# EM TÔRNO DA EXTINÇÃO DA ENFITEUSE

ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA

*SUMÁRIO: 1. Enfiteuse: origem e evolução. — 2. A enfiteuse em face do direito português e brasileiro. — 3. Direito real e direito pessoal. A caracterização da enfiteuse e o Cód. Civil. — 4. Conceito de domínio útil e de domínio direto. — 5. Extinção da enfiteuse pelo* comisso *— 6. O art. 693 do Cód. Civil e o direito de resgate. — 7. Os projetos de extinção da enfiteuse. — 8. A extinção da enfiteuse e o direito adquirido. — 9. A extinção da enfiteuse e a desapropriação — 10. Conclusões.*

1. A palavra enfiteuse que, segundo Cunha Gonçalves, significa *plantação* ou simplesmente *cultura,* tem prêsa sua origem ao direito helênico e como tal se denominavam "as concessões que os poderes públicos faziam aos particulares, de terras incultas, que o Estado não podia cultivar diretamente e que os cidadãos não podiam adquirir por compra".[1]

Tais consessões eram feitas mediante pagamento de uma pequena renda ou prestação, em caráter perpétuo ou a longo prazo, e tinham por objetivo a cultura de terras abandonadas.

Originária, portanto, do direito helênico, passou a enfiteuse para o domínio dos romanos, onde foi encontrar um instituto de fundamento e características inteiramente semelhantes, ou seja, o *ager vectigalis,* igualmente oriundo da necessidade de se fazer cultivar vastas áreas de terras, dando-as em arrendamento e permitindo que seus arrendatários delas se utilizassem como se fôssem seus próprios donos, mediante pagamento de determinada retribuição, prèviamente estipulada.

A princípio, tais arrendamentos eram feitos pelas cidades e templos, revestindo-se, quase sempre, de caráter temporário para só mais tarde, então, irem adquirindo maior estabilidade, até se converterem afinal, de transitórios que eram, em instituto de caráter perpétuo.

---

[1] "Tratado de Direito Civil", ed. 1934, vol. 9, pág. 211.

Fixada a perpetuidade do *ager vectigalis*, teve origem, conseqüentemente, a ação que deveria regular as relações entre senhorio e arrendatário, isto é, a chamada *actio vectigalis*, o que, no dizer do insígne Lafayette, "importava virtualmente o reconhecimento, em favor dos arrendatários de um direito real sôbre o imóvel sujeito ao arrendamento (*ager vectigalis*)".[2]

Com o advento da enfiteuse, portanto, passaram a coexistir no direito romano dois institutos de características e finalidades perfeitamente idênticas, pois o *jus enfitêutico* se confundia com *jus* sôbre o *ager vectigalis*. Todavia, sòmente mais tarde, por efeito da Codificação de Justiniano, foram êles unificados, então sob a denominação única de enfiteuse.

Referindo-se à enfiteuse, ensina Malckelday: *"L'emphyteose est le droit réel, par lequel nous nous servons de la propriété d'autrui comme de la nôtre, et disposons de la substance de la chose, sans cependat pouvoir la deteriorer et sous la condition de la cultiver, de l'ameliorer et de payer tous les ans, ou à d'autres èpoques determinées, une revendance fixe (canon, pension, renditus")*.[3]

Nosso Código Civil, por seu turno, inscreve a enfiteuse na capítulo referente aos direitos reais sôbre coisa alheia e em o art. 678 a conceitua pela seguinte forma: "Dá-se a enfiteuse, aforamento ou emprazamento, 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 fôro, anual, certo e invariável."

Definindo-a, afirma o egrégio Clóvis Beviláqua: "Enfiteuse é o direito real de posse, uso e gôzo de imóvel alheio, alienável e transmissível por herança, conferido, perpètuamente, ao enfiteuta, obrigado a pagar uma pensão anual invariável (fôro) ao senhorio direto".[4]

Eis, em síntese, a origem e evolução do instituto da enfiteuse a partir de suas primeiras manifestações, até sua efetiva fixação no direito romano, de onde passou para o direito dos outros povos e, bem assim, o conceito em que é tida pelo nosso Código Civil.

2. Por influência do direito feudal, sofreu o instituto da enfiteuse grande transformação e disvirtuamento, de modo a perder aquelas características de simplicidade do direito romano, para se transformar em verdadeiro instrumento de exploração e iniquidades, a que eram submetidos os arrendatários de terras, que passaram a constituir simples vassalos dos senhores feudais.

Em conseqüência, foram instituídos os serviços pessoais, a que estavam sujeitos os vassalos, principalmente durante o período de guerras. Por outro lado, perdeu o instituto as características de perpetuidade para sòmente vigorar por prazos determinados, findos os quais a posse do terreno voltava ao senhorio direto. Criaram-se, também, as famosas *lutuosas*, que sujeitavam o enfiteuta a

---

[2] "Direito das Coisas", vol. I, pág. 450.
[3] "Droit Romain", ed. 1941, pág. 106.
[4] "Direito das Coisas", ed. 1946, vol. I, pág. 321.

uma prestação extraordinária pela morte de cada uma das vidas, pelas quais fôssem constituídas as enfiteuses. Transformou-se, assim, o instituto da enfiteuse em fonte exclusiva de explorações e até mesmo de extravagâncias, constituindo seu uso verdadeiro atentado à dignidade humana pelas exigências brutais que se faziam ao enfiteuta.

Transportada para o direito português, a enfiteuse continuou revestindo-se das mesmas características que lhe emprestara o direito feudal, de modo a serem mantidas as obrigações pessoais, as lutuosas e tudo aquilo que transformara o Instituto em mera fonte de exploração do enfiteuta pelo senhorio direto.

Não obstante alegar-se que a enfiteuse no direito português já não se revestia daquelas características odiosas que lhe emprestara o direito feudal, Cunha Gonçalves informa: "Conquanto se tenha afirmado que em Portugal não foi mais usado o sistema feudal, é certo que êle vigorou intensamente no regime dos prazos, até a época das Ordenações Afonsinas...".[5]

No que se refere à duração da enfiteuse, então denominado de *prazo*, donde as expressões emprazamentos e aforamento, dividiam-se em prazos perpétuos ou fateosins e prazos de vida, sendo que os primeiros duravam para sempre em poder dos enfiteutas, enquanto os segundos, ou de vidas, eram concedidos sòmente a determinado número de pessoas ou vidas, ordinàriamente três, findas as quais, a propriedade era devolvida ao seu respectivo senhorio. Daí a afirmação de Dias Ferreira de que "os prazos fateosins foram sempre considerados como bens patrimoniais do foreiro, e os de vidas como de benefício".[6]

Com o advento do Código Civil português, entretanto, passou o instituto da enfiteuse por profunda transformação, donde serem suprimidas e, até mesmo proibidas, as estipulações de prestação de serviços pessoais, abolindo-se igualmente as famosas lutuosas (art. 1.657) e restaurando-se, por outro lado, a perpetuidade da enfiteuse, com a conseqüente proibição dos emprazamentos por vidas, que passaram a ser equiparados a simples arrendamentos (art. 1.654).

No direito civil brasileiro, ou melhor, no nosso Código Civil, a cuja vigência limitamos nossa apreciação, encontraram acolhida tôdas as transformações por que passara o instituto da enfiteuse no direito português, donde reconhecer-se como princípios a perpetuidade da enfiteuse, a modicidade dos foros, a abolição da lutuosa e dos serviços pessoais e, finalmente, a garantia de livre disposição do domínio útil, embora fôsse estabelecido o direito de preferência, que assiste ao senhorio direto.

O instituto da enfiteuse, entretanto, já não corresponde à realidade dos nossos tempos, daí constituir verdadeira excrescência no nosso direito, relembrando tão sòmente uma fase que ficou devidamente sepultada pela sua própria evolução e que o colocou em contradição absoluta com as novas teorias

---

[5] Tratado de Direito Civil, vol. 9, pág. 213.
[6] Código Civil Português, vol. 4, pág. 109.

referentes ao direito de propriedade, que deve subordinar-se antes e acima de tudo, aos interêsses sociais. Daí cogitar-se de sua abolição, conforme teremos oportunidade de tratar em capítulo posterior.

3. E' sabido que uma das grandes divisões dos direitos que formam e constituem o nosso patrimônio é evidentemente a que os qualifica de direitos reais e direitos pessoais, também denominados direitos absolutos e direitos relativos.

Como direito real ou absoluto devem entender-se aquêles que afetam a coisa direta e imediatamente, sob todos ou sob certos aspectos, seguindo-a em poder de quem quer que a detenha. Os direitos pessoais, também denominados de direitos relativos, não têm por objeto coisas corpóreas, mas atos ou prestações de pessoas determinadas, daí sua classificação de direitos obrigacionais.[7]

Na realidade o direito conferido ao enfiteuta, por mais amplo que seja, não importa transmissão de domínio ou propriedade do imóvel, porquanto admiti-la seria equipará-la à compra e venda, o que, evidentemente, não é exato.

Trata-se, segundo muitos, de um direito *sui generis*, visto como se distingue de todos os outros, pois "por meio dela o enfiteuta adquire todos os direitos inerentes ao domínio, com exceção do próprio domínio".[8]

Aliás, a enfiteuse contém em si elementos que se revestem, respectivamente, das características de direito real e de direito pessoal. Evidentemente, o direito à percepção do cânone, o direito ao laudêmio, o direito de preferência, constituem disposições que se revestem das características de direito pessoal. Por outro lado, o vínculo perpétuo, que torna independentes as relações jurídicas entre senhorio e enfiteuta, não pode ser caracterizado senão como autêntico direito real.

Nosso Código Civil, entretanto, conforme já foi dito, define a enfiteuse como um direito real sôbre a coisa alheia, daí a procedência da conclusão de Carvalho Santos: "Em face do nosso Código, a questão não comporta dúvidas. A enfiteuse é havida como direito real sôbre a coisa alheia. Vale dizer: não se admite a transmissão da propriedade, que permanece com o concedente, embora ao enfiteuta se transfiram todos os direitos inerentes ao domínio".[9]

4. Pela própria definição da enfiteuse, verifica-se que por ela se opera verdadeiro desmembramento do direito de propriedade, "ficando uma parte no antigo senhor com o direito de pedir o cânon, do laudêmio, da consolidação, e outros, ao que chamamos domínio direto, ou direitos dominicais; a outra parte para o enfiteuta, a qual consiste principalmente na faculdade de cultivar e tirar tôda a utilidade, a que chamamos domínio útil".[10]

---

[7] Cf. Lafayette, "Direito das Coisas", vol. I, págs. 21-22.
[8] Lacerda de Almeida, "Direito das Coisas", § 77.
[9] "Código Civil Interpretado", vol. 9, pág. 38.
[10] Coelho da Rocha, "Instituições de Direito Civil", vol. I, pág. 365, ed. 1917.

Vale assinalar que a divisão de domínio útil e de domínio direto era inteiramente desconhecida do direito romano e não se harmonizava, aliás, com o sentido que se emprestava à propriedade, acolhida como direito absoluto e insuscetível de divisão, de maneira que o proprietário tinha a faculdade de exercer na sua coisa o poder jurídico completo, denominado a *plena in re potestas.*

A origem da divisão está ligada ao direito feudal, por fôrça do qual se operou aquela distinção, segundo informa Laurent: *"Au moyen âge, l'emphyteose changea de caractère, ainsi que la propriété. La propriété romaine était un droit absolu qui ne souffrait point de partage; sou l'influence des idées féodales, au contraire, le droit de propriétaire se morcela: chaque chose eut pour ainsi dire deux propriétaires, car il n'y avait pas de terre sans seigneur. Le seigneur avait la propriété honorifique, le domaine qui conférait la souveraineté... Par ce contrat le propriétaire d'un fonds en transportait à un autre le domaine utile sous une revedance annuelle, et en retenait le domaine direct."* [11]

Segundo já afirmava Lobão, "pressuposto o domicílio pleno de alguns bens, nada há que natural, ou civilmente, obste a que o proprietário possa dispor dêle, quando especial lei lhe não resiste. Em conseqüência pode dividir êste domínio, ficando com uma parte, e a mais plena, demitindo a terceiro a menos plena" [12]

Vale consignar, entretanto, que a denominação domínio útil tem merecido a crítica de autorizados doutrinadores, dentre os quais destacamos Lafayette, que, ao referir-se ao assunto, assim se expressou: "A dita denominação, porém, peca por imprópria: na realidade, a enfiteuse não é uma verdadeira propriedade, mas um direito sôbre a coisa alheia análogo por sua extensão à propriedade". [13]

Aliás, a questão é brilhantemente situada por Cunha Gonçalves, quando sustenta: "A meu ver, pôsto que o direito do enfiteuta seja uma quase-propriedade, ou quase-domínio, nenhum dos dois interessados tem a propriedade ou o domínio da coisa aforada. Nesta coisa ficam existindo dois direitos reais, de extensão diferente, ambos suscetíveis de hipoteca e alienação pelo respectivo titular". [14]

Defenindo o que seja domínio útil e domínio direto, ensinam Aubry et Rau: *"On entendait par domaine utile, le droit de juissance séparé de la propriété. Le domaine direct comprenait les autres attributs de la propriété, avec le droit d'exiger certaines revedance irrachetables, en reconnaissance de le direct, et avec l'expectative de rentrer dans la pleine propriété par l'effet, suivant les cas, de la comisse, du retrait, du droit de préférénce, ou de l'expiration de la concession".* [15]

---

[11] "Principes de Droit Civil Française", t.º 8.º, ed. 1875, n.º 342.
[12] "Direito enfitêutico", ed. de 1857, vol. I, pág. 34.
[13] "Direito das Coisas", vol. I, pág. 459.
[14] "Tratado de Direito Civil", vol. 9, 217, 218.
[15] "Cours de Droit Civil Français", vol. II, pág. 637, ed. 1897.

Para Clóvis, o domínio útil consiste no direito de usufruir a coisa de modo mais completo e transmiti-la a outrem por ato entre vivos e de última vontade; enquanto por domínio direto deve entender-se o direito à substância da coisa sem as suas utilidades.[16]

5. Constitui o comisso uma maneira de extinção da enfiteuse, tendo como conseqüência imediata a consolidação do senhorio direto na posse plena do imóvel aforado. Caracteriza-se, segundo os têrmos do art. 692, item II, do Código Civil, pelo não pagamento, por três anos consecutivos, das pensões ou foros devidos pelo enfiteuta.

Face ao silêncio do Código, indagava-se se a extinção da enfiteuse pelo comisso deveria operar-se *ipso jure* ou se, pelo contrário, haveria necessidade de declaração judicial, mediante ação competente.

Em parecer referente ao assunto, afirmava Hahnemann Guimarães: "o comisso dá lugar à aplicação do pacto comissório tácito, da condição resolutiva tácita. Esta aplicação precisa, entretanto, ser pedida judicialmente e nisto o pacto comissório tácito se distingue da condição resolutiva, em sentido próprio. A ação de devolução, a também chamada ação de comisso, tem por objeto declarar a ocorrência da condição resolutiva, a extinção da enfiteuse *proter comissum*".[17]

Em sucinto comentário, o ilustre Carlos Medeiros Silva[18] elucida inteiramente o assunto e, citando Lafayette, Clóvis e Carvalho Santos, conclui pela necessidade de sentença judicial para a decretação da extinção da enfiteuse, mediante comisso. Aliás, para melhor esclarecimento, é oportuno, com a devida vênia, repetir as opiniões invocadas pelo comentarista.

Lafayette, por exemplo, assim se manifesta a respeito: "Não pode o senhorio por própria autoridade expulsar do imóvel ao enfitenta que incorre em comisso, mas deve invocar a intervenção da justiça, recorrendo à ação competente".[19]

Por sua vez, Clóvis Beviláqua ensinava: "Se o foreiro deixar de pagar a pensão por três anos consecutivos, cai em comisso, isto é, perde o seu domínio útil por decreto judicial provocado pelo senhorio em ação competente".[20]

A jurisprudência, por outro lado, é unânime em consagrar o ponto de vista da doutrina, exigindo o procedimento judicial para a decretação da extinção da enfiteuse pelo comisso, o que levou o insigne Aníbal Freire a firmar: "E' ponto pacífico de doutrina que à decretação da extinção da enfiteuse pelo comisso é necessária a propositura da respectiva ação".[21]

Já não têm, portanto, nenhuma razão de ser as dúvidas levantadas nos primeiros tempos de vigência do Código Civil quanto à exata aplicação e

---

[16] Cf. "Código Civil Interpretado", vol. III, págs. 245/246.
[17] "Rev. de Dir. Administrativo", vol. III, pág. 357.
[18] Idem, idem, vol. VII, pág. 90.
[19] "Direito das Coisas", vol. I, pág. 459.
[20] "Direito das Coisas", vol. I, pág. 233.
[21] "Revista Forense", vol. 98, pág. 238.

entendimento a ser dado ao art. 692, item II, resultando inteiramente escoimado de dúvidas que o disposto naquele artigo não se opera *ipso jure*, mas, pelo contrário, só mediante ação judicial competente poderá ser decretada a extinção da enfiteuse, em virtude do comisso.

Aliás, segundo esclarece Coelho da Rocha, já no direito português era exigido o procedimento judicial para a decretação da extinção da enfiteuse pelo comisso, conforme consta do seguinte trecho: "para o senhorio consolidar o prazo em pena de comisso, é necessária sentença sôbre ação por êle intentada contra o foreiro, a que chamamos ação de comisso".[22]

Vale consignar, ainda de acôrdo com Carlos Medeiros Silva, que, com relação aos imóveis pertencentes à União, a regra é diversa, por fôrça de dispositivo expresso, ou seja o art. 2.º do decreto-lei n.º 20.606, de 6 de julho de 1934, que determina:

"Independentemente da ação judiciária, fica consolidado o domínio da União sôbre os terrenos cujos contratos de aforamento tenham caído em comisso".

6. Inspirado no Código Civil italiano, que contém dispositivo idêntico, o nosso codificador estabeleceu no art. 693 do Código Civil:

"Todos os aforamentos salvo acôrdo entre as partes são resgatáveis 30 anos depois de constituídos, mediante pagamento de vinte pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar ao resgate, nem contrariar as disposições imperativas dêste capítulo".

Longa controvérsia estabeleceu-se em tôrno da aplicação dêste dispositivo de lei às enfiteuses constituídas anteriormente ao advento do Código Civil.

O insigne Clóvis Beviláqua, por exemplo, colocava-se à frente dos que negavam a retroatividade do dispositivo, afirmando textualmente: "O direito de resgate não aproveita aos aforamentos já constituídos, quando o Código Civil entrou em vigor por se não ofender o direito dos senhorios, que, contando com a perpetuidade estipularam cânones extremamente módicos".[23]

Sustentando idêntico ponto de vista, relembra Sá Freire a lição do insigne Gabba, quando, em sua monumental obra, escreveu o seguinte: "Aquelas transformações das instituições jurídicas perpétuas, que não têm por efeito cessar esta perpetuidade, porém que se resolvem em qualquer mudança da disposição interna delas, não podem ser aplicadas retroativamente, a menos que o legislador o ordene expressamente".[24]

Para Sá Freire o disposto no art. 693 do Código Civil não tem por efeito fazer cessar esta perpetuidade, por isto que a enfiteuse continuava, como no direito anterior, se revestindo das mesmas características de perpetuidade. O que a seu ver ter-se-ia verificado, quando muito, seria uma transformação do instituto em suas disposições internas, motivo pelo qual não poderia ser aplicado retroativamente o dispositivo que estabeleceu o direito de resgate.

---

[22] "Instituições de Direito Civil Português, vol. II, pág. 381.
[23] "Código Civil", vol. 3, pág. 261.
[24] "Rev. de Direito", vol. 44, pág. 199/200.

Em conclusão, afirmava o ilustre jurista: "A faculdade de resgate, repetimos, não modificou o instituto jurídico da enfiteuse, donde a conclusão que os contratos celebrados antes de vigorar o Código, devem ser regidos quanto às suas condições de validade e seus efeitos, pela lei vigente ao tempo em que foram firmados, solução essa que se concilia com a opinião daqueles que se esforçam em sustentar que as leis que extinguem os institutos jurídicos de duração perpétua levam de vencida os direitos adquiridos".[25]

Colocando-se em posição contrária, de modo a sustentar a aplicabilidade do art. 693 às enfiteuses constituídas anteriormente ao Código Civil, afirmava, por seu turno, o egrégio João Luís Alves, em magnífico parecer: "O resgate, no próprio conceito de Gabba, não constitui uma simples mudança na disposição interna da enfiteuse perpétua, mas uma transformação que tem por efeito fazer cessar-lhe a perpetuidade. Se o foreiro, passados 30 anos, pode resgatar o aforamento (sem renunciar prèviamente a êsse direito), é claro que o Código Civil transformou, estabelecendo uma fórmula de fazer cessar-lhe a perpetuidade".[26]

Segundo Eduardo Espínola e Espínola Filho, o Tribunal de São Paulo, em acórdão de 23 de abril de 1926, decidiu de conformidade com o ponto de vista de Clóvis e Sá Freire, isto é, pela irretroatividade do disposto no art. 693, baseado em que a decisão em sentido contrário viria ofender o direito adquirido do senhorio direto .

Comentando a aludida decisão, afirmam os egrégios juristas, acima citados, que "a solução do Tribunal Paulista não encontra apôio na doutrina dominante".[27]

Estamos em que, se o art. 693 do Código Civil, ao estabelecer o direito de resgate, afirmou que tal direito era irrenunciável, isto, evidentemente, importa em fazer cessar a perpetuidade do instituto da enfiteuse, não constituindo ao contrário, uma simples transformação em sua disposição interna, como afirmava Sá Freire.

Não há como fugir desta conclusão, pois o reconhecimento do dierito de resgate e a proibição de que tal direito seja renunciável, importa, evidentemente, dizer que tal instituto deixou de se revestir de suàs anteriores características de perpetuidade.

Eis porque estamos perfeitamente à vontade, no lado dos que afirmam a retroatividade do art. 693, que instituiu o direito de resgate, e, conseqüentemente, com João Luís Alves, quando diz: "desde que o legislador quis dar à perpetuidade de uma instituição, como a enfiteuse, um remédio inspirado na conveniência social e econômica da integração do domínio direto e útil, criando o direito de resgate, como uma compensação ao senhorio direto, equivalente ao seu direito ao foro, não há como recusar a essa reforma o efeito retroativo, sem o qual, na frase de Aubry et Raue ela faltaria ao seu fim".[28]

---

[25] "Revista de Direito", vol. 44, pág. 201.
[26] "Idem, idem, vol. 47, pág. 486.
[27] "A lei de introdução ao Código Civil", vol. I, pág. 465.
[28] "Rev. de Direito", vol. 47, pág. 491.

Tal maneira de entender, aliás, está perfeitamente de acôrdo com os ensinamentos do insigne Gabba, quando sustenta: *"Noi non dubitiamo che una volta introduto il principie della afrancabilitá delle rendite enfiteutiche perpetue. questo principie dovrebbe essere applicato alle enfiteusi già constituinte grand'anche il legislatore espressamente nol dicesse; tal retroattività sarebbe importa dal carattere di perpetuità".*[29]

Examinada a questão em face das várias doutrinas sôbre a aplicação das leis, verifica-se que tôdas elas, sem uma única exceção, autorizam perfeitamente o entendimento adotado, conforme demonstraremos em capítulo subseqüente, cuja relação com o presente se evidencia fàcilmente.

7. Designada, ainda ao tempo da ditadura, para elaborar anteprojeto de lei sôbre a extinção da enfiteuse, a ilustre Comissão composta pelos juristas Orosimbo Nonato, Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães, José Sabóia Viriato de Medeiros e Agripino Veado, apresentou ao govêrno o resultado de seus trabalhos, em 18 de janeiro de 1944, consubstanciado em três projetos de lei.

O primeiro dêles dispunha sôbre a extinção da enfiteuse, regulando seus efeitos e a maneira do resgate; o segundo, referia-se à criação de uma comissão para conhecer do resgate de terras do Domínio da União, facilitando ao Govêrno Federal a liquidação dos múltiplos casos de enfiteuse em vigor e o terceiro regulava a alienação dos terrenos de marinha e acrescidos.

Em relatório ao Govêrno, a ilustre Comissão justificava a extinção do instituto da enfiteuse, pelo fato de não mais trazer vantagens à sociedade, tornando-se mesmo responsável por muitos incômodos e dispêndios causados aos interessados. Além disso, razões outras, às quais teria de acrescer a circunstância de que os ônus auferidos pelos poderes públicos sobrepujavam as vantagens, justificavam plenamente, no seu modo de entender, a necessidade da extinção do referido instituto.

No anteprojeto referido se dispunha: "imediata à abolição da vestuta categoria jurídica, que, revivendo o nome de antigo instituto grego, começou a se desenvolver no direito romano do IV século e forneceu a base do aproveitamento da terra no período medieval, passando no direito português...".[30]

Justificando projeto de lei de extinção da enfiteuse, que aliás é baseado no da comissão referida, o ilustre deputado e professor Hermes Lima teve oportunidade de salientar a oportunidade e interêsse do assunto por isto que não mais se justifica a existência de tal instituto em nosso direito.

Aliás, referindo-se ao trabalho feito pela comissão já citada, afirmava o ilustre deputado: "O que faço neste momento, é oferecer ao debate e a decisão da comissão, tornando meu o projeto elaborado por aquela douta Comissão, o qual embora merecedor de certo reparos, constitui um ponto de partida magnífico para a solução do assunto".[31]

---

[29] "Teoria della retroattività delle leggi", ed. 1871, vol. 3, pág. 147.
[30] "Rev. Forense", vol. 98, pág. 238.
[31] "Diário do Congresso", de 15-5-948, pág. 3273.

O projeto do deputado Hermes Lima está consubstanciado em 18 artigos apenas e suas linhas gerais, conforme ficou dito pelo seu próprio autor, estão subordinadas ao anteprojeto apresentado pela ilustre comissão de juristas. Tanto neste projeto como no da Comissão de Juristas, no qual aquêle se funda, se prevê que a extinção da enfiteuse deverá operar-se mediante resgate, com o pagamento, portanto, de determinada importância em dinheiro.

Aprovado pela Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, com restrições quanto a aplicação às enfiteuses anteriores ao Código Civil, tem ali o projeto de lei seu regular desenvolvimento.

8. A principal objeção formulada por quantos se opõem à extinção do instituto da enfiteuse, funda-se no argumento de que seria inconstitucional a lei que assim dispusesse, porquanto viria ferir o direito adquirido do senhorio direto, que a Constituição garante em seu art. 141, § 3.º, quando prescreve: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Não resta dúvida que a teoria do direito adquirido ,entre nós, se reveste de maior autoridade e amplitude, resultante de sua inscrição em nossa lei básica; todavia, na espécie, o argumento invocado não procede, por isto que não se esteia na melhor doutrina, não estando em consonância com os ensinamentos dos mestres, conforme procuraremos demonstrar. Aliás, o assunto é estritamente de direito civil e dentro de seu âmbito, encontrar-se-á perfeita solução, daí não ser importante seu exame em face do direito constitucional.

De início, vale ressaltar que a tese da inadmissibilidade da extinção do instituto da enfiteuse pela ofensa que traria ao direito adquirido dos senhorios diretos, importaria a aceitação do princípio contrário que não admite a extinção dos institutos de caráter perpétuo, o que não é aceito pela unanimidade dos doutrinadores. Os direitos perpétuos, evidentemente, são suscetíveis de extinção, pois do contrário seria impossibilitar a própria evolução da Ciência do Direito, que não pode ficar sujeita a tal limitação.

Como uma das maiores autoridades no assunto, o insigne Gabba, assim se manifesta: *"Le enfiteusi perpetue, come tutte le istituzioni e i diritti reali di perpetua durata, sono certamente sattoposte sempre alla legge attuale, o in altri termini il legislatore ha sempre facoltá di stabilire nuove regole, intorne alle enfiteusi perpetue già costituite, e le nuove leggi intorno a questa materia si applicano anche alle enfiteusi già constituite, sempre chè il legislatore non la abbia espressamente riservate".*[32]

E' verdade, entretanto, que em suas considerações posteriores, o ilustre mestre subordina a duas condições a extinção dos institutos de caráter perpétuo, quando afirma: *"Due condizioni peró si richiedono affinché legge siffate siano giuste; prima é una reale utilitá socieale del nuovo provverimento, la seconda é il rispetto dei diritti aquisiti, almeno mediante sostituzione al medesimi di altri diritti o compensi equivalenti (all'ato inclui vengoni aboliti").*[33]

---

[32] "Teoria della retroattività delle legge", ed. de 1.871, vol. III, pág. 147.

[33] Op. cit., vol. III, pág. 183.

E' evidente que a primeira condição exigida, isto é, a da real utilidade social está perfeitamente configurada na hipótese da extinção do instituto da enfiteuse, pois não resta dúvida que tal lei seria eminentemente social, porquanto por ela se visaria apagar de nosso código um instituto inteiramente caduco que não mais corresponde aos interêsses da vida moderna, constituindo, pelo contrário, fonte de dificuldades a quantos estejam obrigados a sentir seus imediatos efeitos.

Subordinando, portanto, a extinção da enfiteuse ao direito adquirido não o faz o grande mestre de maneira absoluta, admitindo, pelo contrário, a possibilidade de que tal direito seja substituído por outro direito ou compensão equivalente. Assim, desde que na lei referente à extinção do instituto da enfiteuse se preveja uma indenização ao senhorio pela perda de seu domínio direto, não se configurará, conseqüentemente, qualquer ofensa ao direito adquirido, que simplesmente será substituído por um direito ou compensão equivalente.

No mesmo sentir é a lição de Faggella, quando afirma: *"Può peró la nuova legge abolire il diritto reale, anche quando sia acquisito, ma in tal caso è dovuta un'indennità"*.[34]

Para outros, entretanto, dentre os quais destacamos Carlos Maximiliano, o problema ainda é mais simples, resumindo-se no seguinte: "Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se logo, não só a lei abolitiva, mas, também, a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Não se acoima de retroativa a aplicação integral e imediata de uma lei abolitiva da escravidão, da enfiteuse, do fideicomisso perpétuo".[35]

Bastante conhecida entre as teorias sôbre aplicação de lei é a que resulta da distinção estabelecida entre normas de direito público e normas de direito privado. Predominando nas leis de ordem pública o interêsse coletivo, que deve sobrepor-se ao interêsse individual, impõe-se a retroatividade da lei, o que não acontece, entretanto, com as normas de direito privado, porquanto nestas o que predomina é o interêsse individual e só conseqüentemente o da sociedade.

E' evidente a razão de tal princípio, pois, como esclarece ainda Carlos Maximiliano, "uma das razões da diferença na aplicabilidade, entre o direito público e o direito privado está em que as reformas não podem deixar funcionando paralelamente dois sistemas o antigo e o novo; ao passo que entre particulares isto é possível".[36]

Com bastante razão, portanto, inscreveu Carlos de Carvalho no art. 21 da sua "Nova Consolidação das Leis Civis": "As leis não têm efeito retroativo, salvo as que regulam assunto de ordem ou de direito público, qual a abolição de uma instituição e o estado e a capacidade das pessoas, respeitados os fatos consumados, isto é, que produziram todos os efeitos de que são suscetíveis".

---

[34] "Retroattività delle Legge", pág. 601, vol. II, ed. de 1922.
[35] "Direito intertemporal", pág. 262.
[36] "Idem, idem", pág. 326.

E' sabido, por outro lado, que os direitos reais estão sujeitos às leis novas que sôbre êles disponham. Esta é a lição do insigne Paul Roubier: *"La loi qui supprime un type de droit réel doit s'apliquer aussitôt à tous droits de ce genre qui existent: car la loi ainsi portée a pour but de remédier aux inconvénients resultant de ce droit réel; elle est une loi de statique juridique, qui, des son entrée en viguer, met fin a toutes les situations existentes. Tel fut le cas de lois qui supprimaient les droits féodaux".*[37]

Duguit, por outro lado, criticando a teoria do direito adquirido, estabeleceu o que denominou a teoria das situações jurídicas, segundo a qual a regra da não retroatividade está prêsa à distinção entre as manifestações de vontade, ou como denomina, situações jurídicas subjetivas, em contraposição às situações jurídicas objetivas, para daí concluir que as situações legais e permanentes, derivadas da lei, seguem tôdas as transformações dêsta, de maneira que a lei nova modifica uma situação legal nascida anteriormente, sem produzir, por isso, um efeito retroativo.

A conclusão do mestre, segundo informa autorizadamente Eduardo Espínola e Espínola Filho, é a seguinte: "A regra é, pois, que o princípio da não retroatividade visa as manifestações de vontade, ou situações jurídicas subjetivas; e não as situações legais objetivas".[38]

Ora, o instituto da enfiteuse consubstancia uma situação legal, permanente e objetiva, de maneira que a lei que dispusesse sôbre sua extinção, de acôrdo com a doutrina de Duguit, teria, evidentemente, aplicação às situações anteriormente constituídas, a menos que o legislador dispusesse, expressamente, em sentido contrário.

Verificamos, portanto, que a lição dos doutrinadores é no sentido de autorizar a extinção do velho instituto da enfiteuse, sendo insubsistente o ponto de vista dos que a isto se opõem alegando a impossibilidade de se prescrever lei ofensiva a direito adquirido.

A lei que dispusesse sôbre a extinção da enfiteuse sem estabelecer uma indenização ao senhorio pela perda de seu domínio direto, viria evidentemente ferir seu direito adquirido, consubstanciado nas vantagens decorrentes do seu exercício, todavia, desde que tal indenização seja prevista não se configura tal ofensa. Em conclusão, a extinção da enfiteuse, em face do ponto de vista unânime dos doutrinadores, pode ser decretada sem o menor receio de ofensa a direito adquirido e deverá ser aplicada indistintamente às enfiteuses posteriores e anteriores ao Código Civil.

Aliás, vale registrar o ensinamento de Ruggiero, quando diz: "... o interêsse social pode levar ao desconhecimento das aquisições já feitas, desde que esta forma de propriedade ou de outro direito real seja considerada contrária aos princípios em que se inspira a legislação posterior".[39]

---

[37] "Les conflits des lois dans les temps", ed. de 1933, vol. II, pág. 189.
[38] "Lei de Introdução ao Código Civil", vol. I, pág. 315.
[39] "Instituições de Direito Civil", vol. I, pág. 181.

9. Inspirado nos ensinamentos de Gabba e Faggella, estamos em que para ser justa e, além de justa, constitucional e legítima, a extensão da enfiteuse deverá operar-se mediante o resgate do domínio direto, a ser consolidado na pessoa do enfiteuta, que passará, conseqüentemente, a exercer o domínio pleno da propriedade aforada.

De um lado, portanto, teríamos a fôrça coercitiva da norma jurídica extinguindo um direito de que seria titular o senhorio direto; de outro, a contraprestação em dinheiro, exigida pela própria lei como condição para que tal extinção se tornasse efetiva.

Evidentemente, estariam configurados todos os elementos caracterizadores de uma verdadeira desapropriação, desde que partíssemos do pressuposto de que a lei seria evidentemente inspirada na prevalência do interêsse público ou social sôbre o interêsse individual ou privado.

Segundo informa Carvalho Santos, citando Pacifici Mazzoni, "o resgate, no conceito dos tratadistas, não é senão, em substância, uma desapropriação do domínio do senhorio em favor do enfiteuta, justificando pelo interêsse geral da propriedade plena e livre".[40]

Aliás, constitui princípio geral de doutrina que os atos legislativos que subtraem ou diminuem direitos patrimoniais privados, entrem no conceito amplo de desapropriação.[41]

Não resta dúvida, conforme se evidencia, que a extinção da enfiteuse, mediante pagamento de determinada contraprestação em dinheiro, equivaleria a verdadeira desapropriação do domínio do senhorio direto, em benefício do enfiteuta. Assim encarada, estaria plenamente justificada a legitimidade da lei que visasse aquêle objetivo, já que suficientemente autorizada pelo § 16 do art. 141 da Constituição Federal, quando dispôs: "E' garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interêsse social, mediante prévia e justa indenização".

Em ligeiro exame do dispositivo citado, verificamos que a Constituição Federal de 1946 foi além das anteriores quando estabeleceu a faculdade de desapropriar, ampliando-a até o limite do interêsse social, o que, evidentemente, dá maior amplitude e elasticidade ao referido dispositivo constitucional.

A lei que extinguisse a enfiteuse, evidentemente, só poderia inspirar-se no interêsse social, já que tal extinção importaria no reconhecimento expresso de que a referida figura jurídica realmente se transformara em instituição contrária àqueles interêsses, não mais se justificando, portanto, sua existência em face de nossa evolução jurídica.

Em virtude de tais considerações e ainda mesmo que admitíssemos como procedente o argumento formulado no sentido de que a extinção da enfiteuse, em face do nosso direito, seria inadmissível, porquanto viria ferir o direito

---

[40] "Código Civil Interpretado", vol. IX, pág. 102.

[41] Cf. "Principii di Diritto Amministrativo, pág. 107, 3.ª ed., 1912.

do senhorio direto, que a Constituição garante e assegura em seu art. 141, § 3.º, seríamos, entretanto, forçados a concluir que tal extinção estaria plenamente justificada em face da própria Constituição e do próprio art. 141 quando em seu § 16 admite a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interêsse social, êste último perfeitamente caracterizado na espécie em estudo.

Eis porque somos levados a concluir que, encarada como desapropriação do domínio direto, mediante determinado pagamento em dinheiro, equiparável à indenização, seria perfeitamente regular, constitucional e legítima a lei que estabelecesse a extinção da enfiteuse.

10. O que surpreende a quem estuda o instituto da enfiteuse, também denominado aforamento ou emprazamento, é o fato de haver, até hoje, vigorado em nossas leis, quando, de há muito, devera ter sido recolhida ao museu das coisas inúteis e inconvenientes ao intêresses sociais.

Oportunas e justas, portanto, são as palavras de João Mangabeira, que, referindo-se ao assunto, assim se manifestou: "Peça do mundo antigo e base do regime feudal, nada justifica êsse cativeiro 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".[42]

Na realidade, nada há que justifique sua existência, quer o direito adquirido do senhorio direto, quer as alegações dos pretensos benefícios que ainda poderia prestar, possibilitando a exploração de vastas áreas de terras, e muito menos, ainda, a de que de sua extinção decorreriam prejuízos para os cofres públicos, por isto que várias municipalidades têm seus orçamentos baseados na renda proveniente de fôros e laudêmios.

Quanto ao direito adquirido, já nos manifestamos em capítulo especial. Por outro lado, não poderá, por sua vez, impressionar o argumento formulado no sentido de que poderia ainda prestar benefícios à coletividade, possibilitando a exploração de terras incultas, porquanto é o próprio Estado o maior interessado na consolidação do domínio direto e do domínio útil na pessoa de um único proprietário.

Quanto ao prejuízo que da abolição da enfiteuse decorreria para os poderes públicos, limitamos tão sòmente a transcrever a opinião dos ilustres membros da Comissão de juristas, tantas vêzes referidas no presente trabalho: "Os ônus decorrentes das repartições encarregadas de atender ao registro e ao movimento dessa modalidade de exercício de direito de propriedade, sobrepujava as vantagens auferidas, ainda as de ordem financeira, e jamais facilitaria a execução de um serviço público, já não diríamos modelar, mas razoável, ante a extensão de nosso território e a escassez de população em certas zonas".[43]

Significativo é o fato de não se ter levantado, dentre as muitas ilustres e autorizadas da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, uma única voz

[42] "Em tôrno da Constituição", ed. de 1934, pág. 227.
[43] "Rev. Forense", vol. 98, pág. 238.

para condenar francamente a extinção da enfiteuse, pois aquêles que se opuseram ao projeto do deputado Hermes Lima, se limitaram a votar contra, sem trazer, entretanto, um *argumento* sequer em defesa de seus pontos de vista.[44]

Na realidade a enfiteuse constitui, hoje como ontem, mero instrumento de exploração daqueles que cultivam e valorizam pelo seu trabalho as terras pertencentes a proprietários privilegiados, exploração tanto mais grave quanto é certo que por ela ficam eternamente subordinados ao senhorio direto as diversas gerações de enfiteutas, possibilitando-se ao senhorio, além dos demais direitos, participar da valorização do imóvel, auferindo laudêmios mais elevados, embora não tenha contribuído, de maneira alguma, para a aludida valorização.

Além disso, a caducidade do instituto; a necessidade de se imporem à propriedade apenas e tão sòmente as restrições ditadas pelos poderes públicos; o prejuízo que acarreta às transações imobiliárias; os ônus que dela decorrem para o Estado, com a manutenção de dispendiosos serviços públicos, são fatos que estão a exigir a extinção de um instituto que, desde muito, perdeu inteiramente sua razão de ser.

Não há como argumentar em sentido contrário, pois a razão está com Carlos Maximiliano, quando afirma: "A conservação de institutos caducos, inspirado pelo respeito a indivíduo, não corresponde à idéia do direito, ofende-a; porquanto, onde esta impera, tôda injustiça, uma vez reconhecida, cessa. Desarrazoado seria mantê-los quando "não passam de máscaras vazias, das quais a vida se retirou desde que a doutrina e os princípios aos quais êles deviam a existência, sucumbiram sôbre o anátema da história".[45]

Em face das considerações expendidas, concluiremos:

I. Nenhum princípio de direito existe que proíba a extinção dos institutos jurídicos de caráter perpétuo, pois admiti-lo seria trancar a própria evolução da ciência do direito.

II. A extinção da enfiteuse, mediante determinado pagamento, equiparável à indenização, é perfeitamente legítima e como tal não ofende o direito adquirido do senhorio direto.

III. A lei que assim dispuser não se enquadrará, portanto, na proibição prevista no art. 141, § 3.º, da Constituição Federal, no que se refere a direito adquirido, donde não poder ser posta em dúvida sua legitimidade constitucional.

IV. Ainda que tal entendimento fôsse tido como improcedente, a extinção da enfiteuse seria perfeitamente viável e justa, em face do § 16 do art. 141 da Constituição Federal, desde que equiparada à desapropriação.

V. A extinção da enfiteuse constitui um imperativo de nossa evolução econômica, social, política e jurídica, impondo-se seja feita sem qualquer distinção ou limitação entre enfiteuses anteriores ou posteriores ao Código Civil.

---

[44] "Diário do Congresso Nacional", de 15-5-948, pág. 3267 e segs.
[45] "Op. cit.", pág. 62.