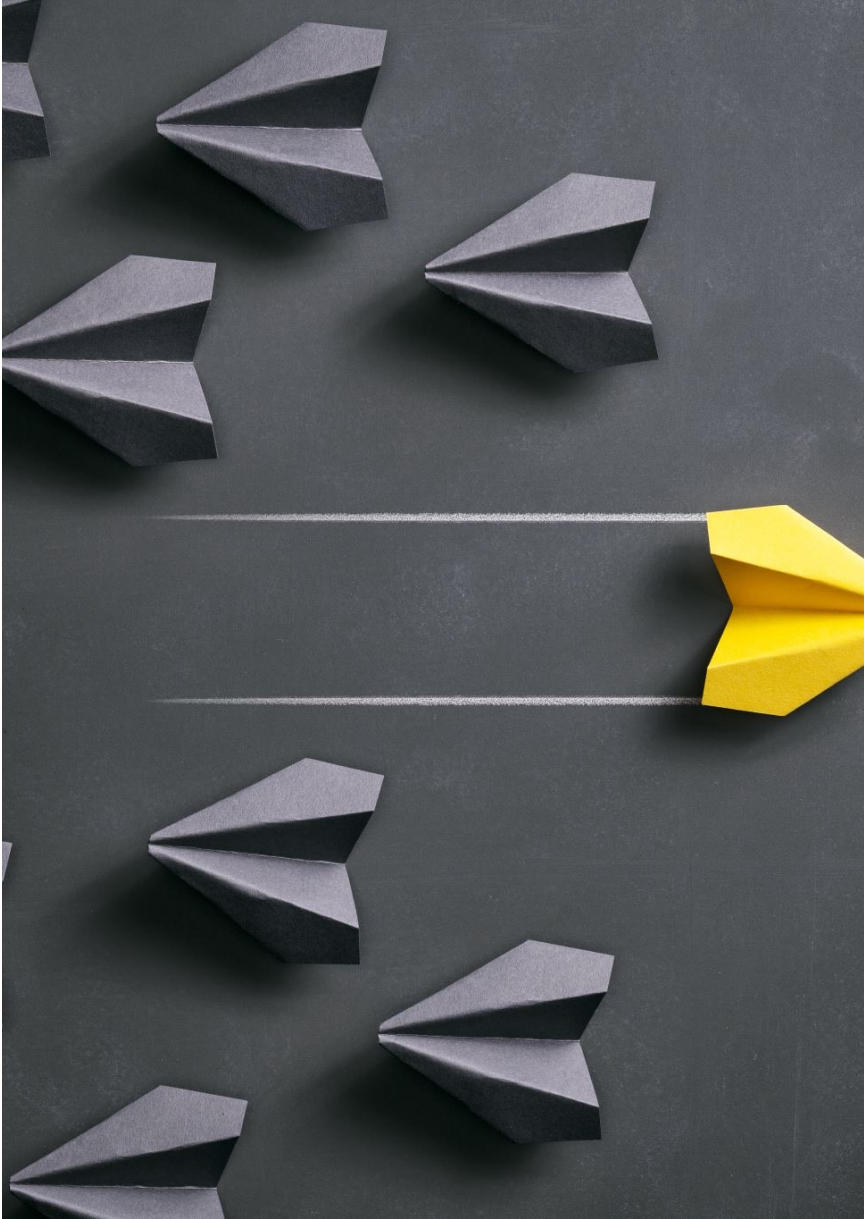
Direito de Resgate

- É a prerrogativa concedida ao foreiro de adquirir, compulsoriamente, o domínio direto, mediante o pagamento de determinada indenização. A finalidade é consolidar o domínio nas mãos do enfiteuta.
- Pressupostos: transcurso de 10 anos contado a partir da constituição da enfiteuse; e pagamento de 2,5% do valor atual da propriedade plena, mais 10 pensões anuais;
- **Questões:** é possível o resgate de enfiteuses constituídas anteriormente ao CC 16, pois a ideia presente é que seriam irresgatáveis?



O que ocorre quando se dá a consolidação?

- Deve-se registrar *strictu sensu*, ou se é o caso de uma averbação?
- Parece não haver dúvidas de que a consolidação dominial, nas mãos do senhorio, deve ser objeto de **averbação no registro imobiliário** competente, porque diz respeito à extinção do direito do enfiteuta (item 2 do inc. II do art. 167 da Lei 6.015, de 31-12-1973), [e não à constituição de um novo direito de propriedade – ideia centrípeta do domínio, o direito desdobrado tende a voltar ao único domínio].
- Mas, e no caso do **direito de resgate**, do qual Arnaldo Rizzardo diz a doutrina considerar uma “desapropriação do domínio direto em favor do enfiteuta”. Serpa Lopes afirma: “Partindo, por conseguinte, do ponto de vista dos efeitos do direito de resgate, produzindo ele uma transferência de domínio, é irrecusável, dentro do nosso sistema, tratar-se de um ato suscetível de transcrição”.
- Equivale a dizer, ante a Lei brasileira 6.015, que se trataria, pois de um ato suscetível de registro *stricto sensu*.
- Para contrariar, Afrânio de Carvalho entende que tanto o comisso, quanto o resgate deverá averbar-se na matrícula do imóvel aforado.
- Ainda que a posição de Serpa Lopes parece mais persuasiva, o fato é que a normativa brasileira prevê, em relação aos bens da União Federal sob o regime enfiteutico, seja o resgate averbado (decreto Lei 9.760, de 05-09-1946).
- Ora Narciso Orlandi Neto já esclareceu que, nestes casos, a única coisa a dizer é: a vontade do legislador se tornou o único critério distintivo entre as espécies inscricivas. Trata-se da mera atualização do antigo aforismo *quod principi placuit legis habet vigorem*. [o que agrada o rei, tem valor de lei].



Usucapião de Enfiteuse?

- A primeira observação é:
 - Seria possível usucapir tanto a enfiteuse privada, quanto a pública?
 - Seria possível usucapir tanto o domínio direto, quanto o domínio útil?

STJ – a quarta turma decidiu, por maioria de votos, que é possível a ação de usucapião de imóvel urbano na hipótese em que, mesmo convencionada a constituição de enfiteuse entre o possuidor e o proprietário, o título respectivo não tenha sido levado ao registro imobiliário.

Superfície x Enfiteuse



Superfície	Enfiteuse
É temporária. Apesar de alguns ordenamentos permitirem ser perpétuo.	É perpétua. Na Itália, em que se admite a enfiteuse por prazo determinado, o direito de superfície não possui prazo mínimo.
Direito Real	Direito Real
Há suspensão do princípio superficies solo cedit, havendo dois direitos reais distintos que coexistem na lógica do instituto: a - a propriedade do solo; b - direito de implantar e/ou direito sobre o implante.	Há divisão de domínio em direto (do senhorio) e em útil (do enfiteuta).
Enquanto durar a concessão, o superficiário exercerá os poderes inerentes à acessão (construção e/ou plantação). Extinta a concessão, o concedente agregará ao patrimônio objeto da concessão a construção e/ou plantação, através da reversão.	Difere-se da propriedade plena apenas pelo foro, laudêmio, comisso e o direito de resgate.
O direito do superficiário se limita ao que houver semeado ou edificado. Restringe-se, como o nome já diz, à superfície do imóvel	O direito do enfiteuta não se restringe à superfície do imóvel, mas a todo o bem.
No nosso sistema não pode ser estipulado, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência do direito de superfície a terceiro.	Existe remuneração na transferência.