

A EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA ENFITEUSE EM TERRAS PARTICULARES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 COMPARADO AO DIREITO DE SUPERFÍCIE.

Anastácia Beda Oliva do Amaral

Adriano Soares

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO; 2.ORIGEM DO INSTITUTO DA ENFITEUSE;3. CONCEITO DE ENFITEUSE 4.NATUREZA JURÍDICA; 5.OBJETO; 6.DISTINÇÕES IMPORTANTES; 7.DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO ENFITEUTA; 8.DIREITOS DO SENHORIO; 9.DO FORO; 10.DO LAUDÊMIO; 11.DIREITO DE RESGATE; 12.MODOS DE CONSTITUIÇÃO; 13.MODOS DE EXTINÇÃO; 14.ENFITEUSE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE; 15. CONCLUSÃO.

RESUMO:

O trabalho visa analisar o instituto da enfiteuse com todas as suas características estabelecidas a luz do Código Civil de 1916, confrontando-as com a nova disposição legal trazida a baila no Código Civil de 2002. Almeja demonstrar que apesar da expressa disposição legal, a qual proíbe a constituição de novos aforamentos, a mesma ainda se encontra presente nos dias atuais, principalmente dentro das relações imobiliárias. Entretanto, o cerce deste trabalho esta no fato de realizar uma comparação entre o instituto da Enfiteuse e o Direito de Superfície de forma a demonstrar que esta veio para substituir a longo prazo os aforamentos ora constituídos, conforme poderemos depreender da leitura este trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: Enfiteuse, Direito de Superfície.

1. INTRODUÇÃO

A enfiteuse é um direito que tem origem greco-romana, sendo que a mesma ganhou mais evidência durante o período medieval. No Brasil, tal instituto teve uma particular importância na formação do país, pois em razão da larga extensão territorial, a concessão por parte do senhorio, de cultivo da terra por outrem, o que ajudou de forma sobrenatural o desenvolvimento do país, bem como no seu povoamento.

Tal instituto confere a alguém, perpetuamente, o domínio útil de uma propriedade, sendo este conhecido como foreiro ou enfiteuta, o qual tem a obrigação de pagar ao senhorio direito, que possui o domínio eminente ou direto do bem, uma quantia anual, conhecida mais usualmente como foro, também podendo ser denominada como cânon ou pensão, sendo que este deve ter um valor módico.

É pacífico na doutrina, nos dias atuais, que a enfiteuse possui natureza jurídica de direito real em coisa alheia, entretanto, ainda há quem diga, ser este um direito inerente a condição de proprietário, o que não é verdade, pois apesar do enfiteuta possuir poderes tão amplos como se proprietário fosse, a ele não é permitido mudar a substância da coisa que esta sob enfiteuse.

Outro ponto relevante é que somente podem ser objeto de enfiteuse, coisa imóvel, que se restringe as terras não cultivadas e aos terrenos que se destinem a edificação.

Importante, também é distinguir esse instituto de outros previstos no nosso ordenamento, como a usufruto e o arrendamento, sendo que neste reside a maior semelhança, sendo, portanto necessária uma análise mais aprofundada para que não haja confusão entre ambos.

A enfiteuse tem seu tratamento jurídico todo abordado no antigo Código Civil de 1916, nos artigos 678 a 691, tais artigos dispõem de forma clara os modos de constituição e extinção da enfiteuse, bem como as obrigações e direitos do enfiteuta, bem como do senhorio.

Dentre as obrigações, podemos destacar a de pagar laudêmio, nos casos em que ocorra cessão onerosa o bem sobre enfiteuse, sendo que este terá como base de calculo 2,5%, do valor total que esta sendo alienado

O direito de resgate é uma faculdade que o enfiteuta tem de adquirir para si a propriedade do bem objeto da enfiteuse, desde que aguarde o transcurso de 10 (dez) anos de constituição da enfiteuse, pague 10 (dez) pensões anuis somadas a um laudêmio. Por ser um direito potestativo, ou seja, contra ele não cabe contestação, não pode o senhorio negar ao enfiteuta essa possibilidade.

A enfiteuse foi extinta do nosso ordenamento pátrio, pelo Código Civil de 2002, em relação às terras particulares, sendo proibida qualquer forma de constituição da mesma, restando somente as que foram constituídas sob a égide do Código Civil de 1916, sendo estas tratadas atualmente, no que couberem, as previsões legais dispostas neste.

Tal previsão esta expressamente disposta no Livro Complementar, das Disposições Finais e Transitórias, no seu artigo 2.038, o qual diz que fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior e leis posteriores.

Toda esta análise do instituto da enfiteuse nos permitiu concluir o mesmo esta em processo de extinção, sendo que a longo prazo, não mais restará enfiteuse, sobre terras particulares.

Por Fim, da análise da enfiteuse e sua extinção em face do Código Civil de 2002, acabamos por desaguar no Direito de Superfície, sendo este, para muitos autores uma evolução da enfiteuse, mais adequada aos dias atuais.

2. ORIGEM DO INSTITUTO DA ENFITEUSE

A palavra enfiteuse encontra suas raízes na sociedade grega, entretanto, o instituto em si é criação do Direito Romano. Segundo Orlando Gomes (2009, p.301), a enfiteuse seria “o resultado da combinação de enfiteuse grega com o arrendamento público romano.”

O que ocorria àquele tempo era uma cessão para que o particular, através do arrendamento a longo prazo, cultivasse a terra, a qual estava inculta. Tal arrendamento, se dava inicialmente de tal forma, entretanto, com passar dos tempos, fora se tornando perpétuo, não sendo mais facultado ao arrendatário reaver a terra, caso estive recebendo o pagamento em dia do valor estipulado a título de renda.

A criação de enfiteuses naquele período histórico exerceu papel bastante relevante, pois ajudou a haver um crescimento na economia, bem como deu função social as terras, antes incultas.

Apesar de ter origem romana, importante se faz expor que este direito real ganhou bastante força durante o período da Idade Média, mas na mesma proporção, sofreu uma deturpação na sua essência, pois a esta época, o senhor visava fixar o vassalo a terra, submetendo-lhe ao pagamento da renda, sem visar nenhum desenvolvimento econômico para aquele, almejando somente sendo apenas esta uma relação de submissão, na qual o senhor somente visava alcançar ambições pessoais. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2009, p.530),

definem da seguinte forma o almejado pelos senhores das terras: “seu objetivo era fixar o vassalo e sua família à terra, ante a prevalência dos interesses econômicos, políticos e militares do senhor da terra e não ao feudo, no sentido social e do coletivo intersubjetivo.”

Por fim, podemos dizer que a adoção da enfiteuse no Brasil, teve mais aproximação com o instituto criado pelos romanos, em razão, principalmente do país possuir uma larga extensão territorial, a qual dificultava a ocupação da terra pelos seus donos, sendo-lhes mais viável cedê-la para que outrem a cultive, mediante de pagamento de quantia anual.

3. CONCEITO DE ENFITEUSE

O Código Civil de 1916, no seu Capítulo II, que tratava Dos Direitos das Coisas, em seu artigo 678, define com sendo enfiteuse: Dá-se a enfiteuse, aforamento ou emprazamento, quando por ato inter 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.

Primeiramente, deve-se informar que este instituto ser conhecido como emprazamento, aforamento e também como prazos, apesar do artigo supramencionado não fazer menção a tal nomenclatura, entretanto o nome mais comumente utilizado é aforamento.

Através da interpretação do artigo acima elucidado, podemos depreender que a enfiteuse é um direito real limitado, que confere a outrem poderes inerentes ao domínio.

Tal domínio era transferido a outrem, sendo este denominado com enfiteuta ou foreiro, o qual possuía o domínio útil do bem, ou seja, a este era entregue grandes poderes sobre a terra, de forma que dono parecesse, sendo-lhe outorgado usar, gozar, fruir e dispor do bem objeto de enfiteuse. Tornando, desta forma, a enfiteuse o direito real em coisa alheia mais amplo dentro do ordenamento.

No outro pólo da relação esta o titular do domínio eminente ou direto, conhecido como senhorio, sendo este o real proprietário da terra, o qual cede o uso da mesma mediante o pagamento de foro anual, que será objeto de estudo mais a frente em nosso trabalho.

Em relação a esta aparente cisão da propriedade, necessário se faz aludir que não há uma real divisão desta, pois é impossível a coexistência de dois domínios simultâneos sobre a mesma coisa.

O Direito Real é regido por uma série de princípios, dentre eles o da exclusividade e o da elasticidade e ambos fundamentam a assertiva acima exposta. Em razão do primeiro, o qual prevê que duas pessoas não podem ocupar o mesmo espaço jurídico concedido de forma exclusiva a alguém, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.37) trata da matéria de forma a definir que “ não pode haver dois direitos reais, de igual conteúdo, sobre a mesma coisa. Logo, podemos concluir que duas pessoas não ocupam o mesmo espaço jurídico, deferido com exclusividade a alguém, que é o sujeito do direito real. Já em relação ao segundo, que elucida que é possível se estender a outrem direitos que são conferidos somente em razão da condição de proprietário do bem, sem que este perca o seu direito sobre a propriedade, como no caso da enfiteuse.

Outro ponto importante a se tratar no conceito de enfiteuse é a perpetuidade, definida no artigo 679 do Código Civil de 1916, que dispõe que o contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e como tal se rege.

A partir da leitura do referido disposto fica claro a necessidade da perpetuidade da relação para que reste caracterizada a enfiteuse. Caso seja constituída, de forma equivocada, por tempo determinado, com certeza estaremos à frente de outro instituto, distinto do que esta sendo objeto de análise neste trabalho.

Com base na previsão legal ora exposta, defini Orlando Gomes (2009, p.300) como um instituto que “rigorosamente, não deve ser temporária.”

Uma observação importante que é necessária se fazer é que em face do instituto conhecido com Direito de Resgate, o qual será analisado oportunamente, tal característica acaba por ser mitigada, pois esta é uma faculdade assegurada ao foreiro, para que ele, mediante cumprimento dos requisitos necessários, possa se tornar o proprietário da terra.

Em suma, podemos definir a enfiteuse, como sendo um direito real limitado, que concede a outrem, perpetuamente, os poderes inerentes o domínio, com a obrigação de pagar ao dono da coisa uma renda anual.

4. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da enfiteuse é de direito real em coisa alheia. Entretanto, ainda há controvérsia sobre o tema, no sentido de considerá-la com uma modalidade do direito de propriedade, em razão do enfiteuta possuir tantos poderes sobre o bem, que se comporta como se proprietário fosse.

Ocorre que, tal entendimento não possui larga abrangência na doutrina, em razão, principalmente, da necessidade de haver a manutenção da substância da coisa, por parte do foreiro, que apesar de possuir o domínio útil sobre o bem, deve se submeter a tal obrigação com tantas outras que serão analisadas adiante.

Outra justificativa que nos permite depreender que o instituto da enfiteuse não é um direito de propriedade, é que, com o falecimento do enfiteuta e sem a existência de herdeiros por parte deste, ocorrerá à devolução do bem ao dono da terra.

Neste sentido, Orlando Gomes afirma que:

Declarando que se dá enfiteuse quando o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, o Código Civil deixa claro que o proprietário é o senhorio direito. Ora, se o proprietário é, proprietário não pode ser o enfiteuta, porque a propriedade é um direito exclusivo. (GOMES, Orlando, 2009, p. 305).

5. OBJETO

O direito real de enfiteuse tem como objeto a coisa imóvel. Entretanto, há uma delimitação em relação a estas, pois somente podem ser objeto do instituto em análise as terras não cultivadas e os terrenos a que se destinem à edificação, como por exemplo, terras incultas e terrenos baldios.

Sobre o tema define o Carlos Roberto Gonçalves (2010, P. 643) que “o contrato de aforamento só pode ter por objeto terras não cultivadas e terrenos que se destinem a edificação.”

Historicamente, a adoção de tal modalidade de direito real teve uma importante e larga participação no processo de urbanização das cidades.

Importante, entretanto, se faz informar que é inadmissível, que se constitua aforamento sobre acessórios do solo, como por exemplo, árvores e casas, se levados em consideração isoladamente.

Caso seja adotada enfiteuse sobre terras cultivadas e terrenos edificados, esta será considerada nula, por perda de objeto, pois neste caso, existe um instituto específico dentro do Direito Civil a ser aplicado nestas relações, sendo o arrendamento, neste caso, por tempo indeterminado.

Distinção relevante o objeto da enfiteuse e do arrendamento, faz Orlando Gomes, definindo que:

[...] a transformação do foro em aluguel seria conversão da natureza e a causa de cada qual não comportam. De fato, o foro tem por fim afirmar o reconhecimento do domínio direto de compensar o proprietário da privação de seu prédio, enquanto o aluguel representa retribuição dos capitais imobilizados no prédio. (GOMES, Orlando, 2009, p. 307).

Ainda sobre o tema, podemos trazer a baila o artigo 680, do antigo Código Civil de 1916, que dispõe expressamente qual será o objeto da enfiteuse, de forma que só podem sê-lo as terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação.

6. DISTINÇÕES IMPORTANTES

A enfiteuse possui algumas semelhanças com outros institutos e, em razão disso, necessário que se faça algumas distinções relevantes, para que não haja nenhuma confusão, no momento de se definir cada um deles.

O primeiro que podemos analisar é o usufruto, sendo este definido com um direito real de usar uma coisa pertencente a outrem e de perceber os frutos, ressalvada a sua substância.

Nesse sentido define Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 477), informa como este sendo o direito de “retirar da coisa alheia durante um certo período de tempo, mais ou menos longo, as utilidades e proveitos que ela encerra, sem alterar-lha a substância ou mudar-lhe o destino.”

Tal instituto se distingue do aforamento, principalmente pela extensão e caráter definitivo, sendo que, a enfiteuse é mais ampla, de forma que o usufruto apesar de ser um direito em

coisa alheia, o usufrutuário somente pode usar a coisa e perceber seus frutos, de forma diversa, na enfiteuse o foreiro pode utilizar também os produtos bem como mudar e alterar o bem, ressalvada a possibilidade de deteriorar a substância.

Já em relação ao objeto do usufruto, este acaba por ser mais amplo que o da enfiteuse, pois aquele pode recair sobre coisas móveis e imóveis, até sobre direitos.

Outros dois pontos que podemos elucidar para diferencia um instituto do outro é a duração, sendo o usufruto temporário e, nos casos de enfiteuse, perpétuos, conforme já analisado anteriormente.

Por fim, podemos expor que o contrato de usufruto é personalíssimo, ou seja, não pode ser transferido a outrem, comportando somente uma exceção em relação ao nu-proprietário, o que também não cabe nos casos relativos a enfiteuse, pois estes estão são completamente transmissíveis.

O arrendamento em muito se parece com a enfiteuse, entretanto, logo em linhas iniciais, pode-se perceber que há uma diferença cabal na natureza jurídica em cada um deles, sendo o primeiro um direito pessoal e o segundo um *jus in re*.

Nesse sentido, podemos trazer a luz trecho abaixo, o qual define claramente a natureza jurídica de cada um dos institutos:

Quando se confronta a qualidade de direito do enfiteuta e do arrendatário, a distinção é fácil. A enfiteuse se apresenta, no consenso de quase a unanimidade dos civilistas, como *jus in re*, quer seja dita como simples modalidade de domínio, quer como direito real na coisa alheia. Incontestável, por outro lado, é a pessoalidade do arrendamento. (GOMES, Orlando, 2009, p. 306).

Entretanto, apesar da diferenciação na natureza jurídica de ambos os institutos ser facilmente realizada, existem outras características que dificultam potencialmente a individualização de cada um deles.

Diante disso, Orlando Gomes (2009, p. 306) trás três elementos, sendo eles “modicidade do foro, o direito de disposição da coisa e a possibilidade de transformá-la ou alterá-la, que visam caracterizar de forma marcante a enfiteuse.

Outra questão a ser levantada é que no arrendamento o que existe é a renda, sendo que esta não precisa ser módica, em razão de ter como finalidade uma retribuição pelos capitais gerados naquele bem, em contrapartida, na enfiteuse existe o foro, que deve ser um valor módico, ou seja, deve ser irrisório, pois somente tem como objetivo assegurar ao senhorio uma recompensa pelo fato de estar sendo privado do uso da sua terra.

Dentre todos os elementos citados, o que a doutrina mais se apegou para diferenciá-los foi o tempo de duração de cada um dos institutos, pelo fato de que o arrendamento deve ter tempo limitado. Entretanto, vale ressaltar, não ser suficiente utilizar como critério diferenciador a perpetuidade do aforamento, mas também observar a existência de todos os outros elementos que o caracterizam.

7. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO ENFITEUTA

Os direitos que são facultados ao enfiteuta de usar, fruir e dispor do bem aforado ainda prevalecem, mesmo com as mudanças que ocorreram após o advento de nova legislação civil que trata da matéria. A partir destes e pelo fato de serem tão amplos, podemos entender que o enfiteuta se comporta com se proprietário fosse, questão inclusive, já exaurida anteriormente.

Ainda sobre os direitos inerentes a condição de foreiro, podemos trazer a baila a entendimento de Orlando Gomes (2009, p. 309), o qual diz que “os direitos do enfiteuta são tão amplos quanto do proprietário. Tem, com efeito, o *jus utendi, fruendi e disponendi*. Usa a coisa alheia e lhe frui as utilidades, em toda plenitude.”

Diante disso, pode o foreiro dispor do bem, constituir direitos reais em garantia sobre o bem, como servidões, usufruto e hipotecas e se utilizar de interditos e ações possessórias para proteger a coisa aforada.

Além disso, tem preferência no caso do senhorio querer vender o domínio direto sobre a terra, sendo que esta garantia está consolidada no artigo 684 do Código Civil de 1916.

No rol das obrigações, podemos citar:

- a) Pagamento do foro e laudêmio, sendo que ambas serão analisadas isoladamente e mais aprofundadamente, em razão da importância de ambos para esse instituto;
- b) Conservar a substância da coisa;
- c) Pagar os impostos e taxas que gravam o imóvel, sendo esta uma obrigação prevista expressamente no Código Civil de 1916, em seu artigo 682, o qual dispõe que é obrigado o enfiteuta a satisfazer os impostos e os ônus reais que gravem o imóvel.

Tais obrigações ainda são devidas àqueles que tiveram as enfiteuses constituídas sob a égide da antiga legislação civil de 1916.

8. DIREITOS DO SENHORIO

Para as enfiteuses constituídas na vigência do Código Civil de 1916, pois atualmente estas não mais podem ser constituídas, cabe ao senhorio da terra, os direitos inerentes, em regra a substância da coisa, como por exemplo:

- a) As acessões, sendo este um modo originário de aquisição da propriedade imóvel, pelo qual se incorpora ao bem tudo que se une a ele;
- b) A metade do tesouro encontrado por outrem na terra, ou a sua totalidade quando o senhorio for o criador;
- c) Consolidar o domínio útil no possuidor direto, nos casos previstos em lei.

9. DO FORO

O pagamento do foro é a obrigação mais relevante, se podemos assim dizer, que consiste ao foreiro. Também conhecido como cânon e pensão anual, tais nomenclaturas não possuem a mesma aderência popular, pois a mais utilizada na sociedade e até mesmo no ordenamento jurídico é foro.

Tal obrigação consiste no pagamento de um valor, o qual deve ser cobrado anualmente, certo e invariável, em razão deste ter a finalidade de compensar o senhorio pela privação do uso da sua terra.

Por esse motivo, deve ser módico, ou seja, exíguo, pequeno, modesto, não podendo ser cobrado com base na produção da terra cultivada, nessa mesma linha de raciocínio o Código Civil de 1916 dispõe expressamente, no seu artigo 687, que ao foreiro não será facultado à remissão foro em casos que ocorra a esterelidade ou a destruição parcial do prédio enfitêutico, ou mesmo que venha a ocorrer a perda total de seus frutos.

Ainda sobre a matéria, podemos citar entendimento da doutrina:

O Foro, cânon ou pensão anual é obrigação típica do enfiteuta. O foro deve ser anual, certo, e invariável. Não é admitida a redução ou ampliação do prazo de vencimento. Não é permitida a pensão proporcional à produção da terra cultivada. Deve ser módico. (FARIAS, Cristiano Chaves, 2009, p. 534).

Ressalta-se que esta obrigação é *portable*, ou seja, não é necessário que haja realização de cobrança pelo credor, qual seja, o senhorio. Caso haja inadimplência, é facultado ao senhorio ingressar com ação executiva e, em face da perduração desta, pelo período de 03 (três) anos, poderá perder o direito de enfiteuse, somente através de sentença judicial.

A Súmula nº 169, do Supremo Tribunal Federal, pacificou a questão, definindo que com a aplicação a pena de comisso, o foreiro acaba perdendo o domínio útil do bem objeto da enfiteuse. Entretanto, é assegurado ao foreiro, com base na Súmula nº 122, editada pelo Supremo Tribunal Federal, pugnar a mora enquanto não for proferida a sentença que decrete o comisso.

É permitido que as partes estabeleçam entre si, que a falta do pagamento do foro, não acarretará em pena de comisso, mas é vedado acordar a supressão a supressão desta, caso haja prolação de sentença.

10. DO LAUDÊMIO

O laudêmio é um valor a ser pago para que se consolide a concessão do direito de ser enfiteuta, o domínio útil da coisa, a terceiros.

O valor referente ao laudêmio deve ser pago pelo enfiteuta cedente ou alienante, ao senhorio da terra, nos casos de cessão onerosa, e em favor deste, a lei prevê o direito de preferência.

Tal direito se refere a necessidade de aviso prévio por parte do foreiro ao senhorio acerca da compra, para saber se este tem interesse de adquirir o bem, objeto da alienação, nas condições que foram ofertadas a terceiro.

Importante, se faz ressaltar que em face da ausência de manifestação ou negativa por parte do senhorio, o bem pode ser alienado, desde que haja o pagamento do laudêmio, pois a venda em si, não depende da permissão do senhorio da terra.

Sobre o tema, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 534), definem um prazo para manifestação por parte do senhorio em relação ao seu direito de preferência, “se no prazo de 01 (um) mês, o senhorio silenciar ou declara que não lhe interessa consolidar a propriedade, não se dando a prelação, o foreiro poderá alienar o imóvel, mas é obrigado a pagar o laudêmio ao proprietário.”

Ressalta-se também que compete igualmente ao foreiro o direito de preferência nos casos em que o senhorio venha a vender a propriedade da terra, objeto da enfiteuse, diante disso, este deve oferecer primeiramente ao enfiteuta tal proposta de venda, cabendo a ele exercer o seu direito de preferência, ou não.

Esse instituto talvez seja o que apresente maiores repercussões econômicas. Isso porque, se por um lado, o pagamento do foro costuma ser módico, o laudêmio atinge parcela significativa do valor da venda.

O valor legal do laudêmio, consoante o art. 682 do anterior Código Civil, compreende 2,5% da venda do direito. Contudo, o referido percentual pode ser disposto de modo diverso entre os contratantes.

Orlando Gomes dispõe que o laudêmio é ‘uma compensação à sua desistência de exercer o direito de preferência’.

O laudêmio também é perpétuo. Por conseguinte, o fato de ele ter sido efetuado na venda não exonera o novo enfiteuta em pagá-lo em eventual transmissão, posto que se encontra vinculado à coisa.

11. DIRIETO DE RESGATE

Consiste na possibilidade da aquisição pelo enfiteuta do bem sob aforamento, mediante pagamento de 10 (dez) pensões anuais ao senhorio, somados a um laudêmio e aguardar que se passem 10 (dez) anos da constituição da enfiteuse.

Está disciplinado no artigo 693, do anterior código civil:

“Art. 693. 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.”

O instituto visa, a longo prazo, extinguir a enfiteuse dentro do nosso ordenamento, pois todos os aforamentos constituídos em solo brasileiro são resgatáveis.

Orlando Gomes definiu o instituto da seguinte forma:

O direito de resgate é vantagem concedida ao foreiro que inspira na política de liberação da propriedade, firmada contra a concepção medieval de enfiteuse. Quis-se facilitar ao titular do domínio útil a possibilidade de livrar-se do ônus real. A faculdade ampla de resgatar, outorgada ao foreiro, concorrerá para extinção gradual do instituto. (GOMES, Orlando, 2009, p. 311).

O direito de resgate é um direito potestativo, não cabendo ao senhorio concedê-lo ou não, é uma faculdade assegurada ao enfiteuta, e desde que preenchidos os requisitos estabelecidos na lei, o mesmo poderá exercê-lo.

Em face da recusa por parte do senhorio, ao enfiteuta é assegurada a possibilidade de ingressar com uma ação de consignação em pagamento.

Alexandre Câmara de Freitas elucida que:

[...] É de se dizer, apenas, que a sentença que julgue improcedente o pedido, declarando extinta a enfiteuse pelo depósito do valor necessário para seu resgate, servirá como título de remissão do aforamento, hábil a permitir seu cancelamento junto ao Ofício de Registro de Imóveis. (FREITAS, Alexandre Câmara, 2007, p. 331).

Ao fazer uma análise crítica sobre o instituto, muitos autores, como por exemplo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, entendem ser este um meio através do qual a enfiteuse deixará de existir a longo prazo, pois com a proibição da constituição de novas enfiteuses pelo novo Código Civil de 2002, e com os foreiros passando a adquirir a propriedade da terra, as enfiteuses existentes acabarão por deixar de existir.

Entretanto, é importante expor que nem sempre a aquisição da propriedade é algo interessante para o foreiro, sendo cômodo permanecer na condição de enfiteuta. Um exemplo que podemos trazer a baila, no qual há, na maioria das vezes, interesse na aquisição da propriedade por parte do enfiteuta, são nos casos de incorporações imobiliárias, pois é mais vantajoso, via de regra, para as construtoras adquirir o terreno foreiro, a ter de pagar laudêmio por cada imóvel vendido ao futuro proprietário do bem, além de ter que pagar o foro anual pelo terreno no qual esta sendo realizada a construção.

12. MODOS DE CONSTITUIÇÃO

A enfiteuse, conforme dispunha o Código Civil de 1916, poderia ser constituída de três formas:

a) CONTRATO

Poderia ser constituída por ato entre vivos, sendo neste caso, o título constitutivo neste caso seria o contrato, que deveria possuir o seu registro imobiliário. Vale ressaltar que, a época não exista nenhuma forma prevista em lei para tais contratos, mas haviam questões que não poderiam ser estipuladas pelas partes, como o foro, por exemplo, já em relação ao laudêmio, era facultado ao senhorio alterar, diminuir, ou até suprimi-lo.

b) USUCAPIÃO

Esta era uma forma rara de aquisição da propriedade da terra do senhorio, entretanto, poderia ocorrer conforme dispõe Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 533), nos casos que “algum estranho ocupa lugar do foreiro e o proprietário do bem comporta-se como

senhorio, recebendo o foro, o decurso do tempo sana a falta de título, convertendo a posse no direito real de enfiteuse. Nesses casos, o título executivo seria a sentença judicial, que deveria ser levada a registro.

c) SUCESSÃO HEREDITÁRIA

A última forma de se adquirir a enfiteuse era por ato de última vontade, e, neste caso, o título seria o testamento, sendo que o formal de partilha deveria ser devidamente registrado.

Ocorre que, tais formas de aquisição de enfiteuse, não se aplicam mais no ordenamento jurídico atual, pois com o advento do novo Código Civil de 2002, a constituição de novas enfiteuses sobre terras particulares ficou vedada, somente remanescendo aquelas já constituídas e registradas na vigência do Código Civil de 1916, sendo submetidas, inclusive as previsões legais referentes ao tema disposta neste.

Tal proibição esta disposta no Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, artigo 2.038 do referido código, o qual veda expressamente a constituição de enfiteuse e subenfiteuses particulares, a partir de 11 de janeiro de 2003, quando no novo código passou a vigor.

13. MODOS DE EXTINÇÃO

As formas de extinção da enfiteuse estão elencadas no *codex civilis* de 1916. Em seu artigo, 692, transcrito *ipsis litteris*, observa-se:

“Art. 692. A enfiteuse extingue-se:

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

II - pelo comisso, deixando o foreiro de pagar as pensões devidas, por 3 (três) anos consecutivos, caso em que o senhorio o indenizará das benfeitorias necessárias;

III - falecendo o enfiteuta, sem herdeiros, salvo o direito dos credores.”

A primeira possibilidade está no perecimento do bem, ao ponto de se tornar economicamente inviável a manutenção da relação enfitêutica.

O segundo modo refere-se ao comisso. O STF, inclusive, editou súmula a respeito dessa possibilidade, asseverando que somente será reconhecido o comisso por decisão judicial.

“**STF Súmula nº 122** - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 74. Enfiteuse - Purgação da Mora - Comisso por Sentença.* O enfiteuta pode purgar a mora enquanto não decretado o comisso por sentença.”

Por derradeiro, extingui-se a enfiteuse com o advento da morte do enfiteuta.

Apenas a título de observação, esse inciso põe em dúvida o caráter real da relação, como apontado no Código Civil de 1916. Afinal de contas, doutrinariamente, o direito real se vincula à coisa; não à pessoa. O fato de a morte extinguir a relação ora em análise tende a condicioná-la aos direitos das obrigações, que têm caráter pessoal. Todavia, o aprofundamento dessa discussão não é a temática deste estudo.

Também é possível a renúncia do enfiteuta ao bem, ressalvados os direitos de credores.

14. ENFITEUSE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE

Entende-se que, ao passo que o vigente Código Civil extinguiu a enfiteuse, quis constituir como seu substituto o Direito de Superfície.

Ainda que o Direito de Superfície já existisse anteriormente ao código de 1916, pode-se dizer que o referido instituto é uma evolução da extinta enfiteuse. Isso porque, enquanto esta tem aspectos que se adéquam melhor à Idade Média, aquela tem um caráter mais dinâmico e versátil, objetivando melhor circulação de bens e dinheiro, o que se coaduna perfeitamente com o momento atual vivido pela sociedade.

Entendemos isso a partir da constatação que a enfiteuse tende a fixar a pessoa na terra afetada pelo instituto, principalmente pela alta taxa a ser paga em caso de transmissão do domínio útil.

Além disso, deixando de lado questões religiosas, observa-se que o objetivo da enfiteuse no Brasil foi o de dar função às Terras Devolutas, de forma a povoar um imenso país, ao passo que aumentava a densidade demográfica, em regiões distantes, ajudando na consolidação do Estado Nacional Brasileiro.

Ela foi fundamental no Brasil-Império, posto que acabava por vincular o enfiteuta na terra, o que veio a somar na formação e desenvolvimento do território nacional.

Esse instituto tem sua utilidade reconhecida à formação do Brasil, porém sua manutenção hodierna inadequada, atemporal.

Isso porque o país deixou de ser rural, passando a se torna cada vez mais urbano. Assim, desabam as vantagens da enfiteuse, porquanto seu espírito é o de perpetuar os prédios, o que atravanca o dinamismo econômico e a fluidez de capital, essenciais às sociedades de mercado.

É exatamente aí que surge a eminência do Direito de Superfície, também pouco discutido doutrinariamente. Ele tem tamanha função urbana que não é por acaso que também é regulado Pelo Estatuo da Cidade.

A análise das vantagens do Direito de Superfície é incognoscível se não forem explicadas por conceitos econômicos.

Tem-se esse entendimento ao se constatar que o Direito de Superfície reduz significativamente um dos maiores custos da cadeia de produção, o valor do espaço físico, essencial à oferta de um bem ou serviço.

O Direito de Superfície permite ao investidor a obtenção de um lucro mais rápido, porquanto o dinheiro a ser empregado num patrimônio físico é sensivelmente abatido, sendo que não há a necessidade de se investir em um bem com *animus domini* de modo eterno. Faz-se necessário despende, ao insumo do terreno físico, o suficiente à efetivação de seu projeto econômico, o que será um valor inferior ao pagamento por um bem que não lhe seria mais útil depois. Com o capital economizado, é possível investir em outras áreas da cadeia produtiva, como nos investimentos em tecnologias, empregados ou qualquer outro tipo de expansão.

Ao proprietário, também é vantajoso. Se por um lado ele perde um devedor eterno; por outro, ganha um temporário que pagará muito mais num delimitado tempo, sendo que este raramente é curto.

Os benefícios também se aplicam no âmbito rural, ao passo em que, nos dias atuais, as atividades agrárias têm expressivo caráter empresarial. Destarte, todo o dinamismo necessário às cidades é imprescindível também a quem queira competir no mundo globalizado no campo.

Portanto, ao invés de um grande importe de capital ser transferido à aquisição de terras, este será sensivelmente diminuído, com o Direito de Superfície, permitindo aos investidores agrários, transferi-lo à compra de maquinário, por exemplo.

Em síntese, pode-se distinguir os dois institutos pelo entendimento que a enfiteuse essencialmente tinha caráter perpétuo, já o direito de superfície jamais o será. A enfiteuse, conquanto podendo ser módica, era onerosa; seu instituto sucessor tem a disposição de ser gratuito. A enfiteuse versava sobre solos não cultivados e de terrenos dedicados à edificação; seu rival é absurdamente mais extensivo.

15. CONCLUSÃO

O presente esforço deságua no entendimento que o Direito de Superfície substitui o instituto da Enfiteuse.

Essa constatação se lastreia nas mudanças que o mundo enfrentou a partir da derrocada da Idade Média até a plenitude do capitalismo global, mediante as sociedades de mercado.

Reconhece-se a grande importância da Enfiteuse na constituição do que pode se compreender como Brasil, porém as perspectivas futuras indicam como acertada a opção legislativa em extingui-la, e em tacitamente substituí-la pelo novo instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson, Direitos Reais, 6ª edição. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2009;

GOMES, Orlando, Direito Reais, 19ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009;

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas, 5º volume, 5ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010;

FREITAS, Alexandre Câmara, Lições de Direito Processual Civil, 12ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007.