

DIREITO
PRIVADO

**O INSTITUTO DA ENFITEUSE:
DAS ORIGENS ROMANAS AO CONTEXTO NACIONAL
CONTEMPORÂNEO E TENDÊNCIAS FUTURAS**

Eric Baracho Dore Fernandes¹

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Conceito Moderno. III. A Enfiteuse no Direito Justinianeu. IV. A Enfiteuse no Direito Contemporâneo. V. Origens Históricas. VI. A Enfiteuse no caso concreto. VII. Conclusões. VIII. Referências Bibliográficas.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Monitor em Instituições de Direito Romano em 2008. E-mail: ericbdfernandes@gmail.com. Trabalho originalmente produzido para apresentação na XI Semana de Monitoria da Universidade Federal Fluminense, por sugestão e orientação bibliográfica do prof. Nestor Porto de Oliveira Neto. Agradecimentos também aos membros do Conselho Editorial, Rodolpho César e Siddharta Ferreira, pelas orientações e sugestões para essa matéria.

I - INTRODUÇÃO

O objeto da matéria a seguir será o instituto civil da enfiteuse, instituto com raízes anteriores ao próprio direito romano, embora neste tenha recebido a conceituação pelo qual é mais amplamente conhecido no direito contemporâneo.

A enfiteuse é o direito real, alienável e hereditário, que atribui ao seu titular o uso, fruto e a disposição da coisa imóvel, respeitado o direito do senhorio, tal qual define Pontes de Miranda (Miranda, Pontes de. Tratado de direito privado). Esse instituto tem origens no Direito Romano, sendo os primeiros contratos enfiteuticos datados do século II d.C., como será abordado a seguir nesse relato.

O *ius emphyteuticum* evoluiu juridicamente e continuou a existir como direito real legitimamente reconhecido nos países de orientação jurídica romano-germânica. A exemplo de Portugal, que anteriormente a nós reconhecia o direito de enfiteuse, herança jurídica deixada para o ordenamento jurídico brasileiro.

O novo Código Civil de 2002, em seu artigo 2.038² finalmente proibiu a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, subordinando as já existentes, até sua extinção, às disposições do código civil de 1916, exceto quanto aos terrenos da marinha e acrescidos, que são regidos por lei especial.

Apesar da constituição de novas enfiteuses ser proibida pelas disposições civis atuais, o instituto que é reconhecido pela doutrina como “o mais amplo direito sobre propriedade alheia” (nas palavras de Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 4º volume: direito das coisas) ainda se faz juridicamente presente em várias áreas de nosso país. O município de Petrópolis, na região serrana do estado do Rio de Janeiro, é quase que em sua

² Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916, e leis posteriores.

totalidade abrangido pelo direito de enfiteuse dos herdeiros da família real, de tal forma que todos os imóveis pagam uma taxa (Laudêmio³) quando o proprietário atribui a outra pessoa o domínio útil do imóvel, ato esse também conhecido como aforamento.

Apesar da abrangência da enfiteuse constituída no município de Petrópolis, os membros da família real não são os únicos que clamam ser titulares desse direito no Brasil. Encontramos outros exemplos menos conhecidos, tal qual o do bairro de Botafogo, na cidade do Rio de Janeiro, onde quase três mil pessoas representadas pela AMB (Associação de Moradores de Botafogo) chegaram a questionar na justiça o direito de uma família conhecida como Silva Porto, sobre a taxa que devem pagar a tal família no ato de venda de seus imóveis, litígio esse a ser mencionado mais adiante neste relato.

Esse trabalho busca analisar a evolução desse instituto, desde seu surgimento no Direito Romano até sua existência e efeitos no ordenamento jurídico brasileiro atual, perpassando pelos questionamentos a serem feitos quanto à extinção desse direito real em processo de desaparecimento, mas que sem dúvida ainda está presente em nosso ordenamento como objeto de litígios de grande porte.

II - CONCEITO MODERNO

No sentido contemporâneo, enfiteuse é o direito real, alienável e hereditário, que atribui ao seu titular o uso, o fruto e a disposição da coisa imóvel, respeitado o domínio do senhorio.

É um instituto jurídico de origem romana, derivado diretamente do arrendamento por prazo longo ou perpétuo de terras públicas a particulares. No direito Justinianeus (Período do Dominato, em Roma, ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano), a enfiteuse é definida como direito real, alienável e transmissível aos herdeiros, que atribui a alguém (o enfiteuta), mediante o pagamento de um *canon* atual, faculdades sobre imóvel de outrem (o concedente), análogas às de verdadeiro proprietário.

³ Compensação, que o enfiteuta paga ao senhorio direto, quando cabe a opção de preferência na aquisição do imóvel, na enfiteuse.

Atualmente a enfiteuse se enquadra entre os direitos reais, como um direito real sobre coisa alheia - *iura in re aliena* - sendo classificada dessa forma a partir do direito justinianeu, período do Dominato na história externa romana. Contudo, é importante salientar as origens gregas⁴ do instituto, mesmo que tenha originalmente surgido com uma definição um pouco diferente da que se consagrou a partir do direito romano.

Maria Helena Diniz, quanto à natureza jurídica da enfiteuse, a define como:

“A enfiteuse é o mais amplo dos *jus in re aliena*, transferindo ao enfiteuta o *jus utendi, fruendi* e até o *disponendi*, pois este pode alienar seus direitos sem que haja anuência do senhorio, podendo ainda reivindicar a coisa de quem quer que seja”

A afirmação de Maria Helena Diniz quanto à amplitude desse direito se justifica pelo fato de que através dele, seu titular pode tirar da coisa imóvel todas as utilidades e vantagens inerentes a ela, permitindo a esse titular empregar a coisa imóvel da forma que lhe for mais conveniente, observando a natureza da coisa, a preservação de sua substância e os direitos do senhorio sobre o imóvel.

Ainda salienta Arnaldo Wald quanto à amplitude do direito de enfiteuse:

“No quadro dos direitos reais sobre coisa alheia, é a enfiteuse que mais se aproxima do direito de propriedade. Enquanto nas servidões, no uso e no usufruto o titular de direito real sobre coisa alheia apenas pode, conforme o caso e em latitude maior ou menor, usar e gozar do bem agravado, sem ter a faculdade de dele dispor, na enfiteuse o enfiteuta, além de usar e gozar, também dispõe da coisa. Por outro lado, em vez de tratar de um direito temporário ou vitalício, como o uso, a habitação ou o usufruto, a enfiteuse é, como a propriedade, um direito perpétuo”.

À luz de artigos da legislação civil que rege a enfiteuse em nosso ordenamento jurídico⁵, podemos também definir o instituto como direito real que se constitui⁶ através de contrato bilateral e oneroso, de caráter perpétuo, em que por ato *inter vivos* ou

⁴ A própria palavra enfiteuse tem origens gregas, e pode ser traduzida como “ação de plantar em”.

⁵ Código Civil de 1916, artigos 678 e 680; sem correspondência no Código Civil de 2002.

⁶ Como já mencionado, a constituição de novas enfiteuses é vedada pelo artigo 2038 do Código Civil de 2002.

disposição testamentária, o proprietário pleno da coisa imóvel cede a outrem o domínio útil de um trato de terras não cultivadas ou de terrenos destinados à edificação, mediante o pagamento de certa pensão ou foro, anual, certo e invariável.

A partir dessa breve delimitação conceitual do instituto à luz da doutrina contemporânea e legislação civil, partiremos então a uma análise jurídica deste à luz do direito justinianeu, de forma a traçarmos um paralelo com o a regulamentação da enfiteuse no direito contemporâneo, mais adiante.

III - A ENFITEUSE NO DIREITO JUSTINIANEU

O direito justinianeus concebia a enfiteuse como um direito real sobre coisa alheia. Somente na Idade Média, em virtude das amplas faculdades do enfiteuta sobre o imóvel, surgiu a idéia de que a enfiteuse seria na verdade uma modalidade de propriedade, porém inferior à do verdadeiro proprietário. Dessa forma criou-se a concepção de que o enfiteuta tinha o domínio útil (direito do enfiteuta de usufruir ou dispor) sobre a coisa imóvel, enquanto o proprietário possuía domínio direto (poder do senhorio sobre o imóvel) sobre a coisa.

No direito justinianeus, o enfiteuta possuía as seguintes faculdades:

- a) O uso e gozo amplo⁷ do imóvel, com a limitação de não praticar atos que o deteriorassem;
- b) A aquisição dos frutos que o imóvel produz por simples separação da coisa principal;
- c) A transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* do direito de enfiteuse;
- d) A constituição de servidão predial (que onere ou favoreça o imóvel) ou pessoal, a possibilidade de dá-lo em hipoteca ou de conceder subenfiteuse (contrato através do qual o enfiteuta sub-roga alguém, o subenfiteuta, nos direitos e obrigações oriundos da enfiteuse, permanecendo sua responsabilidade em relação ao senhorio direto);
- e) A defesa judicial do direito de enfiteuse e dos direitos de servidão porventura existentes em favor do imóvel.

São faculdades muito semelhantes às de proprietário, como bem salienta Moreira Alves.

⁷ Como bem salienta Moreira Alves (**Direito Romano**. 14^o ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 353), discutem os autores se o enfiteuta teria a *possessio rei* (pose da coisa) ou a *quase iuris possessio* (posse de direito). A maioria dos autores segue a segunda corrente.

Em contrapartida, o enfiteuta possuía certas obrigações a serem observadas:

- a) Não deteriorar o imóvel;
- b) Suportar todos os ônus (impostos, multas, etc) que recaiam sobre a coisa;
- c) Pagar o *canon* (*vectigal* ou *pensio*) anual. Essa taxa era de valor muito pequeno em relação ao rendimento do imóvel, e o seu não pagamento por mais de três anos consecutivos dava ao proprietário o direito de retirar do enfiteuta seu direito sobre a enfiteuse. Por fim;
- d) Dar preferência, quando quiser alienar o direito de enfiteuse, ao proprietário do imóvel. Sendo assim, o proprietário tem direito de preferência. Por outro lado, se o proprietário não quiser se valer de seu direito, o enfiteuta está obrigado a pagar-lhe 2% do valor da alienação. Os juristas medievais denominam essa taxa de *laudêmio*.

A enfiteuse tinha três formas de constituição ao tempo do direito justiniano:

- a) Mediante contrato entre o proprietário do imóvel e o enfiteuta;
- b) Por meio de legado do proprietário do imóvel;
- c) Transmissão do direito de enfiteuse já constituído, seja por ato jurídico *inter vivos* (transmissão do enfiteuta em favor de terceiro) ou *mortis causa* (transmissão por herança ou legado).

Por outro lado, a enfiteuse também podia ser extinta, no direito justiniano, nos seguintes casos:

- a) Renúncia do direito de enfiteuse pelo enfiteuta;
- b) Destruição do imóvel;
- c) Confusão, situação onde são reunidas no mesmo indivíduo as qualidades de enfiteuta e proprietário;

- d) Decadência⁸ do direito de enfiteuse, que ocorre a título de pena para o enfiteuta quando ele não mantém seu imóvel conservado em bom estado, quando deixa de pagar o *canon* anual por três anos consecutivos ou quando aliena o direito de enfiteuse sem consultar o proprietário para saber se este deseja utilizar-se de seu direito de preferência (nesse caso a alienação é nula e o enfiteuta perde seu direito sobre o imóvel).

O enfiteuta, na defesa do seu direito de enfiteuse, podia, no direito justinianeu, lançar mão de todas as ações de que dispõe o proprietário: *rei vindicatio*⁹, *actio confessoria*¹⁰, *actio negatória*¹¹ e os meios judiciais de defesa dos direitos de vizinhança, bem como dos interditos possessórios.

Tendo sido expostas as características desse direito real tais quais definidas pelo direito romano, procedemos a seguir com a caracterização e contextualização jurídica desse direito à luz do direito brasileiro contemporâneo.

⁸ Há controvérsia entre os romanistas a respeito do momento em que se dá a decadência do direito de enfiteuse no direito romano. Predomina a corrente de que a decadência se dá no instante em que se dá sua causa. Sendo assim, o proprietário pode agir ou não contra o enfiteuta, e se o fizer, declarada a decadência, esta se considera existente desde o momento em que se deu sua causa.

⁹ Sobre a *rei vindicatio*, trata-se de ação criada pelo *ius civile* romano como meio de proteção da propriedade. A respeito das regras relativas a quem podia intentar essa ação, contra quem ela se intenta, a quem incube a prova, efeitos do triunfo ou sucumbência nesta ação, ver ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 329.

¹⁰ A respeito da *actio confessoria*, se tratava de ação real usada como meio de proteção judicial das servidões prediais, concedidas aos titulares dessas servidões. Apesar de originalmente só abranger servidões prediais, o direito justinianeu passou-se a admitir que essa ação fosse utilizada também pelo enfiteuta.

¹¹ Sobre a *actio negatoria*, à luz do direito romano, se tratava de uma ação real civil através da qual o proprietário da coisa nega a incidência de direitos reais sobre a mesma. É controvertido entre os romanistas se cabia ao autor provar a propriedade da coisa, porém é certo que não incumbia a ele o ônus da prova da inexistência do direito real contestado. Como a *rei vindicatio*, pode também ser usada como meio de proteção da propriedade, uma vez que por meio da *actio negatória* o proprietário obtém a cessação de quaisquer turbações por parte de quem clame ser titular de qualquer direito real sobre a coisa.

IV - A ENFITEUSE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Atualmente, a enfiteuse existe no direito brasileiro, mas é um instituto em vias de extinção. Até 1916, a enfiteuse era um direito pleno no ordenamento jurídico brasileiro. A partir do código civil de 1916, a enfiteuse passou a se restringir apenas a terrenos não cultivados ou terrenos destinado à edificação, como estabelecido pelo artigo 680 desse dispositivo legal.

Além disso, o novo código civil de 2002, em suas Disposições Finais e Transitórias, artigo 2038, restringe ainda mais esse instituto, proibindo a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, subordinando as já existentes, até sua extinção, às disposições do código civil de 1916. Dessa forma, a enfiteuse em nosso país ainda é regulada pelo código civil de 1916, por não ter dispositivo equivalente no novo código civil. Não sendo mais disciplinada pelo Código Civil atual, a enfiteuse acabou substituída pelo direito de superfície, que seria o direito do proprietário conceder a outrem a faculdade de construir ou plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada¹². O direito de superfície foi introduzido pelo Estatuto das Cidades, Lei 10.257/2001, e é disciplinado no novo Código Civil nos artigos 1.369 a 1.377.

Além das restrições que o instituto gradualmente sofreu no Código Civil atual e no anterior, a Constituição Federal de 1988 criou uma possibilidade para a extinção total da enfiteuse em nosso ordenamento jurídico. Por compreender a enfiteuse como um instituto ultrapassado e em relativo desuso no âmbito do direito privado, a Constituição Federal dispôs no artigo 49 de suas Disposições Transitórias:

"A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos."

¹² Tal qual define o art. 1369 do novo código civil e foi originalmente definido pelo art. 21 do Estatuto das Cidades.

Graças a essa previsão da Carta Magna da República, o Projeto de Lei Federal nº 6.960/2002, em trâmite no Congresso Nacional, pretende acrescentar um parágrafo ao artigo 2.038 do Código Civil que supostamente terá a seguinte redação:

"Fica definido o prazo peremptório de dez anos para a regularização das enfiteuses existentes e pagamentos dos foros em atraso, junto à repartição pública competente. Decorrido esse período, todas as enfiteuses que se encontrarem regularmente inscritas e em dia com suas obrigações, serão declaradas extintas, tornando-se propriedade plena privada. As demais reverterão de pleno direito para o patrimônio da União."

Dessa forma, teoricamente, após a aprovação dessa lei todas as enfiteuses constituídas no país seriam extintas a partir de dez anos contados da data de vigência do novo Código Civil. Contudo, é importante ressaltar a tese de alguns autores de que as enfiteuses só poderiam ser efetivamente extintas depois que decorressem dez anos contados a partir da data da publicação da disposição que supostamente será introduzida pelo Projeto de Lei 6.960, e não 10 anos a partir da data da vigência do novo Código Civil.

Tendo em vista a possibilidade do prazo ser contado a partir da publicação do código civil de 2002, há de se considerar as conseqüências dessa alteração para dois grupos distintos de enfiteutas:

a) Aqueles que se encontram com os pagamentos relativos ao direito de enfiteuse rigorosamente em dia, que não serão afetados pela provável alteração da lei, sem correr riscos, pois para eles será irrelevante se o prazo correrá da vigência do novo Código Civil ou da data da publicação do Projeto de Lei 6.960, até hoje não apreciado pelo Congresso e sem previsão para que isso ocorra.

b) Os inadimplentes, que muito provavelmente seriam prejudicados pela nova lei com o risco da perda da propriedade para o Patrimônio da União Federal.

É um comentário relevante a se fazer, de que se a Lei teoricamente não retroage para prejudicar, os inadimplentes deverão ter o direito de valer-se do prazo pleno de dez anos para saldarem suas respectivas dívidas, contado a partir da data de publicação no

Projeto de Lei em questão, e não da vigência do novo Código Civil. Pois, se assim fosse, é evidente que metade do prazo já teria sido perdido e a lei sequer tem previsão de apreciação pelo Congresso, proporcionando assim pouquíssimo tempo para que os inadimplentes saldassem seus débitos.

Contudo, enquanto não extinta, a enfiteuse continua a ser disciplinada pelas disposições contidas no Código Civil de 1916, tal qual determina a redação do Código de 2002. O antigo Código Civil regia a enfiteuse em seu Título III (Direitos Reais Sobre Coisas Alheias), Capítulo II (Da Enfiteuse), nos artigos 678 ao 694. Analisaremos a seguir, as disposições desses artigos.

Em seu artigo 678, o antigo Código Civil estabelece que “dá-se a enfiteuse, aforamento, ou empraçamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem 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”, determinando assim as formas de constituição da enfiteuse. Tal determinação, contudo, não possui mais efetividade, visto que a constituição de novas enfiteuses foi vedada pelo artigo 2038 do novo Código Civil.

Ainda assim, de forma anterior ao novo Código Civil, a enfiteuse podia ter suas origens no contrato devidamente registrado no Registro de Imóveis ou no testamento. Era ainda admissível como forma de constituição da enfiteuse o usucapião, como será explicitado a seguir.

De acordo com o entendimento do STF (STF, 12-4-1977, RE 87.050-CE, Rel. Min. Moreira Alves.), concebe-se que haja enfiteuse em virtude de usucapião quando o enfiteuta contrata com um não proprietário, pensando que é dono da coisa; ou ainda, quando alguém, estando na posse do imóvel sem título de enfiteuta, paga normalmente o foro ao dono legítimo, ou enfim quando o dono do imóvel paga por ignorância, como se o enfiteuta fosse, a pensão a outrem, que considera senhorio direto. Contudo, esse entendimento do STF já não

tem qualquer efeito jurídico, visto que qualquer forma de constituição de novas enfiteuses é vedada pelo novo Código Civil, o que inclui a usucapião.

É interessante observar que a usucapião também pode funcionar como uma forma de extinção da enfiteuse. Isso ocorre quando um terceiro adquire um bem aforado como se não o fosse, decorrendo o prazo legal sem qualquer exercício de ação por parte do senhorio direto, que perde assim o seu direito, convertendo-se o bem em propriedade plena nas mãos do novo titular.

O artigo 679 simplesmente se encarrega de distinguir dois institutos, a enfiteuse do arrendamento¹³, salientando que a enfiteuse é perpétua, constituindo arrendamento a enfiteuse temporária.

No artigo 680, o antigo Código Civil estabelece que “Só podem ser objeto de enfiteuse terras não cultivadas ou terrenos que se destinem à edificação”, sendo essa a já mencionada restrição que o Código Civil de 1916 acrescenta ao instituto da enfiteuse, trazendo essa inovação ao instituto até então sem prévias restrições em nosso ordenamento.

O artigo 681 estabelece que “os bens enfitêuticos transmitem-se por herança na mesma ordem estabelecida a respeito dos alodiais neste Código, arts. 1.603 a 1.619; mas, não podem ser divididos em glebas sem consentimento do senhorio”. Isso dá ao senhorio a faculdade de decidir quanto a permitir ou não a divisão do imóvel no caso de transmissão do direito de enfiteuse por *causa mortis*.

¹³ Arrendamento. Ato ou efeito de arrendar ou dar em locação prédios rústicos ou não urbanos. Concessão feita a uma pessoa para a arrecadação de rendas devidas ao poder público. Ainda há de se distinguir outras modalidades de arrendamento. Arrendamento residencial se trata de operação realizada no âmbito do programa instituído pela Lei 10.188/2001, que tenha por objeto o arrendamento com a opção de compra de bens imóveis adquiridos para tal finalidade. Há ainda o arrendamento rural, que ao contrário do arrendamento padrão, tem por objeto imóveis rurais, e é disciplinado pelo Direito Agrário, o Estatuto da Terra, Lei 4504/64, que por sua vez é regulamentado pelos Decretos 59.566/66 e 55.891/65. Por fim, o arrendamento mercantil, adotado no Brasil pela Lei 6099/74, que o define como “operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendatária para fins de uso próprio da arrendatária para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam às especificações desta lei”. Ainda, sobre o arrendamento mercantil, ver Revista Forense, v. 250, onde foram publicados vários artigos de autores conceituados acerca do tema.

De forma similar ao instituto no direito justinianeus, o artigo 682 determina que é obrigado ao enfiteuta satisfazer os impostos e ônus reais que incidam sobre o imóvel.

Também de forma similar ao instituto no direito romano, o artigo 683 menciona o direito de preferência do senhorio. O enfiteuta não pode vender seu domínio útil sem aviso prévio ao senhorio direto, que tem trinta dias para declarar, por escrito em documento datado e assinado, que quer preferência na alienação, nas mesmas condições e preço. Caso em 30 dias o senhorio não se manifeste, poderá o enfiteuta efetuar a venda do domínio útil com quem desejar.

Contudo, o artigo 684 concede ao enfiteuta um direito que este não possuía no direito romano. Tendo o senhorio direito de preferência na compra do domínio útil enfiteuta também possui igual direito de preferência no caso do senhorio desejar vender o domínio direto do imóvel.

O artigo 685 se trata de uma simples garantia do senhorio ao direito que lhe dá o artigo 683. Ela protege o direito de preferência do senhorio dando a este o direito de resgatar a coisa do adquirente pelo preço pago pela aquisição, caso o enfiteuta tenha vendido o domínio útil sem cumprir o disposto no artigo 683.

O artigo 686 estabelece, tal qual o direito romano, o direito do senhorio ao laudêmio, que lhe é devido caso ele não decida usar de seu direito de preferência, e corresponde a 2,5% (dois e meio por cento) do valor da alienação, salvo se fixado outro valor no título de aforamento.

O artigo 687 estabelece que “O foreiro não tem direito à remissão do foro, por esterilidade ou destruição parcial do prédio enfiteutico, nem pela perda total de seus frutos; pode, em tais casos, porém, abandoná-lo ao senhorio direto, e, independentemente do seu consentimento, fazer inscrever o ato da renúncia”. O ato da renúncia é regulado pelo artigo 691.

Esse artigo garante o direito do senhorio a receber seu foro, independentemente das condições do imóvel, a não ser que o enfiteuta decida renunciar ao seu direito de enfiteuse.

O artigo 688 nos diz que “É lícito ao enfiteuta doar, dar em dote, ou trocar por coisa não fungível o prédio aforado, avisando o senhorio direto, dentro em 60 (sessenta) dias, contados do ato da transmissão, sob pena de continuar responsável pelo pagamento do foro.” Esse é mais um instrumento destinado a garantir ao senhorio o pagamento do foro, nos casos em que este lhe é devido.

O artigo 689 destina-se a dar preferência ao titular do domínio direto da coisa nos casos de penhora do imóvel por dívidas do enfiteuta, titular do domínio útil da coisa, seja por arrematação ou adjudicação.

O artigo 690 destina-se a eleger um representante, quando mais de um indivíduo detém domínio útil sobre a coisa. Caso um representante não seja escolhido dentro de seis meses, é facultado ao titular do domínio direto escolher tal representante. Esse indivíduo, denominado cabecel, é contra quem serão propostas quaisquer ações pelo senhorio em face dos foreiros. É um artigo destinado a facilitar o trâmite processual de ações que tenham por objeto um imóvel enfitêutico com mais de um titular.

O artigo 691 garante ao enfiteuta o direito de abandonar gratuitamente ao senhorio o prédio aforado. Também garante aos credores prejudicados por tal abandono, o direito de se opor para garantir o pagamento de suas dívidas.

De forma similar ao direito romano, o artigo 692 estabelece situações onde a enfiteuse se extingue. São elas:

- a) Pela natural deterioração do prédio aforado, quando chegue a não valer o capital correspondente ao foro e mais um quinto deste;

- b) Pelo comisso¹⁴, deixando o foreiro de pagar as pensões devidas, por 3 (três) anos consecutivos, caso em que o senhorio o indenizará das benfeitorias necessárias (De forma muito similar ao direito romano);
- c) Falecendo o enfiteuta, sem herdeiros, salvo o direito dos credores.

O artigo 693 tem redação dada pela Lei nº 5.827, de 23.11.1972, e estabelece que “Todos os aforamentos, inclusive os constituídos anteriormente a este Código, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis 10 (dez) anos depois de constituídos, mediante pagamento de um laudêmio, que será de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o valor atual da propriedade plena, e de 10 (dez) pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar ao direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas deste Capítulo”.

Por fim, o artigo 694 estabelece que a subenfiteuse está sujeita às mesmas disposições da enfiteuse. Também estabelece a necessidade de lei especial para regular as enfiteuses da marinha.

Até aqui, foi abordada somente a enfiteuse civil, pouco tendo sido falado a respeito dos aforamentos de propriedades da União Federal, tendo nos já citados terrenos da marinha um dos exemplos mais conhecidos. A seguir serão abordadas a enfiteuse de propriedades da União Federal e prestações relativas à mesma, o foro e laudêmio.

O artigo 20 da Constituição Federal define os bens de propriedade da União:

“Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

¹⁴ Como aponta Arnaldo Wald, a jurisprudência tem entendido que a aplicação da pena de comisso depende sempre de sentença judicial (Súmula 169 do STF), proferida em processo no qual se admite a purgação de mora por parte do enfiteuta (Súmula 122 do STF).

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005)

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.”

Como é possível perceber, os terrenos de marinha e seus acrescidos são apenas uma modalidade possível dentre os vários bens de propriedade da União Federal. E nos casos em que há aforamento de tais bens, ocorre uma forma ligeiramente diferente de enfiteuse, uma forma de “enfiteuse administrativa”¹⁵.

Como já mencionado, os imóveis localizados em “terrenos de marinha” constituem bens da União Federal, assim determinado pelo artigo 20, VII da Constituição Federal. O Decreto-Lei nº 9.760/46 define os terrenos de marinha da seguinte forma, em seu artigo 2º:

“São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831¹⁶: 1. Os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; 2. Os que contornam as linhas situadas em zonas onde se faça sentir a influência das marés.”

¹⁵ Sobre o aforamento de imóveis de domínio da união, ver a Lei nº 9636/98 e Decreto-lei nº 9.760/46.

¹⁶ Os terrenos de Marinha compreendem toda a extensão localizada na zona litorânea, inclusive ilhas, considerada estratégicas desde 1831, compreendendo a faixa de terra localizada a 33 metros da maré mais alta, em relação à linha de preamar, que significa o ponto médio das marés observadas durante o ano. Para mais detalhes, ver FALCONE, Hermano Americo. **Terrenos de marinha: preferencia ao aforamento, conceituacao, delimitacao da linha da preamar media de 1831.** *Revista Forense v. 75, n.268, 1979, p. 184-189.*

O órgão responsável por determinar se um terreno está ou não em área de marinha é a Secretaria do Patrimônio da União. Como ocorre em todos os bens imóveis de propriedade da União, nos casos de ocupação e aforamento, são devidas as prestações apropriadas. Taxa anual de ocupação entre 2% (dois por cento) e 5% (cinco por cento) do valor do imóvel no caso de ocupação e taxa anual de foro de 0,6% (seis décimos por cento) em casos de aforamento, bem como a prestação do laudêmio em ambos os casos.

Ainda nas hipóteses de propriedades da União Federal, se faz necessário distinguir duas situações distintas. Uma se trata da simples ocupação de propriedade da União, e a outra se trata do aforamento de propriedade da União, situação distinta e com suas próprias particularidades.

Ocupante é a pessoa física ou jurídica devidamente autorizada pela Secretaria do Patrimônio da União a ocupar imóvel de propriedade da União, tais quais os terrenos de marinha e acrescidos. Em troca dessa concessão, é devido pelo ocupante uma determinada taxa de ocupação, a ser paga anualmente para a União, que pode variar entre 2% (dois por cento) e 5% (cinco por cento) do valor atualizado do imóvel.

No caso do aforamento, da enfiteuse (que nesse caso possui caráter administrativo) de bens imóveis, ao foreiro ou enfiteuta pertence uma fração do domínio útil do imóvel, o que significa que a União é proprietária apenas da fração restante. Por ser proprietária dessa fração, é devida anualmente para a união a “taxa de foro”, correspondente a 0,6% (seis décimos por cento) do valor atualizado do bem.

Além do foro, há de se observar também a prestação do laudêmio para a União. Ao contrário da taxa de foro, que se aplica apenas nos casos de aforamento, o laudêmio é devido tanto em casos de ocupação quanto aforamento, em situações onde o ocupante ou foreiro de imóvel localizado em propriedade da União decide transferir os direitos de ocupação ou foro a outrem. A prestação do laudêmio só se dá em transferências onerosas dos direitos referidos acima.

Contudo, se faz necessário uma distinção importante no âmbito tributário.

Laudêmio, taxa de foro ou de ocupação não se enquadram como tributos ou taxas, portanto não são sujeitos às normas do Código Tributário Nacional. Todas essas prestações têm origem contratual, de forma que a União (ou ente público) ocupa nesses casos a posição de contratante, sujeitando-se aos princípios gerais que regem os contratos. Não é uma prestação de caráter compulsório, nasce da vontade das partes contratantes, não se confundindo, portanto, com tributos, prestações feitas também ao estado, mas de caráter eminentemente compulsório¹⁷.

Contudo, aponta Antônio Carlos Nogueira Reis¹⁸ que apesar do laudêmio cobrado do foreiro ser definitivamente uma receita de caráter patrimonial, é preciso fazer uma ressalva no que diz respeito ao *ocupante* de um imóvel da união – situação distinta do foreiro. Para ele, a prestação pecuniária exigida pela União nas transferências do domínio útil nos casos de ocupação, apesar de denominada de “laudêmio” pelo legislador federal, não se caracteriza como tal. Trata-se de uma prestação de natureza tributária. Para ele, o laudêmio assume natureza tributária a partir de quando, deixando de se aplicar unicamente ao regime da enfiteuse, passa a ser cobrado nas transmissões do domínio útil do regime de simples ocupação.

Sendo tributo definido pelo Código Tributário Nacional (Lei 5172/66) como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que

¹⁷ Nas palavras do tributarista Hugo de Brito Machado, “Não se diga, pois, que a prestação tributária é compulsória porque o pagamento do tributo é obrigatório. A distinção essencial há de ser vista no momento do nascimento da obrigação, e não no momento de seu adimplemento. Por isto é que se explica a clássica divisão das obrigações jurídicas em legais, ou *ex-lege*, e contratuais, ou decorrentes da vontade. É certo que as prestações contratuais também são obrigatórias, mas a obrigatoriedade, neste caso, nasce diretamente do contrato, e só indiretamente deriva da lei. Na prestação tributária a obrigatoriedade nasce diretamente da lei, sem que se interponha qualquer ato de vontade daquele que assume a obrigação”. MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁸ Para mais detalhes a respeito dessa diferenciação, ver REIS, Antonio Carlos Nogueira. **A natureza tributária do "laudêmio" cobrado pela união nas transmissões do domínio útil de imóvel sob regime de ocupação**. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, v. 14, n. 70, 2006, p. 81-92.

não constitua sanção ou ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, observamos que o laudêmio devido pelo ocupante de um imóvel de propriedade da União se encaixa perfeitamente no conceito de tributo contido no Código Tributário Nacional, visto que se trata de uma obrigação de pagamento prevista em lei, compulsoriamente exigida nas transmissões do domínio útil, cobrada mediante procedimento administrativo através da Secretaria do Patrimônio da União, como salienta Antônio Carlos Nogueira Reis.

Antônio Carlos Nogueira Reis ainda procede para uma análise do laudêmio resultante do regime de ocupação de propriedade da União Federal no âmbito constitucional, para determinar em que espécie tributária se encaixaria essa modalidade de laudêmio, e finalmente, se a cobrança desse tributo encontra respaldo na Carta Magna da República.

Ao buscar determinar em que espécie tributária se encaixa o laudêmio resultante do regime de ocupação, é possível afastar de imediato as modalidades de “contribuição de melhoria” (Art. 145, III da Constituição Federal) e “empréstimos compulsórios” (Art. 148 da Constituição Federal), devido às suas características próprias e inconfundíveis. Não poderia se encaixar na modalidade de contribuição de melhoria por não decorrer de obras públicas e não poderia ser considerado um empréstimo compulsório por não se tratar de despesa extraordinária ou investimento de caráter urgente, além do fato de não ser estabelecido por lei complementar.

Também não seria possível classificar essa espécie de laudêmio no âmbito das contribuições especiais reguladas no art. 149 da Constituição Federal, por não poder ser enquadrado como contribuição social, de intervenção no domínio econômico ou sequer no âmbito das contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Assim, restariam apenas duas possibilidades a serem examinadas, os impostos e as taxas (art. 145, I e II).

Ao enumerar os tributos que podem ser instituídos pela União Federal, Estados e o Distrito Federal, e pelos Municípios, o art. 145 inclui, no inciso II:

“Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”

Sendo um tributo da competência comum a todas as entidades federadas, a taxa pode ser cobrada com fundamento no poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de um serviço público referente ao contribuinte. O poder de polícia é definido pelo art. 78 do Código Tributário Nacional da seguinte forma:

“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

De acordo com a definição dada em lei, parece inadequado que o laudêmio nos casos de ocupação de propriedade da União possa se encaixar como taxa em razão do exercício do poder de polícia. Também parece inadequado que seja considerado como taxa em razão de serviço público prestado ao contribuinte, pois os serviços executados pela SPU são de interesse exclusivo da União Federal, necessários para a cobrança dos laudêmios, foros e taxas de ocupação. Nenhum desses serviços são prestados em prol do interesse dos contribuintes da modalidade de laudêmio analisada. Dessa forma, resta apenas a possibilidade de analisar se o laudêmio nos casos de ocupação se encaixaria na classificação de imposto.

Dentro do sistema tributário estabelecido pela Constituição Federal, o imposto somente pode ser instituído e cobrado pela entidade pública a quem a própria Constituição atribui competência para fazê-lo. Após delimitar essa competência, a própria Constituição outorga a cada um dos entes federados o direito de instituir determinados impostos, a chamada “competência tributária privativa”. Dessa forma, enumera no art. 153 os impostos da competência da União Federal, no art. 155 os de competência do Estado e Distrito Federal, e por fim os da competência dos Municípios, no art. 156. Além disso, a Constituição reserva, no art. 154, I, uma competência residual de atribuição específica da União:

“A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Dessa forma, de acordo com Antônio Carlos Nogueira Reis, fica assim caracterizada a natureza jurídica do *laudêmio* como um imposto, nos casos de ocupação de propriedade da União.

Tendo caracterizado essa espécie de *laudêmio*, o autor discorre a respeito da constitucionalidade dessa cobrança. De acordo com o art. 3º do Decreto lei 2398, o fato gerador do *laudêmio* seria a “transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil de terreno da União ou de direitos sobre benfeitorias nele construídas, bem assim a cessão de direito a eles relativos”.

Dentre os impostos atribuídos à competência privativa dos Municípios encontra-se o imposto sobre a transmissão imobiliária *inter vivos* (ITIV), definido da seguinte forma no art. 156, inc. II da Constituição Federal:

“transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição”.

Nas normas gerais relativas a este imposto (então sob a denominação de “Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a ele Relativos”), o Código Tributário Nacional estabelece em seu art. 35:

“O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador: I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil; II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia; III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.”

Comparando os fatos geradores do laudêmio e do ITIV, é inevitável concluir que são muito semelhantes. Aponta Antônio Carlos Nogueira Reis o laudêmio como um “imposto de transmissão imobiliária disfarçado”, já que incide nas transmissões *inter vivos*, por ato oneroso, do domínio útil de imóveis de propriedade da União. Dessa forma incidem ambos, laudêmio e ITIV, sobre direitos relativos a esses imóveis, assim como sobre as cessões de direitos. Dessa forma, partindo do pressuposto que a cobrança do laudêmio nos casos de ocupação de terreno da União Federal caracteriza um imposto, ficaria caracterizada a incidência de dois impostos diversos sobre um mesmo fato gerador. Esse fato, em princípio, não encontra vedação constitucional, desde que ambos sejam instituídos pelo mesmo ente federado no exercício de sua competência privativa.

Mas não é o que ocorre nesse caso. Sendo o ITIV um imposto municipal, a União não pode instituir o imposto (ainda que não tenha oficialmente essa denominação, mas possua o caráter jurídico de imposto) do laudêmio sobre o mesmo campo de incidência, reservado à competência privativa dos Municípios. Assim o fazendo, incorre a União Federal em inconstitucionalidade, por invasão de competência. De acordo com Antônio Carlos Nogueira Reis:

“A outorga, a cada uma das entidades federadas, da competência privativa para instituir impostos próprios, constitui a pedra basilar do Sistema Tributário no regime federativo brasileiro, sem a qual seria impossível assegurar-se a autonomia dos Estados e dos Municípios.”

Dessa forma, a inconstitucionalidade que se verifica nesse caso vai de encontro com o princípio constitucional da autonomia dos Estados e Municípios. Ainda é possível questionar se a União poderia instituir o laudêmio como imposto com base no art. 154, I, da Constituição Federal, no exercício de sua competência residual, que lhe permite criar novos impostos. Mas não há possibilidade constitucional para isso, pois um novo imposto teria de ser instituído por lei complementar, e o laudêmio não o é. Além disso, um novo imposto não poderia ter fato gerador próprios dos discriminados na Constituição (é o caso do ITIV).

Após essa breve diferenciação do laudêmio nos casos de ocupação segundo o artigo de Antônio Carlos Nogueira Reis, é importante lembrar que a cobrança do laudêmio nos casos de aforamento não fere a Constituição Federal, por se tratar de uma prestação civil, não um tributo. De acordo com o autor, o laudêmio só assumiria o caráter de imposto quando se aplica ao regime de simples ocupação, culminando na já delimitada hipótese de inconstitucionalidade.

Tendo sido feitas todas as considerações julgadas mais relevantes para uma breve análise da regulamentação do instituto da enfiteuse pela legislação contemporânea em nosso país, este artigo prosseguirá para uma breve análise histórica de como ocorreu o processo de evolução desse direito real, desde suas origens até a concepção atual.

V - ORIGENS HISTÓRICAS

Como aponta M.M. de Serpa Lopes (A enfiteuse: sua natureza jurídica e seu futuro), a enfiteuse, como instituto jurídico, não deixa de ser igualmente um instituto de caráter eminentemente econômico. Sofreu profundamente a influência das contingências que atuaram em torno do problema da ocupação e exploração das terras incultas, tendo sua evolução jurídica se processado em função da idéia de beneficiar aquele que realmente desse às terras que lhe eram concedidas o seu melhor e mais conveniente uso, de acordo com a destinação e natureza da coisa imóvel. O instituto sempre evoluiu no sentido de tentar colocar em posição vantajosa aquele que efetivamente desenvolvia a produtividade do imóvel.

Como já mencionado anteriormente, apesar do direito romano ter trazido ao instituto a regulamentação jurídica mais próxima da que temos hoje, a enfiteuse encontra raízes no direito grego. A própria palavra, em grego, significa “ação de plantar em”. Moreira Alves aponta que a origem e evolução histórica do instituto é acidentada e não muito bem conhecida antes do direito justinianeu, em Roma. Só nesse período o instituto foi reconhecido como um direito real sobre coisa alheia, como *iura in res aliena*. Apesar disso, é necessário fazer essa distinção quanto às origens do instituto.

Segundo os romanistas, a enfiteuse do direito justinianeu decorreu da fusão de duas espécies de arrendamento: os arrendamentos de origem romana dos *agri vectigales* e os arrendamentos originários de concessões administrativas na parte oriental do Império Romano, o *ius emphyteuticum* e *ius perpetuum*. Primeiro será definido abaixo o arrendamento dos *agri vectigales*.

Ager publicus é a denominação que se dava às terras do Estado Romano. Conforme eram distribuídas aos particulares, assumiam novas designações (*ager adsignatus*) ou fossem vendidas (*ager quaestorius*), ou pudessem ser ocupadas por particulares por tolerância do Estado (*ager occupatorius*), ou fossem arrendadas pelo Estado, o que constituiria as *ager vectigales*. Sendo assim, o *ager vectigales* eram as terras que o Estado Romano, por cem ou mais anos, ou perpetuamente, arrendava a particulares que se obrigavam a pagar um *canon* anual denominado *vectigal*. Municípios e associações religiosas faziam o mesmo com suas terras. Havia discussão entre os jurisconsultos sobre a natureza jurídica do instituto, se tratava-se de arrendamento ou compra e venda. Gaio, em suas institutas, informa que prevalecera a primeira opinião.

O arrendatário somente tinha, a princípio, direito pessoal contra o arrendador (Estado, município, associação religiosa). Mais tarde passou a dispor de direitos reais sobre o imóvel a partir do momento em que o pretor lhe concedeu, para a defesa de seus direitos, *actio in rem* análoga à *rei vindicatio*, dentre outras ações.

Agora, a respeito do “*ius emphyteuticum*” e “*ius perpetuum*”:

A administração na parte oriental do Império dava em arrendamento a particulares, por longo prazo, grandes áreas incultas, que denominavam *saltus*. Esses contratos tomaram grande incremento a partir de Constantino. Tratavam-se de concessões da administração do Império e que eram reguladas pela *lex saltus*, ditada pelo imperador. Essas concessões atribuíam ao concessionário (arrendatário) o direito, transmissível aos herdeiros,

de possuir, cultivar e adquirir os frutos da terra, mediante o pagamento de um *cânon* anual. Havia dois tipos de concessões, as que atribuíam o *ius emphyteuticum* e as que atribuíam o *ius perpetuum*. Segundo parece, as diferenças se davam quanto ao objeto (a primeira se dava nas terras do príncipe, a segunda nas terras do estado), quanto a obrigações do titular do arrendatário (no primeiro estava obrigado a cultivar a terra, no segundo não), quanto a duração (o primeiro era longo, mas temporário, já o segundo era perpétuo) e por fim, a destinação do primeiro quanto à exploração produtiva da terra (com um *canon* que evidentemente podia aumentar) e o segundo destinado a obter renda fixa.

No direito justinianeu, houve a fusão dos institutos mencionados em uma única instituição, a enfiteuse tal qual conhecemos hoje. Esse instituto foi herdado por vários países de orientação jurídica romano-germânica, inclusive Portugal¹⁹, e, conseqüentemente, o Brasil²⁰.

Desde o início do Brasil como nação, o aforamento teve um papel muito importante, inclusive no povoamento de muitos municípios brasileiros e no sentido de promover a ocupação de terras incultas ou impropriamente cultivadas. Inicialmente, a totalidade das terras do país era de propriedade da coroa portuguesa, que tinha interesse em promover a colonização do país, distribuindo as terras desocupadas no regime de aforamento. Muitas das terras que foram distribuídas dessa forma ainda são submetidas ao regime enfiteutico. O maior exemplo é a enfiteuse existente em Petrópolis, cujos titulares do domínio direto são os herdeiros atuais da família real no Brasil, os Orleans e Bragança. Em uma entrevista recente²¹, o membro da família real Príncipe D. João de Orleans e Bragança, afirma, defendendo a legitimidade do instituto:

¹⁹ Para uma contextualização ímpar do instituto à luz do direito Português e Brasileiro anterior ao século XX, recomendo a leitura de SOUSA, Manoel de Almeida. **Tractado pratico, e critico de todo o direito emphyteutico**: conforme, a legislação e costume desse reino, e uso atual das nações. Lisboa: Impressão Régia, 1828

²⁰ É importante salientar que dentre os países que originalmente reconheciam o instituto, atualmente a enfiteuse só é plenamente regulamentada pela legislação Brasileira, Portuguesa e Italiana. As idéias contidas no ideário da revolução francesa extinguiram plenamente a enfiteuse do ordenamento jurídico francês, fato esse que também ocorreu em países que receberam os ideais da revolução.

²¹ Entrevista disponível na íntegra em <http://www.arelquia.com.br/Artigos%20Anteriores/38entrev.htm>

“Legalmente, e a enfiteuse existe em Petrópolis, pois D Pedro II instituiu o sistema de enfiteuse nas terras. Uma vez eu escutei de Darcy Ribeiro, que D Pedro II era o maior progressista da época dele. Ou seja, pensava como esquerda, ele era, tinha idéias de esquerda. Ele tinha a fazenda do Córrego Seco, que é a fazenda onde está a cidade de Petrópolis, ele pensava, "o que é que eu vou fazer com essas terras todas?" Aí ele deu, deu tudo, mas no regime de enfiteuse, que era um regime muito utilizado na época para colonizar áreas.”

Contudo, apesar das correntes conservadoras que defendem sua continuidade, o instituto está em vias de extinção. Ainda na vigência do velho Código Civil, o renomado jurista Pontes de Miranda (Tratado de direito privado) já dizia, se referindo à enfiteuse :

“O Código Civil conserva a enfiteuse, que é um dos cânceres da economia nacional, fruto, em grande parte, de falsos títulos que, amparados pelos governos dóceis a exigências de poderosos, conseguiram incrustar-se nos registros de imóveis”.

Disse também o jurista João Mangabeira, também durante a vigência do antigo Código Civil:

“Peça do mundo antigo e base do regime feudal, nada justifica esse cativo perpétuo do trabalho, ao dono da terra que não a desbrava, não a cultiva, não a explora. Essa vassalagem, característica da servidão feudal, só por um preconceito injustificável pode ser atualmente conservada.”

Com isso, é possível perceber que desde muito antes da vigência do novo Código Civil já havia um desinteresse jurídico pela manutenção das enfiteuses no Brasil, recebendo constantemente um número considerável de críticas negativas por parte dos juristas renomados. A tendência que tem sido demonstrada atualmente é a total extinção desse instituto. O antigo Código Civil de 1916 já restringiu a enfiteuse a terras não cultivadas e terrenos destinados à edificações. Mais tarde, a Constituição Federal de 1988, previu a extinção das enfiteuses através de lei federal posterior. E gradualmente, continuamos a caminhar nessa direção. A lei 10257/2001, o Estatuto das Cidades, já introduz o direito de superfície, um ano antes do novo Código Civil de 2002 abolir totalmente a constituição de novas enfiteuses, substituindo-as pelo direito de superfície. O derradeiro fim das enfiteuses

no Brasil provavelmente se dará em prazo a ser determinado após a tramitação do Projeto de Lei 6.960 de 2002²².

Juridicamente, existem muitas vantagens do direito de superfície em relação à enfiteuse. Em primeiro lugar, a autonomia do direito de superfície em face dos direitos reais limitados. Em segundo, a separação da propriedade superficiária, o que significa que o solo continua como propriedade de seu titular, o dono do terreno, enquanto a construção ou plantação pertence ao titular do direito de superfície. Podemos ainda apontar a temporariedade do direito, em oposição ao caráter permanente da enfiteuse.

E por fim, podemos apontar o direito de superfície como uma forma mais apropriada de buscar a aproximação cada vez maior entre nosso Direito Civil contemporâneo e princípio constitucional da função social²³ da propriedade. Um princípio cuja importância e ênfase dadas pela Carta Magna de 88 são tão amplas, que não apenas o artigo 5º, relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelece esse princípio. No título relativo à ordem econômica e financeira nacional, o artigo 170 estabelece a função social da propriedade como um dos princípios a regerem a ordem econômica nacional. Com a Emenda Constitucional nº 19/1998, o constituinte derivado também se preocupou em incluir esse princípio no art. 173, § 1º, inciso I. E o princípio volta a ser evocado nos artigos 182, 185 e 186 da Constituição Federal.

Dessa forma, dada a tremenda importância atribuída ao conceito de função social pelo constituinte, é impossível negar a necessidade de uma maior aproximação entre tal princípio e a legislação civil brasileira, aproximação que tende a progredir com a gradual substituição de um instituto pelo outro.

²² É importante apontar que esse projeto não foi a primeira tentativa definitiva de extinção das enfiteuses no Brasil. Tentativas anteriores não chegaram a ser aprovadas, tais quais o Projeto de Lei 283 de 1946 do então deputado Hermes de Lima.

²³ Sobre a função social da propriedade, ver: Patrícia Faga Iglecias Lemos, **Responsabilidade civil do proprietário diante do bem socioambiental**, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tese de doutorado, 2007, p. 67-74.

VI - A ENFITEUSE NO CASO CONCRETO

A enfiteuse é um instituto em extinção, mas ainda não totalmente extinto. Sendo assim, ainda persiste em nosso ordenamento como objeto de grandes litígios. A título de exemplo, apenas com a intenção de ilustrar o impacto ainda notável da existência desse instituto no direito brasileiro, foram destacados a seguir alguns litígios que geraram considerável repercussão local nas regiões em que ocorreram. Após esses exemplos, será apresentada a análise mais detalhada de dois casos do Superior Tribunal de Justiça que tiveram como objeto a enfiteuse, para uma melhor contextualização do instituto em casos concretos.

O primeiro litígio se constituiu acerca da suposta subenfiteuse constituída no bairro de Botafogo, zona sul da cidade do Rio de Janeiro. Tramitou perante a 38ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro o processo 1998.001.194166-1. A ação civil pública foi proposta pela AMB (Associação de Moradores de Botafogo) em face de Carlos Fernandes da Silva Porto, suposto titular do domínio direto da subenfiteuse acima referida.

O litígio se deu devido ao fato de milhares de moradores de diversas ruas do bairro de Botafogo, zona sul do município do Rio de Janeiro, começarem a receber cartas de cobrança enviadas por alguém que se denominava "Enfiteuse Silva Porto" e que tinham por objeto a "Regularização de Foro em Atraso". Tais correspondências, invariavelmente, vinham acompanhadas de um boleto de cobrança bancária do UNIBANCO em nome de "Espólio Murillo Silva Porto", ou de "Carlos F. Silva Porto".

Foi questionada a legitimidade de tal pedido e a legitimidade da constituição da própria enfiteuse referida. A sentença de primeira instância do juiz foi favorável ao autor, considerando procedente o pedido para declarar inexistente a subenfiteuse Silva Porto sobre os imóveis em Botafogo, e condenando os réus a restituir o que foi pago a título de foro ou laudêmio.

É notável também a repercussão dos litígios que vem se constituindo em São Paulo, nas áreas residenciais de Alphaville e Tamboré, onde são exigidas pela Secretaria de Patrimônio da União as prestações da taxa anual de foro e laudêmio dos imóveis existentes nessas regiões. Os locais seriam considerados parte do patrimônio da União Federal por terem sido terras anteriormente ocupadas por índios, de acordo com a hipótese do art. 20, inciso XI da Constituição Federal.

Muito se questiona sobre a legalidade da cobrança, sobre a existência da própria enfiteuse. Os advogados que representam os moradores afirmam que não existe documento legal que comprove que essas áreas efetivamente pertencem à União. De outro está o Estado, que alega a validade das taxas e a existência de tal documento, alegando também que as áreas seriam remanescentes de aldeamentos indígenas, o que constituiria a hipótese constitucional do já mencionado art. 20, inciso XI.

Devido a essa controvérsia, ações foram intentadas contra a União para a extinção do aforamento estabelecido nesses locais. Contudo, nenhuma dessas ações chegou a vencer em última instância, e é improvável que isso venha a ocorrer, visto que a jurisprudência do STJ tem sido favorável ao Estado.

Além das controvérsias acerca da legitimidade do aforamento em questão, outros fatores tornam a situação no local mais complexa. O desconhecimento da existência do aforamento por boa parte dos moradores faz com que seus imóveis não sejam nem ao menos registrados na Secretaria de Patrimônio da União. Além da irregularidade proveniente da inexistência do registro, há aquela proveniente da inadimplência de muitos em relação às taxas devidas. Esses fatores podem gerar um volume ainda maior de litígios acerca do aforamento local.

Além dos casos de grande repercussão local citados anteriormente, a jurisprudência do STF firmou certos entendimentos acerca do instituto. Além das Súmulas

122²⁴ e 169²⁵, o RE 87.050-CE²⁶, julgado pelo STF em 12/04/1977, reconhece o usucapião como forma de constituição da enfiteuse. Como anteriormente salientado, a relevância jurídica da decisão se fez válida somente até 2002, quando o novo Código Civil proibiu a constituição de novas enfiteuses, e conseqüentemente tornou inválido o entendimento do STF quanto a usucapião como mais uma forma de constituir enfiteuse.

Pesquisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguem alguns casos e ementas para contextualizar melhor o instituto no âmbito dos casos concretos.

O primeiro se trata do Recurso Especial Nº 884.122²⁷. A parte recorrente se trata da Universidade Federal do Sergipe, em face da Associação Aracajuna de Beneficência. A Universidade recorre da decisão do TRF que a condenou ao pagamento de foro em atraso relativo ao aforamento do terreno em que se localiza o Hospital Universitário da Universidade Federal do Sergipe, terreno esse que a Associação Aracajuna de Beneficência clama ser titular do domínio direto, conseqüentemente titular do direito de receber os foros relativos ao regime de enfiteuse em questão.

Conforme havia sido registrado na sentença original, o terreno no qual se localiza o Hospital Universitário da UFS foi anteriormente cedido, gratuitamente, à Associação Aracajuna de Beneficência pela União Federal, cessão esta autorizada pelo art. 1º do Decreto 2.995/1915 e efetivada pelo Decreto 5.591, de 05/09/1928, ficando obrigada a Associação Aracajuna de Beneficência a respeitar a posse dos titulares de direitos de enfiteutas ou subenfiteutas ali existentes. Posteriormente a Associação, respeitando o domínio útil do enfiteuta Antonio Garcia Rosa, aceitou que o mesmo alienasse o seu direito, por compra e venda, ao Estado de Sergipe, recebendo pela transação o laudêmio e os foros pagos pelo Estado, como previsto por lei.

²⁴ O enfiteuta pode purgar a mora enquanto não decretado o comisso por sentença.

²⁵ Depende de sentença a aplicação da pena de comisso.

²⁶ STF, DJ 13 maio 1977, RE 87.050 / CE, Rel. Min. Moreira Alves.

²⁷ STJ, DJe 04 nov. 2008, REsp 884.122 / SE, Rel. Min. Eliana Calmon.

O Estado de Sergipe, agora na condição enfiteuta, doou o seu domínio útil sobre o terreno aforado à Universidade Federal de Sergipe, devidamente autorizado pela Lei Estadual 2.769/89, sendo construído na área o Hospital Universitário da UFS. Por não estar recebendo os foros a que tinha direito, a Associação Aracajuana de Beneficência ajuizou contra a Universidade Federal do Sergipe uma ação para cobrança de foro, alegando ser a proprietária do terreno foreiro, desde 1.915 e que, por força do instituto da enfiteuse, a Universidade lhe devia a taxa de ocupação que nunca foi paga.

O julgador monocrático de primeira instância, a partir da apreciação da prova, concluiu que o Hospital encontrava-se em terreno gravado por direito real de enfiteuse em favor da autora, e o registro de imóveis comprova o pagamento de laudêmio quando da transferência original.

Concluiu o juízo monocrático que, exercendo a autora o domínio indireto da totalidade do imóvel e estando o hospital localizado dentro da área foreira, é devido o pagamento do foro, passando a tratar do valor devido, julgando, ao final, procedente o pedido feito pela Associação.

A UFS interpôs recurso de apelação, argüindo como ponto principal o fato de que se o ato de constituição da enfiteuse tem como elementos essenciais a escritura pública e a transcrição no Registro Imobiliário competente, tal qual define o art. 676 do Código Civil de 1916, não poderia o juízo de primeiro grau concluir pela procedência de cobrança dos foros, uma vez que inexistem nos autos quaisquer documentos que comprovem a constituição da enfiteuse.

O TRF, após afastar a alegação de que a propriedade do bem não era da Associação, manifestou-se sobre a questão de registro, afirmando que esse argumento não era válido, pois já havia sido provada a constituição do aforamento (de caráter perpétuo) anterior à concessão feita para a UFS, para o Estado de Sergipe. Pela UFS ter adquirido área já objeto de aforamento, considera-se existente a enfiteuse, a despeito da inexistência do registro específico para a associação. Concluiu assim o TRF que a UFS deveria pagar o valor devido ao titular do domínio direto. O STJ, concordando com as decisões proferidas pelas instâncias

ordinárias negando provimento ao recurso, como podemos ver ao analisar a ementa do acórdão:

- “1. Propriedade de bem cedido pela União, a título gratuito, à Associação Aracajuana de Beneficência, devidamente formalizada a cessão pelos Decretos 2.295/15 e 5.591/28, obrigando-se a cessionária a preservar a posse de titulares de direitos de enfiteutas ou subenfiteutas,
2. Respeitando a doação aceitou a Associação a venda do domínio útil de um enfiteuta ao Estado de Sergipe, recebendo pela transação laudêmio e os foros.
3. Doação da área à Universidade Federal de Sergipe, pelo Estado, sendo construído pela adquirente o Hospital Universitário.
4. Inexiste ofensa ao artigo 676 do CC/1916, (“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, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código”), porque a aquisição pelo Estado foi de absoluta legalidade, tendo o adquirente plena ciência de que a propriedade estava gravada com ônus real - enfiteuse - constando da escritura pública o pagamento de laudêmio e foro à Associação Aracajuana de Beneficência.
5. Recurso especial não provido.”

O segundo estudo de caso do STJ se trata do Recurso Especial nº 267.099 – BA²⁸. Nesse Recurso Especial, o Município de Salvador recorreu contra a Companhia de Docas do Estado da Bahia – CODEBA. A Companhia de Docas do Estado da Bahia alegava não possuir a obrigação de pagar o IPTU ao município, dentre outros fatores, “por não ser titular de nenhum direito real sobre os imóveis, por não serem titulares do domínio direto”. Os imóveis, contudo, haviam sido concedidos à CODEBA sob o regime de enfiteuse, por se localizarem em área de marinha. De acordo com o art. 7º, IV, da Lei 6.222/75, o enfiteuta está obrigado a satisfazer os impostos que recaiam sobre o imóvel. Dessa forma, o julgamento do STJ foi favorável ao Município, reconhecendo a faculdade deste em cobrar da CODEBA os impostos que recaiam sobre os imóveis em questão, tal qual a ementa:

- “1. Por força do disposto no art. 34 do CTN, cabe ao detentor do domínio útil, o enfiteuta, o pagamento do IPTU.
2. A imunidade que possa ter o senhorio, detentor do domínio indireto, não se transmite ao enfiteuta.
3. Bem enfitêutico dado pela UNIÃO em aforamento.
4. Recurso especial conhecido e provido.”

Após alguns estudos de casos que tenham como objeto o instituto da enfiteuse, passemos às considerações finais.

²⁸ STJ, DJ 27 maio 2008, REsp 267.009 / BA, Rel. Min. Eliana Calmon.

VII - Conclusões

A enfiteuse é um instituto em extinção, mas que no presente momento ainda subsiste em nosso ordenamento e continua a ser objeto de litígios de grande porte. Ironicamente, apesar de se tratar de um direito real em extinção, ainda abrange espaço territorial de tamanho considerável. O laudêmio ainda é cobrado, por exemplo, em todo o município de Petrópolis, onde residem cerca de 312.000 habitantes.

O instituto teve uma evolução surpreendente desde suas origens greco-romanas até a forma com que o reconhecemos hoje. Teve papel fundamental no próprio ordenamento jurídico brasileiro, e a análise dessa evolução proporciona uma visão ímpar sobre a própria evolução do direito privado nos ordenamentos de orientação romano-germânica. Contudo, a tendência da enfiteuse é de, em alguns anos, existir somente como uma relíquia jurídica de nosso direito civil. Apesar do Projeto de Lei 6.960 de 2002 não ter previsão de apreciação pelo Congresso Nacional até a presente data, sua tramitação sem dúvida representará o fim desse instituto. Essa transição, contudo, merecerá especial atenção, pela amplitude de efeitos que trará, principalmente aos enfiteutas inadimplentes em relação às taxas devidas, que podem vir a perder seus imóveis em um prazo muito curto se a nova redação não conceder um prazo suficientemente longo para que saldem tais dívidas. Além disso, há de se salientar novamente a substituição da enfiteuse pelo direito de superfície, mais próximo dos ideais democráticos e do princípio de função social da propriedade, tão presente na Constituição Federal de 1988.

No âmbito tributário, é também preciso manter em mente que a natureza do laudêmio pago à União nos casos da transmissão do direito de enfiteuse sobre seus terrenos não tem natureza de tributo, trata-se de uma simples prestação pecuniária do enfiteuta à União, que nesse caso é apenas uma parte contratante. Contudo, como salienta Antônio Carlos Nogueira Reis, a prestação do laudêmio assume sim, caráter de tributo, quando se estende também aos casos de ocupação de propriedade da União. Nesses casos, é importante ter em mente a possibilidade da inconstitucionalidade dessa cobrança por invasão de

competência, já que o laudêmio possui mesmo fato gerador que o ITIV, cuja cobrança é de competência privativa dos Municípios.

Com essas observações, é concluída esta breve análise de âmbito histórico e jurídico, tendo traçado a evolução desse instituto desde suas origens até o papel que exerce atualmente em casos concretos no direito brasileiro e sua natureza jurídica, bem como provavelmente se dará sua extinção definitiva e considerações relevantes a serem feitas sobre esse processo de extinção.

VIII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Geraldo Magela. **Novo Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Roma Victor, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14º ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

BRASIL. **Código Civil revogado, lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/11/1916/3071.htm>>. Acesso em : 21 out. 2008.

BRASIL. **Decreto-lei nº 9.760/46 de 05/09//46**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del9760.htm> Acesso em: 25 out. 2008.

BRASIL. **Estatuto das Cidades, lei nº 10257 de 10 de julho de 2001**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm> . Acesso em: 21 out. 2008.

BRASIL. **Lei nº 5.827, de 23.11.1972**. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1972/5827.htm>> Acesso em: 21 out. 2008.

BRASIL. **Lei nº 9636 de 15/05/98.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9636.htm Acesso em: 25 out. 2008.

BRASIL. **Novo Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em : 21 out. 2008.

BRASIL. **Projeto de lei 6960/2002.** Acompanhamento da tramitação em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549 Acesso em: 21. out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Diário da Justiça Eletrônico, REsp nº 884.122, Sergipe, Ministra Eliana Calmon.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Diário da Justiça, REsp nº 267.009, Bahia: Relator Ministra Eliana Calmon, 27 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Diário da Justiça, REsp 87.050, Ceará, Relator Ministro Moreira Alves, 13 de maio de 1977.

CHALOUB, Apud Melhim, **Direito de superfície**, *Revista de Direito Civil n. 53*.

CRETELLA, José. **Curso de Direito Romano – O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no novo Código Civil**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Forense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 4º volume: direito das coisas, 22º ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

FALCONE, Hermano Americo. **Terrenos de marinha: preferencia ao aforamento, conceituacao, delimitacao da linha da preamar media de 1831**. *Revista Forense*, v. 75 , n.268, out./dez. 1979.

LOPES, M. M. de Serpa. **A enfiteuse: sua natureza jurídica e seu futuro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

MACHADO, Hugo de Brito, **Curso de Direito Tributário**. 29ª edição. São Paulo, SP: Ed. Malheiros, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3ª edição v. 18. Rio de Janeiro, RJ: Borsoi, 1971.

OLIVEIRA, J. E. Abreu de. **Aforamento e cessão dos terrenos de marinha**. Ceará: Imprensa Universitária, 1966.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22º ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

REIS, Antonio Carlos Nogueira. **A natureza tributária do "laudêmio" cobrado pela união nas transmissões do domínio útil de imóvel sob regime de ocupação**. *Revista Tributária de Finanças Públicas* v. 14, n. 70, 2006.

SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. **Da incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial e Urbana (IPTU) nas enfiteuses em terrenos de marinha**. *Revista Jurídica da Seção Judiciária Do Estado Da Bahia* v. 7, n. 8, 2008.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil – Direito das Coisas**. 4º volume. 12º ed. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2009.