



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



PAULO HENRIQUES DA FONSECA

**ALÉM DO FEUDO E DO BURGO: A ENFITEUSE COMO INSTITUTO
MUTANTE, SUAS POSSIBILIDADES E LIMITES**

TESE DE DOUTORADO

Recife
2016

PAULO HENRIQUES DA FONSECA

**ALÉM DO FEUDO E DO BURGO: A ENFITEUSE COMO INSTITUTO
MUTANTE, SUAS POSSIBILIDADES E LIMITES**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade
de Direito do Recife da Universidade Federal de
Pernambuco como requisito parcial para obtenção
do grau de Doutor.

Área de concentração: Teoria e dogmática do Direito
Orientador: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

Recife
2016

Catalogação na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

F676a	<p>Fonseca, Paulo Henriques da Além do feudo e do burgo: a enfiteuse como instituto mutante, suas possibilidades e limites. – Recife: O Autor, 2016. 263 f. : quadros.</p> <p>Orientador: Artur Stamford da Silva. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016. Inclui bibliografia.</p> <p>1. Enfiteuse - Brasil. 2. Propriedade - Brasil. 3. Posse da terra - Brasil. 4. Posseiros - Brasil. 5. Classe média - Brasil. 6. Direitos reais - Brasil. 7. Direitos humanos. 8. Direitos sociais. 9. Dignidade (Direito) - Brasil. 10. Direito comparado. 11. Brasil. [Código civil (2002)]. 12. Enfiteuse - Brasil - Legislação. 13. Terrenos de marinha. I. Silva, Artur Stamford da (Orientador). II. Título.</p> <p style="text-align: center;">346.8104 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2016-029)</p>
-------	--

Paulo Henriques da Fonseca

“Além do Feudo e do Burgo: A Enfiteseu como Instituto Mutante, suas Possibilidades e Limites.”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr.º : Artur Stamford da Silva.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: **APROVADO**

Professor Dr. **Torquato da Silva Castro Júnior** (Presidente/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Eduardo Ramalho Rabenhorst** (1º Examinador externo/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Venceslau Tavares Costa Filho** (2º Examinador externo/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Roberto Paulino de Albuquerque Júnior** (3º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior** (4º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 14 de abril de 2016.

Coordenador Prof. Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior**.

A Umberto Eco,
cujo descanso eterno encontrou em ebulição o final desta tese.

“Porque, de fato, sabe-se hoje em dia como são diversos os nomes que os homens impõem para designar os conceitos, e iguais para todos são só os conceitos, sinais das coisas. De modo que certamente a palavra *nomen* vem de *nomos*, ou melhor, lei, dado que precisamente os *nomina* são dados pelos homens *ad placitum*, isto é, por livre e coletiva convenção”
(O nome da rosa, p. 287).

AGRADECIMENTOS

A Deus que fez tudo possível e tão presente nos que me ajudaram.

Ao Pe. Dr. Gervásio Fernandes de Queiroga, por profícuos anos Assessor Jurídico da CNBB, formador diligente e mestre espiritual, cuja largueza do espírito missionário fez ver horizontes de questões mais amplas.

A Antônio, Francinete e Socorro Lourenço, irmãos. Herdaram do pai Expedito Lourenço o zelo pelo Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios em Sousa.

À Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, que no Prof. Dr. Artur Stamford, orientador, amigo e irmão, acreditou, desde a banca de seleção, na pertinência jurídica do problema apresentado e também, confiou.

A minha Unidade Acadêmica de Direito – UAD/CCJS - o Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Campus de Sousa, que me liberou para os estudos e confiou.

À Pro Reitoria de Pós Graduação – PRPG – da Universidade Federal de Campina Grande e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Docente de nível Superior – CAPES – pelo PRODUOTORAL que ajudou com o custeio para os encargos extras de residir fora e com a pesquisa.

À Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS - e aos Profs. Dra. Fernanda Frizzo Bragato e Dr. Gustavo Ferreira Santos que me proporcionaram o Estágio de Prática de Pesquisa do doutorado “sanduíche” que ali por seis meses me ocupou produtivamente.

Ao povo de São Leopoldo, RS, que me acolheu na Paróquia de Nossa Senhora da Medianeira e compreendeu e colaborou comigo na exiguidade do tempo que lhes sobrava do tempo por mim dispendido na UNISINOS.

À Banca de Defesa de Tese pelo incentivo da leitura atenta, recepção das ideias e riqueza do debate que me proporcionou após anos de estudos solitários.

FONSECA, Paulo Henriques da. **Além do feudo e do burgo**: a enfiteuse como instituto mutante, suas possibilidades e limites. 2016. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

RESUMO

A propriedade da terra e outros *jura in re aliena* é fato econômico, social e político de complexa tradução para o Direito. A enfiteuse é a modalidade de mais abrangentes poderes de propriedade. O acesso à propriedade e a sua função social a tornam central na efetivação dos direitos humanos, o uso produtivo. A enfiteuse realiza esse fim da propriedade, ela vai além dos modelos feudal e burguês de possuir o solo. A mutação é característica da enfiteuse, instituto de direitos reais milenar de origem grega (“im-plantar, plantar em”) resiste ou é reintroduzida em países como Espanha, França e Holanda. A enfiteuse cinde a propriedade em dois domínios, *útil* e *direto*, afetando o caráter exclusivo da propriedade liberal. Tem elementos constitutivos afinados à funcionalização da propriedade, as *emponemata* (melhoria e aproveitamento) da terra e a longa duração ou perpetuidade que lhe dão forte aspecto social, existencial e econômico. O “domínio eminente” do Estado (*Obereigentum*) sobre o território dá à enfiteuse uma categoria política e constitucional. Considerando sua característica de mutação e adaptabilidade da enfiteuse ao rural e urbano, ao privado e estatal, ao público e semipúblico, entre propriedade e território, se põe a questão de sua extinção ser conveniente ou não e o modo de proceder. O histórico de caos regulatório da propriedade no Brasil será trabalhada pela análise sistêmica, histórica e circular do direito. A perspectiva de sistêmica de Luhmann permite descrevê-la em termos não tautológicos mas histórico-evolutivo. Teorias de R. Koselleck, H. Berman, T. Merrill, Anna di Robilant, B. Akkermans e R. Aronne e outros em direitos fundamentais de propriedade, moradia, e gestão territorial, ajudarão a entender o aspecto transitivo e mutante do artigo 49 dos ADCT, dos Códigos de 2002 e 1916, e propor eixos de discussão do problema enfiteutico no Brasil.

Palavras-chave: Enfiteuse. Propriedade. Conflito jurídico. Direitos sociais fundamentais.

FONSECA, Paulo Henriques da. **Besides the fief and the borough**: the emphyteusis as a mutant institute, its possibilities and limits. 2016. 263 f. Doctoral Thesis (PhD of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

ABSTRACT

Land ownership and others *jura in re aliena* are economic, social and political fact of complex translation into law. The long leasehold (*emphyteusis*) is the *jura in re aliena* broader ownership powers. The access to the property and its social function make it central to the realization of human rights, its productive use. The long lease accomplishes that target of the property, it goes beyond the feudal and bourgeois models of owning the land. The mutation is characteristic of the long lease (*emphyteusis*), ancient institute of Greek origin ("im-planting, planting in") it resists or is reintroduced in countries as Spain, France and Netherland. The emphyteusis splits the property in *duplex dominium, utile* and *directum*, affecting the exclusive ownership of Blackstonian concept of property. It has central components to the functionalization of property, *emponemata* (improvement and use) of land and long perpetuity or that give it a strong social, existential and economic. By "eminent domain" of the State (*Obereigentum*) over the territory, give to *emphyteusis* political and constitutional category. Considering this central feature of change and adaptability of the *emphyteusis* rural and urban, private and state, the public and semi-public, between property and territory there is a question of its extinction be convenient or not and how to proceed. The regulatory chaos history of property in Brazil it will be worked out by the systemic, historical analysis and circular of the right. Luhmann's systemic perspective allows describe it in terms not tautological but historical evolution. Theories of R. Koselleck, H. Berman, T. Merrill, Anna di Robilant, B. Akkermans e R. Aronne and others auctors in fundamental rights involved in housing, work and land management leads to retake the transitive aspect and changing Article 49 of ADCT, the 2002 and 1916 codes by calling the Constitution, its *telos* normative discussion to propose axes of the problem of *emphyteusis* in Brazil.

Keywords: Long lease (*emphyteusis*). Property. Juridical conflict. Fundamental social rights.

FONSECA, Paulo Henriques da. **Au-delà de le féodale et bourgeoise: le emphytéose comme institut mutant, possibilités et limites.** 2016. 263 p. Thèse de doctorat – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

RÉSUMÉ

La propriété des terres et d'autres jura in re aliena sont fait économique, sociale et politique de traduction complexe dans la loi. Le emphytéose (emphytéose) est le jura in re aliena plus large des pouvoirs de propriété. L'accès à la propriété et sa fonction sociale rendent indispensable à la réalisation des droits de l'homme, de son utilisation productive. Le emphytéose accomplit cet objectif de la propriété il va au-delà des modèles féodaux et bourgeois de posséder la terre. La mutation est caractéristique de l'emphytéose, ancien institut d'origine grecque («im-plantation, la plantation dans"), résist ou est réintroduit dans pays comme Espagne, France et des Pays-Bas. L'emphytéose divise la propriété en dominium duplex, et utile directum, affectant la propriété exclusive de conception blackstonien de la propriété. Il a des éléments centraux de la fonctionnalisation de la propriété, *emponemata* (amélioration et l'utilisation) des terres et à long perpétuité ou qui lui donnent une forte sociale, existentielle ans économique. Par «domaine éminent» de l'Etat (Obereigentum) sur le territoire, donner à emphytéose catégorie politique et constitutionnelle. Compte tenu de cette caractéristique essentielle du changement et de la capacité d'adaptation de l'emphytéose rural et urbain, privé et public, le public et semi-public, entre la propriété et le territoire, il est une question de son extinction être pratique ou non et comment procéder. L'histoire du chaos réglementaire de la propriété au Brésil, il sera élaboré par l'analyse historique systémique et circulaire de la droite. La perspective systémique de Luhmann permet de décrire en termes d'évolution non tautologique, mais historique. Théories de R. Koselleck, H. Berman, T. Merrill, Anna di Robilant, B. Akkermans e R. Aronne et autres auctors dans les droits fondamentaux impliqués dans le logement, le travail et la gestion des terres conduit à reprendre l'aspect transitive et changer l'article 49 du ADCT, les codes de 2002 e 1916 et de proposer des axes du problème de l'emphytéose au Brésil.

Mots-clés: Emphyteose. Propriété. Conflit juridique. Les droits sociaux fondamentaux.

LISTA DE QUADROS

Quadro I – Tipologia básica das enfiteuses, em comparação	68
Quadro II – Seis modelos de ordenamento da relação entre Estado e Igreja	104
Quadro III – Comparativo entre enfiteuse e sesmaria	196
Quadro IV – Tensões normativas da enfiteuse no Brasil.....	202
Quadro V – Comparativo do rol dos direitos reais	204
Quadro VI – Normas referentes ao resgate/remição da enfiteuse	206
Quadro VII – Comparativo de valores do domínio indenizável	208
Quadro VIII – Da evolução normativa civil favorável ao enfiteuta	216

LISTA DE SIGLAS

ANTAQ	Agencia Nacional de Transporte Aquaviário
ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
BGB	Código Civil Alemão
CC	Código Civil
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
IAPC	Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
ITBI	Impostos de Transmissão de Bens Imóveis
ITR	Imposto Territorial Rural
IVA	Imposto sobre Valor Agregado
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DIREITOS HUMANOS E PROPRIEDADE: A TEORIA CRÍTICA E O MARCO TEÓRICO E METODOLOGICO	23
1.1 A(s) propriedade(s), o método de abordagem e instrumentais teóricos adequados	24
1.1.1 A metodologia e marcos teóricos da pesquisa.....	24
1.1.2 Pesquisa documental e bibliográfica	30
1.2 Direitos humanos e propriedade: as novas formas para novas necessidades	32
1.2.1 Propriedade, direitos humanos e os recentes “ <i>Human Wrongs</i> ”	33
1.2.2 Direitos humanos como direitos sociais: a moradia e o trabalho	35
1.2.3 Direitos sociais, a vedação de retrocesso e dignidade da pessoa humana	42
1.2.4 Direitos humanos como recurso interpretativo e crítico.....	46
1.3 Propriedades, Estado e Direito	49
1.3.1 Soberanias públicas e propriedades privadas sobre o território	50
1.3.2 Modelos e mentalidade proprietárias: da desconcentração à absolutização formal	52
1.3.3 A mutação da propriedade contemporânea: mobilidade e valor de troca.....	59
2 ENFITEUSE: HISTÓRIA, COMPLEXIDADE E ADAPTAÇÃO	67
2.1 Passado mais remoto da enfiteuse: antiguidade clássica	69
2.1.1 Enfiteuse greco-romana do período anterior a V d.C.....	70
2.1.2 Enfiteuse no período justinianeu e medieval	75
2.1.3 O “ <i>ius emphyteuticum</i> ” eclesiástico	77
2.2 Contexto jurídico-político medieval da enfiteuse: o <i>Ordo</i>	82
2.2.1 Domínio útil: uma criação medieval?.....	87
2.2.2 A enfiteuse do medievo ao moderno: contestação e sobrevivência	92
2.3 As desamortizações fundiárias modernas e a enfiteuse	93
2.3.1 A amortização/desamortização de terras: a Espanha da reconquista como exemplo	95
2.3.2 As desamortizações modernas e seus três modelos aproximados	99
2.3.3 Amortizações e desamortizações de terras no Brasil.....	105
3 ENFITEUSE E DIREITO COMPARADO: (DES)CONTINUIDADES E MUTAÇÃO	121
3.1 França: supressão e reintrodução da enfiteuse	123
3.2 Bélgica: a herança do <i>Code</i> e o <i>bail emphytéotique</i>	129
3.3 A Holanda e a reintrodução da enfiteuse (<i>Erfpacht</i>) em 1992	132

3.4	Áustria e Alemanha: o arrendamento hereditário ou <i>Erbpacht</i>	134
3.5	Espanha: a manutenção dos <i>censos</i> e o direito “foral” da Galícia	139
3.6	Itália: renovação da enfiteuse no Código de 1942	142
3.7	Escócia e Inglaterra: O <i>feudal tenure</i>, a <i>longlease</i> e <i>equitable estates</i>	145
3.8	Portugal e a abolição da enfiteuse em 1976	147
3.9	União Européia: enfiteuse e políticas de fomento e subsídios	149
3.10	Canadá: bijuridismo, bi-linguismo e o <i>bail emphyteotique</i>	153
3.11	Estados Unidos. O <i>long leasehold</i> e as normas anti-enfeudamento	155
3.12	Argentina. A enfiteuse rivadaviana e a supressão parcial	159
3.13	Perspectivas no direito comparado para a enfiteuse: as <i>emponemata</i>	161
4	ENFITEUSE NO BRASIL: CONFLITOS, FUNDAMENTOS E SOLUÇÕES	164
4.1	O conflito fundiário urbano e a enfiteuse	165
4.1.1	Fatos recentes acerca das enfiteuses: esboço de uma casuística	168
4.1.2	Patrimônios enfitêuticos: Nossa Senhora dos Remédios em Sousa, PB	177
4.1.3	Outros Patrimônios enfitêuticos eclesiásticos	180
4.1.4	Os dados históricos e a relação com problemas atuais na enfiteuse	183
4.1.4.1	Partes: senhorio, foreiros e suas posições jurídicas	184
4.1.4.2	A regularidade formal dos domínios eminente e útil	187
4.2	Quadro normativo da enfiteuse (privada) no Brasil	194
4.2.1	A Constituição Federal de 1988, códigos civis e legislação	198
4.2.1.1	A “baixa constitucionalidade” do ordenamento brasileiro	199
4.2.1.2	Tensão normativa e risco de retrocesso em direito	203
4.2.2	A extinção da enfiteuse: possibilidades e limites	211
4.2.2.1	Extinção pela concentração do domínio pleno no senhorio direto	212
4.3	Constitucionalização e novos direitos civis-sociais	219
4.3.1	A moradia e o trabalho na legislação infraconstitucional	219
4.3.2	Constitucionalização e ressemantização social e política do direito	225
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	230
	REFERÊNCIAS	235

INTRODUÇÃO

*Enfiteusis, ¿que hay en un nombre?*¹ Com essa indagação-título Bartolomé Clavero² expõe a trama de complexidades da enfiteuse que desaparece e ressurgue nos ordenamentos jurídicos modernos. A enfiteuse que ora é meio de acesso à propriedade, ora negação desse direito na crítica liberal, ficou comprimida entre amortizações feudais e desamortizações burguesas e liberais. Sua dimensão social não aparece tão ostensivamente quanto à econômica e política, da renda agrária na antiguidade e do feudalismo no medievo. Sua posição progressivamente marginal no cenário jurídico do Brasil contrasta com a lógica de funcionalização da propriedade no cenário jurídico contemporâneo mundial. Paradoxos, transitividades e mutações que indicam um conteúdo jurídico além do nome enfiteuse.

Caracteriza-se a enfiteuse por ser um direito real³ que cinde em dois o domínio sobre a terra. O domínio útil é do enfiteuta ou foreiro e o domínio direto (ou eminente) é do senhorio proprietário, o enfiteuticador ou “diretário”. É uma espécie de copropriedade vertical ou linear sobre o mesmo solo, de caráter perpétuo em que o foreiro ou enfiteuta tem a maior extensão de direitos proprietários, muito semelhante ao direito de superfície e junto com este igualmente tratado em vários ordenamentos. Os deveres jurídicos do foreiro ou enfiteuta limitam-se ao pagamento de foro ou pensão anual e do laudêmio nas transferências de domínio. O resgate é o direito de unificação dos domínios pelo enfiteuta e pela decretação judicial do “comisso” o senhorio pode unificar os domínios a seu favor, hipótese mais rara.

Mas a característica central das *emponemata* ou melhorias (edificar, plantar, fazer render e produzir) na terra acentuada na Antiguidade, ressurgue na função sócio-econômica, ambiental da propriedade e outras da atualidade. O uso eficiente e produtivo da propriedade fundiária urbana e rural sobressai aquela dimensão da propriedade exclusiva e seu título. A intensidade e efetividade do uso admite e até exige a fruição de direitos reais modulados, o *bundle of rights* ou “feixe de direitos” que funcionalizaria a terra em detrimento de sua consideração apenas como propriedade exclusiva de alguém.

¹ “O que há em um nome? Acaso a rosa teria outro perfume, se não se chamasse ‘rosa’? pergunta Julieta a Romeu, na homônima obra de Shakespeare. O ‘nome da rosa’ é o mote da crítica aos conceitos como representação exata da realidade, como ‘estrutura de repetição’” (KOSELLECK, 2014) também na derivação etimológica do *nomos* define as regularidades naturais e convenções humanas, se impondo a todos (SUPIOT, 2007, p. 64).

² No texto o autor foca a enfiteuse rural na Espanha a relação com a questão campesina. A parte da crítica teórica ao conceito e das mutações normativas e históricas que afetam a enfiteuse constitui o aporte teórico inovador do texto (CLAVERO, 1986).

³ No Brasil é disciplinada pelo Código Civil de 1916, mantido em vigor pelo Código Civil de 2002 até que todas as enfiteuses estejam extintas (art. 2038). Também a Constituição tratou dela no artigo 49 dos ADCT.

Os conceitos-chave para desvelar a questão enfiteuticista são basicamente três: o duplo domínio (*dominium divisum* ou *duplex dominium*) que quebra a unidade proprietária, o incremento produtivo (*emponemata*) da propriedade e a perpetuidade ou estabilidade. O primeiro, desenvolvido pelos juristas da Idade Média, permitiu a coexistência de titulares e deu suporte jurídico para o feudalismo. O segundo, mais central na criação dos antigos gregos e romanos, visava o desenvolvimento da civilização agrária e sua economia, retornando como idéia de fomento e função social e produtiva da terra. O terceiro aspecto, decorrente do *jus perpetuum* romano, aponta para a segurança e estabilidade sobre o fundo imobiliário rural ou urbano. Tal aspecto as legislações foram alterando em longa duração, contagem de prazo em “vidas” mas gerou efeitos hereditários e familiares que passaram a integrar o núcleo da enfiteuse e o transbordar do instituto do direito patrimonial para os existenciais.

No Brasil, vastas extensões do território são enfiteuses públicas e privadas, estas em sua maioria presumivelmente sob titularidade da Igreja Católica e seus diversos entes e algumas famílias, umas e outras antigas proprietárias e detentoras de direitos territoriais sobre o solo de várias cidades. As enfiteuses públicas da União, administradas pelo SPU – Serviço de Patrimônio da União – se estendem pelos 8,5 mil quilômetros de faixa litorânea e as margens dos grandes rios navegáveis, além de existirem diversas outras áreas afetadas. Existem numerosas enfiteuses municipais como as do Rio de Janeiro

Instituto jurídico de história atormentada (OURLIAC e MALAFOSSE, 1963, p. 632), é no entanto considerado viável mecanismo de reforma urbana e agrária (ARONNE, 2001, p. 249; GIRARDI, CRESPO, FILLIPI, 2012, p. 8). É a forma proprietária usada em florescentes “burgos” do “diamante europeu” como Amsterdam, Bruxelas, Antuérpia (VENN, 2005, p. 3; ERP e AKKERMANS, 2012), dominando o cenário urbano de Cingapura (HAILA, 2015) comparando a autora o seu emprego com aquele feito em Hong Kong. Junto com o direito de superfície, a enfiteuse é instrumento jurídico adequado à crescente verticalização das cidades (STOTER; OOSTEROM, 2006) e a dinamização da propriedade pelo uso e inclusão econômica e social (KELLY, 2014). Favorece o acesso à propriedade e um mutualismo economicamente vantajoso (ELLICKSON *apud* KELLY, 2014).

No Brasil grandes áreas centrais nas capitais e diversas cidades como Petrópolis, RJ a enfiteuse constituída pela família imperial sobre toda a área do atual sítio urbano (AMBROZIO, 2012), Joinville, SC, onde as disputas judiciais entre a União e moradores passam pelo tema das terras dadas em doação e alienadas antes da Lei de Terras de 1850 e os efeitos jurídicos perduram (FINDLAY, 2011). Em Sousa, PB (PORDEUS, 1986) uma antiga sesmaria doada para constituir o Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios é palco de

disputas jurídicas entre Igreja, cartório e foreiros. No Rio de Janeiro (FRIDMAN, 1999; ARAÚJO SOUZA, 2011; CARVALHO, 1894) coexistem enfiteuses municipal, da União e eclesiásticas estas de decisiva influencia na ordenação urbana da cidade. Muitas outras cidades brasileiras têm seus fundos urbanos marcados pelos remanescentes enfitêuticos.

Resta ainda entender o problema do discurso de sua extinção, desuso e inadequação da enfiteuse no Brasil (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 179; MEIRELLES, 2005, p. 516; GOMES, 2001, p. 266; O'CALLAGHAN, 2001, p. 1708) em face da resistência dela em sair do cenário jurídico. Há um nítido descompasso jurídico nos discursos entre a doutrina jurídica brasileira e a realista abordagem dos direitos de propriedade noutros países. Poucos juristas no Brasil como Ricardo Aronne alertaram para temeridade de sua extinção por mera ablação legal. Aventou a hipótese crítica de que não teriam sido esgotadas as possibilidades de ser a enfiteuse renovada (ARONNE, 2001, p. 249) como meio de reforma agrária e urbana. Também José Farias Tavares, já no alvore do novo texto constitucional alertava para o tratamento normativo equivocado e inadequado do artigo 49 dos ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - quanto à enfiteuse (TAVARES, 1990).

A enfiteuse⁴ é um bom exemplo da evolução/mutação do conteúdo jurídico que circularmente incorpora práticas e usos, mesmo contrastando com determinações normativas expressas de sua extinção (MASSIRONI, 2012). Expressa aquela tensão entre o normativo e o fático, o propositivo e o descritivo daquela dicotomia radical na filosofia do direito em vários autores (RABENHORST, 2003). Proibida ou relegada à extinção, a enfiteuse permanece como resposta prática ao uso da propriedade (ROBILANT, 2014).

O contato, na verdade o “mergulho” nas águas turvas da questão enfitêutica, começa para este autor em 2006 ao assumir as funções pastorais na Paróquia de Santana, na cidade de Sousa, Paraíba. Com mais 2 outras paróquias da cidade, a “Santana” gerencia um fundo enfitêutico, o “Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios” doado em 1740, confirmado e ampliado até início do século XIX. Em área cobre 1 e ½ léguas quadradas e incertas, todo o perímetro urbano e vasta área rural, com mais de 10 mil imóveis residenciais e comerciais. O “Patrimônio” devidamente registrado, transcritas as velhas escrituras coloniais de doação em 1997, sob a matrícula geral nº 5.672 do Cartório local, é parte em todas as alienações de imóveis na cidade. Assim ocorre em muitas outras cidades do Brasil.

⁴ “Esistono, poi, casi in un nome non è più in grado di consentire un'identificazione univoca dell'accordo semplicemente perché il tempo há mutato la percezione delle cose.[...]. L'esempio che meglio di altri può aiutare a comprendere questa evoluzione è quello del **contrato di enfiteusi**”. (MASSIRONI, 2012, p. 170). (**Negrito nosso**)

A percepção inicial era que se tratava de mera questão patrimonial, de eventuais disputas jurídicas privadas e fadadas ao lento desaparecimento. Mas os aspectos social e existencial da enfiteuse se revelaram mais inquietantes e desafiadores. A fragilização do direito à moradia, de propriedade e a insegurança documental que impactava os enfiteutas eram discursos recorrentes de que a enfiteuse tinha sido extinta pelo Código Civil de 2002 e os documentos da enfiteuse pactuados entre as 3 paróquias e foreiros eram imprestáveis.

Renunciar aos direitos enfiteúticos foi a primeira e crônica tendência dos padres da cidade, pois era incômoda a sua gestão, concorrendo com as tarefas pastorais próprias e mais as tensões eventuais com os foreiros, agentes financeiros e imobiliários e cartório. Com as advertências de “leigos” do lugar⁵, a percepção foi mudando, pois os padres perceberam a gama de direitos envolvidos, a dimensão existencial imbricada no patrimonial, impossibilitada a renúncia de bens e direitos pelo caráter semi-público da propriedade eclesiástica sob as normas tributárias referentes à imunidade. A complexidade proprietária se manifestava nos aspectos sociais, econômicos e jurídicos debordando para diversos campos do direito.

Em 15 de setembro de 2008, encerrava-se um processo na 4ª Vara nº 037.2005.0057944, ação de obrigação de não fazer, de Teresinha de Lisieux Gadelha, Oficial Titular do Registro de Imóveis contra o Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios. Na ação, julgada improcedente, o Cartório pedia a apreensão dos livros de registros paroquiais e que as 3 Paróquias (Na. Sra. Dos Remédios, Bom Jesus e Santana) parassem de registrar as transferências de aforamentos que o Cartório se negava a fazer sem a remição ou resgate.

Razões havia em todas as partes envolvidas: o Cartório pedia mais atenção da Igreja nos registros de transferência e autorização ao Judiciário para “ratificar aforamentos” existentes mas com documentação fragil. A Igreja pugnava que as pessoas não fossem obrigadas a remir o aforamento, apenas para facilitar ulterior venda, afetando eventuais necessidades de moradia estável de idosos, enfermos e outras pessoas vulneráveis. Os foreiros, por sua vez, querendo documentos válidos para um mínimo de segurança jurídica. No pano de fundo, a valorização exponencial do solo urbano nos anos recentes, a pressão imobiliária sobre imóveis feitos mercadoria ou a tentativa de ter acesso à formalização da propriedade considerando-a apenas no formato da plena propriedade.

⁵ “Leigos” mas conhecedores dos meandros e particularidades do “Patrimônio” Maria do Socorro Lourenço Estrela de Sá e seu esposo Alex Estrela de Sá, os irmãos da primeira, Francinete Lourenço de Sousa e Antônio Lourenço de Sousa, todos curadores do Patrimônio sucedendo Expedito Lourenço de Sousa, pai e sogro.

A agonia da enfiteuse como forma proprietária sob a crítica do direito liberal dos séculos XVIII e XIX e a sua reabilitação recente⁶ na França e Holanda, por exemplo, lançam o desafio para a análise da realidade jurídica brasileira. A hiperbólica afirmação de Clavero que “enfiteutas somos todos nós, sem sabê-lo” (CLAVERO, 1986, p. 1), desvela uma situação eleita como hipótese do presente trabalho: a enfiteuse como instituição mutante, que acomoda nas suas características constitutivas da cisão de domínios útil e direto, finalidade produtiva e de melhoria do bem (*emponemata*) e a longa duração (*jus perpetuum*). As contingências das mudanças sociais leva a propriedade sair de si mesma pelo largo emprego da enfiteuse na Antiguidade (DEGENEFFE, 2003; ORTUÑO PEREZ, 2005; OURLIAC, MALAFOSSE, 1963). O instituto foi base para o sistema feudal (WALD, 1994) que se manteve nos modernos “burgos” e as suas concessões feudais (LEFEBVRE, 1999, p. 43) na organização do território urbano.

O ressurgimento e o reforço da enfiteuse em alguns países destoam do discurso predominante no Brasil. As necessidades sociais e econômicas em alguns países insuspeitos de recuos históricos levam ao questionamento da tão somente inadequação e anacronismo da enfiteuse. Os discursos jurídicos e políticas legislativas contrastantes, inclusive A enfiteuse é o tipo de instituto mutante pela transitividade nos diversos contextos e modelagem histórico-normativa ou transformações jurídicas em diversos institutos. Pela cisão de domínio, em útil e direto, ela modula a propriedade exclusiva e absoluta da formulação jurídica liberal e decimonônica, abre às múltiplas relações reais e consegue capturar a complexidade da propriedade (GROSSI, 2006). A enfiteuse dilui fronteiras conceituais e aplicações jurídicas baseadas em categorias estáticas de propriedade, trazendo-a para um conceito mais realista e pragmático (ROBILANT, 2014, p. 14). Atualmente juristas europeus e norte americanos têm revisto a enfiteuse como uma engenhosa criação medieval.

A questão enfitêutica expõe um limite crítico da posse das coisas pelas pessoas, o enigma desse “terrível direito”, adjetivo que Stefano Rodotá atribui á propriedade (RODOTÁ, 1990) nos aspectos que vão do psíquico e subjetivo à objetividade da “coisa” (GROSSI, 2006, p. 5). “O problema mais crucial de nosso tempo é o princípio da propriedade privada e a justiça do sistema jurídico e econômico baseado nesse princípio” (KELSEN, 2001, p. 155). A propriedade da terra - fato econômico, social e político - é importante eixo na história e evento central para o direito.

⁶ A Holanda reintroduziu a enfiteuse (*Erfpacht*) no seu novo Código Civil de 1992 e a França, carrasco histórico do instituto, fê-lo paulatinamente a partir de 1902, mas com intensa produção normativa de restauração no século XXI. A Itália, no Código de 1942, revigorou a enfiteuse enfraquecida no anterior Código de 1865, com o congelamento do valor dos foros e os quase nulos direitos dos senhores.

A mentalidade e a doutrina jurídicas nacional nesse tema remontam à apologética proprietária do século XIX liberal, de tendência a absolutizar a propriedade. Saindo esta do caos do “regime das posses” pela Lei de Terras de 1850 justificava-se uma produção doutrinária e normativa concentradora. Propriedade que sendo ícone do direito privado na tríade com a família e o contrato, mais do que estes dois demandou fortemente a ação do Estado liberal⁷ moderno como seu garantidor. O individualismo proprietário e suas garantias jurídicas *erga omnes* marcou o movimento codificador do século XIX que busca substituir a propriedade feudal e cheia de vínculos e limitações, pela burguesa, liberada e alodial.

A enfiteuse também se inscreve na relação jurídica dos direitos da propriedade e direitos territoriais. Aqui reside outra peculiaridade que outros direitos reais não possuem: o aceno ao *Oberreigentum am Boden* ou “propriedade eminente” do Estado sobre o território (SCHMITT, 2014, p. 44) como modelo para o senhorio (*Herrschaft*) privado. Os direitos territoriais superiores de ordem pública (*imperium*) guardam uma relação com outros que, sendo privados (*dominium*) estão ligados à tomada da terra (SCHMITT, 2014, p. 4). Precedem assim a clássica divisão entre direito privado e direito público que se seguiria. Pode-se assim propor a hipótese de direitos semi públicos ou semi privados sobre a terra.

Historicamente, a enfiteuse foi o padrão jurídico para a concessão feudal de terras. Liga-se, desse modo, ao *Ancien Régime* e contra ela se voltaram especificamente as reformas liberais e burguesas de desamortização fundiária como parte das lutas de desenfeudamento⁸. A propriedade moderna, apta ao comércio jurídico e feito mercadoria precisava estar liberada de vínculos e concentrado seu domínio num único titular, o proprietário individual. Nas revoluções burguesas a alteração do *status* proprietário foi central, o absolutismo político do poder contestado violentamente resultou na paradoxalmente aceitação do absolutismo proprietário identificado com o valor da liberdade individual.

Por ser de fato afeta ao direito à moradia e ao trabalho, a enfiteuse ingressa na complexidade da discursão jurídica dos direitos fundamentais. No centro conflitivo de transição de modelos jurídicos, políticos, econômicos e sociais da revolução moderna, a enfiteuse desafia os direitos humanos como teoria crítica, pois paradoxalmente⁹ se baseia na

⁷ O adjetivo “liberal” do direito e do Estado caracteriza o aspecto formal e legal do direito resultado das revoluções burguesas. A igualdade formal, a liberdade econômica conviveram com estruturas oligárquicas “liberais” em vários países, o *Rechtstaat* de Weber (SANTOS, 2009, 140ss). Positivismo e dominação jurídica racional e instrumental são marcas desse modelo.

⁸ A doutrina francesa identificava *emphyteose* com *feudo* (DEGENEFTE, 2003, p. 163). Para a autora espanhola, Dumolin afirmava que a palavra “enfiteuse” era equivocada e tratava-se de feudo. Também cf. Fulgineus (2011) No clássico tratado sobre a enfiteuse eclesiástica, as “quaestias” IX e X pretendem distinguir enfiteuse de feudo.

⁹ Os direitos humanos são predominantemente concebidos no viés evolucionista e historicista, na ideia de contínuo progresso do otimismo iluminista. A abolição de direitos e práticas do chamado “Antigo Regime” se

finalidade ou função social da propriedade e foi/é vetor de acesso a ela. As formas de acesso á propriedade e o uso efetivo dela reabrem a discussão sobre os espaços urbanos e seu democratização fundiária a respeito dos direitos fundamentais de moradia (HOHMANN, 2013). A urbanização maciça transforma o acesso á propriedade (LECKIE, 2010) parte de um programa de direitos humanos (HANSEN, 2015).

A “questão enfiteutica”, nesta tese, tem o ponto nodal do conflito na constitucionalização da enfiteuse no Brasil, no artigo 49 dos ADCT - Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – da Constituição. O inesperado tratamento constitucional em 1988 do tema aparentemente silencioso revelou uma tensão e carga de interesses envolvendo atores sociais, políticos e especialmente econômicos. Do ponto de vista especificamente jurídico, normativo e dogmático, a já conturbada regulação da propriedade fundiária no Brasil ganha novo complicador. O constituinte originário de 1988, não logrando extinguir as enfiteuses públicas sobre os milhares de quilômetros de “terrenos de marinha” ao longo do litoral brasileiro, fragilizou a situação jurídica das enfiteuses privadas urbanas. O texto do dispositivo constitucional acrescentou novos problemas e ambiguidades à enfiteuse.

O método precisa ser adequado para enfrentar a complexidade “controlada” do problema, como ele evolui. Combinando a análise histórica e jurídica numa circularidade reflexiva é possível posicionar enfiteuse e propriedade, descrever o fenômeno da juridicidade de um instituto que desafia as leis. As contingências que cercam o instituto decorrem da própria adaptabilidade e mutação da enfiteuse, fazem-na um operador de sentido junto com outros direitos reais sobre coisa alheia. Descrever-se-á o instituto da enfiteuse dentro da instituição estruturante e mais ampla da propriedade e sua dimensão de crise regulatória crônica no Brasil. Outros aportes metodológicos derivados de teorias setoriais de análise de aspectos contingentes e outros mais estruturantes da enfiteuse. Contingência e estrutura que se imbricam na circularidade de operações (LUHMANN, 2005, p. 99; 2003, p. 107) em que passado e presente das formas jurídicas, produção e reprodução, Estado e sociedade, são reflexivamente analisados de modo não contrafático.

A enfiteuse tem uma sobrevida pela capacidade de comunicar e operacionalizar a propriedade. Adaptou-a cultural e consensualmente às formas de fruição conjunta, não esbarrando na dicotomia radical proprietário/não-proprietário, alçou-se acima do proibido e permitido. A circularidade reflexiva na descrição da enfiteuse inclui elementos estruturantes

deu em nome da racionalidade e do progresso da nova ordem burguesa e liberal. A crença econômica liberal na liberdade individual deixou sem atenção a dimensão social do direito até o século XX praticamente. Essa concepção de direitos humanos está cedendo para uma mais crítica que considera as conquistas modernas mas também os ocultamentos e exclusões que em nome do progresso se cometeu.

do instituto como resposta jurídica objetiva e realista ao uso da terra. Um direito real com as atualizações que lhe reforçam os aspectos subjetivos do contrato sem ocultar as operações em que ela ressurgiu após ser extinta formalmente em alguns ordenamentos jurídicos. Aparece naqueles onde nunca tivera antes tanta expressão¹⁰.

Inicialmente se pretendeu adotar o recorte da enfiteuse privada e urbana no Brasil, porém a transitividade entre elas e as enfiteuses públicas e rurais é grande¹¹. O passado enfitéutico une na origem o urbano e o rural, no surgimento das cidades. Assim a Lei de Terras de 1850 sob cuja égide muitas enfiteuses foram constituídas ou regularizadas, não distingue entre urbano e rural¹². A enfiteuse pública estatal tem regras, como a do resgate, que se aplicam à enfiteuse privada. As enfiteuses eclesiásticas, a grande maioria¹³.

No primeiro capítulo põem-se os eixos conceituais dos direitos humanos e da propriedade como contexto propositivo e descritivo adequado ao tratamento jurídico da enfiteuse. As abordagens são retomadas nos capítulos seguintes, expandidas a partir de novos desenvolvimentos trazidos na evolução do argumento da tese. A materialização dos direitos humanos em direitos sociais, no caso específico o de moradia, mas também do trabalho, e a técnica vinculante dos Estados aos tratados têm efeitos na ordem jurídica interna relacionam o tema da tese às mutações no direito de propriedade. Os direitos humanos como teoria crítica e menos como plataforma de lançamento de novos direitos subjetivos, pela sua imanente dimensão de paradoxo, permitem analisar recombinações como as formas de desconcentração da propriedade e sua funcionalização como direito social.

No segundo capítulo, o percurso histórico e descrição da enfiteuse, sua consolidação parcial, adaptações e negações históricas, explora a construção da complexidade ao longo do tempo e nos espaços políticos e normativos. O aspecto central são os movimentos de amortização e desamortização fundiária no Ocidente (América e Europa) que revolvem o fundo político e social da propriedade como eixo da produção de riqueza. Eles formatam um novo *Sitz im leben* individualista e exclusivo da propriedade, identificando coisa e seu

¹⁰ Smith (2012) em *Property as the law of things* fala na teia complexa de relações estruturadas em torno das “coisas” e a modularidade dessas relações a partir das diversas posições dos atores envolvidos.

¹¹ Em Jalles, SP, o conflito jurídico é exatamente a cessão enfitéutica de granjas rurais nos arredores da cidade que por conta de tais loteamentos “semi-rurais” cresce (NARDOQUE, 2007) com constituição de novas enfiteuses. Se os atos forem considerados nulos, perdem os enfiteutas um direitos mais estável que qualquer ou outro que eventualmente venha substituir.

¹² O Decreto nº 1.318/1854, que regulamenta o registro de terras determinado pela Lei nº 601/1850 nos artigos 77 e 78 dispunha sobre as enfiteuses rurais e urbanas indistintamente: tamanho das glebas cobranças de foros e destinação dos recursos, recolhidos pelas Câmara Municipais, Igreja e outros senhorios diretos.

¹³ Estimam-se as enfiteuses eclesiásticas em 60% das existentes, contra 30% das públicas, 3% da família imperial e 7% de outros particulares (AMORIM, 2002, p. 22). Isso não parece exato considerando a extensa faixa de 8,5 mil quilômetros de litoral que perfazem o fundo enfitéutico da União, os terrenos de marinha. São muito imprecisos os dados referentes à dimensão territorial envolvida.

possuidor, com clara deslegitimação dos titulares como a Igreja e coletividades locais. Desse movimento, resultou em consequência da concentração de domínios, a concentração fundiária com exclusão legitimada das populações que habitavam e trabalhavam a terra. Ou seja, as desamortizações liberais apenas provocaram a certeza de que havia de ser feita uma reforma fundiária e agrária, mas não a fez efetivamente.

No terceiro capítulo o levantamento de direito comparado referente ao tema indica ao menos três cenários fundamentais. Primeiro, da permanência legislativa da enfiteuse em vários ordenamentos jurídicos numa linha de quase continuidade com o direito justiniano (Espanha, Itália, Canadá e Bélgica); Segundo, a reintrodução da enfiteuse após a sua revogação e banimento (França e Holanda) dentro da visão dinâmica de uso da propriedade; Terceiro, a permanência da enfiteuse judicial decorrente da persistência de situações jurídicas reais concretas (Alemanha e Portugal) ou em decorrência do *judicial self governance* em direitos reais nos Estados Unidos, Inglaterra e Gales. Nestes países o “rol fechado” dos direitos reais ou princípio do *numerus clausus* do direito clássico romano é mais indicativo que taxativo e a enfiteuse entra no campo mais e dinâmico e aberto dos contratos¹⁴.

As normas da União Europeia deliberam sobre as enfiteuses já constituídas e a harmonização dos direitos de propriedade e de garantia nos diversos países do bloco. Ali a enfiteuse se relaciona com o uso produtivo e dinâmico da terra, as ações de fomento e políticas de subsídios. A tendência é de renovação da *emponema* que termina legitimando o outro do *dominium divisum* quando diversos e não conflitantes os interesses em torno do solo.

No quarto capítulo, as mutações normativas diretas no instituto da enfiteuse no Brasil pela constitucionalização do tema. A discussão dogmático-normativa articulada com conflitos jurídicos concretos buscará aproximar os aspectos sistêmico-normativos e problemáticos. O levantamento ilustrativo da ocorrência de enfiteuses e conflitos jurídicos são um ensaio de casuística, fatos noticiados na imprensa em diversos lugares do Brasil e resgates históricos memorialistas da fundação de cidades no Brasil, são o pano de fundo do levantamento dos pontos críticos. Além de Sousa, Paraíba, descrita com mais detalhes as cidades de Jales em São Paulo, Joinville em Santa Catarina, Petrópolis no Rio de Janeiro, Icapuí no Ceará, dentre outras, são territórios enfiteuticos total ou parcialmente.

O quadro normativo traz diversas leis cujos dispositivos incidem sobre o suporte fático da enfiteuse como a Lei Complementar nº 76/1993, das desapropriações, a Lei 9.514/1997,

¹⁴ No modelo do *common law*, a persistência do *feudal tenure* na Inglaterra e Gales e das amplas prerrogativas contratuais dos proprietários nos EUA, habilitam formas jurídicas que são evidentes modalizações da enfiteuse (*long leasehold, equity Estates*), ou seja, um “velho” modelo legitima-se na dinâmica contratual bem recente.

das alienações fiduciárias de imóveis e Lei nº 10.931/2004 que a altera, o Código Tributário Nacional, o Novo Código de Processo Civil, lei nº 13.105/2015 que dela trata nos artigos 791 e 799. Mas o “quadro normativo” por excelência da enfiteuse é composto do artigo 49, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ADCT, Códigos civil de 2002 e 1916 e o Decreto 9.760 /1945, como se verá. A sobrevida normativa da enfiteuse também da produção judicial indicam que o instituto está ainda muito distante de sua total extinção, mas o capítulo um conjunto de possibilidades jurídicas para isso.

Como resultado se procura contribuir com a progressão das discussões no Brasil não estacione nas conceituações retóricas¹⁵ do direito liberal quanto à enfiteuse. Novas necessidades econômicas e sociais, a solução menos conflitiva e onerosa do conflito pela terra urbana e rural, implica considerar variações criativas na titularidade do solo. Por fim, considerar as categorias de direitos reais não tem apenas finalidade de dar segurança formal ao sistema de propriedade, mas também dinamizá-lo, reflexivamente, o que abre as possibilidades de revisitar a enfiteuse, presentificar recursivamente uma memória jurídica.

E sem perder de vista que as propostas do direito liberal são de uma forma de sociedade afinada com os processos de individualização e subjetivação, da proeminência da liberdade e dos contratos. A segurança jurídica e os custos da informação essenciais para tal segurança são a contraface que a crítica liberal à enfiteuse lhe acrescenta a custo de desafio: como dar acesso à propriedade e esta a salvo do arbítrio e da incerteza?

A mutação da enfiteuse passa também por sua adequada superação, para que seja um conceito além de um nome. A enfiteuse é mais que um nome, inscreve-se num paradigma de apropriação e uso da terra em que a propriedade desta não se fecha na exclusividade dominial como o termo “enfiteuse” não se fecha num sentido unívoco, categoria jurídica fechada, mas mutante¹⁶. A enfiteuse e com ela os outros direitos reais desafiam um desenvolvimento jurídico maior nos sentidos teórico, prático e crítico para reconectar a propriedade à justiça, o fato econômico do possuir às necessidades sociais de morar e produzir, o individual e exclusivo ao compartilhado e coletivo.

¹⁵ O “senso comum teórico dos juristas” de Warat (1982), estacionar em refrões ou como denuncia Luhmann (2003, p. 79) usar o esquema igual/desigual, substancialmente político e de abertura estrutural como norma e, portanto, fechamento estrutural.

¹⁶ Diz Massironi (2012, p. 170) “Esistono, poi, casi in un nome non è più in grado di consentire un’identificazione univoca dell’accordo semplicemente perché il tempo há mutato la percezione delle cose.[...]. L’esempio che meglio di altri può aiutare a comprendere questa evoluzione è quello del contratto di enfiteusi”.

1 DIREITOS HUMANOS E PROPRIEDADE: A TEORIA CRÍTICA E O MARCO TEÓRICO E METODOLÓGICO

A questão enfiteútica envolve basicamente uma busca do método adequado a descrever o contexto mais amplo do direito de propriedade, que a pura dogmática normativista não alcança realizar. A abertura crítica na dogmática jurídica tradicional proposta pelos direitos humanos encontra apoio e expressão no direito interno ditado pela Constituição. A propriedade sob a constitucionalização e cada vez mais inserida na agenda global dos direitos humanos tem na enfiteuse um índice de aferição de sua maior ou menor adaptabilidade às necessidades e expectativas das populações e seu acesso à propriedade.

A compreensão do problema abordado na presente tese, a crise do instituto da enfiteuse, seus antecedentes e contexto demandam esclarecimento de algumas dimensões envolvidas na análise. A questão enfiteútica é potencializada quando o artigo 49 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata de um instituto de direito civil em acentuado processo de desuso¹⁷, mas com efeitos concretos sobre a situação de milhões de imóveis, a enfiteuse.

A repercussão da normativa constitucional sobre a legitimidade formal de propriedade e seus respectivos títulos e a situação fática de milhões de pessoas (sem exagero), trazem a baila moradia e propriedade e com ela a reflexão sobre os direitos patrimoniais e existenciais. Ao afetar grande extensão de solos urbanos e rurais, um campo em que a regulação jurídica claudicou diante do apossamento irregular e formas de propriedade “imperfeitas”, ao tema jus fundamental da moradia e propriedade, se agrega os direitos territoriais, pela incidência coletiva da questão.

O direito civil já possui instrumentos de intervenção quando a propriedade fundiária (mas também outras formas, como a intelectual) ultrapassa o formato clássico pela extensão e aspecto demográficos, como a ocupação por grande número de pessoas.¹⁸ Nesse caso, o formato contratual, bilateral e sinalagmático jusprivatista cede à nova situação jurídica da repercussão dos direitos fundamentais sociais (e econômicos, para manter a circularidade

¹⁷ As ocupações de terras sob a forma enfiteútica vão rareando já no século XX com a indisponibilidade de novas terras desocupadas na faixa litorânea (enfiteuses públicas) e por falta de interesse dos proprietários privados em ceder novos aforamentos. A compra e venda de terras urbanas e rurais decidida pela Lei de Terras de 1850 como única forma de aquisição, foi se impondo paulatinamente. As enfiteuses atuais são adquiridas por direito sucessório, na quase totalidade dos casos (dados da experiência direta de observação deste autor).

¹⁸ No Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) o artigo 1.228, §§ 4º e 5º da desapropriação judicial é um avanço do direito civil constitucional, combina a disputa sobre “extensa área” por “considerável número de pessoas” e o “interesse social e econômico relevante”. O proprietário privado da terra é indenizado, após isso a sentença passa a valer como título para o registro do imóvel.

dinâmica de afirmação e negação que o contexto fático da disputa atualizará de modo dinâmico, realçando contingencialmente o valor jurídico mais adequado e aplicável a cada caso).

1.1 A(s) propriedade(s), o método de abordagem e instrumentais teóricos adequados

A propriedade resiste ao tratamento normativo e dogmático linear, a informalidade e as dificuldades de regularização fundiária imersa numa espécie de caos regulatório evidenciam isso (TUTIKIAN, 2011; IMPARATO, 2000; PINTO JÚNIOR, 2012; HOLSTON, 1993). Autores da tradição anglo-americana advogam uma modulação da propriedade, sendo peculiar a tese de Smith (2012) de que a propriedade tem que ser entendida em três contextos diversos de interações sociais: entre proprietário e não-proprietários (*outsiders*), imperando a regra da exclusão; entre vendedores e compradores (*potential transactors*) em que imperam as regras de complexidade e segurança e, por fim, entre vizinhos e pessoas já proprietárias (*insiders*), em que as regras da diversidade dos acertos jurídicos.

A ideia de que o sistema de propriedade pode ser entendida em termos de modularidade é algo Smith tem desenvolvido de forma independente, e não tive oportunidade de comentar publicamente sobre ele. A minha reação é largamente positiva com reservas. O modelo de modularidade é um avanço sobre a simples ideia de "ótima padronização" por nós desenvolvido em conjunto para explicar o *numerus clausus* ou número limitado de formas de propriedade. Um dos mistérios associados com o *numerus clausus* é que o mesmo pedaço de propriedade é regido por regras muito diferentes em termos de grau de padronização, dependendo para que público ele passa a ser relevante. [...] (MERRILL, 2012, p. 151).

A dimensão sociológica da questão proprietária não é mais comumente negada em favor de um estrito normativismo legal. Avançando sobre a defesa de Merrill (2012) da propriedade vista a partir da posição jurídica dos atores nela ou em torno dela atuantes, tese de Smith (2012), Joseph William Singer retruca que a propriedade está além ainda assim de ser um "direito das coisas" e sim um "direito da democracia" (SINGER, 2014).

1.1.1 A metodologia e marcos teóricos da pesquisa

O complexo jogo de contingências em torno do evoluir do direito de propriedade que contextualiza a enfiteuse não cabe na solução do direito positivo ainda que este seja um válido ponto de partida. Por outro lado, a importância da propriedade e suas múltiplas formas e acesso e uso não pode ficar sem uma descrição sistêmica, pois categorias básicas (posse, detenção, uso, título, além da propriedade) cabem numa transitividade de sentidos e servem

para operações jurídicas válidas e eficazes. Noutra extremo as proposições do direito natural extremamente abertas, da propriedade como uma decorrente externalidade do “meu” e do “teu” (BOBBIO, 2000, p. 164) também são insuficientes como explicação¹⁹.

A teoria sistêmica tem as condições epistêmica e metodológica que combinada com a análise histórica e recusos interpretativos da epistemologia crítica contemplam o objeto tema. A complexidade social que contextualiza as operações e comunicações que (auto)põem o direito de propriedade em suas múltiplas manifestações (a enfiteuse uma delas) abre-se para as dimensões novas dos direitos humanos e a constitucionalização de direitos. As aberturas no direito de propriedade operadas nesses novos cenários, acrescentaram novas notas àquela dualidade entre direito positivo e natural, uma nova síntese surgindo nos direitos fundamentais e humanos.

Os movimentos sociais e políticos na modernidade ocidental ensejaram as transformações teóricas e práticas no conceito de “direito natural” que entra em decadência, passando a ser direito racional e por fim “direitos humanos” (LUHMANN, 2000, p. 153). Do ponto de vista epistêmico e crítico, os direitos humanos “são o correlato da abertura estrutural da sociedade face ao futuro” (LUHMANN, 2003, p. 79) ligando-se à complexidade das circunstâncias e menos a uma justiça natural normatizada pela igualdade.

Esta é parâmetro normativo geral dos direitos humanos, uma abertura estrutural do sistema do direito, mas a tensão igual/desigual não é contudo jurídica (LUHMANN, 2003, p. 79)²⁰. A aplicação do binário igualdade/desigualdade suscitou um estatuto de ação como o de tratar “desigualmente os desiguais” que supõe uma sociedade estratificada. A função do direito como o futuro, motivar o “dever ser” leva a generalização das expectativas mediante as normas jurídicas; Estas produzem um efeito de simbolização produzindo estabilidades e sensibilidades específicas (LUHMANN, 2003, p. 89).

Os direitos humanos abrem novas perspectivas para essa simbolização²¹ possibilitando ao direito se autodescrever face à complexidade social, pois vai além da operação básica do legal/ilegal, adequada para tratar a propriedade formal. Já a igualdade, “é a preferência mais abstrata do sistema” (LUHMANN, 2003, p. 76). Essa negação dos direitos humanos como um fechamento normativo não é um demérito na teoria sistêmica de

¹⁹ Quanto ao direito de propriedade, Bobbio (2000, p. 169) reputa que Kant elaborou uma explicação intermediária entre as posições do direito natural e do direito positivo.

²⁰ Essa incursão de Luhmann (2003) no tema dos direitos humanos se dá no texto em face da desigualdade e do aproveitamento diferenciado da propriedade, como se estas fossem o elementos de exteriorização/manifestação da contingência e complexidade “pós-edênica”, quando a comunidade mítica originária passa a ser sociedade complexa e sistema que observa.

²¹ A “simbologização” é processo social e cultural fundamental para outros autores (Cf. WHITE; DILLINGHAM, 2009).

Luhmann, considerando que ele retoma essa questão no binômio codificação e programação (LUHMANN, 2003, p. 138ss). Ao contrário, garante aos direitos humanos a possibilidade de abertura geral do direito, estando aí o seu valor de atualização no sistema. Luhmann os situa nas expectativas cognitivas, junto com o direito internacional.

Pela codificação se tem a básica garantia de uma dada questão estar sendo decidida dentro do código do direito. Mas é a dinâmica da programação condicional que acrescenta recursos cognitivos e operações permitindo ao sistema jurídico se diferenciar e reconectar-se com o código *recht/unrecht* agregando novos insumos (LUHMANN, 2003, p. 140) e sendo estruturalmente abertos ao futuro (LUHMANN, 2003, p. 141) nos países em desenvolvimento, o programa condicional “é uma das grandes conquistas evolutivas do desenvolvimento social” (LUHMANN, 2003, p. 140).

Isso elide a ressalva que à teoria sistêmica faz Boaventura de Sousa Santos, de que a reflexividade e a teoria sistêmica sejam apenas parte de um “programa mais vasto de processualização e reautonomização do direito” (SANTOS, 2009, p. 160). Os direitos humanos categorialmente falando também se construíram historicamente com procedimentos emancipatórios como o devido processo legal, o direito à ampla defesa e contraditório. Desse modo, um aproximar-se dos direitos humanos dentro da perspectiva descritiva sistêmica, reflexiva e circular, permite considerar, por exemplo, a propriedade, afeta ao sistema da economia (LUHMANN, 2003, p. 132). Uma das sintaxes argumentativas luhmaniana situa a propriedade junto ao trabalho e escassez, quando então a primeira passa a responder a expectativas normativas, como comportamento. Sua função é econômica exclusivamente nas sociedades já funcionalmente diferenciadas (LUHMANN, 2003, p. 98), quando tanto o sistema da economia quanto o do direito são autopoieticos.

Na perspectiva circular reflexiva de análise, um parêntese provocativo cabe nesse ponto: a propriedade mantém-se firmemente no domínio da economia, a sua irritação sobre o sistema do direito se dá longinquamente pelo fato da escassez, e mais proximamente na construção do registro de propriedade (LUHMANN, 2003, p. 152). A enfiteuse e as demais funcionalizações da propriedade (posse, usufruto, habitação...) fazem o acoplamento estrutural entre direito e economia ao traduzirem-se como propriedade e contrato. Estes dois são para Luhmann os conceitos jurídicos que fazem esse acoplamento entre os dois subsistemas (LUHMANN, 2003, p. 190).

O método de pesquisa busca a combinação análise que, a atualidade dos aspectos em que se manifesta o fenômeno como questão jurídica e social e a dimensão e o evoluir histórico-temporal do mesmo na perspectiva sistêmica de que o “problema” se descreve no

presente. Só na construção do observador se produz um seccionamento temporal (LUHMANN, 2003, p. 233) que se relaciona com uma intencionalidade explícita: no presente caso, a descrição da circularidade que reprojeta a ênfase nas suas múltiplas mutações e adaptações. Estas não vêm do nada, mas se alimenta das características que se concentram no presente, na simultaneidade das operações, no fechamento normativo, ainda que para ser superado num novo presente, que argumentativamente apenas se liga a um caso anterior (LUHMANN, 2003, p. 260).

A história do direito positivo em clara adaptação sistêmica às condições da sociedade moderna é radicalmente distinta da perspectiva do direito natural racional, de progresso jurídico na passagem da “força” para a “civilização” (LUHMANN, 2003, p. 17). Não há essa linearidade, mas circularidade, adaptação entre forma jurídica e forma da sociedade, normas e fatos, vigência e existência sem apelo a uma distinção transcendental (LUHMANN, 2003, p. 18) mas a operações sistêmicas autopoieticas. As irritações que provocam a resposta sistêmica adequadas, o fazem evoluir na autodescrição. A evolução no sentido de Luhmann tem a perspectiva mais biológica do que histórico-temporal, análoga situação a descrita por Koselleck (2014, p. 11ss) da história e do tempo como uma metáfora do espaço, as sucessões de “eras” geológicas ou geográficas (KOSELLECK, 2014, p. 47). As estruturas de repetição são para ele os “transcendentes” (KOSELLECK, 2014, p. 25) a unir as unidades de experiência num processo recursivo, circular. Na diacronia como recurso histórico para ele “as aquisições de experiência se acumulam em termos puramente quantitativos. Isso não representa necessariamente um acréscimo de experiência” (KOSELLECK, 2014, p. 45).

O método sistêmico tem autonomia epistêmica, não se confunde instrumental ou finalisticamente com o objeto de estudo ou seus resultados²². Isso garante que a combinação de método histórico-dialético e analítico auxilie o conjunto descritivo do fenômeno jurídico pesquisado. A intersecção de abordagens é capaz de situar o problema proposto, qual seja a ênfase no Brasil e as conexões do instituto que ultrapassam o espaço e o tempo brasileiros.

A análise normativa da questão enfiteuticista é qualitativa, mas pela ocorrência em diversos ordenamentos jurídicos, assume dimensão plural e quantitativa (numero de ocorrências de diversas experiências internacionais no tema) aqui utilizada como comprovação do argumento qualitativo da mutação e sobrevivência do instituto ou regime de propriedade. As mutações jurídico normativas consideradas no conjunto das idas e vindas do

²² Daí resultando a distinção não de todo especiosa entre método como abordagem (teórica) e procedimento (instrumental).

instituto, fortemente vinculadas às mudanças de *status quo* político e social, demandam um itinerário de pesquisa descritiva com histórica.

O marco teórico é estruturado na epistemologia crítica, nas teorias que enfrentam os paradoxos não só intrínsecos aos problemas jurídicos, para isso bastando uma analítica exegética, mas extrínsecos, de comunicação do problema jurídico com outras dimensões como a política e a economia. A teoria adequada como instrumental de leitura, além de aberta a consideração de outros aportes são basicamente, para a análise da propriedade como direitos humanos “abertos” a de Costa Douzinas e de Niklas Luhmann a descrição sistêmica mais aquela “expectativa cognitiva” que Luhmann confere aos direitos humanos.

À capacidade das fontes históricas em “dar imediata notícia sobre fatos e ideias, sobre planos e acontecimentos” (KOSELLECK, 2006, prefácio), o autor frisa a dificuldade de a História definir o tempo histórico e da linguagem, em um tempo sincrônico, definir sentidos dos fatos e acontecimentos. Ele distingue entre a história dos efeitos que acontecem “na continuidade de uma tradição e de uma exegese textual e a história dos efeitos que, mesmo mediados e possibilitados pela linguagem, permanecem sempre além da linguagem” (KOSELLECK, 2014, p. 109)²³. “Existem processos históricos que escapam a qualquer compensação [sic] ou interpretação linguística. Esse é o domínio que caracteriza a teoria da História” (KOSELLECK, 2014, p. 109).

Boaventura de Sousa Santos aproxima a descrição histórica do evoluir do direito moderno do contexto das ideias e tensões sociais, econômicas e culturais de cada época. Desde a recepção do direito romano em Bolonha (SANTOS, 2009, p. 120), até os dias atuais de uma “terceira fase” do capitalismo cujo poder de regulação transnacional cresce (SANTOS, 2009, p. 153). A desconstrução de um “passado que nunca existiu” da força regulatória exclusiva do Estado Social (SANTOS, 2009, p. 157) é relevante como dado crítico-teórico. Para ele o direito moderno, abstrato e liberal continuou vigente no alvorecer e evoluir do Estado Social, apenas com especificação de alguns campos novos no direito.

Esse domínio conjugado de história e direito passa pela consideração da processualidade das estruturas históricas de Pedro Demo, adequada à análise em curso em que existe o *Sitz im leben* de um contexto de mudanças (DEMO, 1995, p. 89). Neste, estruturas de repetição (KOSELLECK, 2014, p. 27) dialeticamente se combinam com mudanças, por vezes radicais. A contribuição da dialética consiste em ressaltar a historicidade das transformações

²³ Nesse ponto, Koselleck foi replicado por Gadamer (KOSELLECK, 2014, p. 111-118) em espaço aberto pelo próprio autor. Para Gadamer a busca do sentido supera o dado dos acontecimentos. Linguagem e comunicação são pressupostos e não efeitos.

sociais, um finalismo mitigado que se realiza em cada fase, deixando aberta uma nova transformação, excluindo um milenarismo do “fim da história”. Por outro lado, ao invocar um aspecto de “totalidade dialética” (DEMO, 1995, p. 91), o método pode e deve ser excepcionado em favor de uma postura mais adequada de considerar as partes e aspectos parciais em que se distribui um problema para a análise.

Decorre do próprio marco teórico, que tem na base o questionamento da modernidade jurídica e sua dimensão “regulatória” crescente, com retração dos aspectos emancipatórios. A posição crítica aqui assumida parte da consideração de uma particular e definida das “mutantes” de exclusão e inclusão de uma forma de exercício da propriedade pelo direito normativo, atento à observação de Sérgio Paulo Rouanet (2004).

Rouanet (2004) citando Weber e sua distinção entre modernidade cultural e modernidade social²⁴, afirma que conservadores e críticos da modernidade aceitam a primeira, caracterizada “pela dessacralização (*Entzauberung*) as visões do mundo tradicionais e sua substituição por esferas axiológicas (*Wertsphären*) diferenciadas, regidas pela razão e sujeitas à ação consciente do homem” (ROUANET, 2004, p. 218). Ou seja, para a análise histórica dos eventos, em especial a desamortização e “redenções” fundiárias visando tornar a terra mercadoria, houve uma confluência de posições entre revolucionários e a classe neo-conservadora, a burguesia liberal, em termos de modernidade cultural.

Já a “modernidade social” que opõe desta vez os críticos e os conservadores, pois “se caracteriza por complexos institucionais autonomizados (O Estado e a economia), que escapam crescentemente ao controle dos indivíduos, através de mecanismos cada vez mais automáticos: na essência é o processo de burocratização” (ROUANET, 2004, p. 218).

Essa chave metodológica mais ampla tem que estar coerente com os aspectos “instituintes” e “utópicos” que devem cercar as pesquisas em direitos humanos. Diz Douzinas (2009, p. 14) “o paradoxo, o aporético, o contraditório não são distrações periféricas esperando ser resolvidas pelo teórico. O paradoxo é o princípio organizador dos direitos humanos”. O autor insiste no papel dos direitos humanos como uma teoria crítica, não como um “credo” laico resignado e consensual que vem se impondo como alternativa a todas as lutas e resistências.

Santos (2005) também se situa no campo da epistemologia crítica, do saber emancipado como ponto de partida de análise da redução do pensamento à racionalidade

²⁴ Essa distinção de Weber é exatamente coerente com a cisão das constituições modernas em duas muito distintas, segundo Gargarella (2015): uma primeira mais substancial que proclama direitos e garantias muito generosamente, e outra que mantém formalmente estruturas de governo e de poder que se repetem.

cognitivo-instrumental, a ciência e a técnica como meios de regulação moderna. A crise paradigmática da ciência, da técnica e do direito moderno, segundo ele, afeta os métodos modernos, que fica preso “num jogo de espelhos” (id. p. 174), despossuído de conteúdo.

Essa epistemologia crítica ajudará a trabalhar/depurar os conceitos de direitos humanos, regulação estatal, Constituição e direitos de propriedade, abrindo possibilidade de construção argumentativa e discursiva do tema proposto a pesquisa.

1.1.2 Pesquisa documental e bibliográfica

O contato profissional e direto com o tema propiciaram a seleção das fontes e permitiram a elaboração das premissas da buscas. Estas se deram em fontes documentais e bibliografia o mais das vezes relativas as experiências jurídicas dnoutros ordenamentos. Há uma escassez de produção bibliográfica específica, dai o escopo da presente pesquisa.

A pesquisa bibliográfica e fichamentos subsequentes foram necessários para estabelecer certa aproximação dos conceitos e elementos teóricos e históricos referentes ao estudo. O instituto jurídico da enfiteuse guarda proximidades e distinções que os levantamentos bibliográficos ajudarão a esclarecer. Nesse ponto, a fase descritiva e explicativa que devem estar presentes na construção da tese, aparecem mais fortes e contempladas, com especial relevo a descrição;

A pesquisa documental em fontes primárias (documentos em registros de doações, escrituras etc) visa estabelecer situações pontuais de fato que forneçam um desenho do problema e do instituto jurídico em comento; Nesse ponto, da análise documental e de fontes primárias, se buscará captar algumas peculiaridades. A análise e avaliação das orientações jurisprudenciais serão úteis para fixar o caminho interpretativo dos tribunais. Aqui já se deve configurar a etapa explicativo-propositivo, com acento na explicação das causas da questão enfiteutica e aceno para as soluções jurisprudenciais já propostas no quadro anterior aos ADCT, art. 49.

A pesquisa utilizando registros dos eventos e de informações pertinentes e precisas sobre o tema-objeto é praticamente impossível, pois se tratam de situações afetadas pela inoficialidade e inexistência de registros. Algo semelhante ao limite que Wanderley Guilherme dos Santos identificou para a pesquisa social acerca dos trabalho informal, sem carteira assinada, no Brasil. Os próprios registros privados quando existem, não seguem

formatos prévios e comparáveis entre si com segurança, sendo muito (GIRALT, 1973²⁵). Os registros precários e muitas vezes extraviados, subtraíram o acesso à própria história local, sendo da experiência dos pesquisadores a raridade desses acervos (BARROSO, 1997, p. 11). A tomada da terra por mera “posse” informal sem mediação de atos de registros, decorrente de uma “apropriação territorial” desajustada (STAUT, 2012, p. 65) era comum a confusão de limites no período histórico e formação de vários patrimônios sesmarias, na falta de técnicas de medição fundiária (SILVA, 1996, p. 44-45). As contendas entre proprietários eram conflituosas pela imprecisão dos limites e registros (GIRÃO, 1985, p. 121-122)²⁶.

A facultatividade dos registros imobiliários é um problema ainda hoje que segundo Cláudia Fonseca Tutikian²⁷ fragiliza uma economia de formalização (TUTIKIAN, 2011, p. 215). Problema que Raquel Rolnik reputou no início de regulação com a Lei de Terras (ROLNIK, 1997, p. 22) cujos efeitos viriam a se sentir na cidade, pela indiferenciação entre espaço urbano e rural. A pesquisa científica no campo social, em que pesa o fator da exclusão social renitente às reformas legislativas como é o caso da propriedade imperfeita e precária: segmentos afetados “exclusão social” que predica situações muito díspares (CASTEL, 2011, p. 25; 27) em combinação com o pensamento de José de Sousa Martins (2008) as situações vividas pelos segmentos sociais invisibilizados pela exclusão não são documentadas.

Positivamente, a pesquisa documental considerará as mutações e considerações normativas (legais, doutrinárias e jurisprudenciais) acerca das particularidades do exercício da propriedade, comparando ainda que pouco mais que topicamente de início os textos legais. As bases de dados da legislação atualizadas e disponibilizadas facilitam esse trabalho de busca e comparação entre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Pesquisando as contramarchas da regulação territorial no Brasil, o levantamento da legislação vigente revelou-se material decisivo para traçar um painel explicativo da irregularidade fundiária brasileira (WHELING; WHELING, 2005, p. 312). A importância desses registros de dados no estudo das condições brasileiras, especialmente, o diz Caio Prado Júnior. O receio de que dados precisos fornecidos às autoridades coloniais resultassem em obrigações mais onerosas insuflaram uma cultura de inexatidão estatística na sociedade (PRADO JR, 2011, p. 35). Desse modo o acesso à realidade por tais dados documentados fica comprometido.

²⁵ Giralt (1973) chama atenção para a falta de dados dessa situação que se desenvolveu a margem de registros e procedimentos formais.

²⁶ Girão (1985) cita a perplexidade de Théberge que em 1862 definia como caótica as inscrições de propriedade territorial, gerando uma sobrecarga para a Justiça e os legisladores.

²⁷ Tutikian (2011) tem uma visão muito restrita acerca da função social do solo urbano, critica a constitucionalização do direito civil que venha limitar o direito privado.

1.2 Direitos humanos e propriedade: as novas formas para novas necessidades

Por força da centralidade da propriedade nas interações sociais a nova descrição e normatização dos institutos como posse, remoções forçadas, evicções violentas são demandas de direitos humanos. Do objetivismo de uma sociedade “reicêntrica” medieval centrada na “coisa” e situações objetivas a ela pertinentes (GROSSI, 2006) para a modernidade, instituições e institutos jurídicos como família, provas judiciais, propriedade, por exemplo, passarão por profundas alterações. A enfiteuse e os direitos reais em geral oscilarão como estruturas de repetição ou de mudança (KOSELLECK, 2014).

A modernidade acentua a dimensão contratual da autonomia da vontade, da comunicação subjetiva, como eixo do novo direito, em detrimento de uma objetividade centrada no *status (familiae, civitatis, i.e)* e nas “coisas”. A partir da recuperação do direito romano pelos juristas de Bolonha no século XII, resultou na ênfase da força cognitiva e normativa dos direitos subjetivos. O *Ordo* medieval com ênfase na sociedade vai migrar para a ordem jurídica estatal de regulação jurídica mais abstrata e cogente (GROSSI, 2006; BERMAN, 2004).

A propriedade fundiária foi seguramente a instituição mais afetada com a concentração de soberania no Estado centralizado, a estrita demarcação o território e a progressiva concentração dos poderes jurisdicionais na autoridade. A modernidade jurídico-política nas sociedades ocidentais teve um dos seus fundamentos na negação do modelo feudal, em que *dominium* e *imperium*, poder direto sobre as coisas e as pessoas, respectivamente (em apertada síntese).

A terra passou a ser objeto de nova pactuação, a titularidade individual, o *animus proprietatis* do direito romano clássico, irrelevante na Idade Média. Rogério Gesta Leal, citando Fustel de Coulange e Friedrich Engels, afirma que era a propriedade de bens comuns, agregados à família e com fins de subsistência a forma básica de titularidade. A manutenção do “núcleo cúltrico familiar” (LEAL, 1998, p. 37) induzem a sucessão hereditária dos bens que junto com a religião e a família perfazem uma tríade no mundo Antigo, grego e romano.

François Ost acompanha esse movimento e a dimensão antropocêntrica que se sobrepõe àquela cósmica e ecológica do direito (OST, 2003, p. 47ss), do individualismo possessivo sobre formas comunais e familiares de possuir. A cronologia²⁸ das mutações

²⁸ Essa cronologia não é estritamente igual nos diversos países afetados pelos movimentos liberais e burgueses, que juntos com a concentração de poderes no novo Estado Nação, buscavam a superação do *Ordo* medieval. Também não reforçou todas as dimensões da vida social: na França, foi mais ostensiva pela Revolução Francesa, no final do século XVIII. Mas a Inglaterra com as revoluções liberais um século antes, estabelecia as bases de

sociais na política, no direito e na economia, na Europa e América modernas se assenta no fim das vinculações e sujeições hierárquicas e pessoais diretas do Medievo e contestação desse modelo também nas formas proprietárias. A enfiteuse e as formas feudais de possuir, a partir inclusive dos seus titulares mais proeminentes, a aristocracia territorial e a Igreja Católica, foram os alvos contra os quais foi mais intensa a contestação na luta para alteração do *status quo* do Antigo Regime.

A conexão entre direitos humanos e propriedade, em especial a imobiliária, tem no percurso histórico a referência à revolução burguesa e liberal que se prolongou dos séculos XVII e XIX, com episódios mais ostensivos em alguns países, caso da França. Essa revolução liberal burguesa altera mais ou menos profundamente as estruturas feudais na Europa, com especial incidência nas relações jurídicas de propriedade fundiária. O ideário iluminista de emancipação, as crenças econômicas dos fisiocratas no livre mercado confluíram para a busca de alternativas políticas.

As relações entre propriedade, igualdade ou desigualdade na sua fruição, a dignidade da pessoa humana e a subjetividade fundada na centralidade moderna do indivíduo, seus limites e consequências, são pertinentes à teoria dos direitos humanos. Sem prejuízos dos elementos externos, históricos e temporais²⁹, trazidos à discussão, a autodescrição do sistema do direito como saber autônomo e autoreferenciado, prático e projetado para o futuro, exige, não apenas acomoda conceitual e normativamente, a teoria dos direitos humanos.

1.2.1 Propriedade, direitos humanos e os recentes “*Human Wrongs*”

Antony Woodwiss contribui num ponto bem preciso para conectar direitos humanos, propriedade e liberdade, e de modo expresso o tema da enfiteuse no contexto da ocupação japonesa (WOODWISS, 2005, p. 118). Os EUA potência ocupante não viram como incompatível a democracia que pretendiam implantar no Japão a manutenção da forma enfiteutica e feudal no país. A forma proprietária para uma sociedade democrática (MOORE JR, 1967) não expurgava essa modalidade de acesso e consenso (WOODWISS, 2005).

uma cidadania demandante e um Parlamento limitador do poder real tomou força. A Alemanha, formada por uma multiplicidade de principados e dois reinos principais, Prússia e Áustria, participa por sua intelectualidade da *Aufklärung*, mais no campo da filosofia e das ideias. Na América, as reformas liberais seguiam as alternâncias de poder na Espanha, em especial a ascensão borbônica, burocratizante e concentradora substituindo o governo dos Habsburgos (Casa da Áustria) descentralizado, investindo nas desamortizações fundiárias iniciadas no século XVIII.

²⁹ A perspectiva dialética e histórico-temporal dos direitos acentuada por Hegel em reação a Kant se tornou central na teoria dos direitos humanos. Cf. Douzinas (2009, p. 271ss).

Os fatos marcantes de violação de direitos de propriedade na Guerra dos Balcans, acendeu no direito de propriedade uma dimensão existencial: como e a que título assegurar o retorno às suas casas e propriedades aos croatas, bósnios, sérvios e kosovares? (BENSCHOP, 2005). E quando a população urbana mundial no ano de 2006 superou a rural e a administração territorial passou a enfrentar a questão da forma de exercício dos direitos de propriedade fundiária? (LECKIE, 2010). Problemas eram as evicções violentas e instabilidade dos direitos habitacionais na crise hipotecária americana (*mortgage crisis*) de 2008.

As remoções forçadas pelas guerras ou conflitos violentos conectam os direitos habitacionais à propriedade e território. A insegurança da moradia afeta o estatuto de direitos humanos. No documental da UN-Habitat, a conexão entre direito de propriedade e moradia aparece dramaticamente revelado nos movimentos de desnacionalização de populações e privatização de imóveis que geraram demandas por outros e expropriação de minorias étnicas (UNHABITAT, 2005). Para a entidade, o direito à moradia estável e segura não é o mesmo que direito de propriedade, podendo ser assegurada noutros formatos jurídicos.

Nessa mesma linha, Jessie Hohmann distingue entre *right to housing* de gabarito constitucional e de direitos humanos de *housing rights* dos ordenamentos jurídicos nacionais, direitos legais e/ou codificados (HOHMANN, 2013). Aquela abertura conceitual e política do direito interno “ordinário” pelas expectativas cognitivas dos direitos humanos ao ser recebida nas Constituições dos estados, altera a legitimação da propriedade. Esta não tem apenas aquela dimensão da exclusividade e estabilidade³⁰.

A feição patrimonial e ancestral da propriedade como direito é bem melhor contextualizado nas “estruturas de repetição”, no *status quo* e na continuidade dos consensos sociais. Mas os desastres humanitários recentes revelaram a dimensão dos *human wrongs* de Ken Booth: nos crimes que vitimam milhares ou milhões de pessoas, a universalidade dos direitos humanos se mostra, no sofrimento que une todos os afetados, as vítimas.

Booth (2007) fazendo sua análise dentro dos estudos críticos de segurança, sub-área da política internacional, entende a teoria crítica como um mergulho profundo no entendimento de que as atitudes opressivas e impacto sobre as populações³¹. Nos *human wrongs* Booth assenta a universalidade e cosmopolitismo dos direitos humanos, uma perspectiva teórica realista e dentro do *mainstream*. A luta contra os erros humanos é para ele uma demonstração de que a hipocrisia e casuísmo dos governos que afirmam a universalidade dos direitos humanos não

³⁰ Schmid e Hertel (2005, p. 9) tratando dos direitos reais na Europa fazem a diferença entre “ownership in land” e “interests in land”, a exclusividade da propriedade não se estende a todas as formas de possuir.

³¹ “oppressive attitudes and behaviour with a view to developing promising ideas by which human society might overcome structural and contingent human wrongs” (BOOTH, 2007, p. 30).

elide o fato dessa luta ser marca da humanidade, realisticamente (BOOTH, 2007, p. 378) e a DUDH de 1948 o documento desse reconhecimento (BOOTH, 2007, p. 379).

Direitos humanos não porque nós “somos humanos”, mas para “fazer-nos humanos”, uma abordagem emancipatório-constitutiva, não uma teoria estática baseada na natureza humana, um essencialismo. Booth (2007, p. 382) concebe direitos humanos no modo evolucionário-sociológico da Escola de Frankfurt, constitutivo de atitudes e não declaratório de qualidade intrínsecas na humanidade.

Outra faceta da conexão entre direitos humanos e propriedade são as teorias da inclusão social como parte do programa dos direitos humanos. Susan Bright estuda o tema dos arrendamentos comerciais e residenciais nas muitas alterações legais (BRIGHT, 2006). Comparando EUA e Austrália, a autora viu nas 143 “bills” de alteração de direitos habitacionais entre 1967 e 2006, na Austrália, uma indicação de que a questão é sim de direitos humanos. O direito de enfiteuse para ela, alterado nos últimos 100 anos a favor dos inquilinos³².

A revisão histórica da conexão entre direitos humanos, propriedade e liberdade evolui daquela concepção lockiana, de corte individualista, para a concepção democrática da propriedade. A superação do “libertarianismo” para Singer (2009) passa por considerar as necessidades humanas. Estas forçam o conceito liberal de propriedade a migrar para a consideração dos direitos sociais e coletivos, condição para a liberdade do ponto de vista da democracia moderna. A democracia é a lei da propriedade.

1.2.2 Direitos humanos como direitos sociais: a moradia e o trabalho

A abordagem sistêmico-reflexiva aplicada à moradia e ao trabalho tem o campo de sentido possibilitado pelo sistema social que é omnicomprensivo (LUHMANN, 2003, p. 400ss) pelas operações que unem e dão sentido aos direitos sociais. A liberdade/direito de ir e vir e a liberdade/direito de permanecer preponderam faticamente um sobre o outro em contextos históricos distintos. O direito à educação e à informação se articula circurlarmente, sem excluir, portanto, com a liberdade de crença e consciência, que material e formalmente parecem até se opor num esquema dicotômico. A dimensão liberal dos direitos humanos, os

³² “Landlord and tenant law is now very different from the common law subject of 100 years ago. This processo of transformation of leasehold law is set to continue, as human rights legislation, social housing measure, judicial development” (BRIGHT, 2006, p. xiii).

direitos civis e políticos, não se opõem aos sociais e econômicos, senão que circularmente dinamizam ora um sentido, coletivo ou individual, negativo ou prestacional.

A moradia, direito social inscrito no artigo 6º da Constituição, tem antecedente jurídico ligado à caracterização da posse no artigo 5º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a Lei de Terras. E já surge numa relação de circularidade com o trabalho e a posse ou ocupação efetiva da terra. Na Constituição Brasileira de 1946, o artigo 156, § 1º determinava aos Estados assegurar a proteção possessória aos que tivessem morada habitual em terras devolutas medindo até vinte e cinco hectares, mais uma vez a Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964, repete a disposição. A “morada habitual”, caracterizando estabilidade da pessoa e seu grupo familiar se conta juridicamente tanto como dever quanto direito, um requisito de caracterização da posse. Um tratamento mais detalhado e analítico se procederá no capítulo 4 deste trabalho.

O direito à moradia vincula-se à efetividade da posse, portanto de conteúdo jurídico circularmente ligado à propriedade, ícone do direito liberal e marco dos direitos civis, os direitos humanos de primeira dimensão. O fato da “morada habitual”, a ocupação efetiva e se une ao trabalho humano passou a gênese das proteções jurídicas modernas, os direitos sociais. A Lei de Terras, de 1850, no Brasil cuja economia gravitava ainda em torno da escravidão e se orientava na direção da propriedade privada capitalista da terra (SILVA; SECRETO, 1999, p. 123³³), ainda assim se rende a tríade, protegendo direitos “sociais”. Os artigos 4º, 5º e 6º da Lei de Terras, de consideração da efetividade e produtividade na ocupação da terra e as reiteradas referências ao poder de decretação de “comisso” contra os ocupantes de terras negligentes, acenam para essa tendência que se intensificará no “Estado Social”.

A Lei de Terras, de 1850, mesmo ano em que foi abolido o tráfico escravo, é também analisada numa relação de causalidade com o trabalho por outro ângulo: o “cativeiro da terra” foi um passo do qual decorreu a necessidade de vender o próprio trabalho por parte de quem não podia mais se apossar de terras, conforme José de Sousa Martins (1981). A impossibilidade de obter terras por simples apossamento foi restringida, ao menos, pois passou a ser crime pela Lei de Terras. Isso para que se criasse um mercado de mão-de-obra, além do mercado de terras. Essa realidade social no Brasil não foi condição suficiente para a luta por direitos na segunda metade do século XIX. Só no século XX a trabalho e cidadania se

³³ As *mercedes* na Argentina e seu correlato no Brasil, as sesmarias, foram regularizadas levando em conta a primeira ocupação, na Argentina, e ocupação atual, no Brasil. Mas em ambos os países o paradigma enfiteutico da concessão prevaleceu, na Argentina sendo evidente pela “enfiteuse rivadaviana” sobre todo o território, fonte de conflitos permanentes (SILVA; SECRETO, 1999, p. 119).

uniriam mediante a carteira assinada, o trabalho formal, na “cidadania regulada” do trabalhador agora reconhecido como cidadão (SANTOS, 1979).

A consideração jurídica e política de um direito sob o qualificativo recente de “direitos sociais” diz respeito à consideração das necessidades de grupos vulneráveis, de proteção de segmentos sociais hipossuficientes, começando pelos trabalhadores industriais e camponeses, na Europa e na América, resultou na lenta mas firme consolidação dos direitos humanos sociais. O novo papel do Estado, mais interventor na economia e a força crescente da contestação e revolta social, propuseram já no século XIX a “questão social”, o drama das desigualdades gritantes e conflituosas entre trabalhadores e proprietários. As teorias socialistas denunciaram a separação entre propriedade privada e trabalho e as necessidades existenciais dos trabalhadores, agora uma classe social, eram fontes de direitos³⁴.

Os direitos humanos comportam quanto ao sujeito titular a fruição individual, comum e coletiva, nisso sendo semelhantes direitos civis e políticos, daqueles sociais, econômicos e culturais. Educação e previdência social, por exemplo, são de fruição individual mas a prestação é feita pela coletividade dos recursos. Se há de constituir um conceito de direitos humanos sociais a partir de outros dados, além da destinação coletiva: a proteção da pessoa vulnerável pela dotação de um mínimo existencial; os direitos civis e políticos, ao contrário, é mais assemelhado à contribuição de cada um ao bem de todos. O direito-dever de votar, o direito de contrair matrimônio livremente e defender-se das injustas agressões e liberdade de expressão e culto são lutas jurídicas do que é vulnerável pelo fato de ser indivíduo, não necessariamente desprovido do mínimo existencial. A luta social por sociedade e Estado respeitantes e garantidores dos direitos civis e políticos se completa quando sociedade e Estado já liberal democrático avança para o patamar de socialmente justo, em que todos tenham poder de demandá-lo, onde as necessidades vitais não sejam mais um obstáculo ao avanço da liberdade.

O suprimento das necessidades básicas que permita o exercício das liberdades evoca ainda para a definição dos direitos humanos sociais a tríade de Hannah Arendt: a sobrevivência e manutenção do corpo do *animal laborans*, propiciando passagem para o trabalho do *homo faber* e a excelência da condição humana o exercício das liberdades da vida

³⁴ Ronaldo Bastos faz uma análise do constitucionalismo social como forma de reconhecimento do conflito social. (BASTOS, 2012). Karl Marx escreve nesse contexto de fim do feudalismo a sua crítica aos direitos humanos. (MARX, 1975).

política ativa na esfera pública, o *zoon politikon*³⁵. A dimensão social para Arendt (2007) que opera teoricamente no campo da política liberal, não do direito, é secundária e derivada das necessidades humanas que precisam ser supridas. Os direitos sociais são zona de interseção “cinzenta” entre o público e o privado, ligam *Polis* e *Oikia* (ARENDR, 2007, p. 37).

A moradia, no seu aspecto mais básico de proteção e agasalho ao corpo humano, antecede como necessidade à *Oikia* como unidade familiar da vida privada que ao mesmo tempo oprime pela figura do *pater*, mas protege os membros das ingerências da *Ekklesia* a assembleia deliberativa da *Polis* (ARENDR, 2007, p. 39). Essa unidade de poder e pertença “privada” (apenas considerada sua distinção do público, simbolizado na *Ekklesia*) o lar, inviolável e titular de direitos quase-divinos (era unidade de culto), materializa a moradia como direito substantivo que habilita o *Pater* a participar da vida pública.

Como unidade de produção econômica, a *Oikia* era lugar-ambiência tanto do *labor* quanto do *trabalho*, da trilogia arendtiana, cabendo à *vita activa*, política e extra doméstica, à *Polis*. Da *Domus*, já na cultura romana, decorre etimologicamente a palavra *dominium* o poder de ter como próprio algo externo, a coisa. O termo latino não é estritamente sinônimo de *oikia*, mas ambas realidades comportam a dimensão cültica o *Lar* como elemento intrínseco, o que dá à moradia um sentido substancial, em grande parte erodido no atual conceito formal de “domicílio”.

A recorrência à teoria que elege o seu *Sitz im leben* na Grécia antiga é pertinente ao deslinde teórico da questão, pois a enfiteuse é originária do direito público grego, na tentativa de articular os interesses jurídicos dos corpos proprietários (colônias militares, templos, a *Polis*) com a necessidade econômica e social básica no mundo antigo: a produção de alimentos pelas famílias. A forma da sociedade impacta diretamente as formas jurídicas de modo que o suprimento de necessidades humanas, coletivas e individuais constitui a dimensão social dos direitos.

O modo proprietário enfiteutico originário na cultura grega mediterrânea no Século V a.C. parece atender aos direitos dos entes públicos e coletivos titulares de direitos territoriais, e dos particulares interessados em produzir e se fixar estavelmente na terra. Um ancestral ensaio de uma cultura de direitos humanos sociais é a Grécia antiga que privilegia o direito público (da *Polis*, da *Ekklesia* e corpos sacerdotais e militares, colônias) e a vinculação da terra às necessidades coletivas. Uma reforma agrária, a de Clístenes (507-506 a.C.) que

³⁵ A posição teórica de Arendt de saudosismo do modelo político e cultural grego decorre dela ter assentado ali o modelo de democracia gloriosa (Lafer, prefaciador) e esfera pública eminentemente virtuosa, a da *Polis*. (Cf. ARENDR, 2007).

retirou terras da aristocracia, ocorreu no contexto de dessacralização da *thesmos* (lei imutável, divina) mudada em *nomos*, a lei da *Polis* (ALVAREZ, 2014, p. 86-93) e adequada às contingências sob regulação da autoridade humana. As necessidades sociais tiveram diversas formas de enfrentamento teórico no direito natural, *aequitas*, direito racional. A forma jurídico-política mais evidente e atual se deu na sedimentação dos direitos humanos sociais e as ações efetivas do Estado com base nelas, as necessidades sociais.

Seguramente mais do que a coincidência temporal, no mundo grego sob as reformas democráticas de Clístenes, a fórmula de uso da terra pela enfiteuse foi inicialmente testada conforme as Tábuas Heracléia e a Inscrição de Thisbe. Ela abria os direitos de uso e de plantio sobre as terras públicas e dos corpos sociais sacerdotais e militares detentores de direitos de ocupação. A enfiteuse grega, como o direito grego foi mais útil para assegurar os laços coletivos e de vassalagem do que o direito romano (ARONNE, 2001, p. 211), mais individualista.

A função social da propriedade para Eros Roberto Grau foi a revanche da Grécia sobre Roma, da passagem da justificação da propriedade pela família, dote e estabilidade dos patrimônios, para seus fins, serviço e função (GRAU, 1977, p. 17) conforme a doutrina aristotélica da propriedade. Santo Tomás, sintetizando Aristóteles e o direito romano e medieval sobre a propriedade, defende-a como direito natural secundário a sua fruição individual (veda a destruição dos bens) e, primário, a fruição por todos, o bem comum (VEGAS, 2000, p. 622).

A continência da problematização jurídica da enfiteuse no contexto-ambiente dos direitos humanos, modernamente, decorre primordialmente do direito fundamental social da moradia, da mutação do clássico direito exclusivo de propriedade em direito social (PISARELLO, 2003, p. 90). A passagem do negativo “direito de” ao “direito à” propriedade e de que esta “obriga”, na expressão célebre da Constituição de Weimar, de forte afirmação da dimensão social dos direitos. A enfiteuse, sendo perpétua e transmissível, assegura estabilidade inerente ao direito fundamental de moradia, diverso da transmissibilidade e transformação da propriedade em direito de crédito ou garantia³⁶. Além daquele contexto histórico e ideológico mais remoto, outro mais próximo de posituação dos direitos humanos em nível interno (Constitucionalização) e em nível internacional, com as Convenções e

³⁶ O movimento legislativo de regulação de direitos de crédito e credores (hipotecas, falências) no século XIX e XX no Brasil e nações ocidentais fortaleceu a propriedade “mobiliária”, tratado isso mais adiante neste Capítulo enfraquecendo a concepção monista, unitária e concentrada da propriedade.

Tratados com base no PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁷.

No tocante à moradia, confluem direitos e garantias que se complementam e por vezes estão em tensão: a inviolabilidade do lar familiar e da propriedade privada, o direito ao acesso à propriedade com fins de moradia, os direitos existenciais e patrimoniais. Nesse campo, o paradoxo dos direitos humanos põe de um lado o direito natural a um lugar para viver estável e protegidamente, como regra substantiva e objetiva, e de outro, o direito moderno. Este, descolado de conceitos substantivos (chamados “metafísicos”, não raro) substitui por conceitos processuais e formais o direito, sem mais a estrita conexão com deveres. O direito é estruturado no subjetivo e individual, em detrimento de uma comunidade forte. Deveres são substituídos pela responsabilidade recíproca, em que direitos de uns são limitados para proteção do direito dos outros.

Esse formato do direito como resultado formal do entrechoque de direitos subjetivos contrapostos substituiu a *jus* ou a *dikaion*, do direito como resultado mais justo nas relações entre cidadãos (DOUZINAS, 2009, p 28). Por isso os direitos humanos sociais não podem ser concebidos sem a atuação do Estado e sociedade, o sujeito coletivo de direitos, deveres e as normas objetivas que sintetizam uma concordância generalizada na sociedade. O acesso à moradia e a manutenção da propriedade são basicamente, uma dessas concordâncias *lato sensu*.

Para Gerardo Pisarello (2003), que foi membro do Observatório de Direitos Humanos DESC, de Barcelona, afirma no sentido de ampliar as formas de acesso e segurança na moradia, que os direitos habitacionais não se efetuam só no regime de propriedade “já que existem outros títulos de uso ou desfrute possíveis e legítimos, como o arrendamento e usufruto” (PISARELLO, 2003, p. 97). A enfiteuse como direito real insere-se de modo confortável nesse rol, pela grande extensão de direitos de propriedade que dispõe ao enfiteuta. Também outros como a habitação e o usufruto o direito codificado liberal não desenvolveu adequadamente às novas necessidades, no Brasil, o novo Código Civil repetiu o texto exato do Código de 1916, revogado.

Os artigos 16 e 17 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, expressamente tratam a moradia segura, acessível, estável e adequada como direito humano, indicando suas qualidades jurídicas da propriedade

³⁷ Também o PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos – também de 1966, no artigo 17.1 põe a salvo a vida privada da pessoa em seu domicílio. A inviolabilidade do lar é item presente em vários instrumentos de direitos humanos internacionais.

imobiliária. Em 1985, houve a criação do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, da ONU, para acompanhamento das disposições pactuadas. O Comitê DESC emitiu uma série de Observações Gerais (OG's) para interpretação normativa do PIDESC, uma vez que esse pacto tem o caráter jurídico vinculante para os Estados aderentes, com efeitos nos ordenamentos internos.

A OG nº 4, de 1991 do Comitê DESC, a primeira sobre o tema da moradia, afirma que o direito à moradia não pode ser interpretado de forma restritiva e simples em face do direito de crédito e comercialização de imóveis. Insere o conceito de moradia “adequada”, composta invariavelmente de: segurança jurídica na posse, disponibilidade de serviços materiais facilidades e infraestrutura, acessibilidade econômica (gastos suportáveis), habitabilidade, acessibilidade, lugar adequado e adequação cultural (PISARELLO, 2003, p. 67). A OG nº 7 versou sobre as remoções forçadas, coletivas ou individuais, como meio de execução de reformas urbanísticas, embelezamento, expressamente definindo os possíveis afetados como famílias e grupos sociais vulneráveis. A OG nº 7 também chama atenção para o risco de lesão aos direitos civis e políticos com a perda de residência ou domicílio pela população, o que mostra a indivisibilidade dos direitos humanos normatizados em 1966 em dois Pactos Internacionais, o PIDESC e o PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Outras OG's tratam tangencial e indiretamente da questão da moradia como direito humano (OG's nº 12, 13, 14 e 15) dentro de outras temáticas, como água, saúde, educação etc. A Recomendação Geral nº 19, de 1995, oriunda do Comitê da ONU pra Eliminação da Discriminação Racial, bem como a Convenção Internacional de Eliminação de Discriminação contra a Mulher³⁸, afirmam a necessidade de garantir à mulher direitos habitacionais e hereditários. A moradia e os direitos habitacionais estão assim solidamente inseridos na “gramática” dos Direitos Humanos e recepcionados nas constituições como direitos fundamentais e com efeitos hermenêuticos em todo sistema jurídico.

Um desses efeitos jurídicos da fundamentalização é a transformação de necessidade em direito (PISARELLO, 2003, p. 23). Os interesses básicos e vitais ameaçados não são mais apenas pretensão moral e política sobre como tratar as pessoas em situação de vulnerabilidade, constituindo-se em norma jurídica objetivamente incidente sobre o agir estatal. Mas põe também novos direitos subjetivos, nesse caso ainda controversos os

³⁸ No Brasil, a legislação de cunho mais social referente à moradia e direitos habitacionais, colocam a titularidade dos imóveis em nome da mulher como uma forma de conferir mais estabilidade e segurança à moradia familiar.

fundamentos de obrigação jurídica imposta aos Estados de prestar mediante recursos coletivos bens de fruição privada, como a moradia. Inclusive por ter esta uma forte dimensão patrimonial integrada, o valor de mercado dos imóveis³⁹.

A relação entre direitos patrimoniais e existências é gradual e não antitética. A moradia como direito social liga-se à propriedade, mas induz que as relações mercantis ao gosto do mercado e da liberação do solo para circulação econômica por compra e venda se submetam à normatização estatal social. Modelos de propriedade baseados no proprietário-ocupante contradizem a nova hermenêutica, pois subjaz nele a exclusão de pessoas mais vulneráveis, os mais pobres, os idosos, os imigrantes, as mulheres solteiras e outros segmentos com baixa capacidade individual de demandar por direitos.

A normatização internacional dos direitos humanos ao incluir temas como moradia, direito social ligado à necessidade e vulnerabilidade, torna aguda a tensão com a propriedade absoluta na formulação clássica/moderna desse direito. A função social da propriedade assume a tarefa de harmonizar os dois direitos, re-legitimando a propriedade.

A materialidade da proteção e promoção do direito à moradia das normas internacionais consagra um elemento jurídico formal, a vedação ao retrocesso em direitos sociais. Da hermenêutica jurídica do Direito Internacional dos Direitos Humanos resultou a vedação do retrocesso em direitos sociais e a proposição de elementos para o controle de convencionalidade, a partir dos Tratados internacionais sobre o direito interno.

1.2.3 Direitos sociais, a vedação de retrocesso e dignidade da pessoa humana

A normativa internacional dos direitos humanos inscreve-se no *main stream* ou corrente hegemônica e institucionalizada nos diversos órgãos⁴⁰ internacionais e internos de aplicação. À burocracia internacional, entretanto, se acrescenta uma hermenêutica dos direitos humanos que substancializa direitos e incide com *standards* como o do não-retrocesso ou a progressividade gradual dos direitos humanos, em especial os sociais econômicos e culturais⁴¹. Direitos humanos internalizados nos ordenamentos estatais, constitucionalizados

³⁹ Diferente, por exemplo, das prestações em saúde e educação, direitos sociais cuja fruição é existencial primordialmente. A educação superior ao profissionalizar não produz patrimônio *stricto sensu* embora a incorporação de seus resultados seja pessoal

⁴⁰ As abordagens críticas que se autodefinem como contra-hegemônicas, em que pesem as pretensões relativistas, (des)construtivistas e de resistências de grupos minoritários, pode se inscrever na tensão/paradoxo dos direitos humanos, como momentos ou dimensões instituintes e de ampliação temática dos direitos humanos como os direitos reprodutivos e sexuais, os direitos da natureza, das futuras gerações.

⁴¹ A razão jurídica da proibição da *reformatio in pejus* e o direito adquirido expressam a mesma lógica aplicada aos direitos humanos sociais. A própria noção de *Status quo ante*, clássica se inscreve aí também como marco da

em muitos casos como no Brasil, reveste-se de vinculação jurídica e produz efeitos nos direitos subjetivos e no exercício da cidadania.

A vertente de conteúdo social dos direitos humanos, num contexto de carências e necessidades como a brasileira, impacta de modo mais decisivo o campo jurídico e reflexamente expõe a hipossuficiência jurídica de uma parte considerável da população. A dignidade da pessoa humana da Constituição no contexto jurídico de vinculações fortes, do *hard law*⁴² dos tratados internacionais de direitos humanos sociais, ganha novas possibilidades e conseqüências hermenêuticas quando a emancipação fundamentada em direitos humanos considera o sujeito jurídico concreto. O evoluer de *soft law* em *hard law*, das declarações proclamatórias de direitos abstratos dirigidos ao sujeito também abstrato (DOUZINAS, 2009, p. 109), em tratados internacionais de direitos humanos vinculantes fundamenta-se numa dignidade também concreta: o morador, a mulher, o migrante, a criança, o preso etc.

Não é, tampouco, a dignidade ditada por nacionalidade, também isso uma contingência muito útil para o direito interno, nacional e positivo (DOUZINAS, 2009, p. 114). Os direitos sociais ao exigir para a sua implementação a atuação prestacional do Estado e da sociedade incorpora-se como uma substancialidade nova que torna mais concreto o sujeito abstrato dos direitos humanos clássicos, para que hipoteticamente bastaria a abstenção dos poderes social e político sobre sua liberdade. A necessidade humana passa a ser considerada em termos de progresso social e o próprio conteúdo de “progresso” social e humano passa de uma conotação prometéica⁴³, de progresso da “razão” do Iluminismo para uma espécie de dignidade do Estado e da sociedade: reconhecer, garantir, promover e proteger direitos da população que agora legitima com a exclusividade do poder o Estado moderno.

O PIDESC, de 1966, no artigo 2.1 enuncia o dever de progressividade e gradualidade na implementação desses direitos e daí se deduziu a regra do “não retrocesso” ou efeito *cliquet*: os direitos já alcançados e realizados não recuam mais. Como o PIDESC ressalva as dificuldades de realização dos direitos sociais pelos Estados em vista do caráter

justiça processual. A norma da vedação de retrocesso em direitos, mais que subsidiária de um evoluer histórico hegeliano, se assenta num princípio geral do direito, o de não considerar justa e aceitável a involução jurídica.

⁴² José Gregori, na linha de outros autores distinguem entre o caráter *proclamatório* e o *convencional* de reconhecimento dos Direitos Humanos. É o *soft law* e o *hard law* das declarações de direitos para os pactos, convenções e tratados internacionais de efeito normativo vinculante sobre o ordenamento interno dos Estados signatários. Para efeitos didáticos e de periodização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esse registro é interessante (GREGORI, 1998, p. 37-46).

⁴³ Neidson Rodrigues tece uma análise do entrelaçamento do triunfo da razão com o mito do progresso como crença que apenas produz ordem. O pano de fundo religioso dessa discussão o autor propõe com muita pertinência, unindo universalismo iluminista e cristianismo no aprofundamento da questão. (Cf. RODRIGUES, 2003).

eminentemente prestacional dos mesmos, a característica central de suprimento das necessidades humanas (não só o dever de abstenção diante das liberdades fundamentais) pode se dá paulatinamente e gradualmente. Mas não pode retroceder uma vez atingido níveis de prestação consolidados e realizados.

A vedação de retrocesso em direitos sociais, decorrente da interpretação dadas pelas Observações Gerais do Comitê DESC, não é expressamente recepcionada no direito interno brasileiro. O “direito adquirido” do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, tem um efeito hermenêutico direto se considerada a integralidade dos direitos humanos civis, políticos e os sociais, ele é um parâmetro de segurança que pode ser abstratamente invocado por qualquer titular de direitos. Entretanto, sendo muito abstrato e de sentido aberto sua invocação tende a proteger direitos mais tradicionais ou hegemônicos, como a propriedade. Tomando-se um exemplo afinado à presente tese, o conflito jurídico entre propriedade clássica e o direito à moradia, em abstrato a anterioridade cronológica da propriedade e os títulos que a sustentam, o direito adquirido tenderá a proteger esta.

Mas também na ordem jurídica interna o direito social à moradia recebeu menção, passando a integrar os direitos públicos subjetivos da população. No Brasil de modo especial a inserção do direito à moradia no artigo 6º da Constituição, no rol dos direitos fundamentais sociais pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

A nova constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro em 1988 se deu num contexto de reforço dos direitos humanos e fundamentais. A reação democrática “negociada” ao período autoritário de 1964 e 1985, com a eleição de um presidente civil ainda pela via indireta do colégio eleitoral, culminou formalmente com a nova Carta Constitucional de 1988. O novo ambiente jurídico-político de emancipação e redemocratização, entre muitas continuidades com o período anterior. Os direitos humanos e fundamentais, o Estado democrático de direito e a dignidade da pessoa são agora marcadores mais que textuais e simbólicos. O novo regime constitucional recepcionou a legislação anterior do período autoritário (fenômeno da recepção constitucional), mas inegavelmente fase de vida democrática no Brasil.

Os direitos fundamentais, elemento basilar de toda Constituição no artigo 60, estão no seu núcleo. Por sua conformação mais normativa, portanto juridicamente mais densa, ultrapassa em reconhecimento os dois outros componentes da tríade emancipatória, os princípios democrático e da dignidade da pessoa humana. Aquele porque subsumido na estrutura de organização do Estado, a “maquinaria democrática” e processos formais como as

eleições⁴⁴. Este último, o da dignidade da pessoa humana, porque sendo expressão semanticamente muito aberta, contribui na interpretação judicial da Constituição e numa significação difusamente apropriada pela população (não sem fortes ressalvas por ambos)⁴⁵. Tem um conteúdo de prescrição normativa muito complexa, sendo mais parâmetro hermenêutico, considerando o sentido aberto da expressão dignidade.

A dignidade da pessoa humana enunciada na Constituição tem transcendente importância. Ela “consagrou a ideia de abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais” (SARLET, 2004, p. 98) para além dos enunciados no texto constitucional. Outro efeito, agora sobre o direito civil e privado, foi a “repersonalização” dos institutos jurídicos, com a preponderância dos aspectos existenciais (ligados a vida, aos interesses mais diretos da pessoa humana, individual e coletivamente) sobre os patrimoniais (dos bens, riquezas e valores econômicos). Nos direitos reais, como o de propriedade, a dimensão existencial da “moradia”, da posse efetiva, familiar e produtiva (CF/88, artigos 6º e 5º, inciso XXVI) o efeito foi bem considerável em termos jurídicos.

A dignidade da pessoa humana enunciada na Constituição brasileira em sintonia com os direitos humanos envolve o direito à propriedade a partir do núcleo jurídico da moradia digna (SARLET, 2004, p. 89). Não sendo necessariamente “própria” a moradia há de ser um “espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*), o que, à evidência, não exclui o já referido conteúdo social da propriedade” (SARLET, 2004, p. 98). O autor cita a tese do “patrimônio mínimo” de Luís Edson Fachin (*apud* SARLET 2004, p. 89), a nova hermenêutica constitucional acerca da propriedade sob o impacto do princípio da dignidade da pessoa humana de Ricardo Aronne (*apud* SARLET 2004, p. 89) e Gustavo Tepedino (*apud* SARLET 2004, p. 89). Samir Namur⁴⁶ invoca contribuição de Erouths Cortiano Júnior para interessante relação entre o sujeito, titular da dignidade e a “coisa”, a propriedade medieval, que titularizaria direito ao se desmembrar (domínio útil/eminente). Tal desmembramento acena para a autonomia e ao mesmo tempo relação entre os direitos à propriedade e à dignidade. Na modernidade, a concentração de titularidade exclusivamente no sujeito

⁴⁴ Gargarella (2008) identifica uma cisão entre direitos fundamentais proclamados em abundância nas constituições latino-americanas, ao mesmo tempo em que organização do Estado e sua burocracia são mantidos num padrão do século XIX. A democracia formalmente organizada em burocracia, não substancial, inclusive segundo Teixeira e Saraiva (2015) dificulta a realização de direitos fundamentais.

⁴⁵ Bragato (2015) e Sarlet (2004) identificam vários problemas decorrentes da vinculação da dignidade humana com contextos históricos e filosóficos bem distintos, sofrendo influências na determinação de sentido na modernidade, colonialidade. Arendt (2007) aborda as mutações de sentido em termos de nacionalidade e cidadanização a que o termo se refere em certos contextos de sua aplicabilidade.

⁴⁶ Analisando o artigo 5º da Constituição Brasileira, Namur (2009) retoma a tese do “patrimônio mínimo” (Cf. NAMUR, 2009).

individual(izado) quebrou aquela possibilidade que Erouoths Cortiano Júnior expôs a partir da obra de Paolo Grossi (CORTIANO JR, 2002, p. 88).

O paradoxo se manifesta na fundamentalidade do binômio moradia-propriedade, negada por Luigi Ferrajoli⁴⁷ em relação à propriedade como meramente patrimonial e singular, referida a um sujeito titular individual (SARLET, 2004, p. 90). Já Ricardo Lobo Torres (*apud* SARLET, 2004, p. 93-94) não vê fundamentalidade nos direitos sociais, aí incluso a moradia, se demanda uma prestação positiva do Estado e não uma abstenção deste, em apertada interpretação. Decisões do STJ⁴⁸, entretanto, ao garantir direito à moradia mesmo a pessoa solteira, ampliando o sentido de família da Lei 8.009/90 (Lei do Bem de Família), inclinaram-se pela proteção do mínimo existencial e da dignidade da pessoa num conjunto. A unidade dos direitos humanos e fundamentais não ampara uma fundamentalidade calcada na distinção entre fruição coletiva (familiar, transindividual) de direitos e aquela individual, é a lição de Sarlet (2004).

A vedação de retrocesso em direitos humanos sociais, como regra jurídica ou cláusula geral de hermenêutica dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, não fecha a possibilidade crítica da teoria, mas expõe à crítica a eficácia desses direitos.

1.2.4 Direitos humanos como recurso interpretativo e crítico

Os Direitos Humanos Fundamentais constituem-se hoje numa gramática válida para a análise crítica dos institutos jurídicos clássicos com aqueles ligados ao fato da propriedade e suas formas jurídicas pré-modernas e modernas de manifestação e gestão. Como “fonte de paradoxos”, segundo Douzinas (2009), a abordagem com base em Direitos Humanos de práticas normativas e regulatórias resulta quase sempre na reconstrução criativa e crítica dos institutos jurídicos analisados. Daí caráter “instituinte” dos Direitos Humanos como vetor de inovação, em especial os chamados direitos humanos de 2ª geração ou dimensão, os direitos sociais, econômicos e culturais (DESC). A dogmática jurídica corresponderia à dimensão “instituída” a polarizar dialeticamente (não antiteticamente) com aquela instituinte, formando as instituições do direito como pontos arquimédicos da construção do Direito.

Tal dimensão instituinte (ou ao contrário, destituente) dos Direitos Humanos se vê reforçada como necessidade da dogmática jurídica e as categorias abstratas precisarem de

⁴⁷ Luigi Ferrajoli citado por Sarlet (2004, p. 90) distingue entre a universalidade e transindividualidade dos direitos fundamentais e a singularidade do direito patrimonial.

⁴⁸ Tratam-se do Resp. nº 213.412, relatado pelo Ministro José Delgado e o de nº 182.223, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. A fundamentalidade dos direitos sociais restou confirmada nos dois processos.

arejamento contínuo por via de uma teoria crítica. As normativas internacionais nesse sentido têm produzido um, ao menos, inquietação nos ordenamentos internos e nas práticas de cognição e aplicação do Direito. A internalização pelos tribunais das normativas internacionais, no Brasil um movimento ainda incipiente, indicam um alargamento das fontes normativas em consonância com a própria Constituição.

Tarefa atual dos direitos humanos, segundo Costa Douzinas, é reforçar o sentido e o lugar da humanidade nos institutos do Direito e da vida em sociedade. A centralidade do humano e sua ascendência sobre as coisas encontra-se no *leitmotiv* da repersonalização do Direito civil e todas as consequências que daí podem advir, da sua proeminência sobre o patrimônio, por exemplo, espremendo para um aspecto prosaico do que se espera do Direito atualmente. Bruno Latour em linha diversa de elaboração teórica afirma que a “Constituição moderna” eficaz, termo que ele usa em sentido muito lato, teria que considerar além dos humanos, os “não-humanos”, (LATOURE, 1994, p. 19) os entes que integram as redes de produção de sentido mesmo não sendo “sujeitos” no sentido em que a modernidade os definiu, agentes de vontade, de escolhas e reflexão. A propriedade, nas suas diversas formas, é um desses “não humanos” com uma centralidade incômoda e misterioso enigma na realidade social, como já suspeita Stefano Rodotà. Daí ser a propriedade um instituto jurídico cuja integridade como tal deve suportar a passagem pelo fogo da crítica, da depuração e adequação a cada novo contexto histórico e social, com suas novas sensibilidades e necessidades sociais e humanas.

As primeiras críticas aos direitos humanos feitas por Marx em a *Questão Judaica* atendem a duas vertentes de discussão do presente trabalho. A primeira, referente à própria intrínseca reflexividade crítica dos direitos humanos, a revolver seus próprios postulados e conteúdos. A crítica da Declaração Francesa feita por Marx é o contexto para a crítica mais ampla aos direitos humanos. Num segundo aspecto, mais categorial, Marx “argumentava que a revolução dividiu o espaço social unificado do feudalismo em um domínio político, que estava confinado ao Estado, e uma sociedade civil predominantemente econômica” (DOUZINAS, 2009, p. 170). Sucesso da Revolução na emancipação capitalista e insucesso na emancipação humana completa⁴⁹.

O paradoxo é que os Direitos Humanos podem oferecer ao Direito, conforme Douzinas. Para Niklas Luhmann o sentido ativo da Natureza no Direito natural é substituído pelos direitos subjetivos contratualizados e centrados na autonomia da vontade. Direitos

⁴⁹ Brincando com o tema desta pesquisa, a cisão do “duplo domínio” está na dimensão macro: a sociedade cindida em domínio político, alienado ao Estado, e econômico, nas mãos do Mercado.

humanos são gerenciar o paradoxo da fundamentação do direito como produção de validade e ao mesmo tempo apresentar razões de justificação (LUHMANN, 2000, p. 154) que o Direito natural clássico amalgamava em elementos cognitivos e normativos. A pressão “mudancista” (*Änderungsdruck*) que faz o direito passar a ser direitos subjetivos e portanto ambientado na autonomia a vontade e paradoxalmente na regulação normativa imposta e objetiva é a economia monetária, o *Geldwirtschaft*. (LUHMANN, 2005, p. 219).

Juliana Neuenschwander Magalhães comentando a posição teórica e Luhmann acerca do paradoxo dos direitos humanos diz passar pela busca de novas formas de descrição da sociedade, que fugissem da semântica do direito assente em categorias ontológicas. Ilustra com a noção de “Revolução” (emprestado da Astronomia) cujo significado de “retorno” circular ao passado dos movimentos inglês e americano muda radicalmente na Revolução francesa de inovação e busca de um futuro desconhecido (MAGALHÃES, 2010). As categorias jurídico-políticas não se cingem a uma estabilização ontológica, mas são circularmente ressignificadas, o que se aplica à propriedade e num lance e especificação a uma e suas manifestações, a enfiteuse. A linearidade dos direitos humanos, a Revolução moderna, não anula o outro sentido de “revolução” como retorno, repetição de algum ponto que ao invés de permanecer no passado, projeta-se para o futuro, para isso transitando irritantemente pelo presente, de certo só existindo este último.

A experiência histórica se juntaria ao reconhecimento semântico, o indivíduo que funda o contrato social é por este pressuposto, uma circularidade de formulação que “evidencia, novamente o paradoxo da diferença entre direito e indivíduo, subjacente à ideia e contrato social” (MAGALHÃES, 2010, p. 35). A contingência reveladora da fragilidade dessa arquitetura teórica segundo a autora citada é o Estado e seu direito como resultado do pacto: o contato social foi capaz de fundar tanto teses absolutistas (Hobbes e Rousseau) como constitucionalistas (Locke e Kant).

A concepção de direitos humanos como parte regulação jurídica moderna, da “boa ordem” necessária ao desenvolvimento do capitalismo se revestiu de formas jurídicas que se distanciam crescentemente da dimensão emancipatória fundante da modernidade (SANTOS, 2009; DOUZINAS, 2009). O recurso aos direitos humanos como saber instituinte e crítico, abre o programa semântico dos institutos jurídicos tradicionais à novidade (caso da propriedade, da família) como direito fundamental. Também, como novas categorias (como o direito das futuras gerações, do meio ambiente) receberem a segurança jurídica formal da dogmática ao reconhecer-lhe a significação jurídica.

O paradoxo dos direitos humanos é análogo àquele que Harold Berman põe como a contradição básica do Direito, dividido entre os dois propósitos, preservar a ordem e fazer justiça (BERMAN, 2004, p. 21). A harmonização dessas dimensões dicotômicas não mais se contém na proposta hegeliana de fazê-lo na unidade da existência humana e na evolução da razão objetiva para a consciência-em-si (DOUZINAS, 2009, p. 271). A pragmática social e jurídica de efetivação de direitos ganha relevo, pois é na concretização ou realização dos direitos humanos que estes se resolvem. É o que fala Norberto Bobbio⁵⁰, da necessidade de implementação dos direitos humanos ser mais necessária o que a fundamentação teórica (BOBBIO, 1992, p. 15ss).

O programa teórico e crítico dos direitos humanos não se restringe a criar novos direitos subjetivos individuais. Douzinas (2009) analisando criticamente a profunda vinculação teórico-ideológica dos direitos humanos com as filosofias liberais modernas chega a identificar a teorização dos direitos humanos como descrição do sujeito (jurídico) (DOUZINAS, 2009, p.21). A perspectiva institucional dos direitos humanos subordina o sujeito à lei e de certo modo completa a perspectiva subjetiva, um paradoxo dos direitos humanos: constituiu o sujeito livre mas o subordina à lei. Na crítica marxista aos direitos humanos, há um descolamento entre os direitos de liberdade e os de necessidade que filósofos continentais e libertário civis anglo-americanos aproximaram (DOUZINAS, 2009, p. 22).

A teoria crítica dos direitos humanos desacomoda *standards* exclusivamente individuais e subjetivos (liberais) dos direitos. A dimensão institucional dos mesmos, por sua vez, abre a perspectiva para os direitos humanos sociais revisando os institutos jurídicos clássicos como a propriedade sob o prisma da necessidade coletiva, não mais apenas um baluarte da liberdade individual. Uma materialização dos direitos para além das puras formas abstratas dos direitos humanos da filosofia liberal.

1.3 Propriedades, Estado e Direito

A propriedade territorial reveste-se de fortes aspectos sociais, políticos, econômicos e jurídicos como externalidade positiva (uso, fruição e gozo) ou negativa (a reação a ela). A dimensão geográfica e histórica, impacto no espaço e no tempo, portanto, a ligam ao exercício do poder, a soberania e por essa via, ao Estado.

O direito como racionalizador social não se separa, como “direito de propriedade” de outras mais altas indagações sobre as consequências políticas, econômicas e sociais da

⁵⁰ Mais sobre a abordagem positiva dos direitos humanos (Cf. BOBBIO, 1992).

propriedade, inclusive sobre outros campos específicos do direito. Seu tratamento teórico no plural indicam ao mesmo tempo a variedade das suas formas⁵¹ e a destinação e fruição que não se desvinulam do coletivo.

1.3.1 Soberanias públicas e propriedades privadas sobre o território

Para J. C. Smith são duas as relações entre propriedade e soberania, basicamente. A primeira, quanto à soberania política do Estado que estabelece regimes de propriedade na lei positiva, operando escolhas. Na segunda acepção, derivada de Morris Cohen (1927) da “soberania proprietária” (owner sovereignty) a propriedade como uma forma de controle que a soberania exerce sobre os poderes privados ao delegar-lhes direitos de propriedade. (SMITH, 2016, p. 1). A relação entre soberania e território se lastreia no direito internacional na situação de definição de status jurídico da propriedade após descolonização e no caso de recentes possibilidades de perda de território por catástrofes ambientais

A relação entre propriedade, direito e Estado é recorrente em diversas teorias políticas e jurídicas, desde as clássicas até as mais críticas. A propriedade e a lei, segundo Jean Bondin são os dois pivôs essenciais do Estado, cabendo à aristocracia o poder legal de administrá-la ao passo que ao Rei cabe exercer o poder soberano das leis (FERREIRA, 2009, p. 136)⁵². Francisco Suárez, teorizando fora do contratualismo, era um neoescolástico espanhol, localiza na propriedade individual a passagem a sociedade natural para a sociedade civil (SUÁREZ, 1965, p. 8-9) governada pelas leis.

Para Carl Schmitt, a propriedade - a tomada e ocupação de território - é ato fático inaugural, a “propriedade eminente do solo” (*Oberreigentum am Boden*) o desdobramento jurídico-político inicial da conquista territorial. O Direito (*nomos*) nasce precisamente desse fato, a ocupação inicial do solo (SCHMITT, 2014, p. 44), posição similar a de Kant, em a *Metafísica dos Costumes* mencionada adiante com mais detalhes. A propriedade é no plural, já no campo do direito público, eminente domínio do Estado, para utilidade de sua população. No direito privado essa concepção entra em crise diante do sujeito moderno individual posto no centro do ideário da revolução liberal burguesa.

O instituto da propriedade consistente na delimitação de um bem de valor econômico ou acervo destes sob a titularidade de uma pessoa individual ou coletiva para sua fruição,

⁵¹ Além das correntes doutrinárias do *common law* e sua resistência ao rol fechado de direitos reais, o *numerus clausus*, no Brasil diversos autores tratam da propriedade na pós-modernidade e propriedades (PILATI, 2009).

⁵² O estudo dos poderes intermédios é importante para entender a coexistência de poder soberano, jurisdição senhorial e titularidade fundiária complexa situação na Idade Moderna (FERREIRA, 2009, p. 124).

pode ser tomada como construção jurídico-formal bastante tardia. A apropriação como processo social e econômico dinâmico não é necessariamente hegemônico, sendo não raro, contra hegemônico. A propriedade resultante da sedimentação jurídica do processo de apropriação é, no entanto, situação jurídica formal e hegemônica do poder político, social e econômico sintetizado e estabilizado numa forma jurídica que ganhou notável força e sobrevida (RODOTÁ, 1990). A propriedade como instituto jurídico se situa naquela imprecisa área entre direito público e privado, como também entre sistemas diversos (LUHMANN, 2005), sendo ela um fenômeno derivado, não pode constituir-se ela mesma como “sistema completamente autorreferencial” (RODOTÁ, 1990, p. 21). A propriedade transita reflexivamente

Na “transição paradigmática” do direito (SANTOS, 2009) este torna-se de promessa de emancipação em regulação, cada vez mais estatal e regulador, um “processo histórico muito vasto que se desenrola em múltiplas dimensões sociais, políticas e culturais” (SANTOS, 2009, p. 185).⁵³ A propriedade, central na cultura “reicentrica” pré-moderna, tinha um estatuto próprio (GROSSI, 2007, p. 11) dentro do protagonismo da natureza (a relevância da terra e dos recursos a ela ligados) e da ordem comunitária. Como realidade e conceito, por sua estreita vinculação com a ordem econômica, a propriedade tenderá a absolutização e exclusividade individual, dando um *plus* conflitivo à questão social.

A mudança que se operou na relação entre propriedade e Estado é sinalizada por Michael Stuckey no feudalismo, quando o poder do Estado era a justiça e a ordem feudal estava completamente entranhada no cotidiano social. Essa ordem se baseava na “parcelização da soberania” e a estabilidade. Essa constante social desafia o tempo e persiste como o caso do sistema inglês de propriedade (STUCKEY, 1994). O *fief* ou *manor* era um grupo de pessoas democrática ou aristocraticamente governada num território (LOBINGIER, 1933, p. 196). A propriedade fundiária (*Estates*) e as relações objetivas estabelecidas sobre ela na experiência inglesa, eram o importante polo irradiador do poder de Estado (*State*).

A substituição das obrigações pessoais por pagamento de taxas, *fee* no inglês antigo, fez as antigas reciprocidades feudais passarem por uma revisão. O dinheiro que fluía nos pagamentos vai viabilizar a crescente força do poder estatal central (STUCKEY, 1994, p. 104). Sobre esse período de transições afirma Harold Berman que “entre 1050 e 1150, várias formas de subordinação pessoal dos vassallos aos senhores transformaram-se em obrigações

⁵³ B. S. Santos não avança na dimensão da posse e propriedade ou direitos e temas específicos mas faz uma descrição do evoluir do direito moderno que migra do societal para o estatal, do pluralismo para o monismo regulador e racionalizador da ordem social.

pela propriedade, e ao mesmo tempo muitas formas de dominação econômica direta pelos senhores foram comutadas em taxas” (BERMAN, 2004, p. 382).

A força redefinidora da economia sobre a nova percepção de propriedade na “sociedade do dinheiro”, o “*Geldwirtschaft*”, (LUHMANN, 2005, p. 219) é analisada por vários autores, que analisam o distanciamento crescente entre as teorias da propriedade e as da justiça (MACPHERSON, 1991)⁵⁴. A centralidade a pessoa e dos temas mais diretamente ligados à dimensão vital e existencial dos direitos, não pode esconder a tensão jurídica profunda produzida em torno das definições e os efeitos do modelo proprietário. A propriedade fundiária sai do círculo da reciprocidades das obrigações do feudo (BERMAN, 2004) e migra da característica jurisdicional e territorial para a dominial e econômica.

O déficit do direito nesse tema vem diminuindo, mas possivelmente em face da volatilização e financeirização da propriedade. A conflitividade que envolve a propriedade (sendo-lhe mesmo central) se deve ao fato de que para se exercer a maioria dos direitos há que se ter recursos. E por isso os direitos de propriedade entram em conflito com outros direitos com muito mais frequência (ROSENCRANTZ, 2008, p. 40).

1.3.2 Modelos e mentalidade proprietárias: da desconcentração à absolutização formal

A propriedade como instituto jurídico sinaliza a mutação econômica e política ocorrida nas Idades Moderna e Contemporânea, do pluralismo jurídico (coexistência de diversas ordens jurídico-normativas do Medieval) ao monismo concentrador do poder jurídico no Estado e econômico do mercado. A instituição proprietária não está abstratamente a salvo das inflexões históricas e das mutações de outros sistemas, com eles se comunicando.

A absoluta centralidade da propriedade na história jurídica e política modernas são incontestes. Para Jeremy Waldron (2003)⁵⁵ o contexto filosófico propiciador do positivismo e seu elogio das leis racionais do novo Estado centralizado por Emmanuel Kant, tem seus eixos na ideia de comando, autoridade e heteronomia. Mas “o principal tema de justiça e de direito na descrição de Kant é a propriedade, a posse e o uso dos recursos materiais externos” (WALDRON, 2003, p. 56). Para o ilustrado filósofo alemão, inclusive no tema da “discordância moral” a solução não está na categoria do “dever”, mas na de “propriedade”.

⁵⁴ Na obra, C.B. Macpherson analisa as mutações jurídicas e políticas da propriedade e a contração do seu conceito. Ela se afasta do fim da justiça social em direção da concentração individual e legal ditada pelo mercado. De fonte de renda se transforma em capital e direito sobre coisas. (MACPHERSON, 1991, p. 109).

⁵⁵ O mesmo Jeremy Waldron, noutra obra, trata o direito de propriedade como um escudo normativo anti-distributivo, sendo a propriedade a ideia de que “society will uphold (on) individual decision as final when there is any dispute about how the object should be used” (WALDRON, 1988, p. 47).

Para Kant, esta é a “forma” cujas leis são compartilhadas seja no “estado de natureza” seja no “estado das leis”. A propriedade estaria preservada como elemento anterior e transcendente ao Contrato Social, por isso é interessante esmiuçar a ideia de ilustração e emancipação que em Kant (1993) é livre de vínculos com o passado, aberta ao progresso e liberdade irrefreável. Como o vínculo da propriedade foi “transcendentalizado” na construção teórico-filosófica de Kant? como ela a propriedade foi ocultada como condição da liberdade individual?

Na “Metafísica dos Costumes” de Immanuel Kant (2003), que fecharia numa teoria do direito e da moral a “Crítica da Razão Prática”, a analítica jurídica é centrada no “meu jurídico”, a posse das coisas externas como num jogo de escolhas, consentimento e liberdades. Uma obra seminal da “Ilustração” situa no consenso original a aquisição e ocupação das coisas externas, a posse e a propriedade, a doutrina universal do Direito.

O evoluir teórico dos direitos humanos e da teoria jurídica passam por fundadores de profundo impacto na cultura jurídica, o caso de Hegel. A teoria jurídica dele desenvolvida por Jeanne Schroeder, em perspectiva liberal, coloca a propriedade como absolutamente central, categoria-chave do Direito (DOUZINAS, 2009, p. 286). E na posse e desfrute da propriedade que o sujeito abstrato ganham concreção, sendo a subjetividade constituída a partir da objetividade da relação proprietária e contratual com outro sujeito.

O desejo, as invenções, realizações intelectuais, artes, religião pertencem ao mundo dos objetos e pelo contrato de propriedade nasce o sujeito. Douzinas contesta esse triunfalismo erotizador da propriedade: “a maioria dos tipos atuais de propriedade divide e atomiza as pessoas. Ao contrário, a propriedade deveria ser enfraquecida e se tornar um aspecto apenas dos direitos, associado à igualdade que o universalismo dos direitos introduz” (DOUZINAS, 2009, p. 288).

A sacralização e absolutização da propriedade individual passaram das ideias modernas dos filósofos da Ilustração para as legislações, o que para James Q. Whitman (1990) teve impacto direto nas práticas de enfeudamento e enfiteuticação do solo. Para Whitman a “nova propriedade” produzida pela Ilustração, sobre a destruição do modelo feudal aparece configurada nos direitos absolutos de propriedade do “*Code Rurale Français*” de 1791⁵⁶ e do “*Geschäftsinstruktion of Freiherr von Steim*” da Prússia em 1808. Nas duas legislações, geradas em nações política, ideológica e militarmente rivais, o alvo comum era a

⁵⁶ Os revolucionários, para aprovar as novas leis referentes à propriedade na Declaração de 1791, tiveram de mudar as regras de sufrágio da Assembleia, para permitir que enfiteutas, arrendatários, usufrutuários etc tivessem o direito a voto que só os proprietários diretos tinham (nobreza e clero). (Cf. AGUDELO, 2012).

bipartição de domínios da propriedade feudal (WHITMAN, 1990, p. 180) e previam as abolições ou desvinculações fundiárias.

A desconstrução crítica do modelo de propriedades sobrepostas do período do Baixo Império e Medieval foi segundo Whitman (1990) procedida por Thibaut. Em 1801, plena efervescência revolucionária burguesa na Europa ele publicou um importante estudo “*Über dominium utile und directum*” demonstrando que a propriedade dividida em duplo domínio não existia no direito romano clássico. A opção de eleger a fase do direito romano clássico como paradigma para a negação das adaptações medievais é emblemática, corresponde a *Weltanschauung* iluminista e burguesa que vai presidir as codificações do século XVIII e XIX. Mas não responde à questão de como nos poderes proprietários absolutos titularizados por um indivíduo não estaria o de cindir o domínio, confiando a outrem parte dos poderes e exercício da propriedade?

A mutação jurídica da propriedade moderna em vista da exclusividade e concentração de domínios, o prefaciador de Paolo Grossi (2006) afirma que a resposta à questão central sobre o “meu jurídico” passa por um movimento de sacralização da propriedade nos códigos civis (GROSSI, 2006, p. 5). A antiga relatividade do instituto e noção de propriedade na Roma clássica decorria do manejo da *actio in rem* que definia a situação jurídica em concreto (CASTRO, 1985). Não havia uma conceituação em abstrato do direito de propriedade em Roma. Este resultava consolidado pela atuação judicial⁵⁷ nas *actiones*.

De artifício verbal de solução da difícil relação jurídica mais intensa entre uma coisa e um sujeito, aquela definição do “meu jurídico”, a propriedade se abstratiza nas legislações liberais modernas. Santos (2009) anuncia que esse direito racionalizado e abstrato, o direito moderno, pode servir a finalidades imprevisíveis, não necessariamente emancipatórias. No Estado liberal moderno, a constitucionalização⁵⁸ permite a auto reprodução do Estado e isenção deste quanto ao conteúdo, a materialidade dos direitos.

Desenvolvendo o argumento, a ascensão jurídica do sujeito, no bojo do projeto “antropocêntrico” moderno substituiu o *Ordo* daquela sociedade regida objetivamente no Medieval. Isso resultou de “[...] operação lucidíssima da consciência burguesa que, de Locke em diante, fundou todo *dominium rerum* sobre o *dominium sui* e viu a propriedade das coisas como manifestação externa – qualitativamente idêntica – daquela propriedade intrasubjetiva”

⁵⁷ Adeodato (2009, p. 16) no contexto do pragmatismo jurídico assinala a imbricação atual e crescente entre direitos material e processual. A constitucionalização do processo leva as regras processuais a se tornarem substância do direito.

⁵⁸ Pisarello (2003, p. 94) cita a desconstitucionalização da absoluta proteção ao direito de propriedade para que se avancem políticas públicas habitacionais. O critério então são as escolhas políticas prévia de cada sociedade ou das forças que as governam, a formal constitucionalização não é panaceia social.

(GROSSI, 2006, 12). A tarefa jurídico-ideológica moderna será estender às coisas a unidade do sujeito “indivíduo” e a substituição (abrupta ou paulatina) da pluralidade e das múltiplas vinculações jurídicas nas redes de dependência do período medieval. A concentração proprietária moderna se dá concomitantemente ao fortalecimento da centralidade jurídica o Estado moderno. Na modernidade jurídico-política, a relação básica é entre Estado e indivíduo, sendo uma constante a luta contra as “ordens” jurídico-normativas intermediárias.

Grossi (2006) toma a noção de *dominium útil* para trabalhar a propriedade situada na história e portanto por isso mesma, sujeita a uma complexidade de levar em seus termos paradoxos que os modernos querem expurgar. A multiplicidade de direitos reais sobre uma mesma coisa é o índice que Grossi (2006) utiliza para ilustrar a mudança de paradigmas jurídicos entre a modernidade e o período que lhe antecedeu. A noção de *dominium* é para ele central, seja no aspecto heteronômico do direito de propriedade (de que decorre a proteção jurídica rígida para a exclusão do outro), seja no aspecto “autonômico” (o das disposições anímicas ou psíquicas do sujeito individual) do novo e exclusivo titular de direitos sobre as coisas.

Nenhuma dúvida de que o domínio útil leve inscrita na sua figura uma íntima contradição: um substantivo e um adjetivo mal combinados. O substantivo refere-se ao reino da soberania imperiosa do indivíduo, às capacidades expansivas da vontade, enquanto o adjetivo arrasta aquela capacidade a uma esfera que não se lhe adapta, a um nível mais baixo da terrestreidade quotidiana em que as coisas são usadas e gozadas mas em que não é correto falar de virtude, de soberania, de capacidade. [...] como sinal de contradição que o domínio útil revela toda a sua intensíssima historicidade. (GROSSI, 2006, p. 49-50)

Ele traz a noção nova de ‘domínio’ de Francisco de Assis como uma propriedade interiorizada ao lado do desapego e pobreza absolutos. O *dominium sui* de Francisco era concebido como uma antropologia cristã centrada no sujeito, o que era escandaloso para os medievais. Essa centralidade do sujeito (“senhor de si” e não das coisas) deu abertura para o moderno subjetivismo proprietário (que não se satisfaz claro, com o despojamento do Dr. Seráfico!) *Dominium* como um *animus*, uma vontade, que ficaria marcharia para se purificar do elemento terrestre, as coisas ou a “coisa”, avançando sobre elas. A propriedade das coisas externas é expressão da potencia ou paroxismo do eu, corpo e vontade.

O paroxismo desse subjetivismo moderno se expressou em obras como a de Nietzsche, Schopenhauer e bem ostensivo em Max Stirner⁵⁹ (“O único e sua propriedade”) de 1844.

⁵⁹ Stirner (1984) teorizou dentro da moral, mas num contexto de afirmação antropológica do indivíduo que repercutiu nas outras áreas como direito, economia e política.

Resultou no solipsismo prático e funcional conforme Carlos Díaz Hernández⁶⁰, cuja máxima concessão é o *egoísmo associativo*. Ele visa possuir, pois nisso consiste a própria individualidade: ser proprietário e fora de qualquer relação de alteridade ou reciprocidade (DÍAS HERNANDEZ, 2000, p. 431).

A modernidade jurídica plasmadora da nova mentalidade proprietária apropriou-se e expandiu os efeitos jurídicos do *dominium sui* de cunho originalmente ascético e moral do franciscanismo para um *animus possidendi* formal. “O domínio útil é, antes de tudo, a tradução em termos jurídicos de uma mentalidade. É a mentalidade do primado do efetivo” (GROSSI, 2006, p. 53). É um domínio sobre a coisa exterior, a *res*, de modo a torná-la útil substancialmente. A mutação jurídica foi absolutizar a propriedade e legitimá-la formalmente de modo sacral, expressão proprietária do *dominium sui*, quando na tese original este era exercido sobre-si-mesmo.

O reinado do efetivo em direitos reais é a “posse” e outras situações jurídicas de fato que se formam no contexto do direito de propriedade, eleita o eixo dos direitos reais⁶¹ nas codificações modernas. Segundo o autor “a mentalidade ‘possessória’ do alto medievo que domina ainda como imperiosa constituição material do mundo dos Glosadores e dos Comentaristas. Mais além, ao fundo, um modelo agrário e não urbano de *dominium*” (GROSSI, 2006, p. 53). Por isso o modelo fundiário rural foi padrão da propriedade fundiária em geral, por manifestar mais claramente dois aspectos da relação do homem com a terra: primeiro, a extensão e relevância desta como natureza e geografia em face da insignificância do indivíduo e, num segundo, a dinâmica produtiva econômica tinha na terra o ponto nodal (*incrementum*, para os latinos; *emponemata*, para os gregos) de acumulação e organização social. “O domínio útil evoca todavia sobretudo uma paisagem agrária abundante de concessões agrárias, com uma forte dialética entre o depositário da titularidade proprietária e o exercente da empresa agrícola sobre o bem-terra” (GROSSI, 2006, p. 54).

Essa cisão entre utilidade e titularidade, entre efetividade e formalidade, entre dinâmica produtiva e social e estática social e política efeitos da estabilidade e perpetuidade proprietárias. Cisão que vai irradiar sobre os direitos reais como um todo. A função social da propriedade vai apresentar aquela mesma contradição em termos do domínio útil (GROSSI,

⁶⁰ Díaz Hernández (2000, p.431-433) desenvolve o verbete a partir de propriedade, corpo e utopia, não faz, portanto, um julgamento de valor focando negativamente filosofias narcisistas do século XIX, mas dos componentes teóricos afirmadores da dimensão da subjetividade/alteridade.

⁶¹ O Código Civil brasileiro (BRASIL, 1992), diz no artigo 1.231 “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.” A limpidez textual da regra civilista não deixa dúvida do eixo interpretativo básico desse direito.

2006, p. 49): um substantivo e um adjetivo em tensão, uma dinâmica (função) e uma estrutura (propriedade) mal alinhavados por um conceito-problema em termos jurídico: o social.

As históricas (e nebulosas) relações entre a propriedade e a liberdade acompanham as teorias contratuais, jurídico-políticas, portanto desde John Locke, Thomas Hobbes, Hugo Grotius e em contribuições mais atuais, Hannah Arendt não hesita em reafirmar o lugar seminal da propriedade na conquista das liberdades públicas⁶². A privação delas ou as constringências à liberdade acontecem em complexa conexão com as sofridas pela propriedade individual (ARENDRT, 2007, p. 39). Mas há controvérsias quanto ao “consenso proprietário” de corte liberal ser conquista de direito, a suspeita é de que tenha mais sido o de manutenção de *status quo*. O direito de propriedade ilimitado não pode coexistir com a democracia:

Um democrata otimista pode alegar que o Legislativo e o Judiciário já fizeram sérias investidas contra o direito de propriedade ilimitado. Mas quanto mais incisivas são essas investidas, mais os porta-vozes do capital se esforçam para vincular a liberdade de propriedade às demais liberdades individuais. (MACPHERSON, 1991 p. 75)

Retomando a relação basilar da concepção de propriedade como necessária preliminar teórica para entender a questão enfitêutica, registra-se que “A propriedade privada é uma instituição que está intimamente unida com o conceito de sujeito moderno e a representação da liberdade como ilimitada, característica da modernidade” (PEÑA, 1998, p. 219)⁶³. O autor analisa os efeitos desse absolutismo proprietário no controle e gestão ambiental, prejudicados pela mentalidade do absolutismo proprietário, preocupação também de Macpherson (1991) quanto a rigidez da concepção proprietária em face de outros direitos.

Provocante questão lança Stefano Rodotà para a relação reflexiva e complexa de propriedade e democracia, já no ambiente da modernidade. A *company* inglesa de comércio (séculos XVII e XVIII) tinha uma estrutura societária que reproduzia um parlamento de acionistas, uma condução assemblear e eficiente (RODOTÁ, 1990, p. 22).

A propriedade, quiçá uma das primeiras formas de manifestação do direito, foi considerada pelos teóricos liberais em baluarte da emancipação da pessoa humana. A liberdade proprietária se torna um dos pontos arqui-médicos da exclusão social e da dominação política, ponto em que a modernidade parece ter acentuado e não rompido com o Antigo

⁶² (Cf. BUCHANAN; TULLOCH, 1995). Também Mengoni, 1977.

⁶³ “La propiedad privada es una institución que está íntimamente vinculada con el concepto del sujeto moderno y la representación de la libertad como ilimitada, característica también de la modernidad. Aquello que se tiene en propiedad se puede gozar y usar sin límites, sin más límites que la voluntad del propietario. Las libertades de los otros y los recursos naturales se ven amenazados por una institución que hace de cada propietario un soberano y un déspota. (PEÑA, 1998, p. 219).

Regime. A repersonalização do direito civil de propriedade é uma retomada em nível de Estado Democrático de Direito daquela conexão (talvez mais ideológica que real) da liberdade e primazia da pessoa em relação à propriedade. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encimando e parametrizando todo o direito, já vem mostrando sua influência na doutrina jurídica, em geral nos “novos direitos”, ficando a velha e tradicional doutrina civilista da propriedade ainda a salvo de maior compromisso com a Constituição, mas não com ela. Conforme Karl Renner a doutrina civilista não acompanhou a dinâmica da propriedade.

A propriedade como instituto jurídico teve um notável desenvolvimento, mas a definição jurídico-legislativa da codificação liberal do direito civil não acompanhou isso. A dupla possibilidade de evolução jurídica está na mudança da norma e mudança da função, e são mutuamente condicionantes. Na visão de direito orgânico e sistêmico, cada instituto jurídico se articula com determinadas exigências da sociedade, sendo essa a sua função social geral. As funções particulares se fundem naquela função geral, fazendo assim a unidade normativa de direito público e privado: é o ordenamento que garante a propriedade (RENNER, 1965) e esta se obriga aos seus valores centrais eleitos historicamente. A dignidade da pessoa humana é um desses valores, ao lado do princípio democrático a enformar Estado e sociedade e os direitos humanos como consenso.

Mas a dignidade da pessoa humana importa uma antropologia que, paradoxalmente pode resultar em estender à propriedade a densidade e características jurídicas da pessoa-sujeito titular de direitos. Como categoria abstrata, a dignidade da pessoa humana pode também reforçar o aspecto exclusivo e absoluto da propriedade, uma retrospectiva sempre possível do padrão liberal individual de sujeito de direito. A extensão do discurso proprietário ao próprio corpo, no contexto os direitos reprodutivos femininos é uma evidência da força dos velhos institutos na busca de legitimação de novos direitos. E o conseqüente reforço de características jurídicas como a absolutização da propriedade decorrente da releitura da dignidade da pessoa humana em relação ao “domínio” do próprio corpo como algo externo a si mesmo.

Nesse sentido, Lidia Casas Becerra postula distanciar a defesa de direitos reprodutivos das mulheres dos argumentos biomédicos e de saúde pública e fundamentar na propriedade e privacidade (BECERRA, 2008, p. 88) o domínio do próprio corpo. No caso do aborto, como parte desses direitos reprodutivos, nem mesmo as permissivas legais no campo do direito penal, das possibilidades hermenêuticas constitucionais e das convenções de direitos humanos, para ela não são suficientes para garantir direitos sobre o próprio corpo

(BECERRA, 2008, p. 94ss) que para ela integra o rol de bens primários (BECERRA 2008, 105). A consequência dessa personalização do direito de propriedade como bem inerente à intimidade pode ser absolutizar um direito num individualismo exclusivista. Desse modo, a nova perspectiva jurídica de reconhecimento de novos direitos evoca a característica proprietária fonte de injustiça social ao longo da história e aguda na história recente: a desconsideração do outro.

A propriedade exclusiva e absoluta, sob a titularidade do sujeito individual abstratamente completaria a imagem do homem de posses, autônomo e senhor de seus bens e suas vontades. A posse de propriedades pelo “homem” e “branco” foi a nota de concreção histórica da dignidade da pessoa humana que Joan Scott opôs ao universalismo abstrato do homem sujeito de direitos naturais de Condorcet (SCOTT, 1996, p. 6). A propriedade traduzida social e juridicamente como dominância e senhorio exclusivo, dentro quicá da moral monogâmica burguesa, rapidamente encontrou adesões⁶⁴ no mesmo quadro ideológico e jurídico do direito privado liberal.

A propriedade teve seu papel histórico como mentalidade e construção do liberalismo clássico em sua vertente econômica, política, jurídica e filosófica. Mas sempre esteve em processo de franca mutação, hoje tende a se considerar a propriedade coletiva de grupos étnicos⁶⁵, familiares etc, talvez as formas de exercício desses direitos mais ancestrais e razoáveis. Assim, o coletivo, o comunitário, antecede e condiciona o exercício e os próprios direitos de propriedade⁶⁶, classicamente só serão possíveis se o custo de exclusão do outro não for excessivamente alto que lhes inviabilizem o exercício⁶⁷.

1.3.3 A mutação da propriedade contemporânea: mobilidade e valor de troca

A dicotomia entre os modelos proprietários do Antigo Regime e aquele que se fortalece após as revoluções burguesas e liberais na Europa e Américas não resolvem integralmente a fundamentação histórica do conflito jurídico que envolve proprietários e não

⁶⁴ Ousando uma analogia, a reação burguesa e liberal à propriedade imperfeita e subordinada, a enfiteuse e outras modalidades feudais, bem como a ulterior subordinação do trabalho ao capital, sem maior culpa moral, poderia ter uma correlação com a subordinação da mulher no exclusivismo monogâmico... são perguntas que a análise psicanalítica do direito certamente já terá iniciado (N. do autor).

⁶⁵ A propriedade comum e coletiva dos quilombolas, mas também do bem de família, estão nessa ordem. O condomínio é o instituto típico do exercício dos direitos reais por vários titulares simultaneamente.

⁶⁶ Mesmo as teorias de que a propriedade nasce da racionalidade do status baseado numa violência original, as posteriores configurações que a sociedade vai lhe atribuindo, com base naquela mesma tentativa de justificação racional, faz surgir a força do consenso coletivo em torno da propriedade. Cf Veblen (1898, p. 352).

⁶⁷ Para N. Luhmann, a propriedade é instância de comunicação dos sistemas econômico e do direito, um acoplamento estrutural, não é assim um puro instituto jurídico. Será como um “híbrido” de natureza e cultura, de Bruno Latour, também um “não humano” actante na rede de produção de sentidos na sociedade moderna.

proprietários. É preciso avançar para o refinamento da propriedade ou das relações proprietárias na Contemporaneidade, da propriedade financeira e monetária e seus efeitos no desenho geral dos direitos reais e especificamente sobre a propriedade fundiária. A conversão do valor de uso desta em valor de troca, mediante a sua transformação em mercadoria traz consequências imediatas para o conjunto jurídico orgânico dos direitos reais.

A contratualização destes, por força dessa atribuição de valor de troca à propriedade, provoca indagações de que ainda se pode falar em direitos reais, propriedade em sentido geral e específico (fundiária, imobiliária etc)⁶⁸. A “repersonalização” dos direitos reais, como se discorreu no Capítulo 1, em consequência do princípio da dignidade da pessoa humana soleniza e legitima aquela contratualização. A *res* perde seu estatuto próprio ou ao menos é confinado numa ordinarização que reduz seu *status* jurídico e induz a crise dos direitos reais, mesmo sendo a referência sobre a qual se exerce a propriedade. Mas esta “não é um direito singular, mas sim um conjunto de direitos combinados” (ROSENCRANTZ, 2008, p. 38) sustentados por um conjunto de razões, cujo valor oscila, podendo proteger o fruto do trabalho ou os recursos e bens do capital empregado para produzi-los⁶⁹. A propriedade em sentido amplo de categoria jurídica aberta, abrange tanto a conservação quanto a transmissibilidade dos bens como direito.

Pierre Rossanvalon estabelece no tocante a luta pela afirmação da igualdade social, a mobilidade de condições, a dinâmica econômica e a circulação de riquezas (não só a distribuição) em face da imobilidade, do privilégio e da permanência do passado. A economia de mercado, assentada no movimento destruía a sociedade de ordens estanques. Mas o “dinheiro” que fora a um tempo o grande nivelador, pela acumulação se transforma no “novo feudalismo” (ROSSANVALON, 2012, p. 70). A mobilidade da riqueza foi um dos aspectos democráticos que observadores chegados da Europa (Tocqueville e especialmente Achile Murat) viram nos Estados Unidos nos rasgos de democracia jacksoniana (ROSSANVALON, 2012, p. 81).

A mobilidade do dinheiro entre os americanos impediam que as desigualdades fossem duradouras, pois com as quebras e mudanças repentinas de *status* econômico, não se reproduziam o imobilismo de classe que acusavam existir na Europa. (ROSSANVALON, 2012, p. 86). Até a tentativa de limitação do direito de herança de modo a impedir a reprodução de castas proprietárias passaram pelos projetos e Jefferson e Paine nos Estados

⁶⁸ Cf. TARTIÈRE, 2011.

⁶⁹ Lembrar sempre que os romanos evitaram definir esse direito abstratamente, preferindo fazê-lo nas *actio* (CASTRO, 1985).

Unidos e de Mirabeau e Billaud-Varenne na França revolucionária (ROSSANVALON, 2012, p. 304). Para Jefferson “o termo ‘herança’ se associa as palavras ‘feudalidade’ e ‘aristocracia’. A subdivisão regulamentar das propriedades era para ele condição essencial de um regime de igualdade e liberdade.” (ROSSANVALON, 2012, p. 304).

Em igual sentido, numa perspectiva teórica sistêmica Niklas Luhmann (2006) define o dinheiro como meio social para as formas que só se fixam temporalmente (LUHMANN, 2006, p. 99) ou seja, trocas econômicas contingentes em que o “preço” substitui outras avaliações. O dinheiro é assim um redutor de complexidade. Ao lado de outros elementos como as ciências, as enfermidades, a educação e televisão, não sofre a constrição das fronteiras espaciais, se liga ao sistema-mundo omniabarcador (LUHMANN, 2006, p. 125). Portanto, instrumento da economia de mercado global, ao conferir mobilidade ao indivíduo. Para ele desenvolvimento, industrialização, urbanização leva a sociedade do mundo a dissolver estruturas estratificadas de propriedade da terra, assim como economias familiares e artesanais se dissolvem em dinheiro e indivíduos com maior mobilidade (LUHMANN, 2006, p. 127).

A articulação recente entre propriedade, mercado e dinheiro cria a propriedade mobiliária e no contexto das relações econômicas intensas do capitalismo industrial, fez conexão com outra dimensão: a questão social dos séculos XIX e XX. Esta foi assumida pela regulação jurídica direito estatal (SANTOS, 2009), pelo Estado Legislativo, aquele *Rechtsstaat* de Weber que Artur Stamford da Silva (2013) vê reproduzido na praxe judiciária, autocentrada e burocrática. A percepção pelos atores forenses da exaustão do direito estatal, leva a opção por formas extra-estatais para dinamizar procedimentos judiciais, embora que por razões não propriamente jurídicas (STAMFORD SILVA, 2013, p. 10). A mobilidade e dinâmica da propriedade-dinheiro tem efeitos variados nos sistemas burocráticos e autoritários, como revelar os mecanismos instáveis e difusos, em especial nos países de modernidade periférica (STAMFORD SILVA, 2013, p. 6). O direito estatal nessas condições de funcionalmente operar seguranças e não ceder a uma juridicidade extra-estatal, que Stamford Silva identifica nas interações oficiosas entre atores do cenário judicial. A autonomia e a relevância da dimensão econômica mais dinâmica da propriedade, do Mercado, por sua vez reacendeu a resposta do direito por uma nova justiça, como ela se apresenta de fato, é sempre um risco.

As múltiplas camadas proprietárias que permitiam a coexistência de diversos direitos sobre uma mesma propriedade deu solidez, segundo Meynial, a organização econômica feudal

(DEGENEFFE, 2003, p. 156). Mas em tempos de propriedade mobiliária, industrial e financeira, aquele arranjo não mais sobreviveu⁷⁰.

Macpherson (1991, p. 11) é um autor atento ao “individualismo possessivo” em perspectiva histórica e comparativa. Ele procede a reconstituição da trajetória da “justiça econômica” após seu anterior descrédito (MACPHERSON, 1991, p. 13), com o triunfo do Mercado na modernidade, e sua “lei” que regulava, contra os movimentos sociais e pensadores radicais do séc. XIX. Os pensadores liberais pensam justiça econômica teoricamente como “mercado distributivo”, para isso, o conceito de propriedade usual é a que tem valor de troca e que pode circular.

Trabalhando um novo conceito de justiça econômica, que segundo ele “pressupõe que as relações econômicas se tornaram distintas das relações sociais em geral e, portanto, requerem princípios mais específicos que os da justiça geral” (MACPHERSON, 1991, p. 15), ou seja, as posições sociais identificadas com as econômicas. Por isso não havia conceito de justiça econômica nas sociedades mais antigas (só discutíveis especulações antropológicas). As proibições de roubo, ganância, falsificação (lei mosaica) e do Código de Hamurabi não eram ainda justiça econômica pois “o papel de cada um no processo produtivo dependia simplesmente de sua posição na sociedade. As relações de produção eram as relações políticas da sociedade” (MACPHERSON, 1991, p. 16). Nem o surgimento da propriedade e do mercado antigo, por ter os preços ou equivalências determinados pelo Estado configuram ambiente para surgimento da “justiça econômica”, (MACPHERSON, 1991, p. 17).

Segundo Macpherson os teóricos políticos chamam atenção para a mutação no conceito de propriedade (estreitamentos sucessivos de seu significado), que a torna mais inexpugnável a cada nova feição. A concentração proprietária corresponde a uma contração pragmática de seu conceito. Ou seja, propriedade não é um conceito fixo e pode ser revisada em vista de uma sociedade mais democrática (SINGER, 1991). São para ele quatro mudanças fundamentais:

A primeira mudança foi quando a sociedade de mercado reduziu à propriedade material as capacidades e faculdades como honra, vida, liberdade, corpo, enfim vários direitos lidos como “propriedade”. Assim Locke, já citado acima noutra desdobramento do sujeito proprietário, concebia um sentido bem mais amplo do termo que a restrição imposta nos séculos XVIII e nos seguintes. “À medida que as modernas sociedades tornaram-se

⁷⁰ Margarita Fuenteseca Degeneffe expõe grande lista de autores que estudam a longa sobrevivência do modelo de organização econômica e fundiária feudal. A relação jurídica e econômica sinalagmática entre enfiteutas e senhorios, em que estes não detinham absolutos poderes sobre a terra, é uma das razões de acomodação do sistema. Cf. Degeneffe (2003).

sociedades de mercado, perdeu-se esse sentido amplo de propriedade. Logo o termo adquiriu o sentido mais estreito que geralmente tem hoje: propriedade de rendas ou de coisas materiais” (MACPHERSON, 1991, p. 104). Quem não dispunha dela, não podia exercer aqueles direitos amplos a que ela se referia inicialmente.

A segunda mudança foi ainda no mesmo período, século XVII quando mais drásticas redução do conceito de propriedade material, a exclusividade absoluta e a troca: “Desde Aristóteles até o século XVII, o conceito de propriedade abrangeu dois tipos de direitos individuais: o direito individual de excluir outrem do uso ou gozo de alguma coisa, e o direito individual de não ser excluído do uso ou gozo das coisas” (MACPHERSON, 1991, p. 104). Essas incluíam o reconhecimento dos bens de uso comum e do acesso à propriedade como direito individual natural garantido e posto pelo Estado “Portanto eram ambos propriedade individual; Do século XVII aos tempos atuais, a noção de propriedade foi bem mais estreita, ficando reduzida ao primeiro direito – o direito de excluir outrem” (MACPHERSON, 1991, p.105).

O terceiro estreitamento foi que, além de uso e gozo, se passou a “dispor”, poder vender a propriedade, que é algo bem recente, de alguns séculos. Assim à redução do conceito de propriedade a coisa material, passando pela exclusão do outro como mais forte dimensão, chega-se agora ao uso e gozo dos bens como mercadoria, o direito de dispor para alienar: “Antes do predomínio da sociedade de mercado, boa parte da propriedade da terra e de outras coisas materiais significava o direito de excluir outrem do uso ou gozo de alguma coisa, mas não o direito de dispor dela” (MACPHERSON, 1991, p. 109). Parece estranha a afirmação, mas dentre as formas de alienação dos bens, a doação, a permuta, a concessão prevaleciam sobre a compra e venda, mesmo de bens móveis e não consumíveis até a modernidade mais recente. Os bens consumíveis, os frutos da produção agrícola eram os bens quase que exclusivamente votados à compra e venda (HUBERMAN, 1986).

Os “direitos” também eram objeto de compra e venda, daí que alguns estudiosos do sistema sesmarial colonial no Brasil identificam essas práticas, esquecidos de que se tratava de um “direito”, venda da terra mesma, como bens dominiais. Por isso “a economia de mercado exige que tudo seja comerciável. Se é ao mercado que compete distribuir as riquezas e o trabalho [...] não admira que o próprio conceito de propriedade tenha-se restringido a propriedade como direitos alienáveis exclusivos” (MACPHERSON, 1991, p. 109). Esse terceiro “estreitamento” do conceito de propriedade se relaciona com o quarto: o descolamento da propriedade individual da “propriedade”.

O quarto estreitamento do conceito de propriedade, “não tão digna de nota” conforme Macpherson é quanto “passagem da propriedade como direito a uma renda (monopólios, concessões, cargos públicos ou eclesiásticos) para propriedade como direito a coisas (incluindo-se aí as coisas que produzem renda)” (MACPHERSON, 1991, p. 105). Acrescenta adiante: “Essa mudança do conceito refletiu uma mudança dos fatos. Até o advento da economia de mercado capitalista, a propriedade individual era antes um direito a rendas do que um direito a coisas” (MACPHERSON, 1991, p. 109).

François Chesnay (1999) assegura que um dos motores dos processos de globalização, atualmente, é a desregulação e liberdade do capital “dinheiro” fortalecido em detrimento de outras modalidades de capital (industrial e comercial). O capital imobilizado da propriedade fundiária, dentro da mesma lógica capitalista de produção de riqueza e acumulação, sofre um desgaste também. A “mundialização” seletiva e manifesta-se na predominância do capital fictício sobre os recursos e capitais tangíveis. (CHESNAY, 1999, p. 88).

A passagem progressiva da propriedade para esse mercado de título e capitais é fenômeno não recente, começando com as leis hipotecárias e de falências, de garantia de direitos dos credores. A regularização formal dos imóveis, cuja proposta de fazê-lo maciçamente Gouveia (2008) critica, está na lógica da transformação da propriedade em crédito, a terra em mercadoria, o que será desenvolvido mais detalhadamente adiante.

O protagonismo dos agentes financeiros internos e externos quanto a propriedade imóvel aparece no trabalho de Liana Portilho Mattos (2006). Analisando as decisões de tribunais no tocante a função social da propriedade urbana, tomando vários julgados, a autora chega às seguintes conclusões (MATTOS, 2006): tendência de retomada do primado da posse sobre a propriedade, ruptura com a propriedade “patrimonialista” em face da dignidade da pessoa humana e proteção da moradia, deferimento judicial dos direitos fundamentais, mas sem o reconhecimento expresso como tais, que as políticas de regularização de terras urbanas são estimuladas pelas instituições financeiras internacionais, servido os direitos fundamentais efetivados nas sentenças como legitimador dessa ampliação do mercado e reativação da economia urbana. Para ela, por trás de muitos dos conflitos envolvendo propriedade urbana está em busca por regularização de imóveis com finalidade de crédito e financiamento.

Outra não pode ser a conclusão quando se percebe que as instituições financeiras internacionais vêm estimulando a implementação de políticas de regularização da terra e de moradia pelos governos dos países em desenvolvimento, que vem sendo entendida como condição essencial para a ampliação do mercado e reativação da economia urbana” (MATTOS, 2006, p. 172).

A legislação hipotecária e comercial já no século XIX e início do século XX em diversos países reflete uma mudança de paradigmas econômicos e jurídicos: os possuidores de rendas e de créditos demandavam a proteção legal do Estado ante os possuidores da terra. Os direitos reais foram deslocados de seu padrão de imobilidade e segurança jurídica e econômica para os cultivadores, para a segurança dos créditos do capital financeiro. Essas leis hipotecárias funcionaram como um artefato jurídico de regularização de terras e consolidação de domínios fundiários em vista do direito de crédito, muito útil para o comércio jurídico. Foram ela, na dialética amortização/desamortização fundiária, uma re-amortização das terras desta vez em favor do capital financeiro e suas garantias creditícias.

No Brasil, as reformas das leis hipotecárias como a Lei 1.237/1864 colocam claramente os direitos de crédito num patamar de segurança jurídica muito elevado. Num quadro regulatório caótico da propriedade no Brasil (que ainda persiste), as inscrições de crédito, falências e hipotecas sobre a terra, consistiam nas mais seguras documentações. Autores como Joaquim Modesto Pinto Júnior inclusive classificam o sistema de terras brasileiro vigente no século XIX, divide em “regime sesmarial” (de 1520 a 1822), em “período das posses” (entre 1822 e 1854) e “regime hipotecário”⁷¹ (de 1864 a 1917). (PINTO JÚNIOR, 2012). A segurança jurídica da propriedade se liga àquela do crédito.

As terras recebiam a formalização e registro para fins de hipoteca, no Brasil. Interessante é que a ação da Igreja nesse período, pelo Decreto Imperial nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, era o de fazer “assentos” das propriedades declaradas (“Registros do Vigário”). Ao mesmo tempo o Código Comercial e a Lei de Hipotecas de 1864 impedia aos eclesiásticos os negócios. Delimitava-se o lugar jurídico da Igreja e dos transatores de terras.

Também ilustrando com o caso dos direitos de créditos e garantia na Espanha, Infante, Robledo e Torrijano relacionam a regulação hipotecária ao grande aporte de capitais, não tendo mais efeitos as leis canônicas de repressão da usura (INFANTE; ROBLEDO; TORRIJANO, 2007, p. 41). Os assentos registrais da propriedade, a formalização documental, passam muitas vezes pelas exigências formais de segurança de operações de crédito e assemelhados. A propriedade fundiária passava progressivamente à mercadoria e garantia.

Em termos estritamente jurídico-formais, a propriedade passou a ser preocupação da regulação estatal e menos de entes privados e comunais como a Igreja e vilas. Conforme Boaventura de Sousa Santos em sua teoria crítica, exatamente quando na modernidade o mercado surge como instância forte e autônoma. A regulação tem por finalidade controlar as

⁷¹ Com a pertinente ressalva do Prof. Dr. Venceslau Tavares de que os bens de maior valor hipotecário então eram os escravos, a crescente valorização da terra nesse sentido preparando quiçá a abolição próxima.

energias emancipatórias da revolução moderna em vista de proporcionar uma “boa ordem” necessária ao desenvolvimento do capitalismo (SANTOS, 2009, p. 119, 140, 147, 185).

A propriedade como mercadoria, leva a fragmentação do espaço urbano (CARLOS, 2004, p. 91), despersonaliza a terra que antes até integrava o nome da pessoa (LEFÈBVRE, 1999, p. 32), sendo fundamental a retomada do direito a permanecer num lugar. A propriedade fundiária urbana estando na intersecção entre sistema urbano e sistema feudal, quebra este ao engedrar no plano social a propriedade imobiliária (LEFÈBVRE, 1999, p. 43)⁷². A propriedade urbana moderna nasce “social” para Lefèbvre, na luta contra o campo.

A propriedade como garantia, no regime das hipotecas, ilustra bem outra característica intermediária dela entre a imobilidade do enfeudamento fundiário e a mercantilização. A civilística põe claro a possibilidade de combinar extratos de direitos diversos sobre a *res* entre as quais as de forte conotação social, restando desenvolver essa dimensão da propriedade.

⁷² A cidade no plano econômico engendra a “indústria” e no político o “Estado”

2 ENFITEUSE: HISTÓRIA, COMPLEXIDADE E ADAPTAÇÃO

A enfiteuse é um dos direitos de propriedade⁷³ que serve para uma conexão heurísticamente válida entre propriedade, Estado regulador moderno e os direitos em sua dimensão histórica e social. Na sua configuração estão presentes as dimensões pública e privada, da propriedade do Estado e de grandes proprietários particulares concedentes do *jus vectigalis* ou do *ius perpetuum* na antiguidade. Na enfiteuse a negação da concentração de domínios sob a titularidade exclusiva do indivíduo, base jurídica do feudalismo, opõe-se ao direito liberal do *Code* e da *Pandektenschule*. A dimensão produtiva e destinação social e econômica, ainda que primitiva do capital “terra”, pelo componente da *emponemata* (melhoramento produtivo da terra) traz elementos bem atuais na crítica jurídica, política, social e econômica acerca da propriedade e sua função social.

Um instituto que circula, enfim com desenvoltura preliminar entre os eixos do modernos e antigo, das visões liberais, feudais e sociais, feitas as modulações concretas e valoração da propriedade, nos diversos ordenamentos jurídicos. Massironi (2012, p. 171) afirma ser o contrato enfiteutico um conceito-*contáiner* (“concceto contenitore”) que invade o horizonte de sentido de outros contratos (GHIRARDELLO, 2012, p. 146; ROBILANT, 2014; CLAVERO, 1986; SAGAERT, 2012, p. 39). Acerca de sua resistência por milhares de anos, Simoncelli (1888, p. 30) fala da enfiteuse como forma jurídica eficiente para equacionar uma luta, entre a dinâmica da necessidade de produção e a manutenção da propriedade.

É assombroso como nenhum contrato melhor do que este leva em sua fisionomia, através de séculos [...] nas variadas contradições das disposições vigentes, os resultados de uma grande luta, que não cessou ainda, entre a necessidade de cultivo das terras e a resistência dos proprietários das terras (SIMONCELLI, 1888, p. 30).

E chamava atenção para o papel da ciência do direito, que ao invés de ser o de tentar inutilmente eliminar as contradições do legislador, tem a tarefa de explicar a enfiteuse tendo como pano de fundo o horizonte social e a história da instituição. É instituto do direito de propriedade com atribulada existência legislativa (CASCIO, 1951), a demonstrar uma disputa social de fundo com diferentes acertos na dinâmica de uma descrição circular, aquela que rompe com dicotomias e tenta compor os conflitos. A transitividade da enfiteuse entre *domino* e *non domino*, título formal e uso efetivo da terra característica marcante.

⁷³ Outros seriam os direitos de posse, uso e usufruto, a habitação, superfície, servidão, especialmente. Alguns autores mais ciosos no rigor dogmático acentuam distinções e apegam-se a um “rol fechado” de direitos reais, o que não vem correspondendo a pluralidade de situações concretas que surgem no campo dos direitos reais.

A enfiteuse antecipa em séculos a servidão social sobre a propriedade: a sua função social⁷⁴, categoria jurídico-constitucional de limitação ou qualificação que certo modo onera a propriedade. As *emponemata* ou melhoramentos/aproveitamentos são constitutivos centrais no instituto da enfiteuse, conteúdo semelhante ao da função social⁷⁵. O *dominium divisum* ou *duplex dominium* é o outro elemento constitutivo da enfiteuse, a possibilidade de múltiplas camadas de direitos reais sobre uma mesma propriedade como substrato fático. Divisão essa que reconhece uma dualidade entre a titularidade e a utilidade da terra, entre formalidade daquela e efetividade desta, podendo-se daí cindir o domínio.

Quadro I – Tipologia básica das enfiteuses, em comparação

antiga	feudal	moderna	Contemp/atual
Fins: Produzir bens melhorar e ocupar	Fixar ao solo e subsistência	Ocupar (colônia), reprodução social	Produzir, fomentar e conservar
Tipos: Privada e pública: polis, collegia, milites, coroa	Senhorial: nobre e eclesiástica	Privada, comunal e eclesiástica	Estatal > privada (inclusive eclesiástica)
Contrato, escritura consorcial	Concessão e sucessão vassalagem	Contrato, costume Semi-vassalagem	Contrato e lei Sujeição administrat.
Vínculo: real e público	Hierárquico/pessoal	Real e privado	Contratual > real
Cenário: Predominante	Dominante	Transição/crise	Residual/mutante
Duração: Temporária	Perpétua	Longa ('vidas')	Temporário
Prestação: renda, foros ou cânons	Várias: pessoais (serviços), taxas etc	Cânon, foros e renda	Taxas, tributos Laudêmios.
Grécia, Roma -Ásia e África: rural e urbana	Europa: rural	Europa e colônias: Rural > urbana	Vários países: Urbana> rural

Na antiguidade os entes públicos eram de corte bastante diversificado, seus titulares eram a *Polis* ou *Urbs*, os Templos e *Collegia vestalis* e *sacerdotalis*, as colônias militares, os bens pessoais do príncipe, as *Venerabilia Domus* e *venerabilia loca* etc, uma complexidade. No período feudal medieval, o quadro se inverte, pois desaparecem os titulares públicos e os domínios diretos ou eminentes, ficam com os senhorios leigos (longas cadeias vassálicas) e

⁷⁴ Isso porque o pacto enfiteútico se funda na obrigação de edificar e plantar, dar uso produtivo à terra, pelo enfiteuta, ao passo que obriga ao senhorio a tolerar a máxima liberdade, inclusive de transferência do bem.

⁷⁵ Para Tepedino (2004), a ideia de “aproveitamento” que está inserta na enfiteuse não sintetiza os mais elaborados elementos que constituem a “função social da propriedade”.

eclesiásticos. Passa a predominar o vínculo hierárquico, pois a propriedade feudal era já unitária, mas o domínio não. O modelo de subsistência, ruralizado esvazia praticamente a dimensão do incremento produtivo que fizera a fortuna de alguns enfiteutas *magnates* antigos (BLÁSQUEZ, 2012, p. 204). A feudalidade acentua na enfiteuse o *duplex dominium*.

Traz a complexidade e as contradições de um instituto milenar cujas características afetam outros institutos dos direitos reais, sendo ela o *jura in re aliena* com máxima extensão de poderes inerentes à propriedade. Da subordinação feudal da terra do período medieval até o uso atual da mesma como fomento da atividade econômica industrial a enfiteuse se apresenta como um instituto paradoxal cuja sobrevivência desafia o direito. A enfiteuse antiga e medieval ao se funcionalizar e adaptar à economia imobiliária urbana, se reveste das características do direito de superfície que cinge o direito de construir do direito de propriedade, uma antiga reivindicação dos urbanistas (MATTIETTO, 2005, p. 194).

Enfim, moderno e arcaico parecem não ter fronteira definidas como as que fisicamente se impõe à propriedade imobiliária “Às voltas com formas novas de feudalização, o Estado parece ter renunciado a apreender através das leis estáveis, gerais e abstratas, um mundo cuja complexidade lhe escapa” (SUPIOT, 2007, p. 66). Cumpre à sociedade recuperar o aspecto que lhe é interessante, se feudalização corporativa das finanças ou a que recorde uma dimensão social e de estabilidade do próprio Estado.

2.1 Passado mais remoto da enfiteuse: antiguidade clássica

A enfiteuse, que vem da expressão verbal grega *phyteusein*, quer dizer “plantar” ou “melhorar terreno inculto” (SOUZA, 2010)⁷⁶. Para Blázquez (2012, p. 167) os termos substantivos gregos “*emphyteusis, emphyteuseos*” significam literalmente “uma implantação”, melhora e aproveitamento de terras incultas mediante a concessão por longo prazo ou perpétua de campos.

Geograficamente se deu como prática econômica na bacia do Mediterrâneo, já no século V a.C. Também conhecida por outros nomes em português/, como aforamento e empraçamento, se disseminou entre os gregos, egípcios, bizantinos e sob os romanos, ganhou território na Europa, norte da África e Ásia menor. Chegou às Américas e outros territórios coloniais, onde as vastas extensões de terras requeriam uma modalidade vantajosa para o ocupante.

⁷⁶ Embora Souza (2010) afirme conhecerem os gregos também o substantivo “*emphyteusis*” que era o contrato pelo qual o proprietário concedia a outrem o direito de percepção de toda utilidade do terreno.

A razão e utilização desse instituto terá sido a combinação de utilização econômica da terra e manutenção do domínio sobre extensas áreas como parte do projeto de poder e confirmação do *status quo* pelos titulares. Estes em geral entidades coletivas próximas do centro do que seria hoje o Estado: famílias nobres, colégios sacerdotais, templos, colônias militares e cidades (MALACARNE, 2012). Uma combinação de fatores políticos e econômicos-sociais, reclamando uma forma jurídica de racionalização.

2.1.1 Enfiteuse greco-romana do período anterior a V d.C.

A enfiteuse tem a sua origem cronológica e geograficamente no século V a.C no mundo grego que incluía o Egito sob o domínio do Ptolomeus. Segundo Margarita Fuenteseca Degeneffe (2003), “Várias inscripciones griegas demuestran que las más hondas raíces de la institución de la enfiteusis, palabra griega que significa hecer plantaciones, tienen su primera manifestación em el siglo V a.C em las comunidades griegas” (DEGENEFFE, 2003, p. 12). Toda a bacia do Mediterrâneo sob influencia helenística, romana e bizantina, posteriormente, privilegiaram a “lógica” na ocupação e aproveitamento das terras.

Os estudiosos do tema se deparam na revisão histórica de seu evoluer diversas interpolações dos glosadores e da re-elaborações dos bizantinos na compilação de Zenon e Justiniano, acrescentam notas de complexidade histórica que não convém ao presente trabalho, mas para efeito de fundamentar a “história atormentada”⁷⁷ da enfiteuse, cumpre registrar pois a memória histórica do instituto lhe vem da forte dimensão costumeira que tem.

Com as devidas traduções e adequações á mentalidade atual, sempre com o risco de anacronismos, se pode sintetizar inicialmente assim: emprego preferencial nas áreas de plantio e criação de rebanhos (rural), terras conquistadas e de expansão para fins de colonização e fixação de populações pertencentes a colônias militares, templos religiosos e “municípios”. Portanto, titulares que não podia ou não devia se ocupar das atividades diretamente produtivas, mas a quem incumbia o dever de aproveitar terrenos não cultivados para fornecer alimentos e gerar divisas para a *Polis* e os titulares. As *emponemata* ou melhoramentos fazem a enfiteuse ser recebida entre os romanos como *jus meliorationes*, indicando no próprio étimo da palavra enfiteuse uma utilização produtiva e voltada ao que hoje se pode classificar de uma propriedade funcionalizada ou obrigacionalizada.

O instituto nasce perpassado de função administrativa e de direito público (na grega de sua ordenação) e depois vai ser adotado pelo direito romano. Na cidade grega de Heracléa, na

⁷⁷ Cf. Ourliac e Malafosse (1963).

atual Sicília foi encontrada a inscrição de um contrato do século III a.C que Mitteis (1901) assinala como decisiva para fixar os contornos do instituto: solos não cultivados, perpetuidade no domínio pelo enfiteuta, transmissibilidade por disposição testamentária, modicidade no pagamento anual de pensão de 1/17 dos frutos obtidos no cultivo. Distinto das terras já cultivadas da deusa Athenas das de Dionísio: aquelas já cultivadas e “melhoradas” eram “arrendadas” em Heracléa por 5 anos; As de Dionísio, não cultivadas, eram cedidas em enfiteuse, perpétua (DEGENEFFE, 2003, p. 13).

O termo “*emphyteusis*”, no entanto, aparece pela primeira vez como *nomen juris* na chamada “Inscrição de Thisbe” do século III a.C. só encontrada em 1890, na sua maior parte e é toda inspirada no direito local grego. Apesar de ser posterior à conquista romana e a ela faziam menção os romanos no tempo dos Severos (DEGENEFFE, 2003, P. 14). A conexão da enfiteuse grega com a versão que lhe foi aproximada em Roma, o *ius in agri vectigales*, decorre da aplicação da *actio in rem vectigales*. Em Roma, a ação precede e é condição do direito, conforme mais adiante no detalha Castro (1985). F. Schulz (1960), no entanto, acha frágil a existência desse direito pois Gaio não menciona essa *actio in rem*.

Albertário considerou que essa *actio in rem* descrita em D.6,3,1,1 é uma transformação operada bem posteriormente pelo bizantinos, pois aos detentores do *ager vectigales* não cabia a *actio in rem* mas *actiones in personam*, pois a relação era de *locatio-conductio*. Ou seja, o instituto passou por diversas recepções e adaptações, mas lógica da concessão de terras a quem delas podia cuidar privadamente, era conhecida na antiguidade mediterrânea.

Para Margarita F. Degeneffe (2003), Mitteis esperava no final do século XIX que as pesquisas dos egiptólogos e papirólogos confirmassem a existência do instituto já nos séculos anteriores ao III a.C., levando as origens até os séculos VII e X a.C. no Egito. Entretanto, é a síntese dos romanos que chega até os dias atuais. Tratava-se de uma concessão perpétua que se assemelhava à propriedade na vertente grega e que chega aos romanos como *jus perpetuum* que vai se combinar, mas sendo distinto, dos *locatio* e *jus in agri vectigales* e da *possessio vel usufructus* dos romanos.

Estes como bem coloca Torquato Castro, não investiam na definição conceitual dos institutos jurídicos dos direitos de propriedade, mas esta era objetualizada na relação processual nas *actiones*, portanto, a partir da demanda na qual se definia os sujeitos legitimados (CASTRO, 1985). Com a enfiteuse não foi diferente, houve antes uma fase judicial de determinação do direito e só depois, já sob o Imperador Zenon e especialmente

Justiniano, se teve propriamente uma fase legislativa no direito romano, já agora greco-romano.

Torquato Castro assinala o carácter concreto e pragmático do direito de propriedade entre os romanos, que era fundado nas *actio* e, mencionando Villey (CASTRO, 1985, p. 149), afirma que o direito romano não considerou tarefa sua definir o poder sobre as coisas, o direito de propriedade, ficando isso no campo das relações fáticas⁷⁸, na *domus*. Só tardiamente quando envolvido os bens públicos é que se articulou um tratamento jurídico fundado no *titulus* e este por sua vez fundado na *traditio*, como ato-fato causal. A ficção moderna de um direito potestativo pleno a ser exercido *erga omnes*, fora de uma relação concreta entre sujeito jurídicos, não tem origem no direito clássico romano e justinianeu.

As expressões *dominium* ou *proprietas* conforme busca que Castro (1985, p. 149) faz em Fritz Schulz não eram termos jurídicos, mas indicavam faculdades ou estados de fato, bem diversos do que se produziu na modernidade do direito estatal e racional da *Lumière* ou da *Aufklärung* em que houve uma abstratização dos institutos jurídicos. Com a predominância da forma sobre a situação jurídica real em tensão problemática, retirou-se o centro da situação objetiva e real e foi transferida para o sujeito a centralidade das relações jurídicas. "O método do jurista, em face do concreto, na busca de uma solução, é um *logos* não abstrato, mas de conteúdos; a lógica que tem por conteúdo as realidades que configuram o problema jurídico" (CASTRO, 1985, p. 9). Daí a razão tópica de solução e ancorada no modo da *juris prudentia* romana, que supre nas ações, especialmente, e nos contratos as ausências de definições jurídicas acerca dos institutos do direito.

Segundo análise de Scaffardi, só se pode falar em instituto da enfiteuse propriamente depois da constituição do Imperador Zenon, pois antes haviam as fontes gregas sempre de natureza local, além das de Thisbe e de Heracléa, tem os contratos de Milasa e de Olymos (DEGENEFFE, 2003, p. 18). Nestas duas inscrições, as comunidades compram em favor de uma divindade terrenos e dá ao vendedor os direitos perpétuos e hereditários em enfiteuse como parte do pagamento. Asseguravam-se assim a renda para o Templo e os interesses do vendedor. A enfiteuse grega, conforme registra DEGENEFFE (2003) tem uma clara finalidade político-agrária, são terras delimitadas e cadastradas, transmissíveis e hipotecáveis, temporárias (5 anos) quando as terras já são cultivadas e perpétuas quando terras incultivadas.

⁷⁸ Essa situação fática encontra paralelo nas enfiteuses que segundo Nilson Ghirardello (2002) tratando das ocupações às margens das ferrovias no interior de São Paulo, diz "Percebe-se que o sistema de doação para enfiteuse era tão arraigado, até então, que mesmo o doador deixando expresso por diversas vezes que a doação não era para fins de aforamento, e que nada além do valor de venda deveria ser cobrado dos futuros adquirentes, trata-os sintomaticamente de "emphitheutas", quando o termo correto seria simplesmente "compradores". (GHIRARDELLO, 2002, p. 146).

Nesse modelo se evita a formação de latifúndios (DEGENEFFE, 2003, p. 20) pois visa assentar famílias perpetuamente, tornar vantajosa a estabilidade.

No modelo original grego, tanto a comunidade política e os templos podem ceder terras e manter o gozo em troca de um pagamento anual, quanto particulares o podem fazê-lo pelo mecanismo já dos romanos da *mancipatio*. Mas serão os romanos que, respeitando o modelo grego darão feições e modalização jurídica que permitirá sua utilização nos negócios privados e públicos, distinguindo, como de sorte é característica do “gênio” romano a enfiteuse dentre as formas romanas de ocupação: *ager vectigales*,

Entre os romanos, que usavam o termo *jus emphiteuticarium*, pois não quiseram mudar o nome grego, já havia na prática municipal, o *ius in agri vectigales* que consistia numa locação feita pelos municípios de terrenos públicos, de duração temporária, ou de cinco anos ou coincidindo com o mandato do censor, conforme Filippo Gallo (1964). A diferença entre os arrendamentos *in perpetuum* e os temporários têm base na *Lex coloniae Genetivae Iuliae*, do ano de 44 a.C. que procurava impedir a concessão perpétua, não se podendo dizer se era uma norma geral que incidia nas deliberações municipais. Nessa lei, do Senado romano, se procura impedir as concessões ultra quinquenais, pois o mandato dos magistrados e censores era de 5 anos. Por isso alguns historiadores do direito não aceitam que a enfiteuse tenha se valido dessa forma romana já praticada.

Uma hipótese plausível quanto a perpetuidade ou não entre os romanos da concessão de terras enfiteuticadas é dada por Paulo (D. 6,3, 1 pr) “*non vectigales sunt qui ita colendi dantur ut privatum agros nostros colendos dare solemus*”. Assim, as concessões para uso privado das terras eram perpétuas, mas os terrenos que se utilizavam publicamente, eram de apenas 5 anos. Em todo caso, conforme Kaser (1971) Plínio afirmava existir a concessão perpétua tanto no instituto nos moldes gregos como romanos. Para Kaser, a *locatio in perpetuum* era uma relação jurídica pública e as das comunidades de município e colônias eram relações jurídico-privadas (KASER, 1971, p. 455) obedecendo a divisão do direito romano referente a sua aplicação no território da Itália e nos de conquista. A enfiteuse na sua origem produziu essa necessidade jurídica prontamente atendida pelos romanos de distinção entre essas duas classes de negócios⁷⁹ os públicos e os privados.

Entre os romanos, houve uma transformação das concessões públicas do período republicano que eram temporárias e intransmissíveis por herança do *ager publicus*, para a

⁷⁹ Possivelmente pelo fato de que entre os gregos, a *Polis*, e não eventuais mandatários era quem detinha o poder de titularizar terras e ações. Mas entre os romanos a distinção entre terras do Senado, do Príncipe, do *ager publicus* etc eram relevantes.

perpetuidade e transmissibilidade, do período baixo-imperial. Consoante lição de Cascio (1951, p. 27) nesse período as concessões perpétuas e hereditárias já eram a regra e o antigo *ius in agro vectigales* já guardava só uma sombra do período republicano e que se irradiava no direito de superfície e no direito da enfiteuse. “Dado que el *ius in agri vectigales* constiuó el precedente en derecho romano clásico del *ius emphyteuticum* justiniano, es determinante el seguimiento del desarrollo histórico posterior de esta institución” (DEGENEFFE, 2003, p. 97).

Antes da consolidação doutrinária e legislativa da enfiteuse levada a cabo por Zenon e Justiniano, houve em para o Império romano todo, ora distinguindo as porções Oriental e Ocidental, ora não, várias disposições em geral que tenderam a aproximar o *jus perpetuum* do *jus emphyteuticarum* até que Justiniano desconsidera qualquer distinção entre os dois e a consolidação de suas características na enfiteuse (DEGENEFFE, 2003, p. 104). De Constantino até Teodósio, as “constituições” foram tornando perpétuas as concessões do período republicano e imperial, estabelecendo reavaliações das pensões devidas ao fisco imperial (possivelmente por conta da inflação) e as permissões para que, no século IV d.C. grandes extensões de terras obtidas por romanos nas províncias fossem também sobre elas constituídas enfiteuses sobre os *fundi patrimoniales*, isto é, as terras de propriedade privada do Príncipe (DEGENEFFE, 2003, p. 99).

Na enfiteuse, no período de Constantino a Teodósio, se desenvolvem a separação entre domínio privado e público, entre as obrigações contratuais e as fiscais, enfim se separam as instâncias administrativas dos *Ager vectigalis* público e de ocupação temporária a sujeita a oneração fiscal e crescem as concessões privadas que procuram atrair cultivadores com concessões de mais dilatado prazo (DEGENEFFE, 2003, p. 100). A crise dos séculos III d.C até a queda final do Império do Ocidente em 476 d.C. pode ser determinante, bem como a presença agora da Igreja, que tendo recebido os patrimônios dos templos pagãos (BERARDINO, 2012; SCHILLING, 1908; LESNE, 1910) começou a se beneficiar das imunidades. A partir do século III, conforme Talamanca (1990) grandes proprietários privados sobretudo a Igreja passou a gerir seu patrimônio pela enfiteuse, como se abordará no próximo item.

A formação das grandes propriedades com a absorção da autoridade pública pelos particulares com poderes semi-soberanos no século V, prenuncia a feudalidade que se seguirá na banda Ocidental da Europa: “No século V as duas instituições [*ius perpetuum* e *ius emphyteuticarum*] aparecem fundidas sob o nome que prevaleceu de *jus emphyteuticarium*” (DEGENEFFE, 2003, p. 103). Com o enfraquecimento da autoridade política, as grandes

famílias usurparam vastos territórios e se constituíram senhorios de caráter jurídico-privado. Nesse período que se segue ao fim do Império Romano do Ocidente, Lattes (1868) com difícilimas condições para a agricultura de ao mesmo tempo arrecadar verbas fiscais e as pensões. No ano 380 d.C. uma constituição do imperador Teodósio se fez muito favorável aos enfiteutas, noutras de Honório e Teodósio II se vão suspendendo as exações fiscais sobre os fundos enfiteuticos (ano 417 e 423 d.C.), perdão de dívidas (ano 438 d.C) e reforço na promessa de perpetuidade, agora inclusive sobre os fundos públicos “lo que prueba que poco a poco todos los fundos patrimoniales se convirtieron en enfiteuticos” (DEGENEFFE, 2003, p. 115).

O período greco-romano, ou mais especificamente romano, termina sem ainda uma regulamentação do *dominium* do enfiteuta, a faculdade de alienação da enfiteuse por venda ou doação a terceiros e por isso, não se concebia o pagamento do “laudêmio”. Mas a perpetuidade, a transmissibilidade e a modicidade dos pagamentos anuais já se haviam consolidado como traços essenciais, junto aquele do aproveitamento ou *emponema*, da enfiteuse.

2.1.2 Enfiteuse no período justinianeu e medieval

O contexto histórico-geográfico dessa fase evolutiva da enfiteuse é situado do século V d.C. e tem como foco de irradiação a parte Oriental do Império Romano, sob o poder de Constantinopla e que permanece “livre” da destruição bárbara. Em termos jurídico-cronológicos temos uma amálgama imprecisa que, na verdade será retrospectiva desde Bolonha e os glosadores pelos quais nos chega a aplicação dos textos legais romanos pelos bizantinos. Justiniano é a figura chave mas não exclusiva desse período. Esse período tem um início bem definido, o Século V, mas seus efeitos se irradiam até o presente em Códigos Civis como os da Espanha e da Itália, de 1889 e 1865, com redação ligeiramente alterada em 1942, respectivamente. Em ambos, mas com mais força o espanhol, Degeneffe (2003, p.168) vê uma continuidade conceitual da enfiteuse com as definições do direito de Justiniano.

O campo de aplicação geográfico do direito produzido nessa fase também é impreciso, pois na ausência do Estado nacional excludente da soberania dos demais, tem-se o que Paolo Grossi chama de *Ordo* de configuração mais societal que estatal, considerada a distinção de Grossi (1996). As sobras do antigo Estado romano e novos senhores bárbaros se misturam nessa primeira fase da Alta Idade Média para a porção Ocidental do império. A

legislação de Justiniano e a Constituição de Zenon são os documentos chaves desse período⁸⁰ cujas influências chegam pela via do direito da Igreja a diversas regiões o globo.

A Constituição de Zenão ou Zenon, outorgada entre os anos de 476 a 484 e que entrou na compilação de Justiniano (CJ. 4, 66, 1) é considerada o instrumento de consolidação do direito enfiteutico pelos historiadores do Direito. Reza parte central do escólio legislativo acima citado:

O direito enfiteutico não se há de agregar nem aos títulos de condução, nem aos de compra e venda, pois está constituído que este terceiro direito, independente de associação ou semelhança com ambos os contratos mencionados, tem conceito e definição próprios, e é um contrato justo e válido [...].⁸¹

A preocupação de Zenon em legislar sobre a enfiteuse e definir sua natureza e contornos precisos distintos da compra e venda e locação, um *ius tertium* conforme Kaser (DEGENEFFE, 2003, p. 120) que vai se consolidando como direito autônomo cujo núcleo é o pagamento anua do foro, pensão ou cânon em reconhecimento da titularidade do *nudum jus* do concedente. O *dominium* começa a ser pensado em termo de cisão entre domínio útil e direto em face das discussões zenonianas quanto a distribuição dos danos, riscos e perigos entre concedente e concessionário (enfiteuta): se total, cabendo ao concedente senhorio o prejuízo, se parcial, devendo ser suportado pelo concessionário enfiteuta. Nessa sentido do dano “o terreno prático da questão se centrou no *periculum*, isto é, sobre a incidência do casos de força maior que destruíssem o fundo ou impedissem seu cultivo e voltando a discussão de se tratava de uma locação ou de uma venda” (DEGENEFFE, 2003, p. 121).

A legislação imperial desse período não se afigura mais vinculante de modo a sobrestar os pactos e contratos sinalagmáticos em torno do *jus emphyteuticum* havendo uma retirada do Estado bem diverso do que ocorria no *jus in agri vectigales* no Ocidente soba República e Império. A regulação do *periculum* que interessava ao próprio imperador concedente de terras era o centro bem como o mero pagamento do *canon*. Não identifica Margarita DEGENEFFE uma maior acentuação como núcleo da enfiteuse da melhoria, da obrigação do cultivo ou das *emponemata* de cuja centralidade trata Ortuño Perez (2005). No período Justinianeu, o reconhecimento do titular absenteísta do *nudum jus* (em geral o próprio

⁸⁰ Cf. Grossi (1996) o Direito se impunha como uma racionalidade pura, sem a força do Estado, a cogência daquele decorria da aceitação geral. Por isso o direito justinianeu era mais uma diretriz não vinculante fora do círculo geográfico-político de Constantinopla. Essa visão de Grossi quanto ao Direito e ausência de Estado pode ser questionada a partir de outras perspectivas teóricas de configuração do poder, da força.

⁸¹ Tradução nossa de “Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulum adiciendum, sed hoc ius tertium constitutum, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam, et iustum esse validumque contractum [...]”.

Imperador, *dominus* e *sacerdos*) já prenunciava a feudal “homenagem” prestada *in natura* e *in pecúnia* pelos laços de vassalagem que iriam caracteriza a fase seguinte.

Na síntese da enfiteuse nesse período justiniano e na parte Oriental do Império com maior incidência de áreas enfiteuticadas, Margarita Fuenteseca Degeneffe assegura se tratar de “un *ius in re*, enajenable y transmisible a los herederos sobre um bien inmueble, em virtude del cual em *emphyteuta* ostenta el pleno disfrute [...] com la obligación de pagar um canon anual al concedente del derecho, que conserva la titularidade del *nudum jus*” (DEGENEFFE, 2003, p. 123).

Ainda estão em aberto as lacunas referentes ao pagamento dos laudêmios na transmissão *inter vivos* e a co-enfiteuse e subenfiteuse, além de outro elemento central da enfiteuse que é a coexistência de dois domínios com titulares diversos. Esse último aspecto é relevante na série histórica de conexões da enfiteuse para chegar à configuração que tem hoje. “Así, el *ius emphyteuticum* e implícitamente o concepto de *dominium divisum* fueron los instrumentos idóneos para la consolidación del feudalismo medieval” (DEGENEFFE, 2003, p. 159). Junto com esses aspectos que passarão por elaboração jurídica no período histórico posterior, foi na era do direito justiniano que surgiu e se consolidou o *jus emphyteuticum* eclesiástico. Já plenamente inserido na cosmovisão da cristandade, Justiniano.

2.1.3 O “*ius emphyteuticum*” eclesiástico

O modelo enfiteutico de gestão de fundos rurais e urbanos está intimamente ligado à propriedade eclesiástica a partir de período justiniano e medieval, chegando até os dias de hoje. O direito italiano foi o que modernamente melhor desenvolveu o tema com Landolfi, Barillaro, Borsari, Corleo e Simoncelli. Na tradição germânica, Schilling e Fuhrman, mas sob uma perspectiva de reconstituição histórica de direitos territoriais, como também Gaudemet, na França.

A enfiteuse adequava eficazmente a necessidade de aproveitamento das terras mantendo-as inalienáveis como convinha ao patrimônio “santo”, a mesmo tempo que proporcionava rendas às casas religiosas, os *venerabilia loca* e *religiosissima loca*. Historicamente vai se distinguindo das enfiteuses leigas pois estas se tornaram desvantajosas para os proprietários, dada a minguada gama de poderes proprietários que restava ao titular. Mas outros aspectos distinguem as enfiteuses eclesiásticas, como os titulares coletivos de pessoas jurídicas “mão-morta”, a ocorrência dela nos fundos urbanos pela presença estável da Igreja nas cidades, o poder de regulação coletiva (HUBERMAN, 1986; FRIDMAN, 1999;

MARX, 1991). O fenômeno da subenfitese foi especialmente detectado nas enfiteuses eclesiásticas, ao ponto de se tornarem, ao invés de fomento à produção, mecanismos de reprodução social e hierarquização, como aconteceu em Portugal (COSTA, 2002; MONTEIRO, 1991).

Justiniano recupera a preocupação dos gregos antigos em relação às fundações benéficas e os templos e faz a primeira regulação específica da instituição eclesiástica católica. A prática na sociedade grega de atribuir terras aos templos fez com que na ascensão do cristianismo, esses bens fossem entregues à Igreja cristã (BERARDINO, 2012) bem como as fundações benéficas, hospitais, orfanatos, asilos e abrigos das mais variadas destinações beneficentes. Assegurar rendas fixas para os templos e atividades a eles relacionadas, tiveram um incremento com o cristianismo. E as influências do cristianismo em especial no período histórico em que se consolidou os traços mais recorrentes da enfiteuse, período justiniano, vai ser decisivo no período histórico medieval que se seguirá no Ocidente, como assinala Raymond T. Troplong:

Não me pertence intrar nestes pormenores do direito da idade média: limito-me a dizer que, os princípios de humanidade que acabamos de ver o christianismo semear no direito romano, darão os seus fructos, quando vierem tempos mais propícios; quando a propriedade descendo para as classes inferiores por meio de concessões de direitos de uso, de censo, de emphytheuses, etc., etc., tiver estreitado os laços de família, e posto os interesses de accordo com affeições. (TROPLONG, 1852, p. 123).

Os antecedentes históricos gregos da titularidade de terras por templos e corpos de sacerdotes e sacerdotisas eram bem assentados. Os bens das virgens e vestais comportavam, igualmente e com as mesmas prerrogativas revocatórias daqueles do Estado⁸², o *ius in agri vectigales*, tomando o nome romano. Isso conforme texto de Hyginus, agrimensor (*De Condit. Agr.* 116 e 117) comentado por Borsari (1862) e por Simoncelli (1960) a pretexto da continuidade do costume de enfiteuticar terras de titulares religiosos na Magna Grécia e atual Sicília e Napoli.

As Tabuas de Heracléa, no século III a.C. já definiam regras para ocupação e cultivo das terras de Dionísio (incultivadas) e da Athenas (cultivadas), distinguindo entre *emphyteusis* para as primeiras e simples arrendamento para as segundas. Os contratos de Milasa e de Olymos, também da mesma época, definiam formas de contratos de aquisição de terras em

⁸² Para Rosalía Rodríguez López, (2008, p. 425) no próprio texto do Digesto, essas duas modalidades “pública e privada” (na falta de termo mais adequados) estão já confundidas: “el texto de *Instituta* aún refleja aquell no tan antigua confusión entre el *ius in agro vectigali* y el *ius perpetuum*.[...] el Digesto se fuerza el sentido de los textos jurisprudenciales, en un intento de identificar:[...] “*si ager vectigalis, id est emphyteticarius*” (D.2.8.15; D.6.3.1).

que direitos do vendedor eram conservados, uma sobreposição de domínios, com uma parte do pagamento sendo dada com a manutenção da utilização do imóvel pelo vendedor.

Na revisão histórica de Landolfi (1959) dedica-se uma atenção especial a esse titular coletivo que vem em sucessão dos *Collegia* romanos e *Ekklesia* gregos, pois a comunidade cristã por este último conceito, é como um sucedâneo da *assemblea* dos cidadãos⁸³ dos gregos no período pré-cristão. O fato de haver a Igreja cristã recebido os bens dos templos e nestes certamente enfiteutas estabelecidos, pode haver a continuidade da fruição dos bens por estes.

A regulação jurídica de Justiniano, imperador greco-romano, se dará sobre os bens eclesiásticos dos quais aqueles dados em enfiteuse são a quase totalidade dos que não são diretamente utilizados como parte das casas monásticas, urbanas e rurais. Justiniano herdeiro de uma concepção de poder e tradição política gerada no baixo império e, acentuada no ambiente sacral e hierático de Bizâncio, se concebia como possuidor de um duplo título *imperator* e *sacerdos*. Vai inaugurar um modelo de interferência na vida eclesiástica, o cesaropapismo, que vai ser no desenrolar da história ser uma marca conflitiva e que afetará a legitimidade e reconhecimento das propriedades eclesiásticas: a confusão com os bens estatais e das casas reinantes. Justiniano se arvorava em poderes legislativos sobre a Igreja e os seus súditos igualmente (DEGENEFTE, 2003, p. 134). Em termos jus históricos o reconhecimento dos direitos patrimoniais da Igreja tem fundamento e consequências diversas da proteção e garantia mais ostensiva, estas últimas sinalizando a intervenção do poder temporal na esfera religiosa. Justiniano é o governante que inicia essa política de interferência direta nos assuntos teológicos e internos da Igreja, o cesaro-papismo.

As três Novelas que cuidam do assunto são a Novela 7, do ano de 535, a Novela 55, do ano de 537 e a Novela 120, do ano de 544. A Novela 120 é mais completa em regulação dos bens e contratos eclesiásticos, os quais eram regidos pela proteção e o favorecimento, cuidando de dotar de receitas módicas e permanentes e impedindo apropriação por particulares. No caso da enfiteuse eclesiástica, as características gerais de seu regramento eram, sobretudo, o a) caráter não-perpétuo, podendo e devendo ser devolvida ao titular após certo prazo; b) a intransmissibilidade aos herdeiros. A contagem era em “vidas” com severas punições a juízes e notários que convalidassem atos formais. O caráter sinalagmático foi se obscurecendo com o caráter privado e quiçá aí esteja já o germe da “mão morta”, da *capitis deminutio* dos clérigos em dispor livremente dos bens e que vai chegar ao Direito Moderno.

⁸³ Com o fim do Império Romano do Ocidente e a configuração burocrática da parte Oriental em Constantinopla “Garcia-Pelayo chegou a dizer que naquele tempo somente a Igreja possuía um caráter público.” (SALDANHA, 1983, p. 111).

Mas o caráter perpétuo da enfiteuse já estava tão fortemente arraigado já no século V que a regulação justiniana referente aos bens eclesiásticos não resultou num maior embaraço. Possivelmente nesse período, a concessão perpetua antes que um ônus para o enfiteuta, era uma vantagem que se queria limitar.

O comisso pelo não pagamento do cânon que era tinha o prazo de três anos para as enfiteuses em geral, ficou sendo de dois anos para as enfiteuses eclesiásticas. Outra diferença quanto a proteção e favorecimento das dioceses e da Igreja Maior de Constantinopla é que os enfiteutas não deveriam apenas “evitar a deterioração” dos fundos, ressalva que foi tomando corpo com as enfiteuses imperiais nos séculos III a V d.C. mas melhorá-los e valorizá-los, retornando com força a dimensão das *emponemata* do direito grego originário.

Sobre as enfiteuses eclesiásticas sob a regulação justiniana e citando Landolfi, Margarita F. Degeneffe acentua nelas de modo mais claro a “funcionalidade”, pois os ordenamentos não a equiparam aos demais negócios entre particulares, a destinação e interesses que se perseguem não são apenas de ordem privada. Há um interesse público e coletivo e à *utilitas ecclesiae* (DEGENEFFE, 2003, p. 140). Decorrente disso são as limitações dos direitos dos enfiteutas nessa modalidade de enfiteuse distinta das laicas.

O período medieval que se seguiria, vai acentuar a erosão do *synalagma* do direito grego no tocante à enfiteuse eclesiástica, crescerá o que Paolo Grossi denominou o “estatuto da coisa”. Em grande parte porque os eclesiásticos não podiam contratar, praticar atos de comércio e por isso o aspecto contratual e sinalagmático da enfiteuse eclesiástica refluíu. A tradição bárbaro-germânica das locações hereditárias, a *Erbpacht* e a perpetuidade da enfiteuse laica que se estende à eclesiástica, substituí pela aquisição e transmissão via sucessão hereditária os aforamentos. A enfiteuse medieval deve ser entendida a partir de duas referencialidades objetificantes, uma político-social, o *Ordo* e outra jurídico-econômica, a *proprietas*. Elas se constituirão o eixo primordial da nova sociedade medieval que surge no século V e VI das ruínas do Império Romano do Ocidente. O individualismo em suas mais variadas expressões não encontrarão um contexto favorável nessa nova sociedade holística e orgânica (GROSSI, 1996).

A sociedade ruralizada no Ocidente e aquela mais urbana do Oriente, sob o domínio de Constantinopla, em ambas se baseou a ocupação, cultivo e aproveitamento econômico da terra sob o regime da enfiteuse. A “Propriedade” não era um tema jurídico na antiguidade, mas a enfiteuse já o era. Na Idade Média, porém, a propriedade unida aos conceitos de soberania vai tomar corpo como instituto jurídico. No período do direito justiniano se plasmaram as bases do direito medieval no tocante aos contratos e instituições relativas à

propriedade e mais especificamente na forma mais usual de seu exercício, a enfiteuse: a Idade Média era um “anfiteatro enfiteutico” (WALD, 1994, p. 96) em que hierarquias de pessoas se reproduziam na hierarquia dos *dominium fundi*, as vassalagens e as enfiteuses sendo as duas faces de uma mesma forma de sociedade.

A forma de propriedade enfiteutica foi disseminada pela Igreja na Europa, sendo praticamente desconhecida pelos particulares, a Igreja utilizou-a por toda parte, sobretudo na França (MALACARNE, 2012, p. 11). O mesmo autor, tratando do Brasil colonial associa a enfiteuse ao regime das “sesmarias” que em 1695 passaram a ser oneradas com foros anuais (MALACARNE, 2012, P. 12) semelhante às enfiteuses. Os contratos enfiteuticos eram também feitos pelos sesmeiros em relação a terceiros, uma vez que não podiam alienar a qualquer título a “sesmaria”. As doações à Igreja e às Câmaras para início ou incremento da povoação conferiam a essas entidades uma titularidade problemática: eram elas enfiteutas do sesmeiro, ou já titulares do domínio e ser cindido posteriormente?

A enfiteuse eclesiástica em Portugal, conforme registro de Fernando Dores Costa entre o século XVII e ano de 1834, das desamortizações de terras, se amalgamou com o patrimônio nobiliário, pois a aristocracia constituía sub-enfiteuses ficando na posição de foreira da Igreja. Mas também, concedia terras à Igreja que recebiam os filhos excedentes a fidalguia, sendo uma via paralela ao modelo fidalgo, não uma alternativa (COSTA, 2002). A gestão judicial da enfiteuse eclesiástica era facilitada pela guarda e conservação dos arquivos, pois a legislação errante ora amortizando ora desamortizando terras fazia depender a permanência dos títulos de sentenças judiciais (COSTA, 2002, p. 3-4). A memória e continuidade documental eram fortes nas terras monásticas ou dos grandes senhorios eclesiásticos. Rosalía Rodríguez López acerca dos instrumentos de constituição da enfiteuse, além do contrato, padrão ou constituído de declarações recíprocas (*senalagma*) afirmava a existência de atas de formalização (RODRIGUEZ LÓPEZ, 2008, p. 432-433) específicas para a enfiteuse eclesiástica, desde Justiniano.

Foi no direito romano-justinaneu que se tratou especificamente dos bens de entidades beneficentes e eclesiásticas, as *Piae Causae* (“Causas Pias”) que se transmudaram de ações caritativas e ganharam personalidade jurídica próprias no direito fundacional romano. Junto com as imunidades e privilégios, vinham as vinculações, afetações e limitações das propriedades “amortizadas” no intuito de protegê-las contra eventuais administradores desonestos. Justiniano, o imperador-sacerdote-legislador dispôs de modo detalhado sobre os *venerabilia loca, religiosíssima loca, venerabilia collegia* (o *corpora*) e as *venerabilia domus*, cujos bens estavam “protegidos”. Essa última qualificação foi estendida às casas nobres e

leigas e seus bens postos “fora de comércio” e inalienáveis (os “morgadios”, por exemplo) pelos serviços prestados, em geral militares (Cf. NOGUÉS, 2008, p. 172).

As características definidoras das enfiteuses eclesiásticas a fizeram distinta das demais, as leigas e as públicas, ainda que as legislações decimonônicas e liberais não atentassem para a concreção dessas distinções. A propriedade eclesiástica foi desconsiderada em sua especificidade como ser terras comunais ou equiparada à propriedade pública como na Argentina. Ali o art. 33, §3º do Código Civil elenca a Igreja Católica entre as pessoas jurídicas de caráter público, bem como os seus bens⁸⁴, no artigo 2.345 sua livre disposição se sujeita ainda as leis do patronato nacional.

2.2 Contexto jurídico-político medieval da enfiteuse: o *Ordo*

A enfiteuse vai consolidar-se na Idade Média como conceito cujos elementos centrais sobreviverão às revoluções modernas e irradiarão sobre outros direitos reais. A forma da sociedade medieval definida como um *Ordo* objetivo mas sincrético, não sintético, é que dá o devido substrato à forma jurídica centrada na “coisa”, na propriedade. É totalizante sem ser omnicompreensivo, sem a presença de um Estado que se conceba como uma individualidade de razão e política, de moral e direito (MEINECKE, 1997).

É a sociedade reicêntrica em que o direito constitui a atividade racionalizadora livre da coerção de um Estado ainda incipiente na *Auctoritas*, por isso a prática jurídica e a prática social na análise de Grossi (1996; 2007 e 2006) eram praticamente coincidentes. A diversidade de vinculações pessoais (à cidade, ao rei, ao senhor, à corporação e à Igreja) se refletia na coexistência de diversas ordens jurídicas unidas numa racionalidade jurídica comum da autoridade dos textos (MENDONÇA, 2003, p. 31) com especial relevância para o direito romano justiniano (WIEACKER, 1993, p. 44).

A inexistência da moderna e hegemônica ligação Estado-indivíduo caracterizava esse *Ordo* como uma rede ou teia de relações, o que nas revoluções liberais ensejaram as leis anticorporativas (Decreto de Alarde e Lei de Chapelier, na França) e reflexamente, a criminalização da organização sindical como corolário moderno delas.

Paolo Grossi (2007) é que vai muito eruditamente fazer um esboço desse período e de como são seminais a tradição jurídica medieval para os períodos históricos seguintes. A

⁸⁴ “Art. 2.347. Las cosas que no fuesen bienes del Estado o de los Estados, de las Municipalidades o de las iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas.” Afora uns e outros países concordatários, a propriedade eclesiástica não é tipificada.

ordem comunitária e o primado da realidade é o Medieval surgido da ruína do império romano. Para ele a Idade Média é uma

[...] civilização que lenta e faticosamente vai se desenhando no palco histórico ocidental na crise do edifício político romano e da cultura a este estreitamente conexas, assume sempre mais, do século V d.C. em diante um vulto corretamente qualificável, sob um perfil antropológico, como primitivo: em uma paisagem de escassos habitantes, de natureza geofísica insuscetível de ser governada, de esfacelamento político, de grave insegurança social, a qualificação primitiva indica pontualmente um mundo dominado pelo real, em que pobres formigas humanas – absolutamente incapazes de confiar nos próprios recursos individuais – procuram e encontram refúgio em uma incumbente natureza cósmica ou em micro-comunidades salvadoras. (GROSSI, 2007, p. 11).

Para Paolo Grossi é a civilização não centrada na pessoa individual, pretensão da antiguidade clássica. A Idade Média “tendo com característica geral a desconfiança no que concerne a toda emergência de individualidade, desconfiança originada em uma psicologia coletiva de desconfiança” (GROSSI, 2007, p. 11) leva ao fortalecimento da ordem comunitária, ao protagonismo da natureza cósmica e aos obstáculos aos processos de individualização. Todos vivem imersos numa convivência holística e orgânica, segundo uma quase edênica percepção de Grossi (1996; 2007) não fosse a dimensão de fortalecimento do direito indicar uma conflitividade social. O direito que formatava a expressão mais tangível dessa nova e dominante cosmovisão reicêntrica é o de propriedade e das relações jurídico-sociais de sua órbita. É direito deduzido das potencialidades da coisa, da *res posta*, não das pretensões e interesses dos sujeitos. A comunidade protetiva submerge o indivíduo nela mesma, retira-o do risco da morte na solidão, consoante Paolo Grossi.

Esse era o contexto “omnicomprensivo” do *Ordo* social (sem, contudo, ser totalizante) jurídico e político, imperando uma pluralidade de ordens jurídicas, normativas e sociais na Idade Média. A liberdade segue um recorte diverso do moderno e contemporâneo, pois “Liberdade é, de fato, *dominium* justamente porque é, lógico, a antítese da servidão e significa independência absoluta do sujeito; uma independência que este descobre primeiro em si mesmo, que se traduz em um *dominium sui*, em um *dominium super suos actus*” (GROSSI, 2007, p. 24). A liberdade moderna que vai se compor com a propriedade e dominialidade é a exclusão do terceiro, do outro. Aí naquele período medieval, segundo Grossi, a marca da individualidade que se amalgama com o modelo de sociedade se assenta

na inspiração franciscana⁸⁵ disseminada rapidamente no século XIII em diante: o *dominium sui* a liberdade é ser antes de tudo dono-de-si-mesmo, e nada de mais fora disso.

Essa liberdade interior, que será, segundo Grossi, decisiva na formulação lockeana do direito de propriedade, deslocado o seu centro para um sujeito (que-a-tudo-assujeita) “se projetando para o exterior, em um *dominium rerum*, do momento que a personalidade do homem, na sua inviolabilidade, é somente “*existentia dominativa et libera et in se ipsam possessiva reflexa vel reflexibilis*”, (GROSSI, 2007, p. 24) do ensino de Pietro di Giovanni Olivi, franciscano. As “coisas fora de comércio” começam a se retrair pela intensificação das atividades econômicas e mercantis e Pietro di Giovanni Olivi percebe como uma mudança social e antropológica relevante para o Direito: a assunção do sujeito “assenhoriador” marcando o início do fim do *Ordo* objetivo e reicêntrico da Idade Média quando unido à nova pretensão da *auctoritas* civil.

Na Querela das Investiduras, o imperador do quase só nominal Sacro Império Romano Germânico se arrogou no direito de dirigir as coisas terrenas em vista do *optimus status rei publicae*, inclusive a nomeação de bispos e outros titulados eclesiásticos. Nessas lutas, a simpatia dos franciscanos⁸⁶ era pelo Imperador e advogavam a causa do Imperador contra o Papa, a quem defendiam um senhorio apenas espiritual e disciplinar internamente da Igreja, cabendo ao poder temporal cuidar das “coisas”. A mentalidade da Idade Média era hierárquica e cosmológica. De certo modo a Idade Média foi um laboratório do que seria a modernidade, tendo gerado em suas entranhas as condições para o surgimento da mesma, nisso concordes historiadores, economistas e juristas (GROSSI, 1996; BERMAN, 2004).

O “sistema” que possibilitava essas coexistências era o do Direito “europeu”, com identidade própria, com dois momentos: de fundação e de maturidade. Unidade e descontinuidade, mas um “*ordo iuridicus*” baseado na natureza imanente, regular, e num Deus transcendente (GROSSI, 1996, p. 18), muito além da mera *interpretatio* dos textos romanos (GROSSI, 1996, p. 19; BERMAN, 2004, p. 133). Direito existia como “dimensão ôntica” da sociedade com a qual historicamente se imbrica: mentalidade e experiência jurídica são os eixos organizadores do Direito Medieval. Para Grossi como se trata de um direito “sem Estado” a mentalidade – societal – importa, não a “racionalidade” que é moderna na acepção que chega até nós. Com o fim do Estado romano, sem portanto um “poder totalizante”.

⁸⁵ Daniel Rops, historiador eclesiástico e membro da Academia de França, vai estimar em mais de 200 mil os franciscanos das diversas ordens espalhados por toda Europa e a influência direta sobre milhões de pessoas do Dr. Seráfico, para ele um dos artífices da mentalidade jurídica europeia que vai influenciar a modernidade.

⁸⁶ O voluntarismo e nominalismo de Boaventura e Guilherme de Occam, o método racional e experimental para as ciências de Roger Bacon, todos franciscanos, mostrariam uma dimensão da subjetividade individual e racional resultado daquele *dominium sui*? Isso é primordial para entender a “soberania” dos monarcas modernos.

A ideia de base é a imperfeição do indivíduo, do singular, e a perfeição da comunidade que François Ost traduzirá na unidade familiar⁸⁷ e aquela dimensão cosmológica em “ecológica”. Mas enfim, a preponderância da polifonia, *Totalitas, universitas, multitudo* sobre o indivíduo. Tempo, terra e sangue sendo os três fatos normativos fundantes. (GROSSI, 1996, p. 21). As variadas manifestações da forma social não são ainda comprimidas por um Estado que personifica a parcialidade por uma classe cujos interesses devam ser tutelados: há uma distribuição “democrática” da *ratio juris* e um controle desconcentrado da mesma, o pluralismo.

Ordo, ordinatio, ordinare são as palavras mais repetidas⁸⁸ por Grossi (1996) para descrever o contexto jurídico medieval. O *Ordo* não está submetido a vontade de um tirano, mas uma “ordem” que o envolve também, tem um papel central na Idade Média por conta dessa insuficiência do indivíduo e na falta do racionalizador que é o Estado (“crisálida”, para ele) capaz e impor uma vontade unitária em meio à variedade e diversidade (GROSSI, 1996, p. 67) de interesses. E também algo dialogado e prático, podendo ser ancorado conceitualmente (GROSSI, 1996, p. 97) em certezas fundamentais em que situações particulares não são independentes de uma articulação harmônica no *cosmos*, uma rede estável de raízes em que *universitas* e *hierarchia* sobrepõem-se à natureza.

Ou seja, o *Ordo* não é um recurso que se impõe de modo abstrato, *a priori* e apofânticamente como *natura* ou uma essência nas coisas. Para Grossi o *Ordo* sendo esfera autônoma e eficaz se sobrepõe a natureza (*Ordo juris > Ordo naturae*). É um anteparo ao individualismo, mesmo que ordenasse relações personalíssimas. Daí que uma mudança radical será operada pelos modernos (Bodin, Hobbes, a doutrina dos “dois corpos do Rei”) ao personificar o *Ordo* no poder no Príncipe, cujo papel era vicarial e se expressava na *jurisdictio*, não na criação de leis: já estava tudo criado, bastava interpretar e dizer.

A Igreja ocupa o vazio do Estado, mas ela se estrutura juridicamente em *societas perfecta* e tem no Direito canônico, parte divino e imóvel, parte humano, elástico e mutável as chaves da regulação jurídica do Medieval. O Rei tem na *jurisdictio* o seu poder político (nem

⁸⁷ François Ost vai confirmar na centralidade da família a titularidade da terra e moradia ““La propriété commune du Moyen Age trouve son origine dans le droit franco où le chef de famille n’est que le dépositaire d’une terre, celle de l’exploitation familiale, dont la propriété appartient aux générations qui s’y succèdent. Conception que se renforce, d’une part, de l’idée chrétienne” (Cf. OST, François. **La natures hors la loi**. L’écologie à l’épreuve du droit. Paris: La Découverte, 2003, p. 47).

⁸⁸ Dialogando Luhmann (2003) com Grossi, do direito como forma da sociedade; “Desde la Edad Media la sociedad europea había desarrollado una comparación – desusada por a concentración e intensidad de la aplicación de regulaciones, internacional e intercultural -, que la levó a definir la sociedad misma como institución legal”. (LUHMANN, 2003, p. 14). Aqui Luhmann registra a historicidade desse desenvolvimento teórico de pensar o direito como forma da sociedade, fora da teoria sistêmica no caso de Grossi. Cf. Luhmann, (2003).

na *lex* nem na *interpretatio*). Não se “cria o direito, mas se diz”. A descoberta dos textos romanos é “momento de validade” para legitimar a interpretação/aplicação dos doutores, para o “momento da eficácia” os textos têm que ser úteis para resolver problemas: “*Scientia juris es interpretatio*” não mera leitura ou tradução, mas manipulação eficaz⁸⁹ dos textos, não raro lhes alterando o sentido em vista das necessidades reais conforme Windscheid mais tarde traduziu em *Anspruch* (pretensão material), tradução insuficiente (CASTRO, 1985, p. 119) por imersa no ambiente subjetivista moderno. No direito medieval, conforme Grossi (1996, p. 23), os momentos de validade e da eficácia jurídica estão unidos na interpretação dos textos aplicada à solução de problemas. Não é mais a *actio* romana como momento de criação do direito, pois a obra de comentaristas, glosadores e pós glosadores já reelaboraram os textos originais, mas não se separam validade e eficácia jurídica⁹⁰.

A escola dos glosadores e comentaristas dá continuidade à interpretação do direito em vista da solução de problemas, solução jurídica de questões concretas. A elaboração da doutrina do *dominium divisum* certamente atendeu a questão concreta. Franz Wieacker assegura que os juristas medievais ordenavam o direito como processo cognitivo a partir da autoridade dos textos romanos, a *ratio scripta* começando com os textos isolados, depois a investigação a partir de problemas e a síntese nas *summa*. Acabaram por alcançar os juristas medievais as três finalidades nesse período: demonstração da racionalidade dos textos, contextualização histórica e utilização prática dos mesmos (WIEACKER, 1993, p. 63). Essa autoridade dos textos e não de um poder capaz de impor a aplicação independente de uma operação erudita de interpretação, supõe uma “sociedade de direito” e para Berman (2004) um sistema.

Grossi (1996, p. 24) vê no modelo jurídico medieval um sinal de maturidade da sociedade, pulverizada territorialmente em localidades com grande autonomia e cimentada as relações quase exclusivamente sobre o jurídico, dada a ausência do sujeito forte, o Estado. O vínculo com o social dá ao direito uma liberdade de ação diante da pluralidade dos sujeitos com capacidade normativa, ao mesmo tempo garante sua unidade sistêmica.

O prefaciador encontra limites teóricos e críticos como a ausência de conflitos e lutas na aplicação prática desse direito medieval multisegmentado e com frágeis distinções entre o público e o privado. A espontaneidade da aplicação de um direito sem a imperatividade e coatividade estatal parece pouco convincente para ele: pode valer para o direito privado, mas

⁸⁹ Na muito próxima linha de aplicação concreta da solução jurídica que Castro (1986) tinha já identificado como característica do direito romano, baseado nas *actiones* e não nas formulações fechadas de conceitos jurídicos.

⁹⁰ Para Berman (2007, p. 50-51) a crise de efetividade do direito moderno decorre da distância entre normas positivadas e os fatos, excesso de regulamentação e resistência.

não pra outros conflitos: o ideal pensado por Grossi pode ser mais ideal e angélico do que real e dos homens (GROSSI, 1996, p. 25). O conceito de “experiência jurídica” envolve a realização do direito ou trata-se apenas de “experiência de ideias”? – O tom harmônico do autor decorre de sua opção por um direito pensado para um mundo das ideias ou do pensamento.

A operação intelectual dos filósofos, teólogos, gramáticos e juristas medievais se dava definindo e fundamentando distinções. O método de análise e síntese que desenvolveram a partir da interpretação dos textos clássicos, é o que Harold Berman chamou de método escolástico. Com base nesse método, Berman diz ter sido elaborado o primeiro grande tratado jurídico completo e sistemático, a *Concordantia Discordantium Canonum* (Concordância dos Cânones Discordantes) do monge bolonhês Graciano (BERMAN, 1996, p. 154). O método de Graciano, de corte dialético, partia de uma associação e dissociação dos conceitos jurídicos. Era composto de uma “derivação autônoma de princípios jurídicos (*distinctiones*), de hipóteses (*causae*) e de problemas jurídicos (*quaestiones*).” (WIEACKER, 1993, p. 71).

2.2.1 Domínio útil: uma criação medieval?

A enfiteuse é instituição-paradigma central na lógica proprietária antiga e medieval, guardadas as adaptações pelas quais o versátil instituto passou na sua longa sobrevivência, até os dias atuais. A consolidação dogmática pelos pós-glosadores da “teoria da pluralidade de situações reais” de Hespanha (1997, p. 105) que rompia “o caráter absoluto da propriedade, por meio da separação do domínio em *útil* e *direto*, dando-se um tratamento jurídico a institutos típicos do feudalismo, como a enfiteuse, o feudo e o arrendamento, entre outros” (MENDONÇA, 2003, 44)⁹¹. Mas consoante lição do próprio Hespanha, da fidelidade dos glosadores e ainda que menos, nos pós glosadores, aos textos originais do direito romano, o desenvolvimento do *dominium divisum* ou *duplex dominium* dificilmente seria mera criação medieval.

A difícil localização jurídica da enfiteuse entre uma venda ou locação, durante um longo período de gestação no direito romano, fez Gaio por a controvérsia, mas não solucionar: haveria um direito de domínio para o concessionário para que este tivesse uma *actio*? Qual a natureza do título que o assiste na *actio utilis*? Como a cada direito correspondia uma ação, a existência desta pressupunha entre os romanos um direito autônomo, no caso, um domínio.

⁹¹ Mendonça (2003) recupera a tópica jurídica, a centralidade do problema na teoria do direito medieval e sua incidência nas práticas e discurso judiciais atual.

Partindo do respeito dos juristas medievais à autoridade dos textos romanos (*ratio scripta*) e do fato de que Gaio (Inst. I, 54, II, 40, D. 6,2, 12,2) já havia expressado a ideia de um *duplex dominium*. Esse é o núcleo formal essencial da enfiteuse junto com o núcleo substancial das *emponemata*, o melhoramento e desenvolvimento da coisa dada em enfiteuse. A doutrina jurídica do “duplo domínio” ou do “domínio dividido” e expressões semelhantes foi elaborada pelos glosadores (THIBAUT, 1970, p. 78) sim, mas a partir de pistas textuais do direito romano (DEGENEFFE, 2003, p. 82; BLAZQUEZ, 2012, p. 178).

Para que este chegassem à elaboração refinada de um *dominium utile* a partir do direito romano, Edouard Meynial afirma a tese de que tal distinção só se aplicava às terras do Estado, pois nas terras particulares dominava concepção absoluta do direito ilimitado do proprietário (MEYNIAL, 1908, p. 418). Mas com a síntese entre *ius in agro vectigalis*, *ius perpetuum* e *ius emphyteuticum* ocorrido na fase imperial e sob Zenon e Justiniano, isso ficou superado, pois se estendeu às terras particulares as características da enfiteuse. Ademais, a suposição de que na antiguidade o Estado teria primária e originariamente o *dominium* e por conta disso todas as demais formas de concessão do *ager publicus* seria do *dominium utile* não se sustenta facilmente dado a indefinição do conteúdo e forma de Estado então como titular.

O domínio dividido, útil e direto, na enfiteuse, foi elaborado entre os séculos XII e XIV em três fases, assim descritas por Meynial: uma primeira fase anterior à glosa de Acursio em que se reconhece ao vassalo, ao censitário, arrendador e enfiteuta uma ação real que proteja os direitos do concessionário (nome genérico). Na segunda fase, já sob a regulação da glosa de Acursio em que está presente de modo autônomo a conceituação de “domínio útil”, cabendo a cada um dos titulares a ações específicas, no que foi aquela glosa completada por Bártolo. Na terceira fase, o “domínio útil” cai nas malhas do pós-glosadores franceses e italianos e aí se passou a admitir uma série ilimitada de escalões de domínio (DEGENEFFE, 2003, p. 143). As subenfiteuses que tumultuaram a vida econômica e jurídica em diversas regiões da Europa, serviram para o sistema de hierarquias pessoais e com reflexo nas coisas, o modelo feudal de ocupação e titulação das terras⁹².

A colocação de Paolo Grossi de ser o “domínio útil” uma expressão medieval da efetividade da possessória aproxima-o da posse. A “civilização da posse” como ele conceitua a Idade Média em termos de direitos de propriedade reflete essa efetividade e materialidade, a “terrestridade” de que fala o jurista florentino. O “domínio direto”, um resquício formal de

⁹² A organização patrimonial da Igreja sob o Papa Gregório levou a adoção de modelos de direitos reais caracterizados pela não troca ou comercialização, adoção da enfiteuse como regra nos domínios eclesiásticos com profundos efeitos na Inglaterra (SPEARING, 1918).

titularidade com mistura de jurisdição, de limitados direitos e força jurídica coercitiva (embora a força política e social dos seus titulares suprissem suficientemente essa fraqueza).

O autor defende que o direito das coisas nasce no Medievo, “da coisa” mesma e dos múltiplos aspectos pelos quais ela pode ser apropriada, concorrentemente. Não nasce do sujeito como unidade psíquica para onde se desloca o eixo do direito moderno.

Que sentido tem essa referência à psique do agente, esse ingresso impudico do jurista no ânimo do proprietário? O sentido de informar-nos com sinceridade que estamos em um hemisfério oposto ao que produziu o domínio útil e que suas soluções não podem deixar ser antitéticas àquelas que encarnam domínio útil: a propriedade, de dimensão das coisas tornou-se dimensão do agente; ao invés de identificar-se grosseiramente no bem-objeto, procura no interior do sujeito a sua identificação primeira; por isso tornou-se “*der materiell-befugte Wille des subjektiven Individuums in betreff des Sachindividuums*”. (GROSSI, 2006, p. 69).

O domínio útil então invoca uma dimensão de efetividade e de fruição que se destaca do título de aquisição, sendo dois os distintos estados de fato que cercam a propriedade: a aquisição e a utilização. A Idade Média, de forte conotação nas relações jurídicas privadas, sobre essas bases afirmou toda uma série de construções jurídicas e políticas. As sucessões hereditárias, a propriedade, o conserto familiar como titular de direitos, a ver toda uma elaboração do direito dinástico, em que a esfera pública estatal é “privatizada” numa rede de casamentos etc.

As antigas dimensões quiritária e bonitária da propriedade romana foram traduzidas em domínio direto e domínio útil, respectivamente, sendo a construção medieval feliz e adequada para expressar a queixa e proibição de Justiniano (C.J. 7,25,1) de que a expressão “quiritário” fosse empregada “por direito de Quirites, que em nada se diferencia de um enigma, nem nunca se vê ou aparece nas coisas, senão que é uma frase vazia [...] Mas seja cada um pleníssimo e legítimo dono”. Assim, ao enfiteuta é dado o título de legítimo *dominus* e sem anular a titularidade anterior, o *nudum ius* ficou reservado ao proprietário, que recebe uma pensão anual seja pela renúncia do exercício de poderes proprietários, seja em compensação ou homenagem do enfiteuta.

O desenvolvimento da divisão do *dominium* em *utile* e *directum* é a contribuição, talvez, mais importante do *direito* medieval para a enfiteuse, considerando a trajetória de construção e adaptação desse instituto jurídico “mutante”, mas que conserva uma forte lógica interna. Os glosadores e comentaristas medievais de Bolonha, elaboram essa teoria a partir das observações de Gaio. A passagem do Digesto 6,2,12,2 dá conta de um reconhecimento ao vectigalista (enfiteuta) de uma ação perante terceiros, pelo pretor, o que implica a ideia de “domínio dividido” de Gaio (I,54 e II,40) que deu o ponto de partida para o *duplex dominium*

elaborado na Idade Média pelos glosadores. Para o Direito romano antigo, o *dominium* era concentrado e exclusivo⁹³, mas Gaio admitiu uma base jurídico-histórica para a divisão de domínios decorrente do reconhecimento da *actio Publiciana* ao concessionário (enfiteuta, vectigalista). Diferentemente de Thibaud e Lattes, Fuenteseca (2003, p. 146) afirma que o *dominium divisum* decorre sim das fontes romanas clássicas que distingue entre a mera titularidade civil – *nudum ius Quiritium* – e o efetivo exercício - *in bonis* - da propriedade “bonitária”. De Gayo em seu manuscrito “veronês” (I, 54 e II, 40-41) se aproveitou Justiniano para normatizar a enfiteuse, distinguindo entre *nudum ius* e patrimônio *in bonis*.

Para Grossi (2006, p.49-50)⁹⁴, a teoria do duplo domínio que lastreia a lógica jurídica da propriedade na Idade Média e que passou (problematicamente) para a era moderna, Grossi (2006) toma a noção de *dominium útil* para trabalhar uma história da propriedade situada na história e portanto por isso mesma, sujeita a uma complexidade por levar em seus termos paradoxos que os modernos querem expurgar. *Dominium* é reconfigurado a partir das possibilidades da “coisa” e não do *animus* do sujeito, a medievalidade jurídica se sobrepõe ao direito romano centrado no sujeito e na *actio*.

Ele traduzindo a noção nova de domínio de Francisco de Assis como uma propriedade interiorizada ao lado de uma pobreza absoluta. O *dominium* como um *animus*, uma vontade, que ficaria marcharia para se purificar do elemento terrestre, as coisas ou a “coisa”. Estava posta aquela marca que aumentaria as perplexidades em torno da “enfiteuse”, a cisão entre dois titulares com os mais amplos poderes subjetivos sobre a “coisa” e esta permanecendo soberana em seu estatuto próprio.

O modelo reicêntrico vai, contudo, pela assunção crescente do pietismo a partir do século XIII, cedendo espaço ao voluntarismo pessoal que da ascese cristã, chega ao direito fazendo que “A concepção de que a corpositude do *dominium* seja uma simples manifestação exterior de algo que já é completo no interior do sujeito, já que o *dominium* na sua natureza mais genuína é um *animus*, uma vontade, um ato interior” (GROSSI, 2006, p. 53). O desenvolvimento pela Universidade de Bolonha da recopilação do direito romano entre os séculos XII e XIV, reforçou a dimensão contratual (HESPANHA, 1997, p. 105-107)⁹⁵ O reino da efetividade que Grossi identifica nas relações jurídicas medievais é que permite visualizar

⁹³ Tanto na Grécia como em Roma nas eras mais arcaicas, a *Oikia* como a *Domus* (o termo *dominium*, refere-se a *Domus* na sua raiz) como já desenvolvido no item 1.1.1. A sacralização da propriedade impedia que a *Polis* violasse as liberdades (ARENDRT, 2007, p. 39) do cidadão, além disso, à propriedade exclusiva se contrapunha a partilha dos frutos, das colheitas, consumidas em comum, conforme Fustel de Coulange citado por Arendt.

⁹⁴ A ideia medieval de propriedade Paolo Grossi trabalha na obra Grossi (2006).

⁹⁵ Para Hespanha (1997, p. 99), o método de ensino bolonhês, no início, era assistemático e muito ligado aos textos da casuística romana, desse modo coerente à posição de Berman (2007) ao menos parcialmente.

sobre as “coisas” a possibilidade expandida de coexistência de *animus* e *dominium*, sem problemas. A estabilidade do *Ordo* e de uma mentalidade social e jurídica que não se sustentava com base na possibilidade de irrupção violenta das adjudicações do direito estatal, na visão (romântica?) de Grossi (1996) fornece o contexto jurídico para essa coexistência⁹⁶.

O *dominium* já aí é juridicamente identificado com a propriedade nas suas múltiplas formas de manifestação por sobreposições e composições. A identificação não resvalou para o exclusivismo unitário que a propriedade moderna arroga ter (sem sucesso ainda). A propriedade medieval reproduz as múltiplas camadas hierárquicas da sociedade, conforme afirmação de Wald sobre ser a Idade Média um “anfiteatro enfiteutico” (WALD, 1994, p. 96). As múltiplas vinculações pessoais na Idade Média feudal, hierarquizadas, permitiam-se arranjos mais simples e binários entre um susserano e um vassalo, este por sua vez podendo ser susserano noutro arranjo, apesar da corporeidade unitária da propriedade. Diz Darcy Bessone Andrade que:

Sob o feudalismo, se a propriedade conservou o cunho individualista, não manteve, entretanto, o caráter unitário, pois se dualizou, desdobrando-se em domínios superpostos: o domínio eminentemente do soberano, pairando acima do domínio útil do senhor feudal. Ainda hoje, na enfiteuse encontra-se uma forma de sobrevivência do dualismo dominical do medievalismo. (ANDRADE, 1987, p. 334).

A partir da visão de Grossi quanto ao modelo jurídico medieval em sede de analogia (bem coerente filosófica e epistemicamente ao período histórico focado) entre alma e corpo: o *dominium* sendo a dimensão de corpo, de materialidade que salta da própria “coisa” e que titulariza seu dono. A alma, a vontade e pulsão interior e que se efetiva ao incidir sobre a coisa é o *animus*. A imagem grossiana de uma “teia” para representar o Medievo expressa as relações dinâmicas que se dão a partir de um *Ordo* estável e previsível mas tensionado entre dualismos estruturantes ou conjunturais. As lutas entre papas e imperadores, que levou Ernst H. Kantorowicz⁹⁷ a desenvolver a doutrina dos “dois corpos do rei”.

Essa característica central da enfiteuse, a bipartição de domínio, escândalo dos modernos, do direito liberal (de exclusivismos proprietário) e de retomada do direito romano clássico é a contribuição da Idade Média na re-elaboração teórica e jurídica do instituto. É seu “tendão de Aquiles”, e por outro lado a torna uma Fênix junto com o direito de superfície para a apropriação concorrente e compartilhada do solo nos burgos verticalizados.

⁹⁶ Cf. Grossi (1996). No prólogo, Valiente ressalva uma possível percepção “romantizada” do Medievo, mas que não desmerece a análise de Paolo Grossi.

⁹⁷ Interessante a explicação quanto a articulação da unidade da soberania estatal na pessoa do rei que passa representar dois corpos. (KANTOROWICZ, 1998)

O domínio útil é, antes de tudo, a tradução em termos jurídicos de uma mentalidade. É a mentalidade do primado do efetivo, é a mentalidade ‘possessória’ do alto medievo que domina ainda como imperiosa constituição material do mundo dos Glosadores e dos Comentaristas. Mais além, ao fundo, um modelo agrário e não urbano de *dominium* medieval “[...] o domínio útil evoca, todavia, sobretudo uma paisagem agrária abundante de concessões agrárias, com uma forte dialética entre o depositário da titularidade proprietária e o exercente da empresa agrícola sobre o bem-terra” (GROSSI, 2006, p. 53).

No lúcido registro de Grossi na passagem acima, a tensão jurídica em relação à enfiteuse na sua forma rural e urbana⁹⁸. A primeira modalidade para ele a que, analogamente á efetividade da posse e da produção, relaciona-se coerente juridicamente com o instituto tradicionalmente de fomento. A segunda, a enfiteuse urbana, para edificações e moradia, a bipartição de domínios em face da realidade fática da *domus* é mais controvertida. As edificações uma vez realizadas esgotam a sua dimensão axial de *emponemata*.

Muito provavelmente, para a consolidação e autonomia da doutrina jurídica do “domínio dividido”, tenham contribuído por analogia as distinções teológicas e políticas medievais entre *dominium* e *imperium*, entre *Corpus Ecclesiae Mysticum* e a *Corpus Republicae Mysticum*. Coroando esse processo de adaptação, as formas comunais das tribos germânicas. Essas formas certamente utilizadas de fato, levou os juriconsultos a justificá-las no processo de racionalização do Direito levado a cabo por Bolonha e os glosadores e comentaristas. Essa empreitada racional, Boaventura de Sousa Santos considera um começo da regulação jurídica que alcançará seu ápice (e conseqüente escondimento do direito enquanto emancipação) na *PandektenSchule* (SANTOS, 2009).

2.2.2 A enfiteuse do medievo ao moderno: contestação e sobrevivência

A história da enfiteuse no Ocidente moderno coincide predominantemente com a contestação do modelo proprietário feudal do que com a propriedade privada, conceito que se destaca da enfiteuse e de outras formas proprietárias do Antigo Regime (capelas, sesmarias, mercedes). Só o regime comunista fez uma contestação da propriedade como uma instituição jurídica e econômica, as contestações burguesas se davam em favor do fortalecimento da propriedade e supressão dos vínculos e obrigações sobre ela. Assim, a enfiteuse, pelo viés histórico moderno, passou a contrastar com a propriedade moderna.

⁹⁸ Na regulação constitucional do instituto no Brasil em 1988, por exemplo, se deixou de fora as enfiteuses rurais. Em Portugal, a Constituição de 1976 ao proceder a extinção focou nas enfiteuses rurais sem ressarcimento dos senhorios, operou num sentido inverso: deixou de fora as enfiteuses urbanas.

Se a desamortização de terras era um movimento que toma corpo na Europa moderna, a amortização ganha terreno nas novas terras descobertas. Daí que a análise histórica da enfiteuse não prescinde do cenário da colonialidade⁹⁹. A amortização de terras que aconteceu em larga medida na Idade Média na Europa, favorecendo a acumulação da “propriedade santa” (FRIDMAN, 1999) continuou nas terras de colonização. Na esteira das conquistas e reconquistas de território, caso da Espanha e Portugal, a concessão de terras em favor da Igreja e das casas nobres era parte do programa de reordenação territorial. Na modernidade a expansão colonial iniciada nos séculos XIV e XV, protagonizada pelas nações ibéricas teve como política de ocupação do território o seu retalhamento em propriedades e a concessão administrativa das terras, as sesmarias ou *mercedes*. A Igreja, as vilas e fortificações recebiam a servidão sobre as terras adjacentes no processo de expansão e consolidação do povoamento, re-editando um aspecto da enfiteuse grega antiga: os corpos sacerdotais e militares titularizando as terras.

A sobrevivência da enfiteuse em vários ordenamentos, seja na legislação (Brasil, Itália, Espanha, Bélgica entre outros), seja como costume jurídico ou velhos e hereditários direitos adquiridos (Alemanha, Portugal) e mesmo a reintrodução do instituto por reformas legislativas (França e Holanda) merecerá um destaque ao final. Outro traço conexo à sobrevivência da forma enfiteutica é, para o caso específico da América Latina, a colonialidade, a permanência de estruturas e mentalidade plasmadas inicialmente na colonização. A colonialidade é dimensão indissociável da modernidade, embora tenha sido desconsiderada pelos teóricos e pensadores mais localizados nos outrora centros metropolitanos e colonizadores.

2.3 As desamortizações fundiárias modernas e a enfiteuse

A categoria “desamortização”, derivada de outra, a “amortização”, refere-se ao processo histórico, político e econômico de desafetação jurídica da propriedade do solo também chamado desvinculação, abolicionismo, liberação, secularização de bens, expropriação, etc. Por ela mudava-se a titularidade ou o modo de exercício da propriedade, substituindo antigos proprietários por novos, em geral vencedores nas lutas de afirmação moderna da burguesia, processos em geral violentos. A reação desamortizadora se dava em vista de bens fundiários amortizados. Mas amortização-desamortização não são processos

⁹⁹ Caio Prado Júnior discorre sobre as vicissitudes do povoamento do litoral brasileiro baseada nas vilas litorâneas, como agregados de povoação e defesa. (PRADO JR, 2011).

simétricos e os contextos históricos são muito diversos. Importante diferenciar do mero “saque” de bens móveis que aconteciam nos motins populares ou invasões estrangeiras contra a Igreja ou outros patrimônios.

O processo desamortizador pode ser muito mais sutil e sob formas jurídicas: a obrigatoriedade da origem exclusivamente contatual da enfiteuse é um exemplo. Ao exigir a manifestação de vontade atual e sinalagmática, o negócio real recebe forte aspecto contratual e com partes muito definidas na relação jurídica. Isso inviabiliza a manutenção de enfiteuses hereditárias e comunais e as fragiliza, possibilitando a concentração dos domínios no enfiteuta ou no senhorio, a depender dos resultados dos jogos de poder que decidam o embate. Outra forma sutil de desamortização é o efeito colateral provocado pela inovação legislativa em matéria de registro de propriedade, quando a forma documental antiga resta fragilizada em vista das exigências técnicas aprimoradas para as novas inscrições. Produz-se também a fragilização da situação jurídica real por via formal, a caducidade dos títulos ou registros.

Nos séculos XVII a XIX os processos de desamortização tinham fundo político e econômico: sobrestar as forças da velha ordem feudal-senhorial e poderes locais (aí compreendidos a aristocracia, a Igreja e as vilas ou povoações) transferindo-lhes as terras para novos titulares, em geral a nova burguesia rural e pequena nobreza. Os camponeses não foram beneficiados, geralmente, com o acesso à propriedade.

A força do poder político fica mais explícita no caso da desamortização, em geral violenta e capaz de alterar o *Status quo* jurídico da propriedade. A amortização, que é a afetação do bem a uma finalidade, função e titularidade específica, estável e inalienável, por sua vez se refere ao processo mais consensual e pacífico. Nela, as terras e bens são reconhecidos como estáveis e de segura titularidade por um ente individual ou coletivo, grupo ou segmento social (Igreja, nobreza e vilas). Assim, o binômio conflito-consenso é importante na interpretação dessa questão.

Jorge Wilhelm (2008) em tom anedótico registra que “O escritor e arquiteto Bataille pergunta-se: ‘Assim como a Idade Média construiu catedrais, o que fez a burguesia? E responde: ‘Ela nada construiu: só fez loteamentos.’” (WILHEIM, 2008, p. 44). Ainda acentua: “O crescimento urbano valorizou o solo urbano e fortaleceu o comércio do seu parcelamento; tanto a legislação como a paisagem urbana adaptou-se a esta atividade mercantil, responsável por grandes fortunas e poderosos interesses.” (WILHEIM, 2008, p. 44). O parcelamento do solo, com o progressivo desaparecimento da posse comunal pela individualização das glebas edificadas, pode ser já tecnicamente situado no movimento de desamortização, pois facilitava a troca, a hipoteca e especialmente a compra e venda.

Para Henry Lefebvre (1999) as mudanças que fizeram nascer a Idade Moderna, estavam centradas novamente na força das cidades, os “burgos” que criaram o sistema urbano, em oposição ao sistema feudal. A cidade, lugar de acumulação e de poder segundo ele “engendra alguma coisa diferente e superior de si mesma: no plano econômico – a indústria; no plano social – a propriedade mobiliária (não sem concessões às formas feudais de propriedade e organização); enfim, no plano político – o Estado” (LEFEVBRE, 1999, p. 43). O autor acentua em meio às mudanças, resquícios de formas feudais de propriedade. A cidade, o “burgo” é expressão do local, do cotidiano, em geral “reativa, isto é, em oposição aos processos gerais iniciados pelo Estado” e o poder central (FISCHER, 1994, p. 13).

A cidade estava no centro de uma disputa “Tal foi na Europa, o resultado histórico da primeira grande luta de classes e das formas sociais: cidade contra campo, burguesia contra feudalidade, propriedade mobiliária e privada contra a propriedade fundiária e comunitária” (LEFEVBRE, 1999, p. 43).

No Brasil, a força do espaço rural e dos processos produtivos ali situados, deixou a cidade numa posição secundária, o registro que Holanda (2004) do Brasil colonial (e até século XX), da pujança e predominância do rural sobre o urbano. Esse fato aqui no Brasil adiou a disputa pelo espaço simbólico e econômico nas cidades, em geral extensões do patrimônio rural com terrenos cedidos ou doados e edificações para alugar e arrendar (ENDRES, 1980; FRIDMAN, 1999).

Disse bem o autor ao situar aquele enfrentamento modernizador na Europa, pois no Brasil as recepções desses eventos podem ser tardias. No caso das (des) amortizações nas cidades, isso se vem se dando à brasileira, de modo espontâneo, negociado, não raro levando milhares de imóveis para a informalidade ou irregularidade formal, a propriedade imperfeita e extralegal.

2.3.1 A amortização/desamortização de terras: a Espanha da reconquista como exemplo

A Espanha foi um dos países onde a turbulência dos fatos e das ideias em torno das desamortizações fundiárias foi mais impactante na Europa, se revestindo da tentativa de modernização econômica com a manutenção do *status quo* social. Ao mesmo tempo, por ter ocorrido num período muito dilatado, mobilizou razões e posições políticas muito diversas, ao contrário da experiência inglesa, por exemplo, quase instantânea e concentrada num único ato. Um quadro propício à análise da conexão entre feudalidade, enfiteuse e modernização. A

força política dos proprietários e do processo de amortização propiciou a formação de uma classe de *tierratenentes* poderosa e que se beneficiou das desamortizações do século XIX.

A latifundiária foi um dos resultados das desamortizações e resultou em lutas violentas, como a Guerra Civil espanhola de 1936-39. A Espanha conserva a enfiteuse até o presente, válido que continua o Código Civil de 1889. As desamortizações na Espanha afetaram a enfiteuse eclesiástica, pois as leigas ou “solariegas” foram beneficiadas com a concentração de domínios, transformação da propriedade cindida em plena, como se verá adiante, com prejuízos jurídicos para os enfiteutas.

A Espanha, na guerra de sucessão no século XVII, foi teatro do que Friedrich Meinecke¹⁰⁰ considerou os movimentos políticos de soterramento do Antigo Regime, a decomposição do complexo territorial da diarquia hispano-habsburguesa, descentralizada e caduca (MEINECKE, 1997, p. 263). Pode-se antever uma correlação entre a forma proprietária, mais ou menos concentrada e a forma de gestão política do território. A lógica da reconcentração e redefinição precisa das fronteiras territoriais do Estado moderno traz uma notável simultaneidade com a forma da propriedade. O poder absoluto político e a *potestas proprietatis* concentrada e exclusiva guardam um traço de analogia e sincronia histórica entre si.

Para entender o movimento de desamortização, cumpre analisá-lo em linha de consequência e circularidade com o processo oposto, a amortização. Na Espanha, as terras de retomada mais tardia aos mouros (e judeus) no processo de reconquista, foram concentradas em grandes áreas e amortizadas à Igreja e casas nobres, empenhadas militarmente na expulsão dos árabes. Ao norte, na região de Galícia e Astúrias, a instituição é mais sólida e resistiu a onda desamortizadora além de ter se dividido em glebas menores e com mais beneficiados pelo “foro galego” cujas bases remontam o direito romano.

Juan Brines Blasco (2012) em recensão histórica do movimento de amortização de terras na hoje Espanha, dividida em diversos reinos dos séculos XIV a XVI definiu a amortização como entregar para “mãos mortas” (clérigos e membros de ordens religiosas) bens móveis e imóveis retomados de árabes e judeus, no processo de reconquista da Península. Subtraem-se essas terras da jurisdição real, surge uma distinção entre terras “forais” e terras “realengas” (ou “reguengas”) estas sob a jurisdição fiscal das Coroa em Aragão, Castela e Valência. A doação e a venda eram os meios jurídicos empregados na

¹⁰⁰ O financiamento das guerras dinásticas na Espanha nos séculos XVIII e XIX levou a se mirar os direitos enfiteuticos de foreiros e senhorios, terras de *mayorazgos* mas em especial da Igreja para venda e formação de receitas fiscais.

amortização, processo que desde o começo enfrentou oposição. Igreja, aristocracia e vilas (concelhos, *pueblos*, comunas) eram as agraciadas.

A resistência ao processo de amortização vinha com a queixa contra os bens colocados “fora de comércio” e desobrigados de taxaço para a Coroa que terminavam por sobre onerar de tributos o restante da população e seus bens. A amortização era contrária aos interesses dos *tierra tenientes*, os latifundiários¹⁰¹, que ficavam sem condições de se expandir sobre as terras amortizadas. No Século XIII, em pleno processo de reconquista aos mouros, já se tinham as primeiras leis na Espanha limitando a “amortização” de terras nos reinos cristãos. O *Fuero V* buscava estimular o comércio de terras contra as doações aos mosteiros e igrejas. Mas em 1342, Pedro IV de Aragão confisca várias terras doadas em desacordo com o *Fuero V*. Em 1452 Juan II de Castela impôs tributação às doações de terras, mas isso foi facilmente burlado. Ou seja, as amortizações já encontrava oposição dos governos e utilização irregular por terceiros para driblar a tributação do Estado.

Em Castela, Martín, *el Humano*, abrandou a fiscalização da coroa sobre as propriedades liberadas (alodiais) para evitar a amortização, que era intentada exatamente para por sob imunidade eclesiástica e retirar da fiscalização da Coroa terras particulares. Por sua vez, Alfonso V de Aragão confiscou bens eclesiásticos para cobrir despesas de guerra, mas terminou vencido pelo Clero e o povo e obrigado a assinar uma concordata em que respeitava as imunidades dos bens eclesiásticos¹⁰². Fernando II, Carlos I e Felipe II, com as coroas cristãs já unificadas, tendem a aceitar as amortizações e até estimulá-las. Pode-se assim concluir que a amortização se dava em períodos de maior estabilidade e tranquilidade política e social, ao passo que as desamortizações nos períodos revolucionários ou de grande instabilidade na mudança de *Status quo* e necessidade de recursos fiscais para o Estado.

Mas foi Carlos I quem estendeu aos nobres os privilégios da amortização da Igreja e daí começa a ganhar corpo os “*marorazgos*” ou *mayorazgos* (os morgadios da tradição portuguesa), os bens de família vinculados ao filho primogênito, uma espécie de “mão morta” leiga. A reprodução nobiliária se dava por essa instituição patrimonial fundada na primogenitura e concentração de títulos de propriedade nas “casas veneráveis”.

¹⁰¹ Considerando que havia acumulação de terra como capital, fora da economia feudal e suas formas de concessão de terras, protagonizada por atores sociais e econômicos da incipiente burguesia.

¹⁰² Lembrar que não raro os territórios eclesiásticos tinham uma dimensão comunal e de maior segurança para as populações que nas terras dos nobres envolvidos em querelas entre si, embora se registrem muitas ambiguidades e complexidades como registra Huberman (1986). Mas o fenômeno das remoções de população acontecia muito amiúde nas propriedades leigas e nas desamortizadas. Huberman (1986, p. 165) registra a ação da Duquesa de Sutherland que, de 1814 a 1820, concentrou 794 mil acres de terra com a expulsão de 3 mil famílias, na Inglaterra.

Nos processos de desamortização, ou incorporação de bens eclesiásticos à Coroa, autorizados em 1529, pelo Papa Clemente VII para que a Espanha pudesse cobrir seus déficits, a Coroa espanhola se obrigava a doar terras e bens às Ordens Militares em Granada e norte da África, bem no espírito, portanto da política expansionista ibérica. Como processo de redistribuição fundiária a “desamortização” do século XVI na Espanha foi desvirtuada como tantas outras nos séculos seguintes na Europa:

La desamortización de todas estas encomiendas, castillos, pueblos, aldeas y señoríos jurisdiccionales vino a crear grandes propiedades o a aumentar las ya existentes. Los beneficiados fueron, como era de esperar, los secretários del rey, como Francisco de Eraso y Francisco de los Cobos, promotor de la operación; banqueros genoveses, como la familia Centurión, asentistas, nobles, regidores e incluso entidades de rango nobiliario. (BLASCO, 2012, p. 6).

A disputa pelos bens da Igreja desamortizados então não se dava em igualdade de condições, as populações camponesas estabilizadas eram desalojadas pelos novos titulares. As desamortizações atingiam terras comunais de aldeias e vilas¹⁰³. As desamortizações na Espanha e noutros estados antes das revoluções liberais, eram em socorro de necessidades urgentes dos monarcas, e passadas estas, se devolviam os bens ou se lhes indenizava. Os bens tomados então não eram visto como algo pertencente ao Estado ou ao povo, por isso que monarcas como Felipe II usou as desamortizações como empréstimos, devolvendo depois que passaram as necessidades episódicas (BLASCO, 2012, p. 12).

Na história espanhola, os monarcas da Casa da Áustria tinham uma política de favorecer a Igreja com quem tinha laços muito fortes de aliança e isso por consequência, ajudava as autonomias locais e comunais, pois a riqueza carreada ao Estado pela conquista das Américas liberava o tesouro espanhol de maiores necessidades de arrecadação fiscal dentro do próprio território. Por isso as requisições e empréstimos de Felipe II não se caracterizavam como desamortização duradoura, havendo muitas devoluções. O Papa tinha ainda interesse em não deixar excessivamente poderosa a Igreja espanhola em detrimento da tão fiel casa reinante como a dos Áustrias. Daí a própria Santa Sé em 1529 ter autorizado a desamortização em troca de terras nas áreas de expansão da Espanha no norte da África,

¹⁰³ Lembrar que não raro os territórios eclesiásticos tinham uma dimensão comunal e de maior segurança para as populações que nas terras dos nobres envolvidos em querelas entre si, embora se registrem muitas ambiguidades e complexidades como registra Huberman (1986). Mas o fenômeno das remoções de população acontecia muito amiúde nas propriedades leigas e nas desamortizadas. Huberman (1986, p. 165) registra a ação da Duquesa de Sutherland que, de 1814 a 1820, concentrou 794 mil acres de terra com a expulsão de 3 mil famílias, na Inglaterra.

diversa das propostas por Carlos III, período borbônico e especialmente a de Mendizabal, no século XIX.

Antonio Merchán (1999) sublinha que as desamortizações de terras eclesiásticas, as de propriedade comum (dos *pueblos*) e públicas-estatais na Espanha aumentaram a concentração de terras, impediram a reforma agrária e desalojaram os camponeses, com concentração no “senhorio pleno” pela Alta Nobreza, em especial em Castela. A enfiteuse impediu em algumas partes a concentração do senhorio na Catalunha, Navarra e País Basco.

Na verdade, o morgadio ou bens vinculados na Catalunha, Navarra e no País Basco, estavam realmente gravados e assim divididos como resultado da implementação da enfiteuse ou arrendamentos de longo prazo. Portanto, nestes territórios houve revoltas populares durante as desamortizações (por exemplo, as guerras carlistas) pois ao desaparecer a enfiteuse ou arrendamento a longo prazo as classes enfiteutas saíam perdendo. (MERCHAN, 1999, p. 100).

Nesse sentido, um modelo de produção e reprodução social fundiária feudal, portanto anacrônico, garantia aos camponeses espanhóis da faixa norte do país o acesso à terra. Se incluída a Galícia, ocupada territorialmente pelo regime dos “forais galicianos”, os territórios espanhóis da enfiteuse correspondem a parcela mais desenvolvida do país e onde a propriedade é de mais facilitado acesso. No caso da Galícia, no entanto, gerou o efeito indesejado da minifundiarização da terra (DEGENEFFE, 2003, p. 184) e a permanência do gravame que dificulta a rápida transmissão da propriedade. Ali, a terra é ocupada e titularizada a partir dos “forais”, vertente da enfiteuse com fortes traços de feudalidade e o Código Civil espanhol, artigo 1655, determina que seja regida como “censo enfiteutico”, a norma geral.

Já nas áreas mais “desamortizadas” ao sul da Espanha, os moradores perderam a segurança e estabilidade dos senhorios territoriais e solarengos que se aproveitaram pra concentrar os domínios. Os foreiros foram submetidos à “contratualização” de molde liberal, com sérios prejuízos em comparação ao seu anterior status jurídico (MERCHAN, 1999, p. 101) e vários senhorios aproveitaram dessa fragilização jurídica dos foreiros para recuperar o domínio pleno, com amparo das leis desamortizadoras.

2.3.2 As desamortizações modernas e seus três modelos aproximados

Eventos como a conquista de novos territórios e alteração do *status* jurídico das populações originárias já se colocam no horizonte de sentido da “desamortização”, a desposse

do vencido pelo vencedor¹⁰⁴, especialmente pela desconsideração da propriedade indígena. Lance contínuo, a consolidação e estabilização do domínio e a legitimação jurídica do novo titular, já gradualmente se dá favorecendo as “amortizações”. Isso pode explicar porque o consenso jurídico mais legitimado e “conservador” na forma é a amortização, em tensão (não oposição, pois há sempre uma gradualidade dialética entre elas) com a desamortização, quase sempre envolvendo mais lances de decisão política muito mais conflitivas. Isso explica porque um se dá no quadro jurídico-político de estabilidade (amortização) e o outro nas lutas e mudança sociais radicais e revolucionárias (desamortização).

Maniqueísmos indevidos devem ser evitados na valoração de interesses jurídicos, econômicos e políticos divergentes dos atores historicamente envolvidos na redistribuição forçada de propriedade fundiária muito registrada na modernidade ocidental, aqui tomadas a Europa e Américas. O fenômeno pode ser organizado em três características: primeiro, as desamortizações violentas movidas unilateralmente pelo poder político; em segundo, as que buscaram se revestir de autorizações legais ainda que frágeis; e, em terceiro, aquelas pactuadas e acordadas com a própria Igreja, como registram Carlos Muchaín Padilla e Luís Espineira Silveira. Pode se nominar três modelos de desamortização: por sobreposição, contraposição e composição entre Poder Político e Igreja.

As desamortizações por sobreposição¹⁰⁵ foram violentas e na Europa, apenas (não ocorreram, por exemplo, nas Américas), decorrentes das guerras ou disputas religiosas da Reforma Protestante, quando duas cosmovisões religiosas (Católica e reformadas) naquele momento histórico totalmente antagonistas não podiam coexistir no mesmo território. Em 1517 a ruptura de Lutero deu motivo para a nobreza territorial alemã mirassem o imenso patrimônio da Igreja. Em 1555, as terras da Igreja adjudicadas pelos príncipes alemães receberam o beneplácito de Carlos V da Espanha e Imperador do Sacro Império Romano Germânico, na chamada “Paz de Augsburgo”. Pode se ver que mesmo os processos mais violentos de apropriação pelos novos titulares buscou uma chancela jurídica legitimadora em momento posterior de apaziguamento.

Outro processo de desamortização por sobreposição e violência aberta aconteceu na Inglaterra de Henrique VIII na luta contra os Stuarts e os católicos resistentes à autonomia da

¹⁰⁴ Esse sentido e aplicação excessivamente abertos será evitado, mas se revestirá de concreticidade no México, com a “segunda” desamortização da Lei de Lerdo, de 1856, que desalojou as comunidades indígenas ao expropriar os bens da Igreja, como antes em 1767 haviam já os índios sofrido igual situação com a expropriação dos bens da Companhia de Jesus, pela perseguição do Conde de Aranda e da corte bourbônica da Espanha. Ou seja, pela repetição dos efeitos há uma caracterização dos segmentos vitimados pelas desamortizações e não é só a instituição eclesiástica, mas a população que vivia nessas áreas.

¹⁰⁵ A forma de violência organizada e legitimada, só o Estado nação moderno pode ter cf. Giddens (2001).

igreja da Inglaterra em relação ao Papado. Como não envolveu potências ou poderes estrangeiros diretamente numa luta em solo britânico, essa expropriação de muitos milhares de estabelecimentos rurais e urbanos da Igreja Católica na Inglaterra não teve um ato jurídico de reconhecimento nem interno e nem externo. A expropriação dos bens eclesiásticos na França em 2 de novembro de 1789 pode ser colocado nessa categoria, pois foi decidido pela Assembleia bem antes da Constituição e das leis regularmente aprovadas. E, claro, pelo aspecto violento de que se revestiu. O *Code* napoleônico de 1804 cuidou de expressamente proibir novas amortizações e limitação sobre a propriedade que restou sacralizada pela Revolução Francesa.

Os processos de desamortização por contraposição implicavam a adoção de uma legalidade ainda que caótica e incipiente, nos quadros das autocracias governantes, em geral autoproclamadas “liberais”. Nesses casos se buscavam um simulacro de racionalidade burocrática e jurídica e argumentos também “racionais” que se permitiam ter em tempos de enfrentamentos desta vez, políticos, não mais religiosos, como nos primeiros casos, (ressalvada a desamortização francesa, que tinha um aspecto antirreligioso, mas a contestação “laicista” era já o anúncio de uma “religião civil” da “razão” como queriam os iluministas franceses e Auguste Comte veio a tentar institucionalizar embrionariamente). As desamortizações por contraposição formal a partir de instrumentos legais aconteceram mais no século XVIII e XIX, especialmente neste último: Espanha de Mendizabal, em 1836 a 1841 e a de 1855, no México, como exemplo, entre outros países.

Doralice Sátyro Maia afirma sobre a mutação política e econômica da propriedade: “Dessa forma, os novos princípios defendidos pelo Novo Regime, prescreviam a extinção dos sistemas tradicionais agrários, pois a terra teria que se converter em uma mercadoria” (MAIA, 2012). Era a desvinculação ou “abolicionismo” fundiário que dava agora aos proprietários a liberdade de vendê-las e ou comprá-las, o que era impensável antes: a transferência a *non domino*. “Na Espanha, as terras que não se podia comercializar eram denominadas de “manos muertas”, ou seja, correspondiam às terras das instituições religiosas” (MAIA, 2012) estas foram alvo das primeiras leis desamortizadoras na Espanha bem como “[...] as dos nobres herdadas pelo ‘mayorazgo’, e ainda aquelas que estavam à margem do mercado e os bens de propriedade comunal dos “pueblos”. (MAIA, 2012).

A *Ley agraria de los pueblos* influência do economista liberal Álvaro Flórez Estrada, em 1836 já adiantava o ideário que o deputado espanhol trouxera do exílio londrino: as enfiteuses urbanas comunais (*pueblos*) foram expostas à desamortização. Mas Flórez Estrada pretendia unir uma política de livre câmbio e o agrarismo com a terra sendo de propriedade

nacional. As necessidades fiscais do Estado recaíam sobre a propriedade comunal¹⁰⁶. No aprofundamento da crise desencadeada, em que as vendas não surtiram efeitos fiscais ao Estado espanhol, em 1875 veio a desamortização Maldoz, conhecida como “desamortização civil”, pois atingiu diretamente os bens do Estado: municípios e outras instituições públicas e sem compensações! Foi uma transferência de bens públicos para a formação de uma classe média apoiadora de governos liberais.

Doralice Satyro Maia descreve a consolidação do modelo proprietário de terras demarcadas, no século XIX, com a extinção do “senhorio jurisdicional” e reforço do “senhorio territorial”, na prática era o também reforço do poder do Estado e sua burocracia em detrimento dos poderes locais dos nobres. Estes tiveram em compensação, a concentração de poderes jurídicos sobre a terra, com o fim dos vínculos feudais. A velha ordem feudal é derrubada, política e ideologicamente (Revolução Francesa) e economicamente (Revolução Industrial Inglesa). Na Espanha as leis de “desamortização” em especial de 1 de maio de 1855, interferiu enormemente na propriedade eclesiástica urbana, com perdas patrimoniais para Ordens religiosas e clero secular espanhol.

Também as leis de desamortização de 1855 no México, com a Lei de Lerdo, de 1856 são exemplos de desamortização por contraposição formal, por certo não menos violenta ao afetar populações (índios e camponeses, principalmente) antes protegidas pelo *Status* dos antigos senhorios, agora desapossadas de suas terras. Nesses casos, já em um contexto de política “liberal” arrefecida no seu radicalismo ideológico pela “Restauração” que se seguiu à queda de Napoleão e ao Congresso de Viena de 1815, foram os liberais radicais no ponto de vista econômico: desamortizar as terras da Igreja, dos *pueblos* e vilas (comunais) e depois do próprio Estado nacional. Uma privatização, usando termos atuais. Mas dentro de um simulacro de legalidade.

Na Espanha, como na Alemanha, a burguesia não teve força para alterar radicalmente a ordem política, social e econômica a seu favor¹⁰⁷. Teve de compor-se com elementos e setores das antigas elites agrárias e territoriais, a nobreza, cujas terras foram poupadas e até favorecidas com a concentração dos domínios e extinção das servidões contra os direitos ancestrais dos foreiros, colonos e arrendatários. No México, a resistência da população à alienação de bens eclesiásticos inclusive gerou uma recusa dos nacionais em adquiri-los e disso muitos estrangeiros e não católicos se aproveitaram para arrematar propriedades a preço

¹⁰⁶ A influência do modelo liberal inglês era visto sem muita adaptação, mas as ideias desamortizadora de Estrada eram opostas as de Mendizabal (CABEZAS, p. 308).

¹⁰⁷ Conforme Sassen (2006, p. 108) a burguesia alemã enfrentando mais cedo a organização operária não se arriscou em combater a nobreza territorial, abrir duas frentes de lutas.

baixo. Ela se fez sob uma legislação, a Lei de Lerdo de 1855 que praticamente afetou todas as propriedades da Igreja mexicana, dos indígenas (“ejidos”) e terras comunais.

Já as desamortizações por composição aconteceram no século XIX em Portugal e Argentina e Alemanha, por exemplo. Nestas, a propriedade imobiliária foi convertida em títulos da dívida pública (Portugal) ou compensações fiscais (Alemanha e Argentina), sem que sejam necessariamente obtidas por acordos livres.

Luís Espinheira da Silveira comentando a pesquisa de Albert Silbert acerca das rendas e das relações entre a organização social e a economia no final do Antigo Regime em Portugal¹⁰⁸, definiu os afetados pelas desamortizações “liberais” começadas em 1834, para ele: “[...] a classe dominante tradicional, categoria em que incluiu, nomeadamente, os conventos, as misericórdias e as casas nobres. Combinando nos seus patrimónios grandes e pequenas explorações agrícolas, este grupo é desprovido de espírito capitalista”. (SILVEIRA, 1991, p. 588). São os que vivem longe das terras, sem explorá-las diretamente e auferindo, sobretudo, as rendas.

Nessa primeira fase, os bens foram “nacionalizados”, formando os “próprios nacionais”: “juntaram-se-lhes os bens expropriados à família real (Casa das Rainhas e do Infantado), à Igreja (ordens religiosas e militares, Basílica de Santa Maria Maior e Santa Igreja Patriarcal de Lisboa) e à Universidade de Coimbra.” (SILVEIRA, 1991, p. 588).

Mas na fase propriamente de “desamortização” em 1861, nesta “principiou por incluir os bens dos conventos de religiosas, os das mitras, cabidos, colegiadas e seminários, [...] o património das restantes corporações de mão morta.” (id. p. 588). Nesta fase segunda, o Estado pôs os bens em praça e converteu o resultado das vendas em títulos da dívida pública, foi uma operação de troca de bens (imobiliário) por títulos (mobiliários) da dívida pública. “O conjunto das transformações jurídicas atrás enunciadas tem um inegável alcance histórico. De facto, é na sequência deste processo que se definem as bases do actual direito de propriedade”. (SILVEIRA, 1991, p. 586).

No caso alemão, as expropriações, espécie de desamortização violenta, ocorridas durante a *Kulturkampf* de Bismarck na segunda metade do século XIX, não eram tocadas pelo ideário liberal, estranho ao modelo autoritário-prussiano. As terras confiscadas à Igreja¹⁰⁹

¹⁰⁸ No caso português, mas extensível para outros países, a luta desamortizadora teve uma fase mais “popular” já no séculos XVII e XVIII de luta “anti-senhorial” em face das exações fiscais sentidas pelos camponeses seguida de outra que Tengarrinha (2000) descreve como uma aliança entre poderosos enfiteutas locais e camponeses. Esta fase mais política e “liberal”, questionando todo o modelo senhorial, no século XIX.

¹⁰⁹ Segundo Holborn (1982, p. 294) as expropriações atingiram mais a nobreza e clero polonês na Posnânia e Prússia Oriental, não foi a *Kulturkampf* impactante nos estados católicos como Baviera, Renânia. Cf. Holborn (1982).

foram compensadas já na Constituição de Weimar, em 1919 (artigos 137, 138 e 141) e confirmada a compensação pela Lei Fundamental de 1949.

Esses três modelos propostos para os eventos ou processos de desamortização são tipologias abertas para fins de visualização ordenada das diversas situações em que se podem descrever um problema. Dialogando um modelo de desamortizações fundiárias com outro mais amplo das relações dentre Estado e Igreja ilustra-se com o modelo de Brugger. Nele o autor, primordialmente a partir das relações entre Igreja e Estado no tocante ao controle da educação escolar, propõe um quadro que contempla as situações diversas sob uma ordem.

O modelo de “cooperação” descrito por Winfried Brugger permite a existência de auxílios diretos à Igreja apropriada de seus bens como o custeio mediante tributos arrecadados pelo próprio Estado, além do *Status* de entidade de Direito Público (BRUGGER, 2010, p. 21). Assim Brugger mostra, na atualidade, essa mescla gradual de hostilidade até unidade:

Quadro II - Seis modelos de ordenamento da relação entre Estado e Igreja

1. Hostilidade entre Estado e Igreja	2. Separação rígida na teoria e na prática	3. Separação e Acomodação	4. Divisão e cooperação parcial	5. Unidade formal de Igreja e Estado	6. Unidade material de Igreja e Estado
---	---	---------------------------------	--	---	---

(Fonte: BRUGGER, 2010, p. 16)

Aliás, os seis modelos propostos por Winfried Brugger de relações entre Igreja e Estado dão a ver uma gradualidade que vai da hostilidade aberta e ostensiva até a unidade material entre ambos. Os modelos mostram uma gradualidade e ruptura que varia de aspecto e tema, indo da presença da Igreja na educação escolar, até a posse de bens fundiários, passando pelo estatuto civil do clero.

Nos dois casos supracitados, o português e o alemão, houve uma permuta de bens imóveis por títulos ou custeio direto pelo fisco às entidades afetadas pela desamortização. Isso nos eventos iniciados no século XIX, pois no caso de Portugal, a Constituição de 1976

“desamortizou” imóveis rurais¹¹⁰ enfiteúticos sem indenização aos senhorios, uma grave inconstitucionalidade material, conforme análise de Gouveia (2011).

2.3.3 Amortizações e desamortizações de terras no Brasil

Não houve no Brasil um processo de desamortização de terras propriamente dito em nenhuma fase de sua história, em grande parte esta dependente de Portugal. Este país, quando veio a proceder as desamortizações de 1834 já estava desligado da dominação colonial sobre o Brasil que na continuação histórica marcada pelas “transições negociadas” sem grandes e violentas rupturas institucionais, não experimentou desse movimento liberal moderno. A propriedade da terra se regulava mais pela informalidade do que pela lei, por isso uma desamortização com base numa legislação como a espanhola e mexicana, dificilmente produziria aqui os efeitos que naqueles lugares produziu. A grande extensão territorial brasileira, a mais frouxa inserção da Igreja (BUARQUE, 2004) como instituição na América portuguesa, com o comportamento rebelde¹¹¹ dos padres (FAUSTO, 2009, p. 61) fez com que a disputa pela terra no período colonial não fosse tão ostensiva.

Ademais, não teve um processo amortizador sistemático, não tendo prosperado aqui os “morgadios”, ou seja a concentração patrimonial nos primogênitos e as sesmarias concedidas tinham entre elas limites imprecisos mas com as “sobras” de terras¹¹² (PORDEUS, 1986; WHELING; WHELING, 2005, p. 238; RIBEIRO, 2013). Esse autores registram uma frouxidão fundiária no período colonial que contrastam com um processo oficial estritamente amortizador e que geravam problemas.

Mas as ideias desamortizadoras tiveram eco nos juristas e políticos brasileiros nos séculos XIX e XX por conta do *main stream* jurídico e político liberal tendente à total desvinculação da terra e sua transformação em mercadoria. As teses liberais tinham uma vantagem inegável de forçar um controle nos registros imobiliários e hipotecários, por fim aos privilégios de obtenção da terra na Lei de Terras de 1850. Esta não foi desamortizadora no sentido violento e ostensivo de outros países, de conflito aberto em torno da titularidade de imóveis, mas marcou decisivamente uma mentalidade de desvinculação da terra. A

¹¹⁰ Na Assembleia Constituinte brasileira se optou por não tratar as enfiteuses rurais, envolvido o tema nas polêmicas da propriedade agrária, do latifúndio e reforma agrária, e a ação do chamado “Centrão” que impediu a deliberação nos termos mais “avançados” das propostas vinda das relatorias.

¹¹¹ O Autor assegura que a independência da Igreja e dos padres era devido à segurança proprietária, que os faziam não depender estritamente das cômputas pagas pela coroa (FAUSTO, 2009, p. 61).

¹¹² Pompeu B. Bessa relata as dificuldades de precisar os limites das doações de terras, havendo necessidade de confirmações posteriores de herdeiros (BESSA, 1998, p. 48).

mercantilização das terras, possibilitada pela Lei de Terras de 1850, era resposta compensatória à perda do capital do trabalho escravo. A reafirmação da propriedade contra o sistema de posses do período sesmarial anterior, era uma formalização da terra abrindo-a ao comércio jurídico. “Entre outros, são pressupostos do sistema capitalista, quanto a terra: sua propriedade privada absoluta e a possibilidade de sua mercantilização” (VARELA, 2005, p. 127).

Ao contrário, o processo de amortização de terras aconteceu no Brasil por uma especial característica de ser um processo de ocupação territorial penoso, onde a presença aglutinadora da Igreja e em torno das fortalezas militares reeditaram as condições aproximadas daquela enfiteuse grega antiga: a propriedade nas mãos dos corpos sacerdotais e militares. A extensão territorial colonial e necessidade de defesa e ocupação colocou grande acervo de terras como servidão da presença e implantação de vilas, igrejas e fortes, reservando-lhes o domínio direto (mas não exclusivo, em vista da necessidade de povoamento). Por conta disso, as *emponemata* ou melhoramento da enfiteuse antiga vão se mudar em mera ocupação e povoamento, quiçá a razão histórica para a manutenção de grandes áreas urbanas e litorâneas em enfiteuse¹¹³.

No Brasil colônia, a partir de meados do século XVIII reinado de Dom José I, o Marquês de Pombal que em 1759 havia conseguido a expulsão dos Jesuítas e confisco de todos os seus bens, em 1764 consegue impor a proibição de admissão de noviços nas outras ordens religiosas. A finalidade era a extinção dessas ordens (benedictinos, carmelitas, franciscanos, dominicanos entre outros) e retomada dos bens por falta de quem os titularizassem (ENDRES, 1980, p. 136-138).

O que Doralice Satyro Maia, por sua vez registra após a independência do Brasil, período em que noutros países processos violentos de desamortização aconteciam na Europa e América Latina, foi a busca de definição dos chamados “próprios nacionais”, os bens do Estado. Algumas normas no século XIX, antes da “Lei de Terras” de 1850, procuravam definir esse acervo, e ao fazê-lo, separar o que era da Igreja e do Estado. Nessa busca, os documentos mostram um Decreto do Ministério da Fazenda de 7 de novembro de 1827 que “ordena a remessa de uma relação de todas as propriedades nacionais”. A autora afirma que apesar de não ter havido um processo de desamortização de bens eclesiásticos como o ocorrido na Espanha encontra uma “Decisão n. 324 do Ministério da Fazenda em 4 de Julho

¹¹³ As concessões de sesmarias que em solo português metropolitano se vinculava à produção agrária, no Brasil era também para mera ocupação, que Wheling e Wheling (2005) distingue da expansão territorial colonial. Para a expansão o latifúndio pecuarista serviu, não a sesmaria.

de 1837 que trata da incorporação nos “Proprios Nacionaes de huma capella vaga e explicando o processo de seguirse em taes casos” (MAIA, 2012). As “capelas” eram um forma oficiosa de doação de terras para construção de oratórios e criação de benefício de sustentação do culto que depois receberiam a denominação, por antonomásia.

O impacto das legislações protetivas dos “bens nacionais” teve seus efeitos nas cidades, apesar de não dizer respeito especificamente ao espaço urbano. O poder do Estado nacional se manifestava mais ostensivamente em suas cidades, quando se sobressaiu o lugar político e jurídico da “capital” e onde era grande a influencia da Igreja:

Pelo exposto, a legislação nacional seja a espanhola, seja a brasileira confirma o projeto de solidificação do Estado Nacional. A relação com a Igreja dá-se de forma diversa tratando-se de uma e de outra nação, porém, em ambas prevalece o interesse por se definir e proteger os bens nacionais, diminuir o poder eclesiástico e também regulamentar e definir a propriedade privada. (MAIA, 2012).

O protagonismo da Igreja na formação de povoações já foi devidamente confirmado, tanto no caso brasileiro como dos vizinhos países, embora a colonização espanhola tenha gerado cidades mais reguladas pela ação urbanística do Estado. Mas no Brasil “O patrimônio religioso decidiu o nascimento dum sem-número de povoações no litoral e nos vastos Sertões” (MARX, 1991, p 14). Então pressões pela desvinculação de terras afetariam indiretamente a Igreja, mas foram quase inexistentes no Brasil, repita-se, pela inefetividade das leis referente à propriedade. Um emaranhado de leis e costumes do período colonial (WHELING; WHELING, 2005, p. 34) em que permanecia como padrão a propriedade limitada administrativamente, a sesmaria, sendo a enfiteuse ao lado do arrendamento uma prática de concessão de solo sesmarial (WHELING; WHELING, 2005, p. 198).

Murilo Marx, em outra obra, reforça a ligação entre Igreja e as cidades no Brasil, a configuração simbólica e ordenação do espaço urbano, sem entrar na discussão patrimonial: “Nosso prisma atenta para a correlação entre as instituições e as diretrizes para o despontar e o transformar-se dos estabelecimentos urbanos no Brasil. Voltou-se para uma presença poderosa e prolongada, a da Igreja, até bem pouco tempo, unida ao Estado”. (MARX, 2003, p. 13). A essa presença ordenadora, soma-se outra posição de ordem jurídica: a Igreja titularizava o “Patrimônio” em geral fundiário que era constituído em nome do santo padroeiro do novo pequeno templo, do seu orago ou invocação. Daí, como chamou a atenção Pierre Deffontaines, a usual denominação de ‘capela’” (MARX, 1991, p. 39), que antes que fosse a construção em si mesma, a “capela” era a prática de uma cessão mais ou menos extensa de terras, para sediar um Oratório com condições litúrgicas. As rendas próprias

garantiam os serviços religiosos regulares ou autorizados: batismo, confissões, missas, casamentos etc.

Nos estudos de Fania Fridman, a Igreja Católica, por suas Ordens e Irmandades atuou decisivamente na produção do espaço urbano do Rio de Janeiro, pelo poder que exercia e a irradiação de sua presença no cotidiano da cidade nos séculos XVI e XVII. Os referenciais diários da população eram ditados pela proximidade dos religiosos protagonistas de vários melhoramentos urbanos e sociais no Rio de Janeiro: habitação, saúde, agricultura e abastecimento, cultura e lazer, previdência e assistência, além dos atos litúrgicos “Ao descrever o patrimônio religioso, estabelecemos relações com os marcos referenciais citadinos, pois discutimos a hipótese da acumulação da propriedade ‘santa’ como um importante vetor da expansão e valorização do solo urbano” (FRIDMAN, 1999, p. 15).

A desamortização do patrimônio beneditino, que Fridman trabalha especificamente, deu-se por venda, iniciativa dos próprios religiosos, quando o baixo valor dos foros tornou mais vantajosa a alienação pura e simples, processo que se completou por volta de 1930. Mas a autora registra que antes disso “A animosidade contra a propriedade clerical foi abrandada com a proclamação da República, quando a Igreja se separou do Estado e as ordens religiosas transformaram-se em sociedade administradoras de seus bens.” (FRIDMAN, 1999, p. 74). Ou seja, os patrimônios eclesiásticos “incomodavam” pela inércia, provavelmente na gestão documental, mais pela acomodação gerada pelo “padroado” do que por se opor aos interesses da população. Quando a República consolidou os bens eclesiásticos, dando plenos poderes de administração à Igreja, segundo Fridman, as celeumas diminuíram o que situa o foco do conflito não na existência dessas propriedades, mas na sua gestão e acessibilidade.

O lugar jurídico da Igreja na ordenação do espaço urbano no Brasil colonial tem uma ligação quase que direta com a tradição medieval de Portugal e Espanha, que continuaram aqui no Brasil e América latina práticas administrativas de doação. Apesar do fato de na conquista e colonização o protagonismo dos Estados ibéricos já acenar para a modernidade política que a Paz de Vestfália de 1648 havia consagrado para as relações internacionais: a indispensável centralidade do Estado. Assim a Igreja fazia parte da expansão colonial, ainda que com tensões e polêmicas em todo processo. Ela representava aí, como na Idade Média, o espaço ou esfera pública incipiente, era a expressão da sociedade colonial.

Nelson Saldanha procurando fazer uma “história dos espaços” de situar o poder social em relação com as dimensões do “viver” e as distinções entre o público e o privado, centra na cidade espaço de liberdade. Numa passagem sobre a qualidade pública desse espaço, diz “Observam alguns autores que na vigência do feudalismo no Ocidente, ou seja, durante a

chamada Idade Média, predominaram as estruturas privadas. Garcia-Pelayo chegou a dizer que naquele tempo somente a Igreja possuía um caráter público.” (SALDANHA, 1983, p. 111). A dicotomia que o autor faz entre o “jardim e a praça” guarda uma analogia com outra que fará Murillo Marx, entre o solo sagrado e o profano nas cidades brasileiras, simbólica e juridicamente vinculadas ao religioso enquanto sentimento e instituição eclesiástica, pelo nome dos logradouros, mas também pelo regime jurídico de propriedade, o aforamento.

Para Murillo Marx o festivo e celebrativo eram a dimensão do público na cidade e a religião “simbolizava” fortemente a cidade, no que foi substituída pelo Estado e a regulação “profana” dos espaços urbanos, mudança de nomes de ruas e retiradas de símbolos religiosos e troca dos mesmos por monumentos civis e militares. A secularização jurídica da terra caminhava em paralelo e simultaneamente à retração da dimensão simbólica religiosa sobre os espaços públicos urbanos. (MARX, 2003).

A dicotomia público-privado não era tão nítida no período em foco colonial-feudal, mas a cidade será crescentemente o espaço de disputa entre o novo Estado nacional e a Igreja, aquele tinha um projeto político para as cidades, procuravam intervir na organização mercantil e capitalista desse espaço: “Tais determinações eram condicionantes para a constituição do Estado Moderno, como também para a regulamentação de um mercado insurgente: o mercado imobiliário.” (MAIA, 2012) O aparecimento e fortalecimento do Mercado de terras são decisivos para entender os movimentos de desamortização no século XIX, principalmente.

No Brasil, nem o nascente mercado de terras que ganha sua regulação com a Lei de Terras, impediu o prosseguimento das práticas jurídicas de vinculação do solo. Nilson Ghirardello afirma uma excentricidade nos negócios com o solo urbano: a “amortização” da terra por particulares, de forma acidental e meramente formal. Segundo ele, no início do século XX, o modelo da enfiteuse era tão presente que mesmo sem menção expressa nos documentos de doação, tal vínculo real era automático entre a “Fábrica” (administração do Patrimônio eclesiástico nas diversas cidades) e os moradores que formavam as povoações junto às linhas de ferro que cortaram o Estado de São Paulo, onde ele situa sua pesquisa:

Percebe-se que o sistema de doação para enfiteuse era tão arraigado, até então, que mesmo o doador deixando expresso por diversas vezes que a doação não era para fins de aforamento, e que nada além do valor de venda deveria ser cobrado dos futuros adquirentes, trata-os sintomaticamente de “emphitheutas”, quando o termo correto seria simplesmente “compradores”. (GHIRARDELLO, 2002, p. 146).

Pode-se nesse ponto afirmar que no caso brasileiro, não houve um processo desamortizador de terras por ausência de vários fatores entre os quais, o fato do solo urbano onde a presença reguladora e capilar da Igreja era muito mais sentida que no meio rural, manter-se num misto de espontaneidade de ocupação e mínimo de exigências formais. A ereção de varias cidades sobre a propriedade “santa” (expressão de Fânia Fridman) e a proximidade afetiva e efetiva do religioso no cotidiano, mantiveram o solo urbano relativamente longe do mercado imobiliário, ou este era diretamente exercido pelos senhorios eclesiásticos nas vendas, aluguéis, arrendamentos e aforamentos.

Para Ivan Manoel, em vez de desamortização, acontecia no Brasil a amortização (termo não usado pelo autor citado), em pleno século XX, processo inverso ao europeu (transferência de bens da Igreja para o Estado e a nascente burguesia apoiadora do Estado liberal). Eram frequentes as doações para a Igreja: “O hábito de latifundiários doarem terras para a Igreja Católica, sobre as quais foram fundadas cidades e as quais se constituíam fontes de rendas para a instituição católica na forma de enfiteuses e aforamentos” (MANOEL, 1997, p. 70-71). E isso já em plena República.

Talvez ainda a não existência de um processo de desamortização de terras privadas tenha se dado pelo interesse do Estado nos bens em confusa titularidade com a Coroa. As doações de imóveis dentro do regime de benefícios eclesiásticos e do padroado e que não tiveram plena utilização e, sobretudo, a imensidão de terras devolutas, desviaram o olhar quanto aos bens dominicais da Igreja. A palavra de ordem no período pós-independência e regencial, era a formação dos chamados “próprios nacionais” como já se tratou.

Na segunda metade do século XIX, logo após a Lei de Terras, a atenção do Estado voltou-se para as terras indígenas, desamortizadas e incorporadas ao estoque de terras devolutas e postas à venda. A “cidadanização” e “nacionalização” dos índios e a desamortização de suas terras é tema de interessante pesquisa de Vânia Maria Losada Moreira comparando os casos brasileiro e mexicano, ambos nos anos de 1850:

A desamortização das terras dos índios, deslançada em ritmo firme com a promulgação da Lei de Terras de 1850, dos seus regulamentos, em 1854, e de uma série de avisos e leis complementares, cujo objetivo precípuo era o de acabar com o domínio e o uso comum sobre várias terras que eles possuíam na forma de sesmarias, missões, aldeamentos, compras e doações. (MOREIRA, 2013, p. 69).

Com essa enorme extensão de terras “devolutas” incorporada ao estoque de terras nacionais, as terras da Igreja e dos “elementos reinóis” (portugueses) passou da Monarquia para República sem grandes alterações. Além disso, se favoreceu à Igreja com a consolidação

de sua autonomia na administração dos próprios bens pela sua separação do Estado, sem perda dos bens já devidamente separados do sistema de benefícios do padroado do período imperial.

Ademais no Brasil, havia a grande propriedade, mas não se teve aqui uma mentalidade feudal com rígidas hierarquias sociais e privilégios hereditários formais, conforme atesta acertadamente Holanda (2004, p. 35). A propriedade de tipo “senhorial” não predominou sobre dois aspectos que foram dominantes: o latifúndio e os altos capitais envolvidos na monocultura de exportação, o que inclui a propriedade escrava. Aqui não predominou a propriedade como mera fonte de renda para uma classe de senhores cortesãos e cidadão, cenário de Portugal e Espanha no período, para ficar em dois países mais próximos culturalmente. Nestes, os arrendamentos e subarrendamentos, as enfiteuses e uma sucessão de subenfiteuses, acirrava a disputa pela renda da terra e a oneração dos produtores na base da cadeia.

As tensões entre Igreja, Estado e sociedade no período colonial eram mais de corte pontual (escravidão indígena, violência dos colonos, devassidão dos costumes, questão maçônica, etc) do que propriamente disputas de modelos políticos que pudessem se alternar, produzir rupturas institucionais.

O solo urbano brasileiro é afetado pela informalidade e falta de regularização não raro em decorrência do custo proibitivo. A secularização da sociedade, como bem registra Marx (1991; 2003) tem seus efeitos imediatos no cotidiano das cidades, na mudança da simbologia religiosa e para outra de caráter mais cívico e laical. No entanto, seja a paisagem urbana, seja o histórico fundiário de origem da cidade, a propriedade amortizada para fins de fixação propiciou, com a estabilidade da população sob a titularidade da “propriedade santa” (FRIDMAN, 1999), as condições necessárias à formação urbana.

Se no plano histórico, dos eventos, não houve no Brasil um processo de desamortização, no plano das ideias jurídicas e abstrações doutrinárias, no entanto, há uma forte corrente desamortizadora. A influência da literatura jurídica estrangeira faz veicular ideias abolicionistas: "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" (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 179). Nos países de industrialização tardia, a terra era a riqueza que se queria circulando, “mercadoria” concentrada pelos agentes econômicos mais exitosos na acumulação e circulação de capitais.

Orlando Gomes trata do instituto basicamente acentuando de modo analítico os elementos constantes do Código Civil de 1916, ainda em vigor para o caso das atuais enfiteuses. O autor afirma a unidade do domínio formalmente para o senhorio ou detentor do domínio direto ou eminente. Ele não reconhece a dualidade de domínios, a enfiteuse tratando-se de *jura in re aliena*.¹¹⁴ Essa observação válida ainda que parcialmente para as enfiteuses públicas, pela forte presença administrativa do Estado, parece de realismo no caso das enfiteuses privadas e eclesiásticas onde o *animus domini* é praticamente inexistente em face às centenas ou milhares de foreiros numa área urbana enfiteutizada.

A enfiteuse é para Orlando Gomes “de escassa utilização, principalmente nos países em que a terra está parcelada em pequenas propriedades. Subsiste, porém, naqueles que contam ainda com terras inexploradas, embora seja escassa a constituição de novos aforamentos” (GOMES, 2001, p. 266). Um instituto em desuso enfim.

Hely Lopes Meirelles, mirando as terras públicas e seu emprego para fomento, diz: “Sempre acentuamos a inutilidade do regime enfiteutico e a sua inconveniência mesmo na prática administrativa. Muitos Estados já o excluíram de suas leis, e os que o conservam não tinham razões ponderáveis para a sua subsistência” (MEIRELLES, 2005, p. 516). Para o doutrinador “O aforamento é uma velharia que bem merecia desaparecer de nossa legislação, e, principalmente, da prática administrativa.” (MEIRELLES, 2005, p. 516). Em simples análise a invectiva doutrinária desamortizadora é contra as enfiteuses pública e privadas, que apesar das distinções entre elas em vista da proteção dos bens públicos na Constituição e na legislação, num país onde a apropriação privada do que é público é uma marca ignóbil, são uma unidade jurídica.

Outros autores como Joaquim Modesto Pinto Jr parte da tese de serem originalmente as terras brasileiras “públicas” (Coroa e Ordem de Cristo), passando por sucessivos processos de privatização (PINTO JUNIOR, 2012, p. 194). É certo que o conceito de “público” não era no antigo Reino Português aquele “estatal” de hoje (também). Para isso basta ver Lei de 26 de junho de 1375 citada pelo autor em que Rei determinava que se as terras aforadas, próprias ou emprazadas se não fosse lavradas, posta em benefício e aproveitamento “devem perdê-las para o comum, a que serão aplicadas para sempre, devendo arrecadar-se o seu rendimento a benefício comum, em cujo território forem situadas” (PINTO JUNIOR, 2012, p. 194-195).

¹¹⁴ Digna de crítica é a desconsideração básica do fato econômico, pelos juristas: a imensa assimetria entre o valor de mercado (crescente) do “domínio útil”, a parte aforada, contra o “domínio direto” que sequer tem valor de mercado. Há, pois uma desconsideração da natureza fática e “situada” da questão enfiteutica.

Assim, uma das linhas de argumentação jurídico-histórica justificadora da desamortização das vinculações sobre a propriedade caso das enfiteuses privadas é a titularidade “público-estatal” originária das terras de “propriedade imperfeita”. Estas em geral decorrentes do caos fundiário pela má regulação no período sesmarial quando as terras eram concedidas pelo poder público. Após esse período o caos fundiário teve outro fator:

[...] de 1822 e 1850 vivenciou o “*império (áureo) da posse*” pois esse fenômeno fático-jurídico passou a constituir-se no único mecanismo para aquisição de pretensões dominiais, ocorrendo então um grande impulso nas ações individuais ou coletivas de colonização espontânea. Constituindo-se paulatinamente um sistema não oficial caracterizado pela simples ocupação. (PINTO JÚNIOR, 2012, p. 199).

Por essa linha de raciocínio, as propriedades que não se enquadram no formato do registro formal, exclusivo e individualizante da titularidade, estariam remetidas pela Lei de Terras de 1850 à plena dominialidade pública, ainda que entes privados se apresentem como *dominus*. A consequência jurídica disso é a adjudicação de todo território nacional à propriedade pública na origem e que esta sendo alienada por concessões de diversos tipos (doações, sesmarias, datas, capelas etc) permanecia o Poder Público como “senhorio”. As enfiteuses privadas então, na verdade, por esse raciocínio seriam “subenfiteuses” dentro de um regime mais amplo, o sesmarial.

Esse argumento tem caráter desamortizador ao devolver para o Estado a titularidade original da terra, conjugando-lhe o poder de *Imperium* com o de *Dominium* que concentra a gestão dos bens comuns assinalados na Lei das Sesmarias de 1375. Nesse ponto a tese jurídica da propriedade pública originária de todo território nacional carece de suporte numa teoria do Estado que justificasse uma continuidade entre o Estado português (e sua legislação sesmarial) e as terras “descobertas”. Ademais, os direitos territoriais das populações originárias desautorizam a concentração de titularidade de tipo dominial e público-estatal de todo o território, constituído de “terras devolutas” ou a elas equiparadas¹¹⁵.

Disso trata o trabalho de Moreira (2013) retromencionado no item 3. Não poderiam os territórios indígenas serem considerados “propriedade imperfeitas” assim definidas por um formato jurídico muito posterior, o do direito liberal. Por outro lado, não há como negar que o

¹¹⁵ A tese de Schmitt (2014) da propriedade eminente do Estado é no recorte do direito “das gentes” europeu, demonstra uma proximidade do duplo domínio do direito privado (enfiteuse) e o modelo de soberania moderno. A semi-soberania feudal da concepção alemã de *Herrschaft* com identidade entre *Grunherr* e *Landherr* (BRUNNER, 1992, p. 204) se distancia da tese de Schmitt.

impulso colonizador foi legitimado e mais que isso, patrocinado pela Coroa portuguesa, sendo dela e do “Mestrado de Cristo”¹¹⁶ as terras “descobertas”.

Delimitando o fenômeno da desamortização no Brasil e sua relação com a enfiteuse (relação de continência, esta se insere naquela, movimento mais amplo) no domínio normativo, âmbito de vigência das normas, pode-se demarcar em 4 aspectos a sua ocorrência: O Código Civil de 1916, o STF com as súmulas 122¹¹⁷, 169¹¹⁸ e 170¹¹⁹, as o Código Civil de 1916, que ao regular a enfiteuse detalhadamente facilitou o resgate. Esses pontos serão abordados detalhadamente no capítulo 4 seguinte.

Outra vertente da mentalidade desamortizadora, considerando que esse fenômeno ocorre no Brasil de forma sutil pode ser diagnosticada nos intensos debates constituintes em preparação da Constituição de 1988 na Subcomissão Temática da Questão Urbana e Transporte. Esta vertente será desenvolvida neste tópico da pesquisa.

Durante os trabalhos da Assembléia as posições dos parlamentares constituintes manejavam os argumentos que iam do enfrentamento dos resquícios coloniais e imperiais de privilégios jurídicos remanescentes até insustentável limitação aos terrenos já edificados na faixa de marinha. Manuel Figueiredo de Castro (1987, p. 4) em artigo intitulado “A extinção da enfiteuse em benefício de muitos” assume a autoria do texto do Anteprojeto submetido à Subcomissão da Questão Urbana e Transporte em que previa a extinção geral, inclusive das enfiteuses públicas e em faixa de marinha. A Deputada constituinte Myriam Portella reagiu com o artigo “A extinção da enfiteuse ajuda aos especuladores” na mesma página do jornal.

Sob a manchete “O Instituto da enfiteuse deve acabar?” a Deputada constituinte Anna Maria Rattes (1987) completou com o subtítulo “anacrônico e injusto”, atacando a manutenção da enfiteuse no Brasil. Ressalvou as enfiteuses eclesiásticas e das entidades beneficentes, mas atacou os privilégios quase-tributários da família imperial em Petrópolis, cidade onde o marido fora prefeito. Em resposta, o Deputado Cunha Bueno na mesma página, acresceu a sua réplica com o subtítulo: “Estranha prioridade” e defendeu a manutenção da enfiteuse como instrumento de democratização do solo urbano e rural.

Por fim, no cenário da querela jornalística, se assistiu a mudança de posições nos debates constituintes, entre o registro da matéria “Família real poderá perder benefícios

¹¹⁶ Há um registro inverso: é o Papa Julio III que na bula *Praeclara carissimi* de 1551 quem confirma o “patronato” das terras descobertas aos monarcas portugueses como Grãos Mestres da Ordem de Cristo (HOLANDA, 2004, p.118). As relações entre Papado e Coroa complicam a questão.

¹¹⁷ Súmula 122: “O enfiteuta pode purgar a mora enquanto não decretado o comisso por sentença.” (13/12/1963)

¹¹⁸ Súmula 169 “Depende de sentença a aplicação da pena de comisso.” (13/2/1963)

¹¹⁹ Súmula 170: “É resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil”.(13/12/1963)

enfiteuse só deve ser cobrada pela marinha, afirma Ulysses de Oliveira”, n’O Globo, de 13 maio de 1987, até a solução do impasse, quando o Jornal do Brasil de 24 junho de 1988 publicou a matéria “Plenário mantém privilégio da igreja e família real”, mencionando a família dos ex-monarcas e mais “outras três” beneficiárias, além da Igreja. Os acertos redacionais aconteceram nas fases finais de redação.

Nesse caso, as inovações do artigo 49 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias e do artigo 2.038 do Código Civil realçara de um colorido normativo mais explícito o que em surdina ou de forma bem consensual e pactuada vinha ocorrendo: o caso das enfiteuses urbanas, por simples desuso do instituto e desídia dos senhorios quanto as enfiteuses já constituídas. O debate desse tema na constituinte, envolto em muita polêmica revelou sim a indícios de uma filiação ideológica dos discursos com as desamortizações liberais dos séculos XVIII e XIX.

No Anteprojeto do Relator, o Deputado José Ulysses de Oliveira, nas fases iniciais das Subcomissões (Fases A até H) o texto que foi proposto para a fase seguinte da “sistematização” foi: “Art. 24 – Fica extinto o Instituto da Enfiteuse, bem como os direitos e obrigações dela decorrentes em imóveis urbanos públicos e de pessoas físicas e jurídicas de direito privado, adquirindo o enfiteuta, sem ônus, o pleno domínio da propriedade”¹²⁰.

A intervenção do Dep. Noel de Carvalho do PDT/RJ é emblemática:

Os anteprojeto de Códigos Civil, elaborados pelos maiores civilistas brasileiros, como Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Reale, têm propugnado, à unanimidade, a extinção da enfiteuse por tratar-se de instituto anacrônico, desvestido de qualquer função social e, por isso, fonte de conflitos e perplexidades, perturbadoras da ordem jurídica. No Brasil o aforamento assumiu, com o tempo, feição de privilégio odioso e feudal, ao arrepio de sua primitiva destinação social, o que justifica a sua extinção¹²¹.

Por esse texto se teria repetido no Brasil o que a Constituição Portuguesa de 1976 fizera, a extinção pura e simples e sem indenização. Interessante foi que esse tema polêmico na constituinte não registrou nenhuma audiência pública. Nem se localizou nas buscas, a origem do texto do Anteprojeto quem e porque o propôs. Ainda na Fase E de “Emenda ao Anteprojeto”, o Dep. Cunha Bueno PDS/SP) assim advertia:

¹²⁰ Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte nessa questão estão no sitio da Câmara dos Deputados – Centro de Documentação e Informação (CEDI) – Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação – Corpi. BRASIL (s/d).

¹²¹ Brasil (s/d), intervenção na Fase “B – Emenda ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão”.

As Santas-Casas e inúmeros estabelecimentos beneficentes, espalhados pelo país, têm na enfiteuse fonte de receita que as ajuda no desempenho de seus encargos. Os enfiteutas raramente fazem parte das camadas populares, uma vez que as áreas que receberam em regime de enfiteuse, valorizaram-se, através do tempo, a partir da data remota em que foi constituído o regime em apreço. Assim, muitas vezes, a assistência do Poder Público, em numerosos casos, deveria ter como alvo o “senhorio” e não o foreiro ou enfiteuta. Há ainda os casos em que imóveis submetidos a regime enfiteuta, foram objeto de transação entre o senhorio e poderosas empresas imobiliárias, que transferem a adquirentes de grandes posses responsabilidade do “foro” e do “laudêmio”. Seria equívoco imaginar que o enfiteuta é a parte fraca ou carente e como tal merecedora do tratamento favorecido que o artigo 6º deseja lhe conceder.

O Deputado Cunha Bueno se referia ao fato de que as enfiteuses questionadas se localizavam em terras urbanas não dedicadas às expansões habitacionais, mas em geral nas áreas já consolidadas de ocupação e sob o forte interesse de empresas imobiliárias e construtoras poderosas. A Igreja seria a parte carente no embate com esse poderoso grupo de forte influencia na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88.

Na Comissão de Sistematização, o texto votado ao final foi pela extinção, com aquisição dos domínios diretos pelos enfiteutas (antes, sem ônus, agora a aquisição com ônus). Na fase de “Plenário” assim chegou “Art. 37. Fica extinto o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros a remissão dos imóveis existentes, mediante a aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos”. Com a Emenda Substitutiva do “Centrão”, a redação foi alterada para o atual artigo 49, no qual: se delegou a lei ordinária deliberar o tema, a aquisição do domínio direto é facultativo ao foreiro, a extinção da enfiteuse é condicionada à lei ordinária, a remissão é onerosa.

As posições moderadas, tendentes a defender as enfiteuses públicas e algumas das privadas, eram de parlamentares constituintes como Cunha Bueno (PDS/SP), Luis Roberto Ponte (PMDB/RS), Roberto Freire (PCB/PE), numa fase inicial alertou para o texto que extinguiu as enfiteuses públicas, dentre outros.

O dep. Sérgio Naya, (PMDB/MG) foi outro constituinte que insistiu na inadequação do instituto e pedia sua extinção. Sergio Naya foi incorporador imobiliário dos edifícios Palace I e Palace II que desabaram no Rio de Janeiro, representa o poderoso grupo de enfiteutas, descrito pelo também dep. Cunha Bueno. Assim pugnava Naya contra as enfiteuses públicas e privadas, na Fase G – Emendas ao Substitutivo do Relator da Comissão: “Entendemos ser o Instituto – enfiteuse - já ultrapassado, sem nenhum sentido prático. (vem do Império). Não é justo que todo cidadão pague essa taxa sobre o imóvel com objetivo maior de aliviar os cofres de Dom João, Dom Pedro, especialmente em Petrópolis.”

Ao final, na fase U, já de Plenário, falhou uma última tentativa do Deputado Lysaneas Maciel e Ruy Nedel de manter apenas as enfiteuses públicas nas áreas “de marinha”. A votação final sobre o tema, no dia 16 de setembro de 1988, aprovou a proposta da Deputada Sandra Cavalcanti, que manteve o texto do Centrão e o atual dos ADCT artigo 49, com a votação de 244 votos a favor e 159 contra.

O texto aprovado é um híbrido jurídico, reforça e fragiliza aspectos diversos das enfiteuses públicas e privadas. Separa a modalidade rural¹²² da urbana, reforça as enfiteuses públicas e onera os enfiteutas “não contratuais” com o percentual de resgate das enfiteuses públicas (alterado em 1998 para 17% do valor real da propriedade plena). Mas é pode ser um avanço se interpretado à luz da proteção constitucional à moradia (artigo 6º) que consiste numa espécie de amortização social do imóvel de residência da família, conforme a Lei 8.009/1990. Mas constituiu-se numa piora da situação jurídica dos enfiteutas urbanos da União, principalmente.

Em que pesem opiniões de juristas abalizados e contrários à extinção da enfiteuse como a de Aronne (2001, p. 269) “É incompreensível o pudor do Projeto [do novo Código Civil] com o aforamento, em que um excluíria o outro, chegando a vedar novas constituições de enfiteuses. projeto legislativo codificador, que aponta a contramão da história” o *main stream* liberal prevaleceu na legislação. A prevalência dessa visão liberal está no entanto em conformidade com a necessidade de segurança jurídica no quadro generalizado de ilegalidades e irregularidades fundiárias, como a garantia mínima.

A vedação de novas enfiteuses no Código Civil que praticamente renunciou normatizar por completo o tema e o texto ambíguo do artigo 49 dos ADCT favoreceu uma desamortização discricionária, pela via judicial, ou simplesmente acena para um retorno de um regime de posses na área urbana, um incremento à propriedade irregular. A mentalidade jurídica nacional, que se pode acertadamente chamar de senso comum teórico dos juristas, no tocante a essa questão, é de desamortização, ainda que o custo social e econômico do resgate ou da judicialização do problema sejam altos para a população.

No quesito da segurança jurídica da propriedade imobiliária, o panorama de irregularidade formal e manutenção de um estado de fato de apossamento vem grande parte do desencontro entre a realidade e o conjunto normativo.

¹²² Na Assembleia Constituinte brasileira se optou por não tratar as enfiteuses rurais, envolvido o tema nas polêmicas da propriedade agrária, do latifúndio e reforma agrária, e a ação do chamado “Centrão” que impediu a deliberação nos termos mais “avançados” das propostas vinda das relatorias.

Atualmente são vários projetos de lei Câmara dos Deputados e do Senado da República visando efeitos sobre as enfiteuses publicas de caráter desamortizador, que vão desde a extinção pura e simples com perda patrimonial para a União, até a transferência da gestão desses patrimônios para os municípios ou a regularização dos adquirentes. Reafirme-se as características geográficas e urbanísticas dos “terrenos de marinha”: área muito valorizadas do litoral brasileiro densamente povoadas e objeto de grandes interesses econômicos (turismo, hotelaria, portos, loteamentos costeiro etc).

Uma Audiência Pública aconteceu na Câmara dos Deputados, em 5 de abril de 2006, por ocasião da discussão do Proposta de Emenda à Constituição nº 603/98. Esta busca revogar o §3º do artigo 49 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, excluindo a aplicação da enfiteuse nos terrenos de marinha. Essa proposta da Deputada Laura Carneiro, do Rio de Janeiro, se junta a outras em curso no Congresso Nacional. Nessa audiência, os parlamentares, confundiam os “terrenos e marinha”, uma realidade fitogeográfica, com bens de propriedade da Marinha do Brasil e manifestavam seu desagrado. A Deputada Laura Carneiro, entrando na audiência registra a seguinte fala:

É muito simples. Vou dar um exemplo. Vocês imaginem que imóveis situados na Rua Barata Ribeiro, em Copacabana, pagam foro. O mangue paga foro de terrenos de marinha. O mangue! Quando se vai para a rodoviária, passamos por terrenos que pagam foro. Mas os prédios novos da Sernambetiba não pagam foro. Então, é uma absoluta falta de respeito com a população. E para quê? Se medissem que isso resolveria o problema da Marinha, tudo bem. Mas o fato é que não resolve. Falo isso porque apresento todas as emendas da Marinha na Comissão de Orçamento. Portanto, não serve para nada. Não resolve o problema da Marinha. O dinheiro nem vai para lá. Deveria ir, mas não vai. O dinheiro - 114 milhões - não resolve o problema de ninguém; sequer é destinado a obras. Mas inviabiliza muita coisa, como venda de imóveis, porque muitos efetivamente não têm como pagar 5% para a União. Quando fiz a emenda, a idéia foi não mexer com a Igreja. Se eu começar a mexer com o laudêmio, não vou aprovar isso nunca! (BRASIL, 2006, p. 16).

Sebastião Carneiro da ANTAQ – Agencia Nacional de Transporte Aquaviário - ouvido naquela Audiência Pública adverte “Esta é uma situação que também precisa ser analisada com muito cuidado, principalmente em algumas áreas onde populações pobres ocupam terreno de marinha (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006, p. 7). O problema da “gentrificação” dos espaços urbanos ou rurais atingidos pela valorização consiste na retirada das populações mais pobres e a auto-segregação dos mais bem aquinhoados social e economicamente.

Sebastião Carneiro continua: “É importante deixar claro que, no caso regime enfiteutico, existem críticas no sentido de ser um instituto muito antigo, de 2 séculos. Mas é importante dizer que nem tudo que é antigo é ruim” (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006, p. 10). A fala do representante técnico mais especializado que lida com as instalações e transportes portuários marítimos e fluviais, para quem a extinção da enfiteuse privaria a União de um patrimônio que posteriormente em caso de necessidade de uso, seria dispendioso readquirir.

As tentativas legislativas de Nesse sentido os Senadores Ricardo Ferraço (PMDB/ES) em 8/12/2011 na Comissão de infraestrutura e Serviços do Senado sobre os “Terrenos de Marinha”, Roberto Cavalcanti (PRB/PB) em 10/6/2009 atacou a burocracia “excessiva” e que esses terrenos ficassem com os municípios, Marcos Guerra (PSDB/ES) em 3/08/2004 propôs emenda a Constituição (PEC 40, de 1999), Paulo Hartung (PPS/ES) em 9/10/2000 defende projeto que municipaliza os terrenos de marinha. Em 2015 o Senador José Serra, de São Paulo, entrou como PLS – Projeto de Lei do Senado nº 342 para isentar os imóveis urbanos aforados à União do pagamento de laudêmios, foros e taxas. E 2011 o Senador Walter Pinheiro da Bahia, entrou com um PLS para regulamentar o artigo 49, §2º dos ADCT e transferir para os municípios os bens da União em terrenos de marinha. Atualmente duas PEC’s – Proposta de Emenda à Constituição tramitam em conjunto as de nº 53, de 2007 e nº 56 de 2009, ambas pugnando pela extinção das enfiteuses da União. (SICON, s/d).

Os projetos não têm prosperado em virtude de ficarem em pauta durante o mandato parlamentar, mas as proposições reiteradas mostram o grau de disputa no legislativo para privatizar, municipalizar e isentar de taxas os foreiros públicos.

A enfiteuse como forma jurídica complexa de propriedade está no epicentro do conflito fundiário urbano e rural que opõe que usa o solo efetivamente e que o titulariza, agentes sociais e econômicos vs. agentes políticos, não necessariamente neste binário. Os estragos do tempo, da história, no sistema jurídico decorre da duração e continuidade da propriedade imóvel e das relações sociais e jurídicas que sobre ela se fazem.

As três características estruturantes da enfiteuse, o *duplex dominium* (ou *dominium divisum*), a obrigação de melhorias, plantar ou edificar o solo, as *emponemata* e a longa duração ou perpetuidade do pacto a acoplam às variações da política proprietária em cada tempo histórico. Os conflitos caso das amortizações e desamortizações das revoluções liberais no Ocidente, negavam um extremo a que o instituto havia chegado.

Ou apenas tratavam de um rearranjo das elites dirigentes, não propriamente a ruptura de um padrão jurídico em definitivo. O caso francês de violenta oposição normativa à

propriedade vinculada, onerada e “feudal” por meio da forma enfiteutica é exemplo disso: extinta a enfiteuse no Código de Napoleão de 1804, volta pela via judicial em 1834 (Caso *Caquelard vs. Lemoine*). No caso brasileiro, o arranjo fundiário inconcluso chegou a Constituição e aos dias de hoje com a contestação de vínculos históricos sobre o solo urbano.

3 ENFITEUSE E DIREITO COMPARADO: (DES)CONTINUIDADES E MUTAÇÃO

A enfiteuse permanece presente, com algumas variações, em vários ordenamentos jurídicos, inclusive alguns bem inseridos na tradição do *Code* de Napoleão e seu artigo 530 de banimento da enfiteuse. O instituto permanece ora expressamente prevista na legislação (Espanha, Itália e Bélgica, por exemplo), também como direitos adquiridos e objetos de decisão judicial (Alemanha, Portugal, *i.e.*). No campo jus administrativo e do direito comunitário, a enfiteuse atravessa a legislação fiscal, tributária e de fomento econômico, caso das decisões da Comissão Europeia, adiante desenvolvidas.

A sobrevivência do instituto da enfiteuse tem vários motivos. O fato de a propriedade imóvel ser inconsumível e duradoura dá-lhe uma estabilidade que ultrapassa as mutações legislativas¹²³. Em especial quando estas ocorrem no contexto de lutas sociais e políticas muito intensas, o direito e *a fortiori* os de propriedade, tendem a frear no sentido da “mudança social normal”. Essa é caracterizada como contínua, fragmentária e gradual, sancionada pelo direito estatal (SANTOS, 2009, p. 176ss) que regula a mudança revolucionária de matiz emancipatório e utópico. Para Santos (2009, p. 177) esse modelo de regulação da mudança social normal é transnacional e assumido no sistema inter-estatal, como ilustra bem a cronologia das desamortizações fundiárias do século XIX tangidas pelo direito estatal liberal.

O próprio contexto de assunção de status científico do direito comparado no século XIX pressupunha um cosmopolitismo transfronteiriço e universalista (DIURNI; HENRICH, 2006, p. 4)¹²⁴. As legislações nacionais no contexto da Ilustração burguesa guardavam muitos pontos de semelhança, mas os autores ressalvam a insuficiência da comparação centrada unicamente nos textos legislativos, mas na elaboração doutrinária e judicial (DIURNI; HENRICH, 2006, p. 14) do direito. Identificam problemas iniciais de correspondência linguística no quesito da propriedade, em que não correspondem o *Eigentum* alemão, a *propriété* francesa e a palavra *property* do direito inglês (DIURNI; HENRICH, 2006, p. 11) a indicar a existência de um contexto além do linguístico a ser considerado, o desenho institucional.

Além disso, a proteção aos direitos individuais de herança, no contexto atual de predominância dos estados democráticos de direito, contribui para sobrevivência de resquícios de velhas formas jurídicas. O reconhecimento dos direitos civis, entre os quais o de sucessão

¹²³ Essa permanência incômoda de um eixo objetivo factual intangível invoca aquele conceito de “situação jurídica” de Torquato Castro, a insuficiência da formatação do direito exclusivamente como direitos subjetivos (CASTRO, 1985; GROSSI, 2006).

¹²⁴ Os autores não consideraram relevante a formação comum dos juristas europeus que Berman (2007) e Santos (2009) reputaram importante na escola de Bolonha.

hereditária e a proteção ao direito adquirido, a repersonalização do direito privado a partir do princípio normativo da dignidade da pessoa humana teve um efeito sistêmico sobre os direitos reais, por exemplo: de meramente patrimoniais e “disponíveis”, segundo uma analítica jurídica tradicional, passaram a ter a sua dimensão existencial reconhecida.

Outros aspectos da sobrevivência da enfiteuse, num exercício mais ousado de retrabalhar a densidade das categorias jurídicas e suposta atomicidade dos conceitos a separar uma das outras, é a mutação jurídica de enfiteuse em superfície, a tradução para o ambiente urbano da lógica enfiteutic¹²⁵. Nalgumas legislações, restringindo ou disciplinando os direitos reais, a enfiteuse e a superfície aparecem sob as mesmas disposições legais, como é o caso da Argentina (proibição da enfiteuse e superfície no artigo 2.614 do Código Civil Argentino), Bélgica e Canadá tratando dos dois institutos em conjunto nas suas disposições legais expressas.

Na França, a mais radical legislação levou à abolição da enfiteuse que a revolução classificava de odioso direito feudal na assembleia legislativa de 28 e 29 de agosto de 1792. Essa proibição vem sendo abrandada até a reintrodução da enfiteuse, numa hermenêutica de aproximação dos artigos 530 (abolicionista) e 533 (direitos de superfície) do Código Civil. O direito de superfície e enfiteuse juntos compõem um *tertium genus* que resolve as demandas que isoladas não atendiam: a separação dos direitos de propriedade e de edificação e a estabilidade da moradia, por exemplo¹²⁶.

Sem pretensões de ir além da ilustração dos casos e formas de sobrevivência da enfiteuse, um instituto complexo e versátil, elencam-se alguns ordenamentos jurídicos e a sua regulação interna e por fim a posição jurídica comunitária na União Européia. As ocorrências da enfiteuse (e assemelhados) na legislação e na jurisprudência de alguns países de maior proximidade e influência jurídica e cultural no Brasil sugerem uma abordagem em direito comparado, para efeito de ilustração da questão enfiteutic. O modo diverso de como as sociedades reagem às regras e institutos do direito e a efetividade delas na regulação jurídica interna (VICENTE, 2008, p. 39)¹²⁷. O Autor indica em meios a pluralidade de métodos que são compatíveis para situar o objeto da comparação, “três operações intelectuais distintas: a) delimitação do objeto a comparar, b) a análise dos termos a comparar; e c) a identificação,

¹²⁵ “Droits de superficie, droits de l'emphytéote et, d'une façon générale, droits des locataires à long terme, autant de droits réels latents qui réduisent le droit du propriétaire au profit de l'exploitant.” (MALAFOSSE, 1971, p. 88)

¹²⁶ No Brasil, ao contrário, a superfície foi reinserida no ordenamento para substituir a enfiteuse, o que se depreende da interpretação da ADCT, artigo 49 e o rol de direitos reais do novo Código Civil de 2002.

¹²⁷ O autor faz alusão a relação entre regras, instituições e as respectivas sociedades em termos de causalidade: causa *final* e *eficiente* sendo diferente de uma para outra essa relação. Cf. Vicente (2008).

numa síntese comparativa, das semelhanças e diferenças entre esses termos e das respectivas causas” (VICENTE, 2008, p. 43).

A delimitação indicada pautará o *nomem juris* do instituto na legislação e jurisprudência, a menção a textual da enfiteuse, nas variações que ela suporta como *bail emphyteotique* e *Long lease* e *Erbpacht* mais remotamente por incorporar os elementos centrais da lógica enfitêutica: longa duração, ampla extensão de direitos de propriedade, o duplo domínio (ou o reconhecimento de um outro titular eminente, ao menos) e as *emponemata* (melhoramento, utilização eficiente) no imóvel. As variações sofridas pela enfiteuse dada a ancestralidade do instituto e sua utilização em contextos culturais, jurídicos e geográficos muito díspares (de Bizâncio a Galícia, das metrópoles coloniais às colônias, do Egito à Escócia, etc) afetam quase centralmente o seu conceito, mas preservando algum daqueles elementos e não deixando desaparecer totalmente os demais¹²⁸.

A síntese comparativa para identificar as semelhanças e diferenças entre os termos e as respectivas causas extrapolam o objeto da presente tese, numa exigência mais apurada, mas é possível fixar-lhe os parâmetros comuns. As relações de poder sobre o território, a sua efetiva ocupação e eficiente uso para produção de riqueza agrícola passam pelo crivo da relação entre o *imperium* do Estado e seus entes satélites e os particulares proprietários. O balanço de forças entre esses polos e o peso das necessidades conjunturais decorrentes das expansões territoriais e sua consolidação, da escassez de bens e a pacificação social que um instituto jurídico produz, aparecem muito fortemente na questão enfitêutica.

3.1 França: supressão e reintrodução da enfiteuse

O retorno da enfiteuse na legislação francesa atual contrasta com a radicalidade do banimento do instituto no período revolucionário e mostra a resiliência e capacidade e adaptação da enfiteuse, mais ainda: a necessidade social do uso da propriedade pública e privada fora do mercado de imóveis. A política legislativa francesa torna-se assim emblemática para visualizar a complexidade da enfiteuse, cujas características ultrapassam as concreções e conceituações do direito positivo num determinado período da história do direito.

Nesse país, historicamente, a enfiteuse romana foi bastante alterada pela práticas feudais, sendo confundida mesmo com feudo (CLAVERO, 1982, p. 84; DEGENEFFE, 2003,

¹²⁸ Thibaud, Windscheid e a predominante doutrina e legislação alemã, negam o *dominium divisum*, a Argentina exclui a enfiteuse, mas reconhece o *dominium divisum*: Bélgica e França reconhecem a longa duração, mas não a vitaliciedade, o que será trabalhado ao longo deste ponto.

p. 164; VACCARI, 1965, p. 919). O direito de prelação (preferência) e de transmissão hereditária caiu em desuso para os enfiteutas, concentrando-se muitas prerrogativas no proprietário concedente (DEGENEFTE, 2003, p. 163-164; OURLIAC, MALAFOSSE, 1971, p. 178). Daí ter sido um alvo da Revolução de 1789.

A transformação da propriedade foi o “motor íntimo e o senso histórico” fundamental da Revolução, para Taine (MALAFOSSE, 1971, p. 171) e a abolição do feudalismo afetou centralmente a enfiteuse (VACCARI, 1965, p. 919) como um de seus mais odiosos aspectos. A Assembleia em 28 e 29 de agosto de 1792 determinou a extinção das enfiteuses na França e outras servidões feudais. O Código de Napoleão, de 1804 consagrou no seu artigo 530¹²⁹ o que viria ser o mote das desamortizações fundiárias e abolições das revoluções liberais do século XIX.

Apesar de apenas referir-se às rendas sobre a propriedade, encargos pessoais e contratuais, não o fato da titularidade mesmo, a supressão do termo enfiteuse, no contexto do positivismo exegético que se seguiria, foi decisivo para a onda desamortizadora. Inclusive situa-se o artigo 530 na seção dos “bens móveis”, o capítulo II do Livro II, de modo que a “supressão” foi mais efeito do acirramento da luta política do que previsão legal expressa no sentido da extinção. A não menção do *nomem juris* “emphyteose” no conjunto do *Code* operou sistemicamente a extinção do regime fundiário associado ao feudalismo. Esse silêncio foi interpretado estritamente pelo positivismo exegético-legal do período como supressão, associado ao dogma do *numerus clausus* dos direitos reais, monumento do direito liberal.

Esse princípio do *numerus clausus*, do rol fechado e estrito de direitos reais típicos, foi flexibilizado pela Corte de Cassação em 1834, no famoso caso *Caquelard v. Lemoine* no qual a Corte francesa decidiu pela “co-propriedade” entre os demandantes sem a previsão no *Code*. A Corte argumentou que os artigos 544, 546 e 522 do *Code* eram ilustrativos e não proibitivos (ROBILANT, 2014, p. 7). A “re-criação” da enfiteuse pelo Judiciário, era hipótese temida pelos revolucionários. A isso Robilant (2014) opõe a situação atual, sem risco ou condições de re-feudalização da sociedade, o que proporciona o retorno de institutos como a enfiteuse em alguns países.

Mas a quantidade e variedade de situações jurídicas de reintroduções da enfiteuse na legislação francesa é situação nova, antípoda daquela de 1804, quando o próprio termo foi banido. Em 25 de junho e 1902, com inserção dos artigos 937 a 950 do Código Rural

¹²⁹ Art. 530 Qualquer anuidade estabelecida em perpetuidade para o preço da venda de um edifício, ou como condição da venda para a consideração ou como um fundo de investimento imobiliário, é essencialmente resgatável. (trad. Nossa).

francês¹³⁰, a enfiteuse voltou a ter vida na França, após o “Code” ter silenciado sobre o mesmo (WEILL, 1974).

Em 16 de dezembro de 1964, foi a vez da reintrodução da enfiteuse como instrumento de política urbanística, o *bail emphyteotique*, de natureza contratual, não de direito real, apesar aparente inutilidade prática dessa distinção. Mas é uma forma de prevalecer o contrato como forma de radical separação entre “o mundo das coisas e das pessoas” que perpassa a ideia moderna e liberal de contrato (SUPIOT, 2007, p. 140). O mesmo autor critica essa separação e defende com base a etnologia de Mauss que o “espírito da coisa” a acompanha, ligando-a sempre ao seu originário proprietário (SUPIOT, 2007, p. 142), no caso, um titular proprietário que transcende o indivíduo, uma coletividade, uma instituição (Igreja) ou o Estado. A legislação francesa foi paulatinamente alterada para re-acomodar a enfiteuse.

A “Ordonance” nº 462, de 6 de maio de 2010, modificou o artigo 2.521 do *Code* para reinserir a enfiteuse em Mayotte, ampliando o rol de direitos reais. Já a “Ordonance” nº 346, de 23 de março de 2006 elencou dentre os bens hipotecáveis a enfiteuse, junto com o direito de superfície, criando o artigo 2.531 no Código¹³¹. No conjunto codificado francês a enfiteuse está presente atualmente no Código Civil (artigos 2.521 e 2.531 citados), Código Comercial (artigo L.145-3), Código Tributário (9 artigos), Código de “*domaine de l’Etat*” (4 artigos), Código geral da propriedade de pessoas públicas (12 artigos), Código geral das coletividades territoriais (8 artigos), Código rural e de pesca marítima (12 referencias), Código monetário e financeiro (2 artigos), Código de Saúde Pública (7 artigos), Código de Ação Social e das Famílias (Art. R314-86), Código de Urbanismo (2 artigos); Código de Construção e Habitação (17 artigos). As enfiteuses rurais e urbanas foram igualmente recepcionadas. O direito de superfície não é mencionado, foi subsumido no *bail emphyteotique* e no *bail à construction* (PERINET-MARQUET, 2009. p. 17). Mas o *bail à construction* introduzida nas operações urbanísticas pela lei de 16 de dezembro de 1964 é para Alex Weill uma nova variedade de enfiteuse (WEILL, 1974, p. 12).

O novo Código Florestal de 2012, no artigo R.312-18¹³², expressamente reconhece as enfiteuses privadas no licenciamento e plano de manejo de florestas, que na França só pode

¹³⁰ Que está revogado pelo novo Código Rural e de Pesca Marítima, que disciplinou as linhas metras do novo *bail emphyteotique* nos referidos artigos L 451-1 a L451-13, pela lei 366/2014. (FRANÇA, 2014).

¹³¹ Art. 2.531 Sont seuls susceptibles d'hypothèques:[...] 3° **L'emphytéose**, pendant le temps de sa durée 4° Le droit de superficie (**negrito nosso**). (FRANÇA, 2006).

¹³² “Art. R. 312-18. Pour l'application du présent titre, lorsque les bois et forêts sont grevés d'un droit réel de jouissance, notamment d'usufruit, **d'emphytéose** ou d'un droit d'usage ouvrant droit à l'exploitation de coupes, la présentation d'un plan simple de gestion, d'une demande d'autorisation de coupe ou d'un engagement de gérer ces bois et forêts conformément à un document de gestion durable, est réalisée conjointement par le propriétaire et le titulaire de ce droit réel.” (**negrito nosso**).

ser feito pelo enfiteuta e senhorio (*propriétaire e titulaire de ce droit réel*). Também alguns dispositivos do Código de Construção e Habitação, v.g o artigo R31-10-2 que prevê a cessão em regime de enfiteuse de prédios edificados ou não para restauro, melhoramento e terrenos para primeira edificação. Nesse caso o dispositivo estabelece um prazo definido contratualmente para a consolidação do domínio do mutuário. Também o Código de Desapropriações por Utilidade Pública, criado em 6 de novembro de 2104, reconhece os direitos de enfiteutas privados (*propriétaires*) e detentores e outros direitos reais nas desapropriações¹³³. São 3 artigos referentes ao direito de enfiteuse em face às ações de desapropriações fundiárias.

A preservação de patrimônio turístico na França levou também neste campo à reutilização da enfiteuse. Prédios de interesse histórico e cultural além de monumentos, são pela Lei nº 853, de 23 de julho de 2010, passíveis de incorporação em enfiteuse tendo o seu artigo 11 modificado o artigo L.2.341-1 do Código das Coletividades Territoriais (Municípios, ente público local, numa aproximada tradução) (PANZ, 2012). Esse Código traz minuciosa regulação do “*bail emphyteotique*” administrativo e ser manejado pelos “municípios”. A interpretação sistêmica tem ampliado em nível legislativo e regulamentar o emprego da enfiteuse, considerando que na técnica francesa de codificação, os dois níveis são igualmente codificados.

Já o Código de Construção e Habitação faz 17 menções à enfiteuse, reinserida na França a partir de 16 de dezembro de 1964 (WEILL, 1974, p. 11-12) como o *bail emphyteotique* de natureza contratual, mas de longa duração. Juntamente com o Código Rural e de Pesca Marítima, a conotação social da moradia e familiar do pacto de enfiteuse são dominantes, o que indica um distanciamento semântico do direito liberal de propriedade¹³⁴. Dos artigos 415-1 a 452-12, o Código Rural e de Pesca Marítima francês restabeleceu a enfiteuse como possibilidade de gestão de imóveis, sendo invocado seus dispositivos por outros códigos franceses. A previsão da enfiteuse (*baux emphyteotique*) do Código Rural e de Pesca Marítima francês é invocada expressamente pelo artigo L.6.148-2 do Código de Saúde

¹³³ Art. L311-2 Le propriétaire et l'usufruitier sont tenus d'appeler et de faire connaître à l'expropriant les fermiers, locataires, ceux qui ont des **droits d'emphytéose**, d'habitation ou d'usage et ceux qui peuvent réclamer des servitudes. **(negrito nosso)**.

¹³⁴ Emblemático é o único artigo referente à enfiteuse no Código Comercial, excepciona os efeitos do contrato enfiteutico (*bail*) no artigo Article L145-3, que diz: Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux baux emphytéotiques, sauf en ce qui concerne la révision du loyer. Toutefois, elles s'appliquent, dans les cas prévus aux articles L. 145-1 et L. 145-2, aux baux passés par les emphytéotes, sous réserve que la durée du renouvellement consenti à leurs sous-locataires n'ait pas pour effet de prolonger l'occupation des lieux au-delà de la date d'expiration du bail emphytéotique.” Os arrendamentos e locações industriais e comerciais são “contratos” (*baux*) com mais fluidez e não longos como a enfiteuse, em geral para fins sociais e administrativos, diverso daqueles comercialmente celebrados por empresas.

Pública para efeito de contratos de enfiteuse em prédios destinados a ações de saúde pública¹³⁵.

O artigo 451-2 do Código Rural e de Pesca, novamente alterada pela Lei 366, de 24 de março de 2014 reintroduziu a enfiteuse privada em imóveis residenciais para atender as necessidades de renda familiar, sem a previsão de transferência do domínio pleno para o enfiteuta. No *bail emphyteotique* público, solos das “coletividades territoriais”, os contratos desaguam regularmente na consolidação do domínio pleno, mas no caso, o bem enfiteutico retorna a família (no caso do menor sob tutela e curatela). A modalidade privada da enfiteuse está prevista também no Código de Construção e Habitação, artigo R31-10-2, alterado pelo recente Decreto nº 1.813, de 29 de dezembro de 2015. Neste dispositivo se prevê a enfiteuse privada para construção e melhoramento de habitações degradadas, mas também novas construções, desde que o “mutuário” tenha consolidado o domínio em prazo a ser definido contratualmente. Junto com aquela disposição do Código Florestal francês, em termos sistêmicos, a reintrodução da enfiteuse na França é fato consumado na sua legislação codificada.

No Código de Construção e Habitação, tal reintrodução está sobejamente ancorada nos fins sociais da propriedade pública e privada, obrigada a servir de habitação salubre e digna, para pessoas individualmente e coletivos de moradores (artigo L.302-7), protegidos que devem estar dos perigos da “habitação indigna” (artigo L.511-2) sendo o *bail emphyteotique* invocado para estimular o reparo e melhoramento dos imóveis (artigo R.331-1) sendo tal forma de subvenção avaliada pelo “France Domaine” (artigo R.377-14) pela contrapartida do “trabalho social” dispensado na recuperação desses imóveis.

O *bail emphyteotique* administrativo prevalece nas disposições expressas do Código de Construção e Habitação francês, mas com a ressalva daquele artigo R.31-10-2, de previsão da enfiteuse urbana privada. O conjunto de sentido jurídico orientador é o uso social e justo da propriedade para fins de moradia digna e conservação da habitabilidade dos imóveis. O *Code de la Santé Publique* prevê nessa linha, no seu artigo L 1331-28, inciso III, a enfiteuse em favor de quem reabilite um prédio que está pondo em risco a saúde pública pelo abandono¹³⁶.

¹³⁵ “Un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut faire l'objet d'un **bail emphytéotique** prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public...” (Code de la Santé Publique, art. L.6.168-2). **(Negrito nosso)**.

¹³⁶ “III. — La personne tenue d'exécuter les mesures mentionnées au II peut se libérer de son obligation par la conclusion d'un bail à réhabilitation. Elle peut également conclure un **bail emphytéotique** ou un contrat de vente moyennant paiement d'une rente viagère, à charge pour les preneurs ou débirentiers d'exécuter les travaux

O Código de Ação Social e das Famílias da França, no artigo R.314-86 prevê a concessão de moradia social e pagamento da contrapartida como renda enfiteutic¹³⁷ em favor de pessoas jurídicas não públicas. Para as locações empresariais, a demanda por contrato de enfiteuse de mais longa duração e maiores poderes de transferência e sublocação, interessa ao setor produtivo¹³⁸. A extensão das garantias mais fortes do *bail emphyteotique* produz uma alteração nas relações de locações residências e comerciais na França. Nas instalações para uso residencial da lei n° 89.462 de 06 de julho de 1989 destinada a melhorar as relações entre proprietário e inquilino e a Lei n° 86-1290 de 23 de dezembro de 1986, alterada quanto aos contratos de locação pela Lei n° 366/2014 exatamente para ampliar os poderes jurídicos dos locatários pela adoção do *bail emphyteotique* do Código Rural e de Pesca Marítima francês.

Enfim, em conclusão preliminar, mas certo de que seja um contexto adequado para entender as recentíssimas reintroduções do direito de enfiteuse na França, válida a observação de Di Robilant quanto a inexistência atual de condições de re-feudalização da sociedade. Nessa certeza, as inovações legislativas podem reintroduzir institutos de vinculação jurídica de bens e direitos que não incorrerão naquela situação historicamente superada.

A propriedade exclusiva só pode ser compreendida num contexto histórico de busca de superação do feudalismo e seu sistema baseada nas múltiplas camadas de propriedade (SAGAERT, 2012, p. 39). Uma vez superado esse contexto feudal, a divisão de domínios propiciando uma dinamização do uso da propriedade volta a ser justificável no contexto de uma sociedade moderna. Nesta, a gestão territorial e do patrimônio imobiliário pela enfiteuse volta a ser possibilidade. O desenvolvimento econômico pelo emprego mais intenso dos capitais imobiliários aliado à estabilidade demográfica que reduz o conflito decorrente das necessidades de expansão sobre propriedades incultas e ineducadas, forma o ambiente propício para essa reintrodução. Enfim, o valor de uso e de troca, supera a vantagem da exclusividade formal do domínio, sem contudo negá-la.

prescrits et d'assurer, le cas échéant, l'hébergement des occupants. Les parties peuvent convenir que l'occupant restera dans les lieux lorsqu'il les occupait à la date de l'arrêté d'insalubrité." (**negrito nosso**).

¹³⁷ II. - Les loyers éventuellement versés à une personne morale distincte de l'organisme gestionnaire ne peuvent pas prendre en compte des charges relevant du propriétaire, sauf en cas de louage emphytéotique.

¹³⁸ A possibilidade de vedação da sublocação e transferência dos contratos de locações comuns redundam na regra do art. 1.717 do Código Civil combinado com o art. L.145-16 do Código Comercial francês. (Cf. TIXIER, 2010).

3.2 Bélgica: a herança do *Code* e o *bail emphytéotique*

A enfiteuse está prevista na legislação civil e administrativa belga, nas legislações das 3 regiões, a Valônia, a Flandres e a de Bruxelas capital. Vem sempre associada ao direito de superfície com as disposições legais incidindo simultaneamente sobre os dois institutos na maioria dos casos. No título XVIII anexos ao Código Civil em 1851, a enfiteuse aparece no artigo 45(2118)¹³⁹, elencado no Capítulo III das hipotecas, na tendência geral das codificações e legislações no século XIX, de proteção ao crédito. Os direitos reais afetados por uma crônica crise de registros, por conta das mudanças não só legislativas mas sobretudo políticas e sociais, as vezes revolucionárias, tiveram na regulação hipotecária um a primeira forma mais racionalizada de escrituração. Com a enfiteuse isso também aconteceu, a formalização hipotecária.

O artigo 577-6 do Código Civil de 1804, em vigor com as alterações recentes de 2010 situa a enfiteuse no Capítulo III da “Copropriedade”, ao lado da superfície, usufruto, uso e habitação. O regime de assembleia e de representação associa a copropriedade à forma coletiva de gestão de imóveis. A legislação civil na Bélgica é uma compilação cujas influências vêm do Código de Napoleão, de 1804, passando pelo *Burgerlijk Wetboek* de 1838 e 4 títulos anexados posteriormente, entre os quais o Título XVIII de “*Privilèges et hypothèques*” de 1851. A Lei das Enfiteuses é de 10 de janeiro de 1824, restaurada pelos holandeses juntamente com a superfície, pois era muito usado, especialmente na Frísia. A revolução de 1830 que separa a Bélgica das Províncias Unidas não retira a enfiteuse e a superfície do ordenamento (LECOCQ, 2009, p. 11)¹⁴⁰.

Na Bélgica o tema da enfiteuse (*Bail Emphyteotique* e *Erbpacht*) aparece muitas vezes nas decisões da Corte Constitucional. No Acórdão 93/2014, de 19 de junho de 2014, a discussão é referente aos tributos incidentes sobre os contratos, no qual se distingue o “leasing” (*Mietvertrag*) e enfiteuse (*Erbpacht*). No primeiro, há a detenção de locação e no segundo, a ativos imobiliários, constituindo situações jurídicas distintas para efeito de tributação. A Lei belga distingue “renda” sobre solo e arrendamento do mesmo (Art. 7º da EStGB, de 1992). O Acórdão discute a anulação total ou parcial de dispositivos de lei orçamentária e financeira e os lançamentos, a questão enfitêutica se relaciona assim a natureza das rendas imobiliárias.

¹³⁹ Art. 45. (2118). Sont seuls susceptibles d'hypothèques: 1º Les biens immobiliers qui sont dans le commerce; 2º Les droits d'usufruit, d'**emphytéose** et de superficie, établis sur les mêmes biens pendant la durée de ces droits. (**negrito nosso**). Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>. Acesso em 10 dez. 2015.

¹⁴⁰ Lecocq (2009) descreve o abrandamento da regra da exclusividade proprietária do *Code* francês de 1804 em vista de uma visão mais “positiva” da propriedade e a copropriedade como tendência para a propriedade urbana.

No extrato da Decisão nº 183/2014, de 10 de dezembro e 2014, a Corte belga deliberou sobre alteração no Decreto nº 9 de 19 de abril e 1995 que visa combater a negligência e abandono de terras agrícolas. Questionava-se a aplicação de uma “taxa de vacância” aos donos de prédio abandonado pois o Decreto estendeu a condição de proprietário onerado com a taxa aos nus proprietários, além dos usufrutuários e enfiteutas. No direito belga, os terrenos dados em enfiteuse podem já ser edificados e plantados anteriormente ao pacto, sendo transferido o dever de manutenção, por exemplo. A Corte Belga manteve a validade o Decreto supracitado, com a máxima extensão do termo “proprietário” para responsabilizar a todos que direta ou indiretamente mantivessem um imóvel abandonado.

A clareza conceitual quanto ao sujeito passivo da obrigação tributária não impediu a legalidade da cominação e cobrança. No caso de propriedade pública concedida, o direito de usar é deferido a alguém e que, portanto assume o lugar de sujeito passivo tributário, não o ente publico imune.

No Acórdão nº 16/2015 da Corte Constitucional Belga, de 12 de fevereiro de 2015, Processo 5811, tratou a demanda judicial em torno da anulação de um decreto da região de Bruxelas-Capital, de 11 de julho de 2011 e uma portaria e 17 de julho de 2013. A questão envolveu o município e a Igreja de Woluwe-Saint Lambert (Gemeinde) sobre as regras de prioridade na ocupação e apartamentos pertencentes às entidades locais. O uso de imóveis já edificados para efeitos de conservação, restauro e reocupação estão na pauta legislativa e administrativa do país, cujo território sedia boa parte dos órgãos de União Europeia. Conforme se verá adiante, também nesse aspecto de conexão da Bélgica com a União Europeia a questão enfiteutica se manifestará com certa relevância.

A administração “social” de bens imobiliários visando a melhor utilização colocava em conflito, segundo os proponentes da demanda que gerou aquele Acórdão nº 16/2015 da Corte Constitucional Belga, o Código de Habitação de Bruxelas e o Primeiro Protocolo Adicional da Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹⁴¹.

São várias as decisões da Corte Belga tendo a enfiteuse como elemento: Acórdão nº 50/2011, de 6 de abril de 2011; nº 144/2013, de 7 de novembro de 2013; nº 6/2012, de 18 de janeiro de 2012; nº 49/2011, de 6 de abril de 2011; A Corte Constitucional, em decisão de 31 de maio de 2010 (Decisão nº 09.0240) nega o resgate de uma enfiteuse pela superveniência de cláusula contratual. Outra de nº 09.0261, de 12 de abril de 2010 que julgou a ação de extinção

¹⁴¹ “Anulação dos artigos 24, 26, 27 § 1, 28, 29, 30 § 2 e 31 do Código de Habitação Bruxelas, substituído pelo artigo 2 da Portaria de 11 de julho de 2013 (que altera a Portaria de 17 de Julho de 2003), sobre a aplicação do Código de Habitação Bruxelas (Decisão nº 16/2015 – Corte Constitucional Belga).

de enfiteuse de um importante hotel, considerou válida a alegação do proprietário de não ter o estabelecimento (Hotel Holyday Inns da Bélgica) ter respeitado a convenção inicial de ser um hotel de padrão mundial (e a destinação final das mobílias do estabelecimento). A Lei invocada é a da enfiteuse, de 10 e janeiro de 1824, como fundamento diante das inovações contratuais que tendiam a desnaturar o pacto enfiteutico de origem.

O Acórdão nº 163.908 de 7 e agosto de 2007 chegou ao Conselho de Estado no contencioso administrativo opondo Trade Mart, Ltd&Co contra Região de Bruxelas-Capital, decidindo questão envolvendo uma enfiteuse que expirara em janeiro de 1973¹⁴² e cujo pleito era a ampliação de um estacionamento do estabelecimento com a enfiteuse já expirada. A enfiteuse belga por não ser perpétua ou se prolongar enquanto o enfiteuta mantiver ou incrementar o uso o imóvel, gera muitos conflitos judiciais, levando a crítica de Pascale Lecocq (2007) da insegurança jurídica o modelo belga.

A questão enfiteutica envolvendo a Universidade de Louvaina¹⁴³ é emblemático da enfiteuse quando alterada nos seus fundamentos. A enfiteuse belga não sendo perpétua, tem o limite de 99 anos. Para uma instituição universitária isso é pouco e a cidade Louvaina quer retomar o solo com as benfeitorias, muitas delas feitas também em regime de enfiteuse com empresas privadas¹⁴⁴. Por outro lado, a universidade garante rendas ao subenfiteuticar áreas edificadas ou loteamentos a volta para a comunidade que se forma em volta das atividades universitárias.

A conexão das *emponemata* (melhoramentos) e desenvolvimento urbanístico trazida pela universidade é mostrada por Jean Remy¹⁴⁵ na descrição da cidade de Loouvain. E repete-se com ligeiras alterações nas questões urbanísticas e edilícias na Bélgica. Ali a enfiteuse se situa num quadro normativo conturbado e de insegurança jurídica (LECOCQ, 2009), diferente da vizinha Holanda vista a seguir. As demandas em torno de algumas inovações da enfiteuse belga chegam com frequência ao Tribunal da União Européia¹⁴⁶.

¹⁴² A aquisição de propriedade fundiária é tema sensível em vários países da Europa, a doutrina da “conexão suficiente” invocada por alguns países para viabilizar essas aquisições (SPARKES, 2013) e o Acórdão em: app.vlex.com/#WW/search/content_type:2+jurisdiction:BE/bail+emphyteotique/WW/vid/57911062

¹⁴³ Num artigo que trata da revitalização da enfiteuse na Bélgica por razões fiscais, aumentar as arrecadações dos entes públicos (LAPIGE, 2012).

¹⁴⁴ A conflitiva situação jurídica dos solos onde se edificaram aos prédios da Universidade aparece detalhada na obra de Lechat (2006, p. 566-568).

¹⁴⁵ O autor vê o aspecto urbanístico o incremento trazido pela Universidade e a gestão dos terrenos e prédios em regime de enfiteuse aparece na obra, como meio de impacto positivo na cidade. (REMY, 2007).

¹⁴⁶ Veja a Decisão nº C-197/11 e C-203/11, de 8 de maio de 2013, o Tribunal da União Europeia.

3.3 A Holanda e a reintrodução da enfiteuse (*Erfpacht*) em 1992

A Holanda, que em 1824 restaurou a enfiteuse (*Erfpacht*, em holandês) na Bélgica, em vigor até o presente, tem uma tradição de uso da enfiteuse. Houve uma abolição da enfiteuse na Holanda em 1838 no Código Civil Holandês, que seguindo o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais deixou de mencionar expressamente o instituto. Mas o instituto continuou sendo utilizados pelas cidades holandesas. A Holanda mercantil e burguesa utilizava o modelo feudal de ocupação nas colônias o *vollen eigendom* na África do Sul (MILTON, 1996, p. 660) e na América do Norte, caso do feudo de Kiliaen van Rensselaer sobre Nova Iorque (então nova Amsterdam), regime “manorial” de 1544 a 1644 (LOBINGIER, 1933, p. 201).

Em 1992, a Holanda reintroduziu a enfiteuse, pois em virtude de várias querelas (Caso *Hoge Raad*, *Blaauboer v. Berlips*, de 1905, perante a Suprema Corte holandesa) envolvendo contratos e pactos de natureza obrigacional sobre fundos imobiliários¹⁴⁷. Segundo Akkermans (2008, p. 295) em 1896 a cidade de Armsterdan¹⁴⁸ decidiu não mais transferir direitos de propriedade e passou a constituir enfiteuses urbanas, no que foi seguida por outras cidades holandesas.

As necessidades econômicas e sociais da co-propriedade. O Livro 5, título 7 artigo 85 (notação usada: artigo 5:85) e seguintes do Código Civil holandês de 1992 reintroduz a enfiteuse no rol de direitos reais, como co-propriedade. Consoante artigo 5:89 “Salvo disposição em contrário no ato de constituição, o enfiteuta vai ter o mesmo poder sobre o objeto que o proprietário”. Nos artigos 5:85 a 5.100 do título 5.7 do Livro 5, a enfiteuse é detalhada sistematicamente: a enfiteuse holandesa pode ser sobre bens de pessoas diversa do proprietário (art. 5:85-1) e o pagamento do cânon pode se dá em intervalos irregulares, diferentes da anualidade (art. 5:85-2).

A duração máxima e mínima não é definida (art.5:86) como no Código belga, nem pressupõe estritamente ser de “uma vida”, pois admite a sucessão hereditária no contrato (5:99-1). A norma civil holandesa também admite a transferencia, a junção e o desmembramento da enfiteuse (art. 5:91), a co-enfiteuse (art. 5:92) pela partilha e uso alternado do bem e a sub-enfiteuse (art. 5:93) sobre toda ou parte da área enfiteucada.

Ou seja, o instituto foi restaurado com praticamente todas as notas que o caracterizam classicamente (longa duração, coenfiteuse, subenfiteuse, pagamento de cânon,

¹⁴⁷ Akkermans (2008) traça a história do princípio do *numerus clausus* do período do direito romano pré-clássico até a revolução francesa e Código de Napoleão.

¹⁴⁸ Segundo informação de Jeroen Latour são cerca de 200 mil contratos de *Erfpacht* em Armsterdan, seguida por muitas cidades holandesas. (Cf. LATOUR, s/d).

transmissibilidade *inter vivos* e *mortis causae* etc), não sendo mencionada no entanto expressamente as *emponemata*, o dever de melhoria que ali decorre de outros regramentos que não o direito civil.

Na Holanda os dispositivos legais dão suporte a três tipos de situações distintas de concessões por período limitado, perpétuas com revisão periódica e simplesmente perpétua sem previsão de revisão (VENN, 2005, p. 2). Apesar da definição do Código Holandês “possuir e usar propriedade imóvel de domínio de outra pessoa” no art. 5:85, é direito real, bastante utilizado por municipalidades e no caso de Amsterdam, que tem 70% do território enfiteuticado, destina-se a *erfpachter* pessoas físicas ou associações de moradia social “*social housing association*” (VENN, 2005, p. 3).

A cidade de Amsterdam, mesmo sem a previsão no Código Civil, em 1896, por seu conselho municipal resolveu intervir administrativamente por planejamento urbano e facilitar o acesso a moradia. Foi criado *erfpachter* de 75 anos, a partir daí, várias intervenções normativas, sempre conjugando objetivos fiscais e financeiros com os sociais e de planejamento urbanístico.

O direito real de enfiteuse na Holanda possibilita combinações como as do artigo 3:3 que estende o conceito aos edifícios e construções ligados à terra através de outros edifícios e construções e mais o art. 3:6 “Os direitos de propriedade são direitos que, separadamente **ou em conjunto com outro direito**, são transferíveis...” (**negrito nosso**). Desse modo, restou uma previsão legal segura e ao mesmo tempo adaptável às condições contemporâneas de uso racional e produtivo dos imóveis. As possibilidades legais abertas aos construtores e investidores em melhoramentos urbanísticos são muito grandes pela via do *jus emphyteuticum* holandês, renovado em 1992¹⁴⁹.

A enfiteuse holandesa não traz menção expressa às melhorias e dever do enfiteuta de incrementar produtivamente o fundo enfiteuticado, como na Itália. Por isso a tributação sobre o valor agregado ao bem (os melhoramentos ou benfeitorias) são tributados com o IVA – Imposto sobre Valor Agregado – conforme Processo Judicial C-128/14, *Staatssecretaris van Financië vs, Het Oudland Beheer BV*. Juridicamente, se a lei determina ao enfiteuta o dever de incremento produtivo e econômico do fundo enfiteuticado, não poderia em tese o cumprimento desse encargo ser objeto definível como fonte de obrigações acessórias¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Também a definição legal de propriedade no Código Civil holandês do artigo 5.1-2 é interessante: “O proprietário é livre para usar a coisa com a exclusão de todos os outros, desde que respeite a lei e os direitos de outras pessoas em relação à coisa e observa as restrições com base em normas de direito escritos e não escritos.”

¹⁵⁰ Outros processos nos tribunais holandeses opõem particulares enfiteutas e as Comunas (municípios) em relação ao cálculo do valor do cânon anual: Caso *Mooi Wer et al. Vs. Bernhele*, Caso *Arnhem vs. Associação de*

3.4 Áustria e Alemanha: o arrendamento hereditário ou *Erbpacht*

Na Áustria, apesar da não previsão da enfiteuse no Código Civil, a Corte Suprema de Apelações enfrenta a questão dos remanescentes dos arrendamentos de longo prazo (99 anos) pelo direito austríaco chamado “*Erbpacht*” (tipo de locação hereditária perpétua) nas sucessões hereditárias¹⁵¹ (o verbo *Erbenen* é “herdar”, o prefixo *Erb* tem esse sentido e, *Pacht* é arrendamento). Essa correspondência entre *Erbpacht* e enfiteuse é amplamente documentada por Roscoe Pound¹⁵². No Digesto, a citação “*ager vectigales id est emphyteuticarius*” (POUND, 2000, p. 180) é seguida pela da correspondência de *Erbpacht* com enfiteuse e do *Erbbaurecht* com o direito de superfície (POUND, 2000, p. 181).

Segue a Áustria a doutrina alemã, pois na mesma tradição jurídica de negação do *dominium divisum* como propriedade imperfeita: a cisão entre *Nutzeigentum* ou *Untereigentum* (domínio útil ou propriedade inferior) e a *Obereigentum* (propriedade superior) da enfiteuse e da propriedade feudal são conceitualmente opostas ao direito de propriedade (SOHM; MITTEIS; WENGER, 1923, p. 336). A vigilância dos juristas germânicos quanto à mudança de sentido dos institutos jurídicos do direito privado romano pelo direito feudal (para eles, público) resultou na negação de uma das bases da enfiteuse: a cisão entre *dominium terrae* e *imperium*.

Para Otto Brunner¹⁵³ a concepção de *Herrschaft* (“senhorio”) germânico como sendo ao mesmo tempo *dominium* e *imperium*, pois mais do que as distinções do direito romano, se observavam as regras do *Land* germânico¹⁵⁴. Neste, o domínio (*Gewere*) é tanto público como privado, o *Grundherr* (proprietário do solo) tem o mesmo tipo de poder que o *Landesherr* (senhorio territorial) (BRUNNER, 1992, p. 204) sobre a terra como domínio. Nesse contexto feudal extremado, a propriedade privada indivisa e exclusiva foi defendida pelos juristas

enfiteutas, de 11/6/2013. Mas também o valor da base de cálculo dos impostos têm oposto as autoridades tributárias e enfiteutas: Processo nr. 11/00445, de 17/2/2012 do Hoge Raad.

¹⁵¹ Cf. Decisão Texto nº 7 OB 147 / 02X da CORTE SUPREMA, 08 de julho de 2002 quando a Suprema Corte decide a sucessão pela esposa e filhos de uma *Erbpacht* de 99 anos. Disponível em: http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:2/Erbpacht/p2/WW/vid/52157534. Acesso em 15 nov. 2015.

¹⁵² Na obra o autor descreve as relações entre o direito legislado e aplicado pelos juízes, com várias referências à enfiteuse (POUND, 2000, p.179-181).

¹⁵³ A posição dos juristas alemães era a de garantir um eixo de segurança jurídica em meio às grandes mutações, conforme Brunner (1992, p.204).

¹⁵⁴ Lembrar que o *jus commune* era fundado nas fontes romano-germânica e no direito canônico, que vai mudando desde a Revolução Papal no século XII (BERMAN, 2006) e a “potestas legislatória” do Estado Territorial moderno no século XVII (LUHMANN, 2003, p. 214-215) e cujos conceitos como o de “propriedade bonitária” dos romanos era similar à germânica *Anwartschaftsrechte* propriedade com reserva de domínio (AKKERMANS, 2008, p. 28, nota 57).

germânicos da *Aufklärung* enquanto se esperava a mudança política como aquela ocorrida na França¹⁵⁵.

As reações da doutrina alemã à enfiteuse se concentravam na crítica de Thibaut ao *duplex dominium* desenvolvido pelos pós-glosadores de Bolonha, pois o alemão considerava o direito romano clássico, não os desenvolvimentos do período Justiniano e medieval (THIBAUT, 1842). A bipartição de domínios reais foi abolida em termos legais em 1808 na Prússia (Cf. item 1.2.1), mas as características da enfiteuse permanecem amalgamadas com as práticas jurídicas fundiárias germânicas como a *Erbbaurecht*, uma das características de enfiteuse, traduzível em alemão por *Erbpacht* (arrendamento hereditário). A enfiteuse no caso é decorrente do exercício dos amplos poderes/deveres proprietários (DANNHORN, 2003)¹⁵⁶. As extrapolações dos advogados criando múltiplas camadas de domínio para viabilizar as sucessões hereditárias nas locações fundiárias levaram à reação da doutrina (KROESCHELL, 2005, p. 287)¹⁵⁷.

A Alemanha, ao lado do Japão, é mencionada como países com impulso reformador-burguês mais fraco para levar a cabo uma reforma fundiária (MOORE JR, 1975, p. 7)¹⁵⁸. A situação fundiária feudal perdura de certo modo até o presente, pois a reforma agrária (*Bodenreform*) nunca teve força de afetar a propriedade “Junker” (titularizada pela nobreza militar prussiana), em cujas extensas dimensões era ocupada sob a forma de enfiteuse (*Erbpacht*) e outras modalidades de *jura in re aliena*. A propriedade “Junker” na Alemanha tem remanescente de “território” e nesta condição possui uma característica demográfica especial que aproxima o modelo feudal dessa propriedade de uma configuração social: o uso coletivo, estável e ancestral.

A enfiteuse alemã esteve recentemente ligada às polêmicas das expropriações de terras no pós Segunda Guerra. A concentração de propriedade fundiária nobiliária na Alemanha, que deveria ter sido objeto de um plebiscito por lei das autoridades de ocupação do país de nos esforços de desmilitarização e desnazificação não foi tocada. A enfiteuse (*Erbpacht*) esteve no centro das relações agrárias feudais afetadas pela Lei de Controle (*Kontrollratsgesetz*) nº 45, de 24 de abril de 1947, a terra alemã, urbana e rural ainda no século XX era feudal e ocupada

¹⁵⁵ Essa fortaleza do Direito Privado em meio à tempestade dos regimes é bastante improvável segundo Neuner (2008, p. 1), pois ele também é “codeterminado por projetos políticos”.

¹⁵⁶ O autor trata da relação entre a enfiteuse romana e as heranças camponesas ou *Erbleihe* e as diversas formas de manifestação da enfiteuse de 1500 a 1800 na Alemanha, quando falhou o projeto de criar uma enfiteuse genuinamente nacional. (DANNHORN, 2003).

¹⁵⁷ O artigo de Thibaut de 1801 foi considerado o marco do direito alemão sobre o *dominium* divisum segundo Karl Kroeschell (2005).

¹⁵⁸ Embora seja questionável a afirmação dele que na França e na Inglaterra as antigas classes dominantes agrárias tenham sido destruídas. (MOORE JR, 1975).

sob a forma de *Erbpacht* (RUPRECHT¹⁵⁹, 2010; GRAF, 2003; WRIGHT, 1966¹⁶⁰) que havia resistido inclusive a não previsão no Código Prussiano de 1808. Os vínculos pessoais e feudais da nobreza militarizada da Alemanha assumiram a forma de contratos e direitos hereditários e vitalícios que interessavam à população conservar. Muitos não tinham como e porque comprar a terra sobre a qual tinha direitos perpétuos e transmissíveis.

O Artigo X do *Kontrollratsgesetz* n° 45 citada alterou o artigo 63 do Código Civil alemão (BGB) para impedir essa renitente forma de arrendamento hereditário (REINICKE, 1993), *Erbpacht*. Esta estava na base da propriedade “Junker”, associada ao militarismo alemão e alvo das ações legislativas do Alto Comando Aliado de Ocupação após a Segunda Guerra¹⁶¹. O *Kontrollratsgesetz* n. 34, que previa as ações de desmonte dessa estrutura social e proprietária não chegou, no entanto a prosperar, por conta do cenário da “Guerra Fria”. Os russos que haviam procedido uma reforma agrária ostensiva na parte oriental. A dimensão legislativa e executiva dessa reforma agrária da “propriedade nobre” alemã (*Deutschadelland*) cedeu às discussões na esfera judicial, como se verá a respeito das expropriações no setor russo de ocupação.¹⁶²

Na área de ocupação russa, na parte oeste a reforma fundiária expropriou mais 3,2 milhões de hectares e após a reunificação Alemã o Tribunal Constitucional Alemão negou a reversão do processo¹⁶³. O Tribunal Europeu em Estrasburgo confirmou a sentença do Tribunal alemão em 2005, contra 71 proprietários da ex-Alemanha Oriental que se insurgiram contra a lei de indenização e compensação de 1994. A reforma agrária feita após a Segunda Guerra no Setor Soviético de ocupação, não foi seguida nos demais setores ocupados pela França, Inglaterra e Estados Unidos¹⁶⁴. As normativas gerais conjuntas do *Allierten Hohen Kommission* esbarrou também com a questão da dupla nacionalidade dos afetados pela reforma agrária, uma complicação que a recém criada Republica Federal Alemã resolveu arquivando esse plano de reforma da propriedade rural e urbana.

¹⁵⁹ O autor descreve em obra de 1923 as experiências de reforma agrária na Alemanha, a enfiteuse alemã como a forma privada e feudal de como essa reforma foi feita (RUPRECHT, 2010).

¹⁶⁰ O autor vincula a reordenação territorial e da propriedade como parte da política contra os “hussitas” e reforço feudal (WRIGHT, 1966).

¹⁶¹ Bem documentado trabalho sobre a reforma agrária na Alemanha do pós segunda guerra é de Karin Graf. A autora relata a tentativa de aliança da aristocracia, grande proprietária no Wüttemberg-Hohenzollern, com a Igreja Católica que terminou não acontecendo (GRAF, 2003, p. 63).

¹⁶² Interessantes a discussão atual. Conferir: <http://www.mz-web.de/mitteldeutschland/landwirtschaft-die-bodenreform-nach-1945,20641266,17617540.html#plx2121525311>. Acesso em 30 jan. 2016.

¹⁶³ BvR ns. 1170, 1174, 1175, 1190, BVerfGE 83 e 162, rejeitada a revisão da reforma agrária em 11 de dezembro de 1990.

¹⁶⁴ A questão foi amplamente debatida na Corte Constitucional alemã que estabeleceu 4 grupos de expropriados e um marco temporal (*Key date*) para os casos após a unificação alemã de 1990. (Cf. KOMMERS; MILLER, 2012).

No BGB (Código Civil Alemão) a enfiteuse não aparece como *nomem juris*, nem no Código Civil Austríaco. A ocorrência se dá pelo costume e como contrato *in personam*, o artigo 63 do BGB foi alterado em 1947 para vedar novas constituições. Mas a “fundamentalização” do direito alemão decorrente da importância do tribunal constitucional (em grande parte reação ao *Rechtstaat* positivista incapaz de resistir legalmente ao nazismo) que decide questões afetas ao direito, ainda que não previstos explicitamente na legislação.

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, segundo Jörg Neuner guarda uma complexa relação com o Código Civil Alemão de 1900, ao estabelecer uma “ordem fundamental material”, (NEUNER, 2008, p. 8) permite a discussão judicial de questões como a *Erbpacht*. A “Lei Fundamental” alemã tem “enunciados [...] nitidamente mais precisos em comparação com o arcabouço conceitual abstrato do BGB” (NEUNER, 2009, p. 7). A fundamentalização do direito alemão privado o autor ilustra com a relação complexa entre proprietário e possuidor- não legitimado, em que a intervenção jusfundamental deve ser mínima, para não desestabilizar o sistema jusprivatista (NEUNER, 2008, p. 20).

Na Alemanha, a enfiteuse (*Erbpacht*) não é mais regulada por lei, mas a perpetuidade e transmissibilidade dos arrendamentos tem um impacto econômico razoável, como Guillermo Blázquez registra a respeito de Decisão da Comissão Econômica Européia nº 87/515 de 11 de fevereiro de 1987. No caso, uma enfiteuse em favor da fábrica Seeadler, em Cuxhaven, solo industrial da Baixa Saxônia, foi considerada legítima como ação de fomento, uma vez que passados 99 anos as instalações seriam devolvidas ao *Land* com todas as benfeitorias. Assim não se estaria a Alemanha subsidiando uma empresa acima dos padrões de concorrência do bloco (BLÁZQUEZ, 2012, p. 168).

Também na Alemanha, fundos de pensão detém enfiteuses o que lhes permite retorno de investimentos mais robusto para seus investidores (Cf. “Dinheiro não me emociona”. Em Nussbaum (2014)) ou prosseguimento de atividades não diretamente lucrativas de entidades culturais (Cf. “*Dolce vita em Mitte*”¹⁶⁵) para as quais o custo da aquisição da plena propriedade seria proibitivo. A Igreja alemã detém ainda alguns remanescentes de direitos territoriais, os quais possibilitam aos particulares a aquisição de prédios sem necessidade de compra, como a que se registra em “Prédio sem fundamento” (tradução que procura manter coerência com “*Bauen Ohne Grund*” original). Na Baixa Saxônia, o *Klosterkammer*

¹⁶⁵ Cf. Die Tageszeitung, 2013. Sobre uma cessão em enfiteuse de imóvel para o “Clube do Chocolate” de Mitte continuar suas atividades culturais.

(mosteiro) de Hannover celebra contratos de enfiteuse de 80 anos, a 5% ao ano sobre o valor da terra, para eximir particulares do custo da aquisição de terras para edificar¹⁶⁶.

O aspecto tributário e fiscal da enfiteuse é importante, pois com a consideração de que não é mais a *Erbpacht* um direito real, mas pessoal, os valores envolvidos no contrato são tributáveis. A Igreja, cujos bens têm isenção/imunidade tributária, se forem os imóveis dados em arrendamento (*Pacht*, uma vez que a *Erbpacht* semelhante ao Brasil, não pode mais ser constituída) não se beneficiam disso, pois a cessão enfiteuticada é considerada arrendamento para efeitos tributários (CAMPENHAUSEN; CHRISTOPH, 1994, p. 134)¹⁶⁷.

A atualidade da questão enfiteuticada na Alemanha é associada também ao histórico da propriedade territorial eclesiástica. No Tirol Alemão, conservador e católico, onde quase todo território é uma *Erbpacht* desafiou recentemente uma acomodação de força com os governos “greenies” (Partido Verde)¹⁶⁸ e as plataformas sociais deste. Peter Marcuse (filho de Herbert Marcuse) reivindica a reconsideração de formas alternativas de acesso individual e coletivo à propriedade imobiliária urbana, inclusive as antigas formas como a *Erbpacht* já pertencente à tradição jurídica alemã. O instituto é revigorado na perspectiva socialista e democrática e cidade (MARCUSE, 2008). Na Alemanha a propriedade enfiteuticada está atualmente associada ao movimento de cooperativas de construção com fins eminentemente sociais:

Em cerca de 7.000 metros quadrados de espaço aberto no Rio Spree no Kopenickerstrasse um projeto habitacional a ser construído, que será um campo de testes para a posse - no bairro planejado, no controverso projeto "Spree mídia". A fundação, por isso pretende-se, vai comprar a terra do *Liegenschaftsfonds* e lá em enfiteuse a uma cooperativa.¹⁶⁹

Por projetos assim se pretende assentar 150 mil pessoas até 2025 em Berlim. O acesso à propriedade pela *Erbpacht* segundo grupos de ativistas do direito à moradia, evita a “gentrificação” dos bairros caso tivesse a terra de ser adquirida como plena propriedade. O alto valor da terra diante da aquisição do pleno domínio destoa da realidade de mobilidade da população alemã, integrada no concerto europeu, a relação mais “ecológica” o que econômica com a terra para efeito de habitação tem levado ao cooperativismo habitacional em áreas cuja titularidade do *Land Vermieter* é mantida.

¹⁶⁶ Cf. Die Tageszeitung, 2014.

¹⁶⁷ Os autores tratam dos direitos eclesiásticos na Alemanha, em especial a enfiteuse surge como problema jurídico pela dimensão de renda oriunda de relação contratual, não acobertada pela isenções e imunidades tributária da igreja.

¹⁶⁸ Cf. Die Tageszeitung, Berlim, 2013.

¹⁶⁹ Cf. Die Tageszeitung, Berlim, 2009.

3.5 Espanha: a manutenção dos *censos* e o direito “foral” da Galícia

Na Espanha, a enfiteuse é uma espécie do gênero censo ou propriedade censual/censitária. Os “censos” são tratados dos artigos 1604 a 1664 do Código Civil Espanha de 1889, em vigor até hoje. A enfiteuse, nos artigos de 1628 a 1656, é tratada como “censo enfiteutico”, que por sua vez é sub-gênero para outras subespécies (art. 1655 e 1656) de foros, colonato e cessão de terras. Os outros “censos” são o consignativo (artigos 1657 a 1660) e o reservativo (artigos 1661 a 1664). A enfiteuse que tinha sido excluída no projeto do código civil espanhol de 1851, voltou na feição marcadamente justinianeia (DEGENEFFE, 2003, p. 167) pela divisão do domínio e a contrapartida em pagamento. A definição está no artigo 1.605 do Código Civil espanhol: “é enfiteutico o censo quando uma pessoa cede a outra o domínio útil de um prédio rústico, conservando o direto e o direito de receber do enfiteuta uma pesão anual em reconhecimento desse mesmo domínio” (Tradução nossa).

Também na Espanha as vicissitudes afetaram o *jus emphyteuticum* com a permanência em vigor, simultaneamente ao Código, de leis gerais e locais, leis derogatórias e derogadas, leis civis e leis fiscais que impedem se consolidar uma doutrina, deixando um cenário jurídico desordenado e confuso (DEGENEFFE, 2003, p. 167). A enfiteuse espanhola implica a perpetuidade (art. 1.608) do direito, a possibilidade contratual de estabelecer um prazo (arts. 1.609-1.612) e a natureza contratual do censo fica explícita quanto ao valor da renda anual que pode ser convencionada entre as partes (art. 1.613). A transmissibilidade *inter vivos* (art. 1.617) e *mortis causa* (art. 1.619) esse marco normativo civil da enfiteuse espanhola, junto com o pagamento do laudêmio (arts 1.644, 1.645 e 1.646) e as ações reais (art. 1.623).

Uma proposta foi feita em 2013 para compor o direito à moradia com o direito de recebimento dos créditos dos bancos, afetados pela crise espanhola: para evitar os despejos, se rebaixaria o valor das hipotecas entre 30 a 50% em troca os bancos ficariam com o domínio “potencial” do imóvel e as famílias ficariam asseguradas na moradia com direito a resgate total do imóvel (OVIEDO, 2014). Uma “censualização” da propriedade em pleno século XXI coerente com a forma da enfiteuse espanhola de gerar renda, bem distante do núcleo estruturante das *emponemata*. Daí a crítica do instituto conservar a natureza senhorial e feudal, inclusive nas grandes cidades¹⁷⁰.

Analisando criticamente (comentário 98-1824) o artigo de Clavero (1986) José Maria Font Rius, nota o foco de Clavero na enfiteuse rural e na luta campesina, desconsiderando a

¹⁷⁰ Em trabalho de Jane Ball, esta propõe novas formas de propriedade compartilhada combinando o direito de enfiteuse da Catalunha e prática inglesa. Comum a elas o fato da propriedade limitada (BALL, 2011).

sua larga aplicação urbana (RIUS, 1992, p. 62). O comentador, adaptando o texto a realidade catalã, para a qual a enfiteuse não é uma instituição marginal “rebassa morta”, mas decisiva para o desenvolvimento das grandes cidades na Catalunha (a enfiteuse na Espanha afeta terras rurais e urbanas) depois vai se tornando um entrave (EL PAÍS, 2010).

A permanência de estruturas agrárias se deve não propriamente à enfiteuse, mas aos já mencionados processos e desamortização de caráter mais liberal que social (POUSADA, 2011; MERCHÁN, 1999; RODENAS, 2013), concentradora de terras, do século XIX. A Espanha registrou casos em que a burguesia urbana adquiria domínios eminentes para manter o recebimento de rendas dos mesmos ou novo enfiteutas (POUSADA, 2011, p. 2, 9, 11). Desse modo, os embates não foram em torno da enfiteuse enquanto instituto jurídico, mas dos novos interesses que o instrumentalizaram no contexto rentista da terra como mercadoria nas mãos dos novos senhores urbanos.

Uma corrente doutrinária que cresce na Espanha é a de considerar a enfiteuse uma válida instituição de fomento econômico, de melhoria de fundos rurais, urbanos e edificações para fins comerciais e industriais, sobretudo. Um primeiro movimento nesse sentido foi a “fase hipotecária” da propriedade, especialmente os registros formais em vista da segurança dos credores e geração de riqueza mobiliária. A superação de proibições e da insegurança dos domínios retraíam as operações hipotecárias na Espanha, mas na Catalunha a prática da garantia pela anticrese foi muito utilizada. A enfiteuse com pacto de “retro” também era utilizada para driblar a proibição canônica de usura (DIOS; INFANTE; ROBLEDO; TORIJANO, 2007, p. 41).

Os autores reputam as vantagens da enfiteuse para num mundo globalizado e dinâmico fomentar o desenvolvimento: rendas para o Estado e vantagens para empresas. que não teriam de imobilizar capitais na aquisição de terras (TRIGÁS, ESTEVEZ, 2010). A origem econômica da enfiteuse, de promover o aproveitamento da terra e produção de riqueza agrária é atualizada na doutrina jurídica espanhola. Maria Eugênia Ortuño Perez¹⁷¹ desenvolve a doutrina greco-romana antiga das melhoras e incremento econômico do solo pelos enfiteutas, o estatuto jurídico das “implantações” como diverso da acessão (ORTUÑO PEREZ, 2005, p. 114-139). A legislação espanhola é silente quanto ao destino das melhoras no caso da enfiteuse no Código Civil, mas a Lei nº 49, de 26 de novembro de 2003 (Lei dos Arrendamentos Rurais) foi alterada pela Lei nº 26, de 30 de novembro de 2005 disciplinou o assunto.

¹⁷¹ A autora traça uma recuperação histórica dos melhoramentos (*emponemata*) central na instituição enfitêutica, de forte dimensão econômica de geração de rendas.

As *emponemata* empresarial e industrial é tese de outro doutrinador espanhol Guillermo Suarez Blázquez que recolhe as muitas aplicações da enfiteuse noutros países mais desenvolvidos da Europa para chamar atenção para o potencial de fomento econômico da enfiteuse, vista segundo ele “com miopia, por parte da doutrina na Espanha” (BLAZQUEZ, 2012, p. 168). Ele registra uma rica classe de enfiteutas na Grécia e em Roma, que agiam empresarialmente no cultivo de grandes extensões de terras públicas ou privadas (BLAZQUEZ, 2012, p. 204). Isso gerando para ele as *emponemata* econômicas, que integram a enfiteuse como *jus emponematis*, o direito do enfiteuta reter as melhorias não destacáveis do solo, clara compreensão do potencial econômico e não só formal jurídica da propriedade.

No presente, a questão enfiteutica aponta para o mais grave e importante do uso do solo do que a sua titularidade. A impositação social, urbanística e ambiental da propriedade desponta como muito importante na Espanha, pesar das muitas ações judiciais envolvendo o reconhecimento da propriedade plena.

Uma reportagem de “El País” intitulada “Um direito medieval: Catalunha ainda paga a seus senhores feudais”, de fevereiro de 2010 (EL PAÍS, 2010), mostra a incidência do “censo enfiteutico” nas cidades catalãs, como Barcelona, dividida entre três senhorios: a família Sagnier (marqueses de Sentmenat), os Villalonga (marqueses de Castellbell) e os Fontcuberta. Em Barcelona a remissão/resgate onera em 10% o valor da propriedade; nos demais municípios, são apenas 2%. A extinção dos direitos senhoriais e censos feudais em 1837 não impediu que os nobres que eram juízes em suas terras (senhores jurisdicionais) pudessem atualizar e convalidar seus censos, registrando-os como contratos bilaterais dentro do formato propugnado pelos juristas liberais (BLASCO, 2013; MAIA, 2012 e MERCHÁN, 1999).

Os censos enfiteuticos foram bastante alterados do direito romano para o feudal, com a oneração do enfiteuta e submissão do mesmo a gravames excessivos. Apesar de ser resgatável a qualquer tempo desde uma lei de 1990, o censatário paga um sobretaxa à Fazenda pois a propriedade liberada ganha um *plus* de valor que é taxado em 7%.

A Lei Hipotecaria de 1909 dispunha aos senhorios nobres em 2 anos transpassar os registros os censos inscritos nas “Contadurías de Hipotecas”, então tais senhorios, como o Marquês de Sentmenat, na época senador, registraram seus censos como contratos entre privados, não direitos feudais. Em 2007 os resgates de censos enfiteuticos segundo Anuário 2007 da “Dirección General de Registro y del Notariado”, publicado pelo Ministério da Justiça, foram 27 milhões de euros gastos e cerca de 2 milhões de euros foram para os senhorios.

Especial situação jurídica se registra na Galícia, onde os direitos forais (os *fueros* galegos) resistiram às diversas ondas desamortizadoras da propriedade feudal e senhorial. A resistência do direito local manteve a prática jurídica dos *fueros* que levou a um acesso generalizado à propriedade, a minifundiarização da terra e a transformação dos foros em mercadoria (POUSADA, 2011, p. 11). A subespécie dos *forais* não é reconhecida no Código Civil espanhol, que lhes aplica a regulação do censo enfiteutico, mas na prática a resistência se deve ao manejo coletivo das terras, que a relação estritamente enfiteutica, segundo o Código, tem caráter bilateral, sinalagmático na sua constituição.

As medidas de extinção dos forais de Galícia, definidos na Compilação de Direito Civil Especial de Galícia, de 1963, foi revogada pelo parlamento da Galícia pela Lei nº 7, de 10 de novembro de 1987. A atual “Ley de Derecho Civil Especial de Galicia”, de 24 de maio de 1995 mantém a determinação de sua extinção e regulação das existentes pelo Código Civil, a lei geral (DEGENEFFE, 2003, p. 185).

Os tribunais espanhóis têm enfrentado demandas com a enfiteuse figurando em lugar central. Na Sentença nº 56/1990, do Pleno do Tribunal Constitucional, a região da Catalunha foi instada a observar a lei geral de redenção dos censos enfiteuticos em detrimento das disposições do seu Direito Civil regional. O Tribunal Supremo e outros tribunais regionais têm deliberado acerca da enfiteuse¹⁷². As disposições comuns da União Europeia referentes à caracterização das benfeitorias e valor agregado nos melhoramentos nos imóveis destinados às atividades produtivas impactam os imóveis enfiteuticos.

3.6 Itália: renovação da enfiteuse no Código de 1942

Na Itália a enfiteuse é prevista nos artigos 957 a 977, do Código Civil de 1942 onde é reconhecido como o direito real distinto do direito de propriedade e *dos jura in re aliena* (DEGENEFFE, 2003, p. 159) semelhante à Espanha. Tem no artigo 970 um diferencial ao considerar a enfiteuse um direito resolúvel, caso o fundo seja abandonado por 20 anos. Para Degeneffe (2003, p. 162) “a enfiteuse é um direito real de gozo em favor do concessionário sobre o fundo, que permanece em propriedade do concedente” que com o concessionário

¹⁷² Tem enfrentado o tema: na Sentença nº 03/2013, de 15 e janeiro de 2013, distingue os efeitos da enfiteuse dos da superfície. Outras sentenças como a de nº 1178/2004, de 16 de dezembro de 2004, decide sobre direito de águas em propriedade enfiteutica em balneário na costa mediterrânea; na Sentença nº 615/2006, o Tribunal decide em apelação contra um *Ayuntamiento* de Los Yébenes que se arvorava em senhorio dominical de terras deixadas para grupo de moradores enfiteutas quando ainda pertenciam a Toledo. Na Catalunha, o TSJC, na Decisão nº 51/2009, de 9 de dezembro de 2009, confirmou uma remissão forçada de terras enfiteuticas contra a Ferrocarril Metropolità de Barcelona que efetivamente nenhum uso possível facultava mais ao senhorio.

estabelece uma série de contraprestações recíprocas. O artigo 1376 do Código italiano é aplicado para a criação de novas enfiteuses agora todas de natureza contratual.

Outra peculiaridade é que entre o Código de 1865 e o de 1942 houve na Itália uma revitalização da enfiteuse, tornando-a mais atrativa aos particulares. A mais detalhada regulação do instituto no Código atual (20 artigos, diretamente) e o melhor detalhamento de disposições do direito anterior à unificação, como a preleção e a revisão anual do cânon, são exemplos dessa renovação do instituto (DEGENEFFE, 2003, P. 161). No Código de 1865, as disposições restritivas e pouco harmônicas, desestimulavam a adoção por proprietários privados, deixava ademais a descoberto as propriedades públicas e novas leis agrárias, leis nº 230, de 12 de março de 1950 (colonização) e nº 841, de 21 de outubro de 1951 (desapropriações e expropriações fundiárias) que balizaram a reforma agrária na Itália. (CASCIO, 1951, p. 923-924).

Outro diferencial na legislação italiana é a valorização do elemento econômico da enfiteuse, a obrigação de melhoria (*emponemata*) efetiva e que gere vantagem para o enfiteuta (CASCIO, 1951, p. 926), previsão legal expressa mas que falta em outros ordenamentos. Nesse quesito do melhoramento ou *emponemata* na Itália aparece outro desdobramento entre a propriedade urbana e rural. A Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977 cindiu o direito à propriedade do direito de edificar, construir, característica do direito de enfiteuse e mais propriamente, de superfície: de licença, a edificação sujeita-se agora à concessão da autoridade pública (LEAL, 1998)¹⁷³. Nessa lei estão presentes a natureza dominial eminente da autoridade pública no que diz respeito à melhoria dos imóveis em vista da função social da propriedade urbana.

Outras alterações legais na enfiteuse se seguiram pelas leis nº 701, de 1 de julho de 1952; 607, de 22 de julho de 1966 e 1.138, de 18 de dezembro de 1970 levaram a diversas demandas judiciais perante a Corte Constitucional da Itália. O Código Civil de 1865 não previa o resgate das enfiteuses e por isso faltava parâmetro de avaliação do valor do fundo a indenizar o concedente senhorio, daí que as enfiteuses constituídas sob aquela norma não tinham um parâmetro para a estimativa.

A Corte Constitucional italiana decidiu reiteradas vezes a questão da atualização do valor das remissões e das taxas, estas periodicamente (Sentença 143/1997) em adequada aproximação com a realidade econômica. Na Sentença nº 160/2008, a última versando sobre essa questão, a Corte reconhece a hipersuficiência econômica dos enfiteutas ocupantes de

¹⁷³ Prefácio de Ricardo Pereira Lira a obra de Rogério Gesta Leal. (Cf. LEAL, 1998).

imóveis valorizados em face dos senhorios. Reitera posição de atualização dos valores a serem pagos sem desconsideração da realidade econômica¹⁷⁴ (na época de aguda desvalorização da lira, então moeda italiana, os resgates seriam ínfimos). O Senado italiano na XVI Legislatura em 2008 foi notificado das sucessivas declarações de “ilegitimidade constitucional” de artigos da Lei 1.138/1970 das novas normas em matéria de enfiteuse¹⁷⁵, decididas na Corte Constitucional italiana.

A Itália conta com teóricos do direito de propriedade de peso considerável na (re)formulação dos direitos de propriedade, como Stefano Rodotà e Paolo Grossi. Na formulação de fundamentos jurídicos e teóricos da enfiteuse é imprescindível o giro pelos doutrinadores italianos. A tendência teórica tem sido a de considerar a propriedade no plural, um “feixe de direitos que integram o domínio” (LEAL, 1998, p.54). Salvatore Pugliatti dissecando a propriedade nos seus elementos subjetivos e objetivos, quantitativos e qualitativos, formais e substanciais, situa a enfiteuse na dimensão substancial da propriedade (LEAL, 1998, p. 56-57).

Capograssi (1950) adianta uma dimensão ecológica da enfiteuse, que para ele consistia no reconhecimento da “coisa” de modo realista e vital e daí, proximidade com ela. A efetividade¹⁷⁶ como eixo da propriedade é da tradição mediterrânea e ibérica, contra a abstração do direito de propriedade, como “direito adquirido” (RITTSTIEG, 2000, p. 169)¹⁷⁷. Esse primado da efetividade caracterizadora da propriedade é central na caracterização que Grossi (2006) faz da “civilização possessória” medieval, cujo conteúdo é coerente com a atual “função social” da propriedade. A expressa menção dos melhoramentos como dever do enfiteuta. A valorização do elemento econômico e a dinâmica de contraprestações recíprocas entre concedente e enfiteuta (DEGENEFTE, 2003, p. 163) a aproxima de um arrendamento, mais que de um direito real, a forma que os ordenamentos modernos encontraram de superar a estática e a improdutividade de uma relação estável e perpétua.

Na Itália o feudalismo foi um fenômeno fraco, desprovido de caráter político e militar em termos políticos, por conta da força das cidades e da Igreja. Mas como direito de propriedade ele vigorou (LOBINGIER, 1933, p. 198) na forma de enfiteuses urbanas e rurais. São muito profícuos a interpretação de questões jurídicas sobre o tema (MASSIRONI, 2012).

¹⁷⁴ Cf. em ITÁLIA, s/d.

¹⁷⁵ Cf. em ITÁLIA. Senatto de la Repubblica. s/d.

¹⁷⁶ Varela (2005, p 72) contextualiza as sesmarias portuguesas dentro dessa lógica da efetividade da ocupação, por isso no Brasil a sesmaria, do direito administrativo pois é propriedade pública, se desdobra em enfiteuse para efetiva ocupação e daí passando a propriedade privada. (Cf. VARELA, 2005).

¹⁷⁷ Para Rittstieg (2000) a fórmula burguesa do direito adquirido é hipocritamente sacada ao mesmo tempo em que se bate contra a propriedade feudal.

3.7 Escócia e Inglaterra: O *feudal tenure*, a *longlease* e *equitable estates*

Na Escócia a “*Long Leases Act*” de 7 de agosto de 2012 faz parte da legislação de desenfudamento, conversão de enfiteuses em propriedade¹⁷⁸. Uma série de reformas legislativas referentes a “*Abolition of Feudal Tenure*” foram levadas adiante pela “*Scottish Law Commission*”¹⁷⁹. A lei regulou a compensação aos senhorios nas enfiteuses de mais de 100 anos (residenciais) e 175 anos (não-residenciais) cuja renda anual não ultrapasse 100 Libras e outras condições descritas na Seção 1, item 12 da lei. A Escócia segue o sistema do *Civil Law* apesar de fazer parte do Reino Unido, onde a Inglaterra lidera o *Common Law*.

O “*Abolition of Feudal Tenure etc. Act*” de 2000 iniciou o processo legislativo na Escócia e em 28 de novembro de 2004 o sistema feudal de gestão fundiária foi abolido¹⁸⁰. As servidões de um prédio sobre o outros só podem ser aceitos com base num título ou numa ação. Alguns encargos feudais são preservados por se terem o mesmo conteúdo os encargos reais comuns, mas mesmo nestes casos o titular dominante (*overlord*) deverá registrar o aviso, não pode mais impô-los automaticamente. O Capítulo 3 do *Abolition Feudal Tenure Act* de 2000 estabelece os casos e procedimentos de manutenção de direitos feudais.

Na Escócia a transformação de enfiteuses em plena propriedade é feita com a compensação dos senhorios, por pagamento de renda anual. Algumas enfiteuses foram mantidas, as que tinham subenfiteuses (*subleases*), mas no dia 28 de novembro de 2015 todas as 9.000 enfiteuse estimadas pelo governo escocês foram convertidas em domínio pleno (*outright ownerships*)¹⁸¹. Em 1974 já havia sido iniciado o processo de consolidação da propriedade na Escócia, sendo os novos *Long Lease* residenciais por não mais de 20 anos e em 2000, outra legislação restringiu os *Long lease* dos fundos de comércio e indústria por não mais de 175 anos.

A Inglaterra (Gales inclusive) por sua vez, mantém-se vinculada ao sistema feudal de direitos de propriedade, de corte costumeiro e mantido por decisões judiciais o *system of feudal landholding* (AKKERMANS, 2008, p. 25, 26, 345; SCHMID; HERTEL, 2005, p.

¹⁷⁸ “An Act of the Scottish Parliament to convert certain long leases into ownership; to provide for the conversion into real burdens of certain rights and obligations under such leases; to provide for payment to former owners of land of compensation for loss of it on conversion; and for connected purposes.” Cf. <http://www.legislation.gov.uk/asp/2012/9/introduction>. Acesso em 12 dez. 2015.

¹⁷⁹ Cf. em: <http://www.gov.scot/Topics/Justice/law/17975/LongLeases>. Acesso em 12 dez. 2015.

¹⁸⁰ Cf. <http://www.gov.scot/Topics/Justice/law/17975/Abolition>. Acesso em 12 dez. 2015.

¹⁸¹ Cf. <http://www.out-law.com/topics/property/investment/-conversion-of-long-leases-to-outright-ownership-in-scotland/>. Acesso em 12 dez. 2015.

3)¹⁸². Na Inglaterra e Gales, embora diminuindo a importância dos aspectos feudais, “onde toda a terra é ainda considerada como domínio retido em última análise pela Coroa” (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 3), persiste o paradigma feudal. A Inglaterra e Gales não procederam às reformas liberais decorrentes das revoluções e ali, legalmente, toda a terra é propriedade da Coroa, sendo as “possessões” (Estates) equiparadas à propriedade *equitable estates*, mas não são *freehold* ou *legal estates*, permanecem onerados com a sobre-titularidade da Coroa (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 7). Na prática a Inglaterra e Gales são em termos territoriais uma grande enfiteuse (*long leasehold*) só se constituindo plena propriedade se expressamente mencionado. A regra, é portanto, a restrição feudal ao domínio pleno.

Munzer (2001, p. 38) assevera uma analogia na justificação da propriedade e da soberania, que na teoria política continental distingue entre *dominium* e *imperium*, distinções estas inviáveis no modelo jurídico e político da propriedade e território na Inglaterra. A propriedade é explicada como relação social e não produto abstrato de legislação (MUNZER, 2001), artefato do direito positivo do modelo romano-germânico. Nisso Munzer dialoga com Cohen (1927) para quem o uso efetivo da terra na Inglaterra predomina sobre o título.

Para Cohen (1927, p. 9) a essência da lei feudal é a conexão entre posse da terra e “personal homage”. Na Inglaterra, a Lei da Propriedade de 1925 que aboliu a diferença entre a “*descente of real*” e direitos pessoais patrimoniais mostram não apenas vestígios feudais mas um aspecto importante na vida nacional da Inglaterra, a titularidade da terra concentrada na Coroa não impede o seu uso efetivo. A liderança de umas poucas famílias não pode ser mais bem fundada numa economia do dinheiro (RILLING, 2001) do que numa economia da terra (COHEN, 1927, p. 10) respectivamente os casos americano e inglês.

Para Matthias E. Storme a lei inglesa de 1925 limitou os títulos ou formas de propriedade, um *numerus clausus* mais estrito que o direito continental, excetuando-se os “*equitable interests*” da criação judicial, que permanecem abertos (STORME, 2004, p. 36). O arrendamento longo ou perpétuo (*long leasehold* ou *emphyteusis*) está no rol legal dos títulos de propriedade na Inglaterra. Frank e Wachter, notários alemães, registram a ocorrência da enfiteuse em vários países e na Inglaterra e Gales a legislação feudal foi no *Leasehold reform, housing urban development Act* de 1993 adaptada para atender o acesso compartilhado de imóveis como *flats* e apartamentos. O resgate e emancipação dos imóveis não afetam os direitos da Coroa nos ducados de Lancaster e Cornualha (FRANK; WACHTER, 2015).

¹⁸² Os autores tratam dos direitos de propriedade na União Européia sob o ponto de vista do direito notarial e registral, da formalização e segurança jurídica, numa perspectiva comparada das técnicas utilizadas em cada país.

3.8 Portugal e a abolição da enfiteuse em 1976

No plano normativo legal e constitucional, Portugal aboliu a enfiteuse em 1976. Regulada como “propriedade imperfeita” no Código de 1867, a permanência da enfiteuse no Código civil de 1966, nos artigos 1491 a 1525 se deu com a condição de não constituição de novas enfiteuses. O direito de superfície se manteve os artigos 1.525 a 1.542, do Código Civil.

A história social da enfiteuse em Portugal é atormentada pela relação muito próxima com a reprodução social nobiliária (MONTEIRO, 1991), as múltiplas camadas de vinculações feudais sobre uma mesma terra (TENGARRINHA, 1994) e a crise agrária. Portugal foi afetado pelas reformas liberais e desamortizadoras com as contradições disso num país periférico e semifeudal (MOORE JR, 1976). O uso da terra como “propriedade de ofício” concedida pela via enfiteutica a quem adquirisse um cargo na burocracia portuguesa, registra Roberta Giannubilo Stumpf (2014). Os detentores de cargos não podiam passar os ofícios para os filhos, mas “Podiam, por exemplo, nomear em terceiro o usufruto dos mesmos (arrendar), à semelhança do que faziam os senhorios das terras quando as concediam em enfiteuse (em vida ou vidas)” (STUMPF, 2014, p. 625).

A crônica hesitação normativa em temas de aspectos econômicos e sociais complexos apareceu na Constituição Portuguesa em relação aos “aforamentos”, nome usual da enfiteuse em Portugal. O artigo 101, n.2 (renumerado para 99, nas revisões) da Constituição portuguesa na redação original de 1976 dizia “Art. 101, 2º Serão extintos os regimes de aforamento e colônia e criadas condições aos cultivadores para a efetiva abolição do regime de parceria agrícola”. Ou seja, o texto no Em 1982, o artigo teve a redação alterada para “Art. 96, nº 2- São proibidos os regimes de aforamento..” que se manteve inalterado a partir da revisão constitucional e 1989, conforme Jorge Bacelar Gouveia (2011). O Decreto-Lei 195-A/76 é anterior à Constituição, mas esta confirmou seus efeitos. Em 1987, a Lei nº 28, de 24 de junho, definiu os meios de prova da existência de um regime jurídico enfitêutico, deixando a entender a existência de um conflito jurídico que se estendeu quase uma década após.

O Decreto-lei nº 195-A, de 16 de março de 1976, ainda na fase revolucionária (Revolução dos Cravos), determinou a abolição das enfiteuses rurais e a indenização módica e parcelada a aos senhorios pessoas físicas e a correspondente operação de registro (GOUVEIA, 2011, p. 25). Em Portugal o sistema de registros é parte do sistema de justiça (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 30) é declaratório, sem proteção à boa fé pois é oponível (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 34), não é constitutivo, pode ser contraditado o que leva a questões judiciais amiúdes, como na sequência da desamortização constitucional de 1976.

As enfiteuses urbanas foram abolidas pelo Decreto-lei 233, de 2 de abril de 1976, sendo os prazos e indenização prorrogados de 2 para 3 e 4 anos (decretos nº 82, de 2 de maio de 1978; 73-A, de 3 de abril de 1979 e o nº 226, de 15 de julho de 1980). Em 1997, o Decreto-Lei nº 107, de 15 de setembro, admitiu a constituição de enfiteuse por usucapião quando o instituto já havia sido abolido. Ou seja, um contexto normativo que reflete a insegurança e as hesitações de uma intervenção legal, com efeitos no sistema judicial: a enfiteuse é matéria corrente de deliberação nos tribunais do país.

O artigo 298, n. 3, do Código Civil equipara a propriedade e a enfiteuse em seus efeitos da imprescritibilidade e da ressalva do não uso que enseja a caducidade do direito:

Os direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, **enfiteuse**, superfície e servidão não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo aplicáveis nesses casos, na falta de disposição em contrário, as regras da caducidade.

A expropriação sem indenização das enfiteuses rurais se choca com a previsão do artigo 62, n. 2 da própria Constituição portuguesa, mas foi defendida por juristas (GOUVEIA, 2011, p. 30-31). As indenizações dos domínios diretos só beneficiaram pessoas físicas e apenas nos casos das enfiteuses urbanas, excluídas as pessoas jurídicas. A Igreja ao lado de acervos hereditários foram assim os entes prejudicados com a expropriação fundiária, a última do continente europeu, pela via constitucional e legislativa.

No Acórdão nº 704/02 de Tribunal Constitucional, 15 de Julho de 2003, o Ministro Mota Pinto faz referência ao grau de litigiosidade entre enfiteutas e proprietários à época da remição constitucional. Não estando prevista a remição pela via consensual (ponto 8º e 9º do Acórdão), os parcelamentos obtidos pela via negocial contrariaram outras normas de reforma agrária, como a dimensão mínima das glebas. O Acórdão discute ainda em meio aos atos normativos muito específicos, se cabe interpretação analógica dos mesmos no tocante a pontos controversos e lacunares da extinção das enfiteuses em Portugal.

No Acórdão nº 79/06 do Ministro Fonseca Ramos, O Supremo Tribunal de Justiça em 09 de abril de 2013 enfrentou a questão de dois subenfiteutas contra proprietários que postulavam o domínio pleno. Estes em 1938 tinham dado a terceiros em enfiteuse terrenos ora ocupados pelos réus subenfiteutas. Com a extinção da enfiteuse, os autores proprietários se viram no direito ao pleno domínio, visto que entenderam que a ablação constitucional havia atingido a relação entre os enfiteutas constituídos em 1938 e os réus subenfiteutas. Estes

manejaram em reconvenção a usucapião do domínio útil e assim evitar a indenização aos proprietários.

O fato da lei deferir indenização apenas aos ex-proprietários pessoas físicas foi entendido pelo Tribunal como algo injustificável, que a qualidade jurídica subjetiva daqueles interfira numa relação de direito objetiva, qual seja o de propriedade. Diz o Acórdão citado no item IV: “A origem das propriedades gravadas com a enfiteuse são remotas e não se considera apropriado que a compensação pela eliminação legislativa de um direito seja ditada por considerações exteriores ao conteúdo dos direitos reais em apreço”¹⁸³.

A “ablação constitucional” da enfiteuse em Portugal em 1976 provavelmente teve uma influencia direta no texto original do Anteprojeto que extinguiu as enfiteuses públicas e privadas, urbanas e rurais, no Brasil, sem indenização. O contexto social e político diverso levou a direções distintas as inovações constitucionais no Brasil daquela ocorrida em Portugal onde a ruptura com o regime anterior foi mais ostensiva que no Brasil.

3.9 União Européia: enfiteuse e políticas de fomento e subsídios

Administrativamente, a União Europeia enfrenta a discussão enfitêutica em vista a localização de grande parte de seus órgãos na Bélgica. No Diário Oficial da União Europeia de 2 de julho de 2007¹⁸⁴ a Comissão Europeia explicando a sua política imobiliária, compara a vantagem de adquirir mediante “enfiteuse aquisitiva” (UNIÃO EUROPEIA, 2007, p 148/6) um edifício, ao invés da locação simples, usufruto ou da compra definitiva. As menções às vantagens da enfiteuse na aquisição de edifícios para as atividades burocráticas, legislativas e judiciais do bloco são em resposta aos questionamentos do Tribunal de Contas da União Europeia. Já o Parlamento Europeu celebrou em março 1994 um contrato de enfiteuse com opção de compra do edifício Louis Weiss em Estrasburgo, por mais vantajoso (UNIÃO EUROPEIA, 2001, p. 370/67), afirmou-o em resposta ao pedido de prestação de contas da das Comunidades Europeias do exercício do ano 2000.

A política imobiliária da União Europeia relativamente a aquisição de imóveis em 2007, quando relatório da Comissão Europeia muda a forma de aquisição de seus imóveis da

¹⁸³ Cf. Em: http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:2+jurisdiction:PT/enfiteuse/WW/vid/432111794. Acesso em 12 dez. 2015.

¹⁸⁴ Os valores de compra chegavam a 61 milhões de euros, o usufruto sem opção de compra 4,8 milhões de euros e a enfiteuse aquisitiva por 3,25 milhões de euros anuais. “Además de la estabilidad obtenida a través de su política de adquisición, la Comisión también ha establecido una nueva manera de financiar las adquisiciones. La compra con pago aplazado es tanto desde el punto de vista jurídico como financiero más sencilla de aplicar que los anteriores contratos de enfiteusis adquisitiva (*emphytéose*). (UNIÃO EUROPEIA, 2007, p. 19).

enfiteuse para a “aquisição com pagamento diferido”, modalidade mais simples que a enfiteuse. A recomendação do Tribunal de Contas Europeu foi levada em consideração, bem como o Regulamento nº 1.605/2002, do Conselho da Europa (UNIÃO EUROPÉIA, 2007b, p. 9). Já na dimensão judicial, a União Europeia enfrenta a questão reiteradas vezes. No Tribunal da União Europeia, a questão enfiteuticista se relaciona a isonomia tributária e em relação à política de subsídios de cada país e entre empresas dos países do bloco (Decisão nº C-527/06, de 16 de outubro de 2008, caso *Rennenberg vs. Secretário de Estado de Finanças* – Holanda, relativo a rendimentos que obteve de trabalho e de renda e imóvel enfiteuticista devidamente habitado).

Ainda perante o Tribunal da União Europeia, demanda opondo *Elbertsen vs. Minister van Landbouw, Natuur und Voedselkwaliteit* opõe questão referente à política de incentivos agrícolas comum, do Regulamento 1782/2003 (Decisão nº C-449/08, de 22 de outubro de 2009) da União Europeia. O demandante, microempreendedor criador de ovelhas em terras nacionais que ocupava a título de *Erfpacht* de incentivo, na Holanda, se achou sobretaxado ao lhe ser cobrado impostos sobre os ganhos módicos que teve. A questão envolve a hiper-regulação europeia da livre concorrência e incentivos agrícolas e de quais benefícios os constitui, entre os quais a cessão da terra nacional aos agricultores. O Direito comunitário segundo o Tribunal se opõe a oferta de terra nacional como subsídio não isonômico, mas se opõe a cobrança de tributos sobre os resultados dos investimentos feitos pelo concessionário dessas terras.

Na Decisão nº C-197/11 e C-203/11, de 8 de maio de 2013, o Tribunal da União Europeia enfrentou a reserva oposta pela região belga da Flandres à pessoas que não tivessem “conexão suficiente” com a região na aquisição de imóveis em enfiteuse. A região conhecida como o “diamante europeu” cede em enfiteuse áreas para atividades econômicas, mas foi acusada de restringir negócios imobiliários de cidadãos e investidores de outros países da Europa. A Corte deliberou pela violação de artigos do Tratado da União Europeia pela legislação flamenga de violação da circulação e pessoas e capitais. A limitação na transferência de terrenos e edifícios enfrentada na decisão, soma-se a outras como a isonomia na imposição de encargos e concessão de benefícios tributários e fiscais, de matriz bem liberal da plataforma jurídica comum da União Europeia. Nesse caso não é a enfiteuse em si mesma questionada, mas outros aspectos potencialmente violadores dos direitos fundamentais dos europeus.

Em 30 de junho de 2004, a Comissão Europeia julgou o caso C(2004)2212, “relativa a um auxílio estatal da Alemanha a favor do grupo Herlitz” (UNIÃO EUROPÉIA, 2005, p.

L.324/64 a 324/86). Não cerne da questão a concessão de terras em enfiteuse pelo *Liegenschaftsfonds* de Berlim sobre um terreno no Tegel, área industrial de Borsig até o ano de 2053. O grupo econômico se instalaria e junto com a concessão enfiteuticou houve a de um empréstimo para financiar a mudança das instalações o que em tese feriria as regras do Mercado Comum por conta da baixa taxa anual pelo terreno de 3% do valor ao ano e o empréstimo sem garantia. A decisão de Comissão Europeia, por seu presidente, Mario Monti, foi de que a Alemanha não agiu em desacordo com as regras da CE tendo o *Land* de Berlim agido como ente privado nas concessões fundiárias e creditícias.¹⁸⁵

Um vasto e organizado estudo comparado de casos referentes à propriedade, e com abordagem da enfiteuse, é a obra coletiva organizada por Akkermans e Erp (2012). Nela os *cases* são analisados considerando a tradição jurídica e história de cada país. No mesmo grupo de trabalho dos autores citados, Vincent Sagaert (2012) disserta sobre as dificuldades e a necessidade de uma norma comum europeia em matéria civil, em especial a propriedade. O autor identifica diversas reações à unificação normativa do direito privado europeu o Livro X do esquema de trabalho da Lei Uniforme de Direito Privado, é quanto ao receio de que este seja “contaminado” pela legislação francesa (!!!) na sua tendência de minar a exclusividade da propriedade (SAGAERT, 2012, p. 40).

Sagaert (2012, p. 39) contextualiza as mutações por que passa a propriedade e evoca a bipartição medieval entre *dominium útil* e *dominium directum* como aceitáveis, um padrão que pode ser base para uma reinvenção jurídica da propriedade¹⁸⁶. Claro que fora o aspecto das subordinações pessoais, o que restou observado, por exemplo, na reintrodução da enfiteuse na Holanda e na França. O contrato e a concessão administrativa são os novos instrumentos de formalização.

O aspecto da unidade de registros de propriedade na Europa é outro a ser considerado no estudo da enfiteuse e da lógica proprietária que ela encerra, facilitando ou dificultando os registros e segurança dos títulos de créditos. Para a harmonização, algumas recomendações *lege ferenda* Schmid e Hertel (2005) procederam um mapeamento diagnóstico e localizaram alguns países onde não se segue o padrão de que “land law is static”, mantendo-se ainda no Antigo Regime (SCHMID; HERTEL, 2005, p.8), como a Inglaterra e seus já citados

¹⁸⁵ O direito de acesso sobre os melhoramentos por parte do *Land* de Berlim seria suficiente para elidir a falta de garantia creditícia, dando a entender a existência de uma garantia real considerada pelo órgão julgador da Comissão Europeia.

¹⁸⁶ “The importance of the exclusive nature of ownership can only be justified and explained in a historical perspective. Before the codification, the feudal system was based on a layered concept of ownership, with the distinction between *dominium utile* and *dominium directum*. The exclusivity of ownership creates a non-layered ownership right, which contradicts the legal instrument building a feudal society. In doing so, the legislature aimed to distance himself from the feudal concept of ownership” (SAGAERT, 2012, p. 39).

leasehold estates de caráter feudal e tribal (id, p. 11). Mas também a Espanha com seus “censos” e a Itália com a enfiteuse, além da Inglaterra e Gales citadas, desarmonizam um conjunto jurídico legislativo calcado no princípio do *numerus clausus* dos direitos reais.

Sob o aspecto registral, além das ultrapassadas, para Schmid e Hertel (2005) divisões da propriedade como espaço, existe o *timeshared right*, da Diretiva nº 94/47/CEE, como divisão da propriedade no tempo, uso temporário de imóveis. Os opostos da perpetuidade e da provisoriedade contrastam entre si: outro uso europeu-comunitário na Polônia e países egressos do sistema comunista são os usufrutos perpétuos. A enfiteuse é mencionada com o direito de uso, habitação e superfície, como variações nacionais no longo rol que inclui o *crofting* escocês e os censos espanhóis (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 16). Mas para os dois autores, para tornar harmônico o sistema de garantias de crédito e negócios outros envolvendo imóveis, nada como a britânica recusa do *numerus clausus* estrito para os direitos reais e a adoção dos *right of use sui generis*.

Schmid e Hertel, nos seu “General Report” de 2005, entretanto, não tecem maiores preocupações com a Holanda que reintroduziu a enfiteuse em 1992 mediante detalhadas disposições do seu Código civil. Possivelmente por dois motivos. O primeiro, que o sistema registral holandês é “causal”, como a maioria dos países europeus “exigindo uma causa válida para a transferência de propriedade” (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 53) e “constitutivo”, no qual os efeitos da transferência da propriedade acontecem já no ato de registro (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 33) com proteção à boa fé. A Holanda e a Áustria são exemplos países do bloco cujo sistema de transferência é ao mesmo tempo causal e constitutivo (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 53)¹⁸⁷.

Segundo fator da despreocupação dos autores é que a enfiteuse holandesa tem no itinerário de sua formação a participação do notário, que na Holanda não é parte do sistema judicial, mas órgão administrativo independente (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 30). O quesito de segurança jurídica dos negócios com direitos reais é o centro da preocupação dos dois juristas técnicos citados e no contexto holandês essa segurança é bem provida, daí sua despreocupação com aquela reintrodução de tão “atormentado” instituto (OURLIAC, MALAFOSSE, 1971, p. 29)¹⁸⁸

¹⁸⁷ Diverso é o modelo “declaratório” presente igualmente na Europa, em que o registro opera o efeito negativo de impedir outros registros, pode ser contraditado por terceiros, é suficiente, mas não necessário: os pactantes podem(r) não registrar. Já os constitutivos, são necessários pois sem o registro não há o efeito da transferência, em geral combina-se com a abstração, mas o caso holandês e austríaco, é “causal” e também “constitutivo”, com mais poderes para o sistema de registros formais e mais segurança.

¹⁸⁸ No original de Ourliac e Malafosse (1971, p. 29): “Les censives sont roturières comme l'emphytéose « **La spurienne** emphytéose que méprise la noble gent” (**negrito nosso**).

A preocupação jurídica com os registros de imóveis procede se considerado além da complexidade das relações jurídico-econômicas do bloco que engloba países e, mesmo regiões dentro de países, com diferentes tradições e técnicas jurídicas. Por exemplo, dentro da França, um estado centralizado e burocrático, a região da Alsácia-Mosela tem um sistema diverso e na Itália, as novas províncias do nordeste, de influência da Áustria, também seguem particularidades na forma dos registros (SCHMID; HERTEL, 2005, p. 37).

A criatividade e flexibilização do rol dos direitos reais, fechados em *numerus clausus* no período liberal codificador, tem se acentuado em decorrência da moderna economia de mercados globalizados, em choque com a teoria dos direitos de propriedade e suas regras (RUDDEN, 1987, p. 239). Na linha mais social e de facilitação do acesso à propriedade está Joseph W. Singer, que no contexto norte americano denuncia o libertarianismo radical de sacralização do *numerus clausus* dos direitos de propriedade como equivocada reação às formas feudais de propriedade, provocando a exclusão social (SINGER, 2009).

3.10 Canadá: bijuridismo, bi-linguismo e o *bail emphyteotique*

No Canadá, país da América do Norte, cindido entre duas tradições ou modelos jurídicos o *common law* (região anglófona) e o *civil law* (região francófona), a questão enfiteuticista aparece sob um duplo aspecto inicial: a questão linguística, mais local, e outra mais global, que é a fragilização do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais. No primeiro aspecto, o bi-linguismo canadense se junta ao bi-juridismo (GERVAIS; SÉGUIN, s/d)¹⁸⁹ que estão sendo enfrentados nos Projetos de Lei C-43 e C-22, do Parlamento canadense. A legislação federal se choca com as codificações locais e a enfiteuse está no conjunto de traduções linguísticas e jurídicas.

Um exemplo dessas traduções são os conceitos de “*beneficial ownership*” do *common law* inglês e o de “*propriété effective*” do *civil law* francês¹⁹⁰ se são ou não aquisições tributáveis. Também os conceitos-chave *emphytéose* e *leasehold* em que medida são sinônimos ao descrever situações jurídicas no contexto canadense do bi-juridismo. Segundo Gervais e Séguin, as questões referentes à propriedade despontam como as mais recorrentes. Nessa cisão jurídico-linguística chegam aos tribunais os efeitos de institutos como o *bail*

¹⁸⁹ Também chamado “bijuralism”. (Cf. GERVAIS; SÉGUIN, s/d).

¹⁹⁰ A França que entre 1534 e 1542 ocupou o Canadá e trouxe “seus feudos, censos e enfiteuses, se concedem monopólios [...] mas as instituições feudais não se enraizarem na Nova França”. O imenso território teve a ajuda da enfiteuse para sua efetiva ocupação. O Código de 1866 definiu a enfiteuse de um modo bem diverso, mantendo-se os bens alodiais e com amplos poderes ao *preneur* (Cf. FRENETTE, 1983).

emphytéotique do *civil law*, as semelhanças e diferenças em relação aos contratos de locação semi-atípicos do *common law* como o *leasehold*.

Em decisão judicial proferida em 27 de agosto de 2013 n° 4.053.532 *Canada Inc. v. Longueuil (Ville de)*¹⁹¹, o Tribunal de Recursos de Québec analisou a natureza dos direitos das partes a uma escritura de enfiteuse e examinou a questão dos direitos de transmissão a pagar em conexão com a venda dos direitos sobre terrenos e edificações pelo co-proprietário (locador/enfiteuta). O Tribunal enfrentou a questão de natureza tributária pois o bem antes tinha um valor contratado inicial de US\$ 4,2 milhões que chegou até US\$ 32.593.029,00 quando da transferência. O incremento de valor decorrente do cumprimento pelo *preneur* das obrigações terá uma série de leituras no âmbito tributário e civil.

O imposto de transmissão importou num total de US\$ 484.395,44 com base no valor total dos bens avaliados e vendidos. Para o Tribunal, não há transferência de propriedade na transferência de enfiteuse, mas uma nova parte substitui a outra na propriedade que permanece íntegra para o senhorio¹⁹². No tocante ao valor de base para a tributação, porém, contra o pedido do demandante (*Canadá Inc.*) de ser a base de cálculo o valor pago na transação, o Tribunal manteve o valor de mercado da avaliação do acervo feito pelo município de Longueuil. A alegação foi de que numa enfiteuse cujo valor inicial fora firmado 40 anos passados não era mais real e sim o valor dado pelo mercado imobiliário. Ao considerar o imóvel como uma “unidade de avaliação”, a Justiça canadense no caso, desconsiderou a cisão dos domínios útil e direto¹⁹³, fixou-se no domínio da efetividade econômica e avaliação fiscal dos bens.

A discussão se há fato gerador nessas transferências de direitos permanece aberta e é polêmica, pois na interpretação liberal da enfiteuse o dever de “melhoria” ou *emponemata* pode se reverter em ônus para o enfiteuta que agregou valor ao bem. É juridicamente incoerente o enfiteuta sofrer o encargo decorrente do cumprimento da finalidade do contrato enfiteutico que é a melhoria e o incremento da propriedade. O encargo tributário haveria de ser suportado pelo que teve um aumento de patrimônio, no caso acima o senhorio, que no caso canadense retém por acessão aquelas melhorias.

¹⁹¹ Cf. em <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:CA/emphyteotique!/WW/vid/471311526>. Acesso em 18 fev. 2016.

¹⁹² No Brasil, Aronne (2001, p. 232) Não existem dois domínios sobre um mesmo objeto, mas distintas titularidades que é autônoma, embora complementar, do conteúdo dominial. A propriedade não se desdobra, é unitária e os valores tributários sobre ela incidentes também são unitários.

¹⁹³ No Brasil, diferentemente, a legislação estabeleceu percentuais de valor do domínio útil urbano e rural para resgate e indenização nas enfiteuses, no Decreto n° 9.760/46 e LC n° 76/1993, respectivamente.

Geoffrion-Brossard e David (2008) levantam as questões mais relevantes do cenário jurídico canadense em relação à enfiteuse, largamente praticada no país. Os encargos de transferências de bens enfitêuticos no Canadá incluem o dever dos municípios tributarem as transferências, os parâmetros desses encargos é que desafiam os juristas canadenses. Não é a enfiteuse que é diretamente questionada, mas os encargos jurídicos decorrentes da transmissão dos direitos de enfiteuse, a quem deve onerar e no fundo, a inobservância dos elementos caracterizadores da enfiteuse pelas legislações constrictivas da propriedade alodial no sentido de arrecadação fiscal. O artigo 1.205 do Código Civil de Quèbec impõe ao enfiteuta a responsabilidade com os custos e encargos do imóvel.

David G. Duff (2009) questiona a Lei de Impostos sobre Revendas a incidir sobre transferências de imóveis no Canadá dividido em duas tradições jurídicas com diferenças profundas na concepção de propriedade alodial e feudal. No *common law* a aquisição de propriedade terá efeitos fiscais diversos da *civil law*, considerando os direitos que são transferidos e elegíveis: no *common law* a transmissão é do *equitable ownership* (do direito inglês) e não da *legal ownership*, esta de caráter absoluto e alodial que é estranha ao direito inglês, mas central no direito francês. Assim, a Corte de Quebec impõe aos transmitentes da enfiteuse encargos incompatíveis com o acervo de direitos transmitidos, uma vez que a propriedade integral fica com o senhorio¹⁹⁴.

A previsão normativa da enfiteuse no Canadá é na região francófona o Código Civil de Quèbec que prevê expressamente a enfiteuse no artigo 1.195 e seguintes, além do artigo 406 referente às limitações e encargos nas locações para uso da habitação familiar e ainda no artigo 1.040 da co-propriedade se remete analogicamente à enfiteuse. O direito de superfície é mais elaborado normativamente nesse documento legal do que a enfiteuse, seguindo uma tendência do emprego dessa modalidade de *jura in re aliena* na realidade urbana e incremento de edificações.

A enfiteuse e superfície são no Canadá postos à prova quanto a sua adaptabilidade e resiliência jurídicas também por esse hibridismo da configuração política, cultural e linguística do país, tendo respondido até o momento e continuando a integrar o estatuto jurídico da propriedade naquele país.

3.11 Estados Unidos. O *long leasehold* e as normas anti-enfeudamento

¹⁹⁴ Conferindo as remissões de enfiteuse na Catalunha, ocorre no caso espanhol igual desequilíbrio: o enfiteuta responde pelo encargo fiscal da valorização da propriedade produzida por ele próprio ao liberar o gravame.

Matéria jornalística em “Le Temps SA” de Genebra, Suíça, intitulada “*Emphytéotique, bail à 99 ans*”, de 7 de julho de 2011¹⁹⁵ dava conta de um grande estoque de terras na África Subsaariana enfiteticadas aos Estados Unidos. A descoberta desses contratos nos aniversários 50 anos de independência de 17 países africanos, como Costa do Marfim, Guiné, Etiópia, Uganda, Camarões, Senegal e outros mostravam outro lado das emancipações coloniais. O noticioso suíço levantou contratos de *bail emphytéotique* que alienam áreas petrolíferas, agrícolas e diamantíferas de milhões de hectares, assinados a partir de 1920 e com duração de 99 anos.

Nos Estados Unidos, considerando o significado de *longlease* que transmite o sentido de enfiteuse, no “32 CFR 174.12 - *leasing of transferred real property by federal agencies*” se tem a menção no emprego do arrendamento a longo prazo para imóveis federais fora do uso operacional. Como o contrato é transmissível e sem prazo, além do reconhecimento do domínio direto pelo *leaseholder* tem-se aí as características da enfiteuse, inclusive um item refere-se expressamente as melhorias no prédio (B.3).

Há sinonímia ou semelhança entre *long leasehold* e enfiteuse no contexto jurídico americano. Para Mary Ann Glendon¹⁹⁶ tem muitas notas de correlação, a começar pela natureza híbrida de contrato e propriedade (GLEDON, 1982, p. 505)¹⁹⁷. O *long leasehold* americano definido pelo *Uniform Residential Landlord and Tenant Act*, de 1972, emendado em 1974 e última revisão em 2013. Tinha uma finalidade redistributiva, social e de proteção à habitação familiar. Não foi adotada, 40 anos depois em vários Estados. A lei faz migração do tema para o direito comercial e do consumidor, no caso americano, visava dar a proteção social à moradia (melhor defendida pelo direito do consumidor!), finalidade essa que Joseph William Singer (2011) viu desaparecer na crise imobiliária de 2008-2009.

Integrando o *common law* no caso americano a enfiteuse tem várias traduções dentro do modelo do *Judicial Self Governance* (ROBILANT, 2014, p. 1) que pode empregar termos bastante flexíveis: *ground leasehold*, *long leasehold*, *emphyteusis*, *superficies* etc. O conteúdo de direitos reconhecidos é que define o instituto e não um *nomen juris* inserto num rol fechado, o *numerus clausus* dos direitos reais na tradição continental ou do *civil law*. A

¹⁹⁵ Cf. <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:SW/emphyteotique!/WW/vid/419919906> - Acesso em 18 de fevereiro de 2016. Certa perplexidade do emprego dessa técnica jurídica aparece na matéria. A enfiteuse aí aparece na sua forma mais cruamente ligada a gestão colonial da terra. Acesso em 12 dez. 2015.

¹⁹⁶ A autora escreve a partir da legislação de 1972 de proteção social dos direitos dos locadores e inquilinos urbanos.

¹⁹⁷ “The notion that American landlord-tenant law has evolved from property to contract ignores the long and variegated history of the leasehold estates. This history is that of a hybrid legal institution, neither entirely contractual nor entirely proprietary”.

questão enfiteútica aparece ligada à tendência da desvinculação da propriedade (*feudal tenure*) americana que chegam à deliberação dos tribunais.

Em 1847, perante a Corte de Justiça do Estado de Nova Iorque, a Igreja da Trindade venceu uma ação judicial movida por presumidos herdeiros de um doador de terras a ela em Manhattan, os quais queriam na incerteza dos títulos, retomar uma grande e valiosa extensão de terras. A Corte de Nova Iorque enfrentou duas vertentes das sucessões: a dos atos jurídicos praticados no período colonial e a pretensão de eventuais sucessores estrangeiros em terras americanas. Segundo Kent (2008, p. 488) foi aplicada aos casos a mesma lógica do sistema inglês de que toda terra pertence ao rei imediata e mediatamente, assim frustrando a sua reivindicação como alodiais aos descendentes de antigos colonizadores, pois estes a tinha como feudais.

No caso *Van Rensselaer v. Hays*, de 1859, a Corte nova-iorquina negou o direito de subenfeudamento baseada em direitos trazidos da Inglaterra. Como o sub enfeudamento era, segundo entendimento da Corte, vedado pela Inglaterra no período colonial, não gerava direito na colônia, embora a Corte deixasse intocados os direitos de posse constituídos no período colonial (KENT, 2008, p 377-378).

O caso tinha relação com a colonização holandesa em Nova Iorque, onde o feudalismo era muito ostensivo desde 1346, no Sacro Império Romano Germanico. Privilégios feudais para militares, nobres e “cidades leais” sse mantiveram até a era moderna, quando a Lei da Terra de Grotius celebrava em 1631 a “patronagem” sobre a terra. A política territorial colonial holandesa era feudal onde a Companhia das Índias Ocidentais tinha os direitos feudais sobre a terra. Nova Iorque fundada por Kiliaen van Rensselaer era governada em regime “manorial” (1544-1644) com milhares de foreiros (LOBINGIER, 1933, p. 201). Seus herdeiros tentaram assegurar a continuidade do domínio territorial enfiteútico sobre Nova Iorque no que foram rechaçados com base nos próprios fundamentos da propriedade feudal.

No caso *Bogardus v. Trinity Church* no ano de 1847 a Corte Novaiorquina aplicou o *Act concerning Tenures*, de 20 de fevereiro de 1787 que declarou alodiais e não feudais a propriedade, consolidando-a nos seus efetivos e atuais proprietários. Os demandantes na ação quiseram apelar para laços genealógicos num tipo de argumento que a justiça americana teve de enfrentar, segundo François Well num contexto de muitas fraudes genealógicas (WELL, 2013, p. 102)¹⁹⁸.

¹⁹⁸ O autor afirma: “Contested in the Jans-Bogardus claim was Trinity’s title to Manhattan land not the genealogical ties among Anneke Jans, her son Cornelius, and their nineteenth century heirs. Mos antebellum cases, however, were characterized by uncertainty: about the very existence of a property, about the legal claim

A decisão conservou para a Igreja da Trindade terras na ilha de Manhattan, onde segundo Donna Rilling, o acesso facilitado pela enfiteuse foi muito popular na década de 1970. Não só em Nova Iorque como também em Chicago e Detroit, o modelo do *Ground long leasehold* foi adotado para as propriedades comerciais e associações de inquilinos (RILLING, 2001, p. 208)¹⁹⁹. O *Uniform Residential Landlord and Tenant Act* de 1972 definindo regras protetivas para a moradia urbana veio nesse movimento de acesso à propriedade (GLENDON, 1982). Nessa Lei Federal, base para leis estaduais, dentre as formas de acesso e proteção à moradia está o arrendamento de duração indefinida, renovável pelo pagamento das taxas.

A lógica enfiteútica nos EUA seguiu ainda uma tendência de transformação da *feudal tenure* em renda imobiliária (RILLING, 2001, p. 48) por parte dos grandes proprietários e velhas famílias na Filadélfia. A venda pura e simples de lotes não acontecia, ficando os adquirentes vinculados ao pagamento anual a longo prazo, o que é uma das características da enfiteuse, a anualidade do pagamento ao senhorio e a vinculação inclusive perpétua²⁰⁰. As rendas assim obtidas favoreciam de um lado o acesso à terra urbana na Filadélfia e aos senhorios a possibilidade de perpetuar-se no domínio e a vantagem da acessão sobre prédios e melhoramentos²⁰¹ (RILLING, 2001, p. 46).

No contraponto disso, a tendência de *land free-holder* de corte exclusivo, individual e totalmente desvinculado, inclusive da dimensão coletiva requisito da qualidade democrática de uma sociedade. O *land free-holder* na história americana do direito de propriedade, de concentração no titular individual, tem as reservas que lhe faz Joseph William Singer. Para ele

Propriedade é uma instituição social e política e não meramente um direito individual. Por esta razão, a estrutura jurídica da propriedade reflete normas e valores que não são totalmente expressas por referência ao valor de mercado dos direitos de propriedade. (SINGER, 2009, p. 1010).

No contexto americano, a *long leasehold* é parte dos direitos de propriedade decorrentes da máxima extensão destes numa sociedade liberal fundada na livre disposição e iniciativa, podendo ser estabelecida por contrato. Juridicamente a legislação comum e

to the property, and finally about the genealogical basis of the legal claims. This triple uncertainty encouraged frauds based on imaginary domestic or foreign ancestor and estates" (WELL, 2013, p. 102).

¹⁹⁹ O desenho da aquisição de terrenos para edificações de moradia descrito o Rilling (2001, p 46) é exatamente enfiteútica: longa duração, perpetuidade e reversão das benfeitorias ao *overlord* no caso de inadimplemento. O traço social dos senhorios (*overlords*) famílias antigas da costa leste americana, reforça essa tese, pois apenas o formato contratual e sinalagmático da aquisição é que se distancia do *feudal tenure* do direito inglês, além do aspecto rentista.

²⁰⁰ "Under this means of property holding, title to a lot was granted in perpetuity, subject to payment of annual rent" (RILLING, 2001, p. 8)

²⁰¹ "Tenants found long-term leases unappealing because all improvements reverted to landlords at the expiration of the lease" (RILLING, 2001, p. 46).

estatutária não se impõe ao *Judicial Self Governance* que pode criar formas de propriedade e modulá-las.

3.12 Argentina. A enfiteuse rivadaviana e a supressão parcial

Na Argentina, a enfiteuse foi abolida após uma atropelada existência, mas poderia ser reintroduzida no direito argentino para superação do conflito agrário por um justo acesso à terra (GHIRARDI et al, 2012, p. 8). A enfiteuse não está proibida, mas se encontra inscrita dentro dos poderes e gozo do proprietário e limites impostos pelo artigo 2.614 do Código Civil.

A enfiteuse de Rivadavia, aprovada em 18 de agosto de 1822, pretendia fazer uma distribuição racional de terras e terminou por fortalecer a oligarquia latifundiária. A lei que regulamentava só foi aprovada em 18 de maio de 1826 e os beneficiários de terras sem demarcação a modificaram em 1828, para impedir a aquisição de terras por novos enfiteutas. Os enfiteutas originais, umas poucas famílias argentinas, passaram a condição de supremacia sobre o Estado concedente. Simultaneamente ao projeto agrário modernizador, se atacou as prerrogativas da Igreja. Em novembro de 1822 se aprovou a “Ley de Reforma Eclesiástica” com a extinção dos foros pessoais do clero e tomada de bens das ordens religiosas. No desastre enfiteutico argentino, o Estado ficou sem terras e sem rendas, pois os enfiteutas em um *júri* é que decidiam o valor das pensões²⁰². A enfiteuse eclesiástica foi extinta nesse processo de acumulação privada de terras (PICCIRILLI, 1943; DONGHI, 2005, p. 231; SABRELI, 1971), em troca da manutenção da Igreja argentina pelo Estado.

Na Argentina proibia a constituição de enfiteuses lá em 11 de dezembro de 2001, um ano antes da proibição de constituição de novas enfiteuses no Brasil, pelo art. 12 da Lei 25.509/2001, a lei modificadora do Código Civil. Na Argentina, o rol de direitos reais do artigo 2.503 não traz mais a enfiteuse, mas a “superfície florestal” inserida pela Lei nº 25.509, de 17 de dezembro de 2001. A mesma que alterou o Artigo 2.614 vedando a enfiteuse²⁰³. Esta, no entanto, pode ser constituída como direito pessoal por força da permissiva do artigo

²⁰² SABRELI, Juan José. **Los Oligarcas**. La historia popular. V. 5. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1971. DONGHI, Tulio Halperin. **Guerra y finanzas en los orígenes del Estado Argentino (1791-1850)**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2005); PICCIRILLI, Ricardo. **Rivadavia y su tempo**. 3 v. Buenos Aires: Peuser, 1943.

²⁰³ Art.2.614.- Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos **enfiteuticos**, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna.(**negrito nosso**).

2.502²⁰⁴ do Código Civil, mediante contrato e disposição de última vontade, mas observada a limitação do artigo 2.614: por um prazo de 5 (cinco) anos para o fim da vinculação. A Argentina rege-se pela doutrina do *numerus clausus* dos direitos reais, mas Di Robilant (2014, p. 4) vê no artigo 2.502 do Código argentino uma flexibilização contratual ímpar em relação aos outros ordenamentos, desse princípio de fechamento do rol dos direitos reais.

Mas tanto lá quanto nos ordenamentos que prevêm os contratos onerosos de renda vitalícia, ocorre apenas mudança de nome, especialmente quando a renda vitalícia é contratada tendo como contrapartida bens imóveis do artigo 2.070 e seguintes do Código Civil Argentino e outros códigos²⁰⁵. A redação do artigo 2.070 definindo um contrato típico, o de contrato oneroso de renda vitalícia, tecnicamente supera a vedação do artigo 2.614, ou ao menos coloca uma antinomia legal em relação ao prazo máximo de 5 anos do contrato ressalvado no artigo 2.614 e a vitaliciedade daquela estipulação do artigo 2.070. O comando legal do artigo 2.502 já mencionado permite resolver, no entanto, esse conflito normativo. Houve a extinção apenas nominal da enfiteuse, substituível pelo contrato de renda vitalícia com contrapartida em imóveis.

A menção expressa no Título VII do Código Civil Argentino do “domínio imperfeito”, no entanto, traz um componente estruturante da enfiteuse: o domínio útil, destacado do domínio direto, ou eminente, ou “perfeito” numa ampliação de sentido. Ou seja, a referência ao *dominium divisum* é indicio da lógica enfiteuticista presente no Código Civil Argentino²⁰⁶, senão o próprio instituto, excluído do rol dos direitos reais. Bartolomé Clavero já chamava atenção para os variados nomes com que se tentaram camuflar a enfiteuse: contrato de particular a particular, o *bail emphyteotique*, na França e, na Espanha, o *censo enfiteutico* (CLAVERO, 1986).

A “propriedade imperfeita” pode ser associada à enfiteuse como sua flexibilização. Ou a insuficiência de sua regular constituição pode perfeitamente levar a essa situação de imperfeição formal. A relação de pertinência histórica entre a propriedade imperfeita e a enfiteuse pode ser ilustrada com o trabalho de Luis J. García Ruiz (2015) no contexto mexicano, mas ainda no período colonial.

²⁰⁴ Art. 2.502. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

²⁰⁵ O Código Francês tem disposição semelhante no artigo 1.155, mas evitou a menção à contrapartida em imóveis pelo beneficiário da renda vitalícia, restando uma mais pura pactuação pessoal.

²⁰⁶ Diz o Código: “Art. 2.661. Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”. Sobre a enfiteuse rivadaviana na Argentina cf. Villalobos-Domingues (1953).

Para efeito de comparação, nos limites estreitos de consideração da lei, estritamente, o Código Civil mexicano, que não tem a enfiteuse, no entanto tem a seguinte disposição referente à copropriedade: “Artigo 939 – Os que por qualquer título têm o domínio legal de uma coisa, não podem ser obrigados a conservá-lo indiviso, a não ser nos casos em que pela mesma natureza das coisas ou por determinação da lei, o domínio é indivisível”. O enunciado legal ao equiparar propriedade e domínio, a coisa e o *jus in re*, abre a possibilidade de contratualmente se revigorar a enfiteuse e outros *jura in re aliena*, no que assemelham Argentina e México.

3.13 Perspectivas no direito comparado para a enfiteuse: as *emponemata*

O contexto de dinamismo econômico, social e ambiental da propriedade atual nos diversos países integrados no fenômeno da globalização acena para atualidade das melhorias e incrementos como parte inafastável da função sócio-econômica e ambiental da propriedade. Por outro lado os remanescentes feudais em direito de propriedade (e territoriais) têm de ser analisados criticamente. Nikos Karapidakis registra a permanência deles no Mediterrâneo moderno (KARAPIDAKIS, 2015, p. 92) de antigas vinculações de bens públicos e privados mostrando a heterogeneidade das situações envolvendo propriedade fundiária.

Em comum nas normas jurídicas positivadas de diversos ordenamentos ilustrativamente elencadas acima, está o inegável influxo “fundacional” do século XIX e do marco liberal na mentalidade e legislações em torno da propriedade. Algo similar ao que Alberdi estabeleceu para as constituições latino-americanas: um período fundacional na segunda metade do século XIX. Esse período histórico é uma espécie de laboratório do direito de propriedade e das codificações do *Rechtstaad*. As pautas jurídicas referentes à propriedade, amortizada ou desamortizada, inclusive a enfiteuticista, de emprego com restrições, permanecem.

A fase hipotecária da propriedade fortalecida nesse influxo fundacional do século XIX conecta a patrimonialidade à economicidade na dimensão rentista, revigorando um aspecto da enfiteuse, a *emponemata*. Ainda que se negasse o paradigma da propriedade onerada por vínculos feudais, a nova fase hipotecária destina-se a renovar, não a liberar, dos vínculos e encargos. Mesmo na atualidade, a dimensão hipotecária da propriedade é o eixo dos juristas europeus como Serf Van Erp, Artur Salomons e Bram Akkermans que vêm nessa dimensão do *mortgage law* um aspecto importante da propriedade do concerto europeu comunitário. O

valor “mobiliário” dos bens imóveis mediante o mercado de hipotecas parece vantajosa ao Mercado e decisiva também no caso americano (SINGER, 2011).

A expansão por necessidade de ocupação territorial (expansão da fronteira interna) certamente não existia mais acentuadamente na Europa do século XIX, com exceção provável no sul de Portugal, afetado por grave crise demográfica. Mas era ainda assim uma expansão secundária. De resto, a normatização a propriedade tende a contratualização, personalização que contempla situações de natureza familiar e especiais, necessidades habitacionais e limitações urbanísticas, mas observando o grau de elasticidade dos ordenamentos ao crescendo de novas formas de direitos reais.

[...] nos sistemas de direito civil, o direito de superfície e enfiteuse dar às partes a liberdade significativa para personalizar termos e condições para a propriedade da terra. Além disso, através de associações de proprietários, ou "direitos apartamentos" em alguns países de direito civil, os proprietários podem criar pacotes altamente complexas e idiossincráticas de direitos e deveres. Dada essa complexidade, estes críticos sugerem, não é plausível que a adição de novos direitos de propriedade incomum irá gerar o grau de confusão assumido por Merrill & Smith. (ROBILANT, 2014).

A força codificadora “decimonômica”, entretanto, não conseguiu unificar as tradições jurídicas que na Europa resistiam à regulação legal estrita do *numerus clausus*²⁰⁷. Assim a integração européia vai erodindo as diferenças muito acentuadas entre os regimes legais de regulação, alguns com fortes peculiaridades incompatíveis com a integração econômica do bloco (ERP; SALOMONS; AKKERMANS, 2012). Prepara-se um cenário de harmonização normativa que propicia segurança nos negócios jurídicos e operações de créditos e fomento produtivo.

Outra perspectiva é que as modalidades da propriedade tenha um efeito sobre o princípio do *numerus clausus*, o rol taxativo de direitos reais e que contrasta numa economia de mercado e de inovação, com a abertura e flexibilidade contratuais. Novos instrumentos jurídicos de uso do solo e edificações em vista de necessidades humanas especiais, como as propriedades *time shared* adequadas à mobilidade dos seus usuários, são exemplos. As experiências jurídicas de cada país, ditadas pelas políticas sociais e econômicas, e as traduções e recepções de modelos jurídicos de solução do problema da articulação entre segurança, estabilidade e uso produtivo e eficiente da propriedade.

²⁰⁷ A crítica ao princípio do *numerus clausus* não impede as externalidades muito incidentes no caso da propriedade, conforme Smith (2012, p. 164). Robilant (2014) descreve as inconsistências de um tratamento jurídico inadequado e descontextualizado dele.

Além das inovações formais quanto novos instrumentos e denominações para os contratos, uma perspectiva parece ser mais pertinente à enfiteuse especificamente: a renovação e reforço da dimensão econômica efetiva que é constitutiva da enfiteuse (ORTUÑO PERES, 2005; BLÁZQUEZ, 2012; TRIGÁS e ESTEVES, 2010): as *emponemata*, o incremento e melhoria do bem muito além das clássicas benfeitorias necessárias, úteis e volutuárias do direito clássico. A enfiteuse inserida em economias industriais de Estados democráticos com pautas sociais diversas a que responder, reforça a questão do uso racional e produtivo dos bens privados e públicos.

Ela encontra previsão já em várias legislações e seus dispositivos relacionados à enfiteuse. A produção diversificada e desenvolvida da sociedade burguesa da crítica de Marx no *Grundrisse* mencionado por Le Goff (1990, p. 196) é um progresso ante o modelo econômico feudal, cujo foco era a subsistência. Por isso se a feudalidade acentuou historicamente na enfiteuse o *dominium divisum*, a *emponema* tem sido revigorada sob os mais variados aspectos na legislação dos países centrais. Não só no aspecto produtivista, mas de promoção de outras finalidades como as de preservação arquitetônica, de caráter “negativo” ou de abstenção de uso segundo fins apenas econômicos e não ecológicos.

A industrialização e urbanização, expressões das sociedades desenvolvidas, segundo Niklas Luhmann, afeta as estruturas proprietárias estratificadas levando-as, mesmo os arranjos produtivos familiares, artesanais e agropecuários à mobilidade dos indivíduos e do dinheiro (LUHMANN, 2006, p. 127). Essa mutação econômica e social está desde a fase hipotecária da propriedade do século XIX em pleno desenvolvimento normativo, nacional e internacional.

As perspectivas normativas a partir de uma presumida adequação da forma jurídica da enfiteuse pela sociedade precisa considerar o direito como sistema autoreferenciado e que se auto-observa. Ao operar reflexivamente sobre si mesmo, o direito considera também as decisões anteriores (LUHMANN, 2002, p. 9) assim não há condição de repriminção do quadro jurídico anterior de vigência irrestrita do sistema de propriedade em “camadas”. A forma de sociedade hierárquica que sustentava aquele modelo de propriedade é agora funcionalizada, na análise de Luhmann. A estabilidade dinâmica do direito a propor mudanças o faz como comunicação, em resposta a expectativas (direito ‘extra legal’) que certo modo antecipam o sentido e validade das normas. As operações centradas unicamente na memória dos textos escritos deixam o sistema aferrado à própria memória (LUHMANN, 2002, p. 30) o que não impede que o sistema recupere a sua atualidade pelos câmbios normativos a partir dos textos.

4 ENFITEUSE NO BRASIL: CONFLITOS, FUNDAMENTOS E SOLUÇÕES

Conflitos urbanos de baixa ou alta intensidade²⁰⁸ simultâneos às antinomias normativas acerca do uso e propriedade do solo indicam que a questão social e legal em certa sincronia. A enfiteuse fica invisível por se limitar geograficamente a algumas áreas urbanas mais centrais e litorâneas, onde os atores jurídicos e sociais envolvidos, juridicamente incluídos, resolvem por composição ou via administrativa ou judicial. Situação diversa dos conflitos sociais aberto das áreas de expansão urbana mais periféricas, onde os atores sociais interessados são juridicamente excluídos das soluções formais. As ocorrências do conflito jurídico na enfiteuse são reais, coletadas em notícias veiculadas nos meios de comunicação, publicações de história local e acervos judiciais.

A constitucionalização da enfiteuse a deslocou de um plano da regulação negocial privada para a esfera de incidência da norma estatal no que ela tem de cogente mas também aberta. Quando a razão do direito passa a ser a razão do Estado (SANTOS, 2009, p. 143), deixa de ser resultado de decisões consensuais dos diferentes grupos de status (SANTOS, 2009, p. 215) e assume formalmente o conflito sem resolvê-lo substancialmente. O conflito urbano fundiário se alimenta do longo histórico de irregularidade na ocupação da cidade (MAIA, 2011; HOLSTON, 1993), pelo “esgotamento do tratamento formal dado ao direito de propriedade” (MATTOS, 2006, p. 5).

A constitucionalização é avanço político e jurídico que dá à emancipação uma forma de consolidação textual poderosa. Mas como regulação, a constituicionaização potencializa as estratégias da hegemonia (do Estado) e acumulação (do Mercado)²⁰⁹, a custa do “princípio da comunidade” e suas estratégias da confiança (SANTOS, 2009, p.154-157). A solidariedade horizontal e as relações não mercantilizadas (SANTOS, 2009, p. 153) cedem rapidamente com o avanço do Mercado amparado pelo intervencionismo jurídico do Estado constitucional (SANTOS, 2009, p. 160; 162; 228).

A resposta a essa “colonização” do mundo da vida pela regulação jurídica se pode ser buscada nas próprias condições jurídicas e políticas que propõem os direitos sociais (SANTOS, 2009, p. 163). Eles são como uma área de transição entre a regulação em abstrato

²⁰⁸ Documento do PNUD distingue entre conflitos fundiário “amplo” – grande abrangência territorial - e “estrito” – caso específico e partes identificáveis. (Cf. BRASIL, 2013.) Disponível em: http://www.cdes.org.br/SITE/PUBLICACOES/Pesquisa_solucoes_alternativas_de%20conflitos.pdf. Acesso em 30 jan. 2016.

²⁰⁹ “O Estado constitucional do século XIX foi concebido como a máquina perfeita de engenharia social. A sua constituição formal, mecânica e artificial conferia-lhe uma força e uma plasticidade nunca antes conseguidas por qualquer outra entidade política” (SANTOS, 2009, p. 170).

e a emancipação substantiva, promessa da modernidade. Às formulações normativas e abstratas se impõe uma interpretação substancial(izadora), o resquício por assim dizer de conteúdo emancipatório social aproveitado ao máximo.

O paradigma de legalização e regularização fundiária que comporta preferencialmente critérios formais, narrativas históricas adjudicadas nas sentenças judiciais e dentro do modelo da propriedade exclusiva e individual ditadas no rol taxativo do *numerus clausus* dos direitos reais, pode ser otimizado e mesmo substituído por uma abordagem *rights base approach* dos direitos sociais fundamentais.

Neste capítulo se expõe os fatos atuais e recentes acerca da enfiteuse diretamente e o contexto a ela indiretamente pertinente, após breve situação dos mesmos como conflito jurídico e social. O cenário fático-histórico dos casos não permite separar as enfiteuses urbanas e rurais, nem as públicas das privadas, pois a dinâmica geográfica urbano-rural, não repercute univocamente na forma de recepção jurídica que também distingue as enfiteuses públicas das privadas em pontos muito localizados. Analisando os pontos problemáticos decorrentes dos registros elencados a luz do quadro normativo vigente, também ele eivado de tensões, lacunas e antinomias ao menos aparentes se proporá uma resposta plausível para uma questão que, sob vários outros aspectos, permanecerá em aberto.

4.1 O conflito fundiário urbano e a enfiteuse

No plano dos fatos, o conflito fundiário urbano é percebido e registrado no planejamento urbanístico do governo federal, em especial nos programas conjuntos do Ministério das Cidades com outros órgãos e entes federativos, como os Seminários Regionais de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos, lançado em 2009. As enfiteuses ou aforamentos estavam na exposição inicial do tema, parte desse conflito de “longa existência no país estando normalmente associados aos processos de segregação e exclusão espacial” (BRASIL, 2009, p. 1) que o Estatuto das Cidades visa superar. Continua o documento de referência:

Os Conflitos Fundiários Urbanos constituem fenômeno social de longa existência no país, estando normalmente associados aos processos de segregação e exclusão espacial. As formas de condução na sociedade deste tensionamento fundiário urbano variaram muito na história brasileira recente, como resultado do encadeamento de diversos regimes de posse legal da propriedade fundiária, **em cujos extremos encontram-se os aforamentos coloniais e as enfiteuses imperiais**, por um lado, e o Estatuto das Cidades e seus instrumentos, por outro. (BRASIL, 2009, p. 1). (**Grifos nossos**)

Essa posição de protagonismo positivo do Estado Irllys Alencar Firmo Barreira (2010) analisa a partir dos atores sociais envolvidos na questão urbana na teoria de Lucio Kowarick. Ela atenta para o papel do Estado, alvo das reivindicações e os atores coletivos quando o conflito urbano direto, as invasões, foi se transformando em movimento. A percepção de um antagonismo mais amplo pela autora não incluiu diretamente particulares, na discussão sobre a propriedade privada, pois os movimentos sociais urbanos se pretendiam ficar no campo da legitimidade e por isso só às vezes se envolviam proprietários urbanos. Mas sempre o Estado era a parte na demanda. Em termos de eficácia da análise do problema, a análise sociológica ultrapassa a positividade jurídica na questão do acesso ao solo urbano, pois maneja com mais eficiência dados econômicos, políticos e demográficos, sobrando ao direito a desordem (KOWARICK, 1979 *apud* CARDOSO, 2003).

O conflito fundiário urbano, em abstrato, no Brasil também aparece nas competências constitucionais distribuídas em 1988 e antes, a pouca atenção à legislação urbana mesmo quando as cidades passaram na década de 1950 a produzir mais riqueza e concentrar mais população (FERNANDES, 1997 *apud* CARDOSO, 2003)²¹⁰. A força da Constituição no reconhecimento da propriedade privada absoluta praticamente impede a consideração social desse direito e as implicações na reforma urbana. O modelo oficial da legalidade fundiária está em conflito com as formas plurais de propriedade irregular (CARDOSO 2003, p. 18).

Para James Holston, no trabalho “legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil”²¹¹ faz uma análise sobre os conflitos fundiários urbanos, a partir de pesquisa histórica e a etnografia de um conflito real de terras em São Paulo. Para Holston A disfuncionalidade da lei autoriza pensar sua violação a partir não de fatores externos, mas do próprio âmago do sistema legal, marcado pela fraude. Assim, jogar com o “ilegal” pode ser mais vantajoso em termos práticos nos conflitos fundiários e até os atores populares reproduzem nos seus êxitos judiciais as mesmas práticas da grilagem (HOLSTON, 1993, p. 24). Para o autor o intrincado jogo com documentos, entraves burocráticos e descontinuidades artificiais na narrativa histórica da propriedade fundiária (HOLSTON, 1993, p. 2) faz parte do jogo de legalizações fundiárias forçadas pela adjudicação judicial.

²¹⁰ “On the other hand, the lack of a constitutional treatment of the urbanization process and its resulting territorial order, within the scope of Brazil’s contradictory federal system, led to endless legal controversies and institutional conflicts among the federal, the federated state and the municipal governments concerning the power to enact urban legislation” (FERNANDES, 1997, p. 6).

²¹¹ A excelência da pesquisa etnográfica realizada em sede de antropologia, ficou obscurecida a nosso ver pelas conclusões axiológicas a respeito das consequências jurídicas das regularizações. Os juízos de valor do autor não consideraram uma etnografia mais interna o sistema de justiça, que diante de um problema tem de resolvê-lo, não descrevê-lo apenas. (Cf. HOLSTON, 1993, leitura feita a partir da versão publicada no sítio da ANPOCS, de paginação de 1 a 24.).

Os conflitos de terra são também, explicitamente, disputas sobre o sentido da história, porque opõem interpretações divergentes a respeito da origem dos direitos de propriedade. O centro nevrálgico desses casos é a busca por um título, a busca pelas origens que justificam ou desqualificam alegações. Assim, logo descobri que a disputa em questão não fazia sentido a menos que fosse retraçada ao longo do tempo. Litigantes, advogados, juízes, moradores e grileiros: todos estudam a genealogia do conflito (HOLSTON. 1993, p. 2)

O contexto espacial da periferia na pesquisa de Holston é diverso daquele das enfiuteuses privadas, mais centrais. A saída “extra-legal” para as regularizações fundiárias urbanas segundo ele também coincidem nos atores populares e grileiros. Essas regularizações tornando legais as ocupações antes ilegais, para ele, reforçam a disfuncionalidade e a perpetuam.

Os conflitos em geral por seu desenho são contingentes, ainda que o fundo de omissões e violações de direitos que os suscitam ou favorecem permaneçam válidos e indetectáveis quando se especifica o conflito fundiário urbano. Assim é que Adauto Lúcio Cardoso²¹² vê a possibilidade de fazer uma tipologia dos conflitos a partir do ponto de vista urbanístico. No que diz respeito aos particulares, antes privados envolvidos, na complexidade do problema das irregularidades do solo urbano, seu comportamento depende da capacidade de atuação dos agentes públicos, pois com estes agem e reagem estrategicamente (CARDOSO, 2003, p. 12). A perspectiva de regulação fundiária moderna do direito urbanístico acentua a ação estatal e administrativa levando o autor a centrar o conflito e disputa em nível mais genérico e macro das políticas e direitos sociais, entre as “duas cidades”, uma legal e outra ilegal.

O conflito fundiário urbano na visão de Holston (1993) é situado na esfera micro da pesquisa etnográfica ancorada na reconstituição histórica da propriedade tem em comum com Cardoso (2003, p. 14) o padrão de regularização posterior, mesma linha de Nelson Saule Junior (2004). Ou seja, falhando por caótica a regulação *a priori*, segue-se a pressão por regularização posterior. Igualmente em comum é a abordagem do problema como algo coletivo, no qual demanda atores jurídicos institucionais do Estado e do mercado de terras, não circunscrito a disputa jurídica tradicional entre indivíduos.

Esse “detalhe” chama atenção para alguns *standards* da epistemologia crítica em relação aos jogos sociais no ambiente do direito moderno na estrutura analítica proposta por

²¹² Cardoso (2003, p. 17) associa o planejamento urbanístico à regulação do Estado em vista da sociedade industrial, concentração de mão de obra e produtividade do ambiente urbano. A disputa pela titularidade fundiária toca apenas num ponto mais específico de um conflito social mais amplo.

Boaventura de Sousa Santos. Para ele a crise epistemológica do paradigma dominante (SANTOS, 2009, p. 68 *passim*) inclui a negação moderna à solidariedade horizontal, o “princípio da comunidade” e suas estratégias da confiança estigmatizadas pela modernidade como caóticas. Uma revalorização do caos e da prudência (SANTOS, 2009, p. 80-81) é parte do programa da epistemologia crítica que busca reavivar a dimensão emancipatória do conhecimento, cindido nas suas capacidades de ação e de reação, dos atos e das suas consequências: a capacidade de agir e de produzir, impulsionadas pela ciência e a tecnologia modernas, ultrapassaram em muito a capacidade de prever (SANTOS, 2009, p. 58).

Ele advoga uma atitude epistemológica de prudência (SANTOS, 2009, p. 80) ante as consequências de uma postura de negatividade muito comum no direito e em geral na ciência moderna, pois se já algo está em jogo, assumir uma “hermenêutica da suspeição” é de bom senso. O conflito social enseja considerar que “dos três princípios de regulação (mercado, Estado e comunidade), o princípio da comunidade foi, nos últimos duzentos anos, o mais negligenciado” (SANTOS, 2009, p. 75). Desse ângulo, a solução dos conflitos será prioritariamente buscada no mercado e no Estado, mas o cenário das novidades nesse campo o autor inclusive ilustra com as práticas informais de solução de conflitos urbanos pelas comunidades dos “bairros de lata” no Rio de Janeiro (SANTOS, 2009, p. 214).

4.1.1 Fatos recentes acerca das enfiteuses: esboço de uma casuística

A relevância fática da enfiteuse como problema jurídico nacional, o Capitão-de-Fragata Márcio Affonso Rêgo Gavino, convocado para falar aos parlamentares sobre os “terrenos de marinha”, introduz a fala de modo até anedótico. Na Audiência Pública da Câmara dos Deputados do dia 5 de abril de 2006 se convocaram Sebastião Carneiro - chefe da assessoria parlamentar da Agência Nacional de Transporte Aquaviário — ANTAQ – e Márcio Affonso Rêgo Gavino - Capitão-de-Fragata, representando o Comando da Marinha. O Projeto de Emenda a Constituição nº 603-A/98 da Deputada Laura Carneiro visa a extinção da enfiteuse nos “terrenos de marinha”. O oficial teve de explicar o significado singelo de “marinha” nessas duas sintaxes, “bens da Marinha” e “terrenos de marinha”. Disse o convocado o Capitão-de-Fragata Márcio A. R. Gavino:

Não cheguei a preparar uma palestra [...] porque [...] a participação da Marinha, ao contrário do que possa parecer, em relação aos terrenos de marinha, é muito restrita. Eventualmente, a expressão ‘terreno de marinha’ pode dar a entender que exista grande interesse da Marinha no terreno, que o terreno pertença à Marinha, ou que a Marinha venha auferir qualquer benefício da propriedade desses terrenos.

O desconhecimento técnico do problema leva a opiniões apressadas de não ser esta uma questão relevante²¹³, inclusive a terminologia jurídica é ignorada no delineamento e descrição das questões, como a terminologia “terrenos de marinha”. A confusão terminológica pode ter a ver com o Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que nos artigos 80 e 81 confiavam à Marinha a administração das terras devolutas²¹⁴. No mesmo Decreto Imperial, o artigo 3º, § 4º reserva ao Ministro da Marinha prioridade na ocupação e exploração de áreas costeiras e devolutas. A audiência da Câmara dos Deputados, o técnico da ANTAQ, Sebastião Carneiro, dá as dimensões do território envolvido.

No ano de 2005, em relação aos foros, foram 30 milhões de reais; em laudêmios, 84 milhões de reais. Isso corresponde a um total de 114 milhões de reais em arrecadação de terrenos de marinha. Fizemos um levantamento para verificar quantos Municípios estão sob a legislação de terrenos de marinha, apenas na costa marítima, pois não fizemos na parte de interior. Por exemplo, no Rio Grande do Sul, são 15 Municípios; em Santa Catarina, 29; no Paraná, 5; em São Paulo, 15; no Rio de Janeiro, 23; no Espírito Santo, 14; na Bahia, 34; em Sergipe, 8; em Alagoas, 15; em Pernambuco, 12; na Paraíba, 8; no Rio Grande do Norte, 22; no Ceará, 21; no Piauí, 4; no Maranhão, 24; no Pará, 16; e, no Amapá, 8. Se não me engano, o total é de 285 Municípios atingidos pela legislação sobre terrenos de marinha. (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2006, p. 10)

Em 9 de agosto de 2015, o Jornal “O Globo” veiculou a notícia de que a Prefeitura do Rio de Janeiro havia notificado milhares de cidadãos em relação aos direitos de foros e laudêmios na cidade. A estranheza da população com uma exação da municipalidade além do IPTU e outras taxas e o valor avaliado desses foros e laudêmios de 22 bairros da cidade. Esses bairros nas zonas Sul e Oeste da cidade foram doados pela Coroa portuguesa à cidade e são atualmente cerca de 70 mil imóveis, em cerca de 72 km² de terras dominicais da Prefeitura do Rio²¹⁵. Assim, normas administrativas e civis confluem na gestão desses fundos enfitêuticos, numa composição incompreensível para a população e que abre espaço para irregularidades e fraudes.

²¹³ Lenio Streck cita a enfiteuse como questão juridicamente irrelevante ao lado dos gêmeos xipófagos e “pegadinhas” de concursos. (STRECK, 2013).

²¹⁴ Art. 80. A requisição para a reserva de Terras Publicas, destinadas á construcção naval, será feita pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Marinha, depois de obtidos os esclarecimentos, e informações necessarias, seja da Repartição Geral das Terras Publicas, seja de Empregados da Marinha ou de particulares. (Decreto 1.318/1854). Art. 81. As terras reservadas para o dito fim ficarão sob a administração da Marinha, por cuja Repartição se nomearão os Guardas, que devem vigiar na conservação de suas matas, e denunciar aos Juizes Conservadores do Art. 87, aquelles que, sem legitima autorisação, cortarem madeiras, a fim de serem punidos com as penas do Art. 2º da Lei nº 601 de 18 de Setembro de 1850.

²¹⁵ O GLOBO. **Caça à enfiteuse perdida.** 9 de agosto de 2015. Disponível em: http://app.vlex.com/#WW/search/*/enfiteuse/WW/vid/579891074. Acesso em 12 dez. 2015.

Em Botafogo, bairro do Rio de Janeiro, proprietários de imóveis aguardaram a sentença da juíza Daniela Brandão, da 38ª Vara, desde 1998 até 2007, resolvendo um conflito judicial. São 3 mil imóveis aproximadamente em Botafogo, zona Sul do Rio, gravados por cobrança de foros e laudêmios pela “Subenfiteuse Silva Porto”. A enfiteuse originária era de Luis Alves da Silva Porto no ano de 1884, passou para os herdeiros de Eduardo Sigaud da Silva Porto, em terras do domínio direto do Município do Rio de Janeiro. Primeiramente uma disputa entre herdeiros²¹⁶ deste último e por fim entre os moradores e herdeiros.

O Estado da Guanabara pelo Decreto-Lei nº 317, de 23 de março de 1970 vedou a constituição de novas subenfiteuses e subaforamentos no seu artigo 33, mas a continuação dos contratos já em curso não foi afetada. Ademais, a Carta de Transpasse e Aforamento do Município, em 1884, não fora lavrada adequadamente, adquirindo validade pelo decurso do tempo em que moradores recolhiam as taxas cobradas pelo Senhorio, que perdeu o direito via ação civil pública decidida em 2007. A desembargadora Renata Machado Cotta, da 3ª Câmara Cível do TJRJ e 17 de junho de 2015 confirmou a sentença do 1º grau que declarava a inexistência da relação enfitêutica.

A “Folha de São Paulo” em 13 de agosto de 2002 noticiava a tensão fundiária em Caçapava Velha, município de Caçapava, Estado de São Paulo (FOLHA, 2002)²¹⁷. O foco era um terreno do tamanho de 188 campos de futebol, ocupado por milhares de pessoas e que pertencia à Mitra Diocesana de Taubaté, que deixou de receber os aforamentos. A área de 70 alqueires foi doada à Igreja em 1867 por três fazendeiros, a invocação de Nossa Senhora da Ajuda. Das famílias atuais ocupantes, cerca de 350 já haviam recebido os títulos de posse da Mitra e outros 130 aproximadamente, ingressaram na Justiça com pedido de usucapião do terreno. A cobrança dos aforamentos atrasados, pela recusa dos moradores em pagar e da Mitra em calcular os montantes a receber, levou esta a buscar a regularização com ajuda da prefeitura, que demarcou as glebas ocupadas pelas famílias.

Em Jales, Estado de São Paulo, a enfiteuse constituída pelo fundador da cidade Euphly Jales revelou-se uma fonte de querelas entre a família Jalles, os habitantes da cidade e administração local. A Igreja Católica²¹⁸, pelo Bispo Dom Demétrio Valentim ingressou na arena em combate contra o gravame que pesa sobre todo o sítio urbano e cujos beneficiários

²¹⁶ Processo nº 2002.001.148097-2 (antigo Processo nº 98.001.12204-0), de Lúcia Porto da Silva contra Espólio de Eduardo S. S. Porto. Outros são Nº do Processo: 98.001.194166-1 - 38ª VARA CIVIL (sem número atual) da AMAB – Associação de Moradores e Amigos de Botafogo contra Carlos Fernandes da Silva Porto e Espólio de Murillo Cunha da Silva Porto.

²¹⁷ FOLHA DE SÃO PAULO. Igreja cede terreno a 900 moradores em Caçapava (SP). Cotidiano. 13 ago. 2002. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u56852.shtml>. Acesso em 6 nov. 2013.

²¹⁸ VALENTIM, Dom Demétrio. Summum jus, summa injuria. **Artigos do Bispo**. Diocese de Jales, 2007.

são os membros da família Jalles, a do fundador e que deu nome à cidade. O Decreto nº 1.256/1987²¹⁹ da Prefeitura de Jales contra o patrimônio enfiteutico rural titularizado pela família Jales acirrou a disputa em torno da enfiteuse, pois a Prefeitura foi obrigada a indenizar terras rurais ao preço de metro quadrado de solo urbano em finais de 2005. Ao valor de R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais) o alqueire desapropriado quando o valor de mercado segundo o Bispo era de apenas R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais). A cidade de Jales venceu na demanda. Se a terra estava inserida no regime de enfiteuse, o preço do domínio direto haveria de ter sido deferido em valor muito menor, consoante norma então em vigor para a remissão do Código Civil de 1916.

Em tese doutoral sobre a questão da enfiteuse de Jales, Sedeval Nardoque²²⁰, afirma o esquema de grilagem e de obtenção de renda com a criação da cidade, implantada pelo fundador da cidade que faleceu em 1965. A família continuou avançando com contrato e enfiteuse sobre a área rural combinando nisso a propriedade juridicamente vinculada e a rentabilização capitalista da terra, o que é bem peculiar a Jales (NARDOQUE, 2007), aliado a um controle territorial pela família Jales que inclusive titulariza o Cartório de Imóveis da cidade e pela JALEMI – Jales Empreendimentos Imobiliários – promove o loteamento diretamente sobre suas terras rurais, expandindo as áreas urbanas de Jales. E o faz no regime de enfiteuse, não de venda direta de lotes a prestação, como é prática usual do mercado de imóveis.

O autor registra a ocorrência de cláusulas abusivas pois acrescentam ônus e obrigações aos enfiteutas além do que prevê o Código Civil (NARDOQUE, 2007, p. 372), questiona na constituição da enfiteuse em Jales em 15 de abril de 1941, quando a cidade foi fundada, o descumprimento do Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937 que dispunha sobre a venda de lotes de terreno a prestação (NARDOQUE, 2007, p. 374), enfim pugna pela fraude na implantação de tal regime de produção de espaço urbano em Jales. No caos de Jales, São Paulo, o protagonismo negocial e jurídico dos proprietários do “domínio direto”, a família Jales, o avanço progressivo de uma enfiteuse urbana sobre terras rurais adjacentes e o aspecto de renda empresarial que impulsiona são registros que diferenciam a enfiteuse de Jales, São Paulo.

²¹⁹ Não a menção a este, mas ao Decreto de declaração de utilidade pública nº 1.207/86 da prefeitura de Jales, o que resultou numa ação judicial de contestação dos valores pela família Jales.

²²⁰ As enfiteuses privadas “leigas” como a de Jales, SP, são raras, em geral de famílias fundadoras de cidades ou beneficiadas com concessões públicas antigas. Na expansão das cidades os problemas jurídicos aparecem na distinção de área rural e urbana e agora, pela proibição de constituição de novas enfiteuses.

Outros casos curiosos são os de Joinville, em Santa Catarina, e Petrópolis, no Rio de Janeiro, pois remontam ao antigo regime imperial a origem dos títulos de enfiteuse de quase a totalidade dos dois municípios, nos dois deixando perplexos os moradores mas com consequências jurídicas e territoriais distintas nos dois casos.

No caso de Joinville, Santa Catarina, uma grande área foi demarcada no norte do atual Estado para integrar o Dote da Princesa Dona Francisca no seu casamento com o Príncipe de Joinville em 1843²²¹. O caso de Joinville tem feito chegar aos Tribunais Superiores, em especial o Tribunal Regional Federal da 4ª Região²²² centenas de ações em que os proponentes querem excetuar o domínio eminente da União sobre seus imóveis alegando que eles provém de particulares.

No caso, as terras remanescentes do “Dote” da Princesa Francisca ao Príncipe de Joinville, seriam privadas e seus ulteriores adquirentes estariam fora da mais onerosa enfiteuse pública da União, que é de 5% o laudêmio e 1% o foro anual, calculado sobre o valor atualizado e real dos imóveis sobre “terrenos de marinha”. São 25 léguas de terras com limites à margem direita do Rio de São Francisco, a contar do Rio Pirabeiraba para o sul até o rio Atapocu. A medição e demarcação ficaram a cargo do Tem-Cel Engenheiro Jerônimo Francisco Coelho que concluiu os trabalhos em 1846 (FINDLAY, 2011, p. 10).

O “Domínio Dona Francisca”, demarcado entre 1845 e 1846, estava em conformidade com a Lei nº 166, de 29 de setembro de 1840 que definia o “dote das princesas”. O patrimônio destaca entrava no regime dotal do direito privado, não mais fazia parte dos bens da Coroa. Estes seriam incorporados aos bens públicos pela Constituição de 1891, mas não os bens dotais, tese aceita pelo Tribunal Federal da 4ª Região. Como os terrenos de marinha só foram definidos pelo Decreto nº 4.105 de 22 de fevereiro de 1868, os terrenos dados como dote de Dona Francisca, por força da Lei de Terras de 1850 eram privados, portanto já destacados do acervo dos bens do Estado.

O Príncipe de Joinville “vendeu” em 1848 as terras a uma companhia de colonização alemã num período em que não havia terras de propriedade alodiais e nem transmissão a *non domino*. O entendimento dos descendentes da família imperial é de que a transmissão foi do

²²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Audiência Pública. **Comissão Especial – PEC 603-A/98. Terrenos de Marinha**. 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/esp/pec60398nt050406.pdf>. Acesso em 12 dez. 2015.

²²² Apelação reexame necessário nº 873, SC 2009.72.01.000873-0 (TRF-4); Apelação/reexame necessário nº 2642, SC 2006.72.01.002642-0 (TRF-4); Apelação/reexame necessário nº 3296, SC 2005.72.01.003296-8 (TRF-4); Apelação cível nº 1820, SC 2000.72.01.001820-2 (TRF-4) dentre outros, excepcionam do domínio da União terras adquiridas do “Dote de Dona Francisca” na região de Joinville, SC. São cerca de 495 processos em final de 2015 com essa mesma questão no TRF 4ª Região.

“domínio útil” e, portanto, conservam o “domínio direto” sobre um amplo território no litoral norte catarinense²²³, incluindo Joinville.

O deputado federal Carlito Merz, de Santa Catarina, em intervenção na Audiência Pública sobre terrenos de marinha na Câmara Federal, em 5 de abril de 2006, alertava para os efeitos da extinção da enfiteuse sobre o acesso às praias de Santa Catarina, que ficariam mais expostas à privatização. Também aludiu ao conflito fundiário entre a União e os herdeiros da família imperial que até o presente recebem, segundo o Deputado, parte do laudêmio cobrado em Joinville e praias da região (BRASIL, Câmara de Deputados, 2006, p. 12-16).

Petrópolis na região serrana do Rio de Janeiro é outro grande território enfiteutico, remanescente dos bens da família imperial que não foram incorporados aos bens nacionais com o advento da República e da Constituição de 1891. Júlio Cezar Gabrich Ambrosio²²⁴ analisa em sede de estudos geográficos o caso de Petrópolis, cidade que nasceu sem patrimônio, pois este é titularizado pelos herdeiros da casa imperial que constituíram a “Companhia Imobiliária de Petrópolis” hoje a pessoa jurídica que gere a enfiteuse de Petrópolis.

A situação de Petrópolis município sem terras públicas, onde propriedade e território se confundem sob domínio privado, suscitou as posições mais radicais na Assembleia constituinte brasileira de 1988. A Deputada Ana Maria Rattes postulava então a extinção pura e simples das enfiteuses privadas que não fossem de entidades beneficentes.

Em Santos no litoral paulista, área também e antiga ocupação desde a colonização do Brasil, todo o solo urbano e grande parte do restante do município e que avança sobre os municípios vizinhos desmembrados de Santos, é foreiro. Fernando Allende²²⁵ diz serem 40 mil imóveis em Santos e arrisca dados segundo ele do Serviço de Patrimônio da União: da União são 542 mil imóveis no litoral do Sudeste, cerca de 30% do total e 55,9% da Igreja Católica “em terreno de marinha” e cerca de 9% com os herdeiros da família imperial. Os dados não são críveis, demonstram a confusão entre “terrenos de marinha” que são enfiteuses públicas e as privadas, cuja incidência não recai sobre essas mesmas áreas da União.

²²³ Um levantamento histórico dos processos judiciais envolvendo terras nessa região pode ser conferido em: filho O Decreto Lei 9.760/1946, enfrenta abstratamente essa polêmica enunciando “Art. 198. A União tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acréscimos, salvo quando originais em títulos por ela outorgadas na forma do presente Decreto-lei.

²²⁴ Como as terras de Petrópolis foram adquiridas pelo imperador Dom Pedro I e fundada a povoação em 16 de março de 1843 (AMBROZIO, 2012) a dominialidade plena se deu após a Lei de Terras, pois segundo o autor não existiam terras devolutas ali desde 1762.

²²⁵ G1-GLOBO. Laudêmio, uma herança da colonização. **Blog Olhar Regional**, 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/blog-do-allende/platb/2012/09/04/laudemio-uma-heranca-da-colonizacao>. Acesso em 12 dez. 2015.

Em outras cidades brasileiras os registros de enfiteuse unem o passado ao presente, sem interrupção. Excetuados os casos acima arrolados de detentores do domínio direto ou eminente por “senhorios leigos” (Jales, Joinville e Petrópolis), as enfiteuses são sobre terras eclesiásticas na grande maioria dos casos²²⁶. A continuidade do ente eclesiástico e sua presença capilar faz coincidir essa realidade com as terras comunitárias, salvo algumas idiosincrasias da administração eclesiástica, como a negligência e renúncia de direitos.

A cidade de Itabuna, na Bahia, teve a respeito dessa realidade a gravar seu solo, o trabalho de Eduardo Antônio Estevam Santos com o título: São Pedro: foreiros ou arrendatários? A lei e a experiência social na formação urbana da cidade de Itabuna 1967-2002²²⁷. No Rio Grande do Norte, a cidade de Pau dos Ferros está sobre um patrimônio enfiteutico de 696, 96 hectares doados por Simão da Fonseca Pita em 1759 à Nossa Senhora da Conceição, sendo ainda hoje administrado pela Igreja Católica (PRAXEDES; BEZERRA, 2012).

No atual município de Icapuí, um no litoral sul cearense, nas décadas de 1980 e 1990 um conflito jurídico envolvendo o Patrimônio de Nossa Senhora do Rosários das Areias se estabeleceu entre a população de uma antiga povoação, Ibicuitaba, antes “Aldeia do Areal” e particulares que se apossavam de terras ali. A população pretendia e conseguiu pela via judicial o reconhecimento da existência do Patrimônio, garantindo seu acesso a terra, contra particulares, que limitavam o crescimento da povoação. Ibicuitaba havia sido preterida, apesar de quase 300 anos de povoação, como sede do novo município de Icapuí em 1986. Um historiador local, Manoel de Freitas Filho (2003) descreveu o lento processo de povoamento do litoral sul cearense, Icapui, fronteira do Ceará e Rio Grande do Norte, no século XVII.

A faixa do litoral cearense e todo litoral norte do Nordeste ficaram de fora da interação colonial portuguesa que tudo fazia para unir o Recife ao Maranhão. Os ventos e o desconhecimento da costa fazia a navegação arriscada, além de hordas indígenas hostis aos tropeiros e “entradeiros”. “Povoar” aquela região pertencente a Portugal, mas aportada pelos espanhóis antes da “descoberta” do Brasil (Vicente Yañez Pinzón, toca o *Cabo de Santa Maria de La Consolación* – atual “Ponta Grossa”, ou “Jabarana” em Icapuí, Ceará em janeiro/fevereiro de 1500).

Dentro da política fundiária de sesmarias em 7 de setembro de 1705, havia sido concedida a primeira data de terra pelo 11º Capitão Mor do Ceará, João da Mota, a Herônimo

²²⁶ Edgar Carlos de Amorim, sem citar fontes, quantifica em 60% as enfiteuses da Igreja Católica, 30% publicas, 3% da família imperial e 7% de outros particulares (AMORIM, 2002, p. 22).

²²⁷ O autor narra as resistências à cobrança de taxas civis sobre a propriedade (SANTOS, 2003).

da Silva, mas era difícil a permanência dos sesmeiros na região, muito distante e fora da rota de ligação entre os centros coloniais mais importantes.

Povoar era a ordem. Tornar o território habitado em dois sentidos, de gente e de animais [...] inaugurava-se assim, um novo ciclo da história cearense, o da posse demográfica. Em Icapuí, estes pedidos de doação não fugiram à regra. Foram extensas faixas, confrontadas do litoral para o sertão. Constituíam-se em terras ainda ermas ou anteriormente já doadas e nunca pelos seus senhores ocupadas, as quais em virtude do absentismo de seus legais proprietários, haviam caído em *comisso* (FREITAS, 2003, p. 96)

O litoral não era interessante para os criadores de gado e era frágil ocupação da região atestada por Henry Koster, na sua viagem de 1810, quando se hospedou no Casarão dos Holanda, na atual Ibicuitaba. Essa família, proprietária no século XIX fez a doação patrimonial a Capela de Nossa Senhora do Rosário das Areias, em 23 de junho de 1873. Cel. José Antonio de Hollanda e sua esposa Olympia Custódia do Amor Divino, medindo 75,5 braças de frente por 200 braças de fundo (FREITAS FILHO, 2003, p. 123ss). Pequena doação, em comparação com as de léguas quaradas registradas em outros lugares. A dificuldade ainda assim de prover de sustento dos Vigários uma vez criada a Paróquia “das Praias”, em 1875 indicam que os ocupantes, foreiros e arrendatários dos sítios não recolhiam rendas e foros. A documentação referia-se a doação anteriormente feita pelos meados de 1860 e transcrita e formalizada por um filho do casal doador, o Ten-Coronel Ricardo José de Hollanda, em 1873.

A precariedade dos registros, seja no momento da formação da doação seja na guarda posterior pela secretaria da Paróquia e Arquivo Diocesano, levaram a que a proteção do Patrimônio se devesse a história oral e memória da população. Só em 1991, um Juiz da Comarca de Aracati, Jesus Moreira de Lima concedeu ao Patrimônio sua legitimidade contra os herdeiros de Pedro Victor de Souza Machado, que a falta de documentos por parte do Patrimônio, tentaram integrá-lo ao seu cabedal de terras na região. (Processo nº 1413/1984, Cartório Alexandre Gondim, de Aracati-CE).

Os herdeiros litigantes com sua ação contra o Patrimônio, segundo Freitas (2003, p. 164) tinham

a concepção de que o documento deixado por Pedro Victor de Souza Machado (o primeiro daquele terreno e único conhecido até então) já não mais existisse, aqueles herdeiros encetaram uma resistência à questão durante sete longos anos, dificultando sobremaneira, a expansão urbana da vila. Na realidade, era do saber público a existência daquela escritura, que por muito tempo esteve sob o domínio dos próprios descendentes do Sr. Pedro de Souza. Naqueles idos, no entanto era desconhecido o

seu paradeiro, e a digna ação nele consignada ficara apenas na memória coletiva da comunidade local. (FREITAS, 2003, p. 164).

Na luta jurídica pela proteção do Patrimônio das Areias, interessante fala de Francisco Mendes Cavalcante, nomeado procurador da Paróquia, a denunciar a força dos arranjos patrimoniais e familiares que o opuseram ao Sr. José Clementino de Souza e família. (FREITAS FILHO, 2003, p. 284). Foram duas ações judiciais: uma de manutenção de posse da coletividade, representada pela Paróquia Nossa Senhora da Soledade, contra os particulares pretensos herdeiros da terra ecidida em 1987 e, outra, de usucapião da terra em nome da Diocese de Limoeiro do Norte, para suprir a carência de documentos de propriedade, considerados caducos e imprecisos os registros históricos, sentenciada em 1991.

Na sentença do Juiz de Aracati, CE, fica expresso o poder-dever da Paróquia lavrar as escrituras de enfiteuse e o loteamento da área, facilitando o acesso à terra pelos moradores ainda sem casa própria na área. Ação de Manutenção de Posse, em favor da Paróquia deferida em 23 de setembro de 1987, Processo 7.143/1987, autos no Cartório Costa Lima de Aracati e dentro desta, aditado o pedido de usucapião.

Num área turística valorizada, a população toda do Distrito de Ibicuitaba é foreira do Patrimônio hoje da Capela de Nossa Senhora do Rosário das Areias, fundada pelos Jesuítas no século XVII como centro de um aldeamento indígena.

Certamente em muitas outras cidades brasileiras a questão enfiteuticada despertará interesse de geógrafos, urbanistas e arquitetos, historiadores. No aspecto jurídico, o tema é espinhoso e desafiador pelo grau de especificidade e complexidade dos aspectos que a narrativa histórica tomou longo de milhares de anos, dificultando isso uma contextualização adequada para os casos localizados.

No direito, a enfiteuse permanece um tema marginal e inexplorado diante das novas questões que desfilam no cenário das novidades emergentes na seara jurídica. É difícil separar a dimensão histórica do problema daquela normativo-legal, havendo de considerar no conjunto, em especial se a finalidade é jurídico o que importa interpretar para decidir ou ao menos propor uma solução para as questões, não uma descrição apenas.

Os casos conflituos de disputas fundiárias é que trazem a baila a questão enfiteuticada. No cotidiano de consensos, o instituto permanece desconhecido. Ao buscar documentação da terra, revirar a história em vista do presente de conflito é que aparece essa modalidade de propriedade (MARX, 2003, p. 12; BARROSO, 1997, p. 12).

4.1.2 Patrimônios enfiteúticos: Nossa Senhora dos Remédios em Sousa, PB

O caso do Patrimônio enfiteútico de Nossa Senhora dos Remédios, em Sousa, Paraíba, ilustra as origens e o evoluir da realidade social e jurídica da enfiteuse privada urbana em várias outras cidades brasileiras. Ali, a enfiteuse sobre todo o território urbano envolve a Igreja católica local, foreiros e entidades públicas e pelo fato de terem as paróquias manterem registros ativos e serviço organizado de atendimento. Aproveita-se esse ponto para pontuar os traços específicos da enfiteuse eclesiástica e mais contradições no Brasil, pela cobertura geográfica e presença histórica da Igreja Católica no Brasil.

No caso estão envolvidos o histórico da povoação, com forte densidade na produção de sentido conforme Holston (1993) menciona a respeito da carga da documentação histórica no deslinde dos litígios jurídicos. Mas também questões atuais envolvem a gestão enfiteútica que termina por coincidir em grande parte com a ordenação do solo urbano e as disputas que se processam no cenário.

Bento Freire, fundador de Sousa, quis dotar a região conhecida como “Jardim do Rio do Peixe” no Sertão paraibano de uma Capela “liberada”, com patrimônio adjacente, próprio, foi decisiva para o surgimento da cidade de Sousa. Isso se deu entre os anos de 1731 a 1760, com o êxito em outros fatores, como as atividades econômicas desenvolvidas na região, em especial a criação de gado. Sem isso, as terras “do sem fim”, estariam diluídas nas vastas e contínuas sesmarias que a “Casa da Torre” na Bahia acumulava em todo Sertão e cujos procuradores na Paraíba eram os irmãos Teodósio e Francisco Oliveira Ledo. A doação foi obtida em 1740 e confirmada por fim em 1755, por Dona Inácia de Araújo Pereira, mãe do Coronel Francisco Dias D’Ávila, então falecido (PORDEUS, 1986)²²⁸.

Na sua tese doutoral, Ângelo Emílio da Silva Pessoa (2003) faz minuciosa pesquisa histórica acerca da Casa da Torre, que a partir da Bahia do final do século XVI adquiriu sesmarias em toda a região entre os rios São Francisco até as regiões dos rios Itapicuru no Maranhão e Jaguaribe no Ceará e Rios Piranhas e Peixe na Paraíba, num processo de acumulação de terras que lastreava uma ação colonizadora. O aparato de conquistadores de terras e procuradores da “Casa da Torre” submetia pessoas ao pagamento de foros e rendas em uma área que teria chegado a 800 mil Km² de terras.

²²⁸ Cf. Pordeus (1986, p. 10): “O terreno onde está situada a cidade, pertencia a Francisca Dias Dávila e, depois de sua morte, à mãe, D. Inácia de Araújo Pereira, doadora da sesmaria que ainda hoje forma o patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios.”

Isso em meio a conflitos com os governos da Paraíba, Piauí e Maranhão, resistência de índios e Frades Capuchinhos, como Frei Martinho de Nantes²²⁹, nos sertões do médio São Francisco, na Bahia. Essa empresa colonial de forte aparato jurídico e beneficiava-se do modelo burocrático da colonização portuguesa, dominava a região do sertão do Rio do Peixe. No ano de 1756, Bento Freire obtém a Sesmaria, confirmada esta em 1760, por sentença judicial²³⁰, após a renúncia de Dona Inácia, de 1755. A doação foi acrescida de terras do Capitão Alexandre Pereira de Sousa, de 4 de junho de 1800, (Pordeus, 1986, p. 14-15), estava constituída vila de Sousa em solo liberado, sem outros vínculos que não os diretos com a Coroa concedente da sesmaria. A Capela fora ereta em Matriz e desmembrada da Matriz do Bonsucesso em Pombal, em 1784. As doações eram indistintamente feitas ao Patrimônio de Na. Sra. Dos Remédios e à nova Vila, instalada pelo bispo de Pernambuco que também governava a capitania em 1800.

Com um Patrimônio de sustentação, a agora Capela de Nossa Senhora dos Remédios, podia manter um sacerdote liberado exclusivamente para o pastoreio e dotava a nova povoação de possibilidades reais de crescimento sem depender dos humores e truculências dos proprietários à volta nem dos senhores da Bahia. Assim, a obra dita “civilizadora” nos sertões do Brasil colonial passava necessariamente por fortalecer uma instância social bem definida, a Capela, a futura Freguesia e Paróquia, estruturas organizadoras do espaço local.

A situação jurídica da formação de patrimônios da Igreja é da origem antiga, por doação e “amortização”, propriedade de bens por senhores “mãos mortas”, eclesiásticos que manteriam tais bens “fora de comércio” e marcaram a vida política e econômica de alguns países como a Espanha (BLASCO, s/d). A terra não era comercializada era bem “amortizável” por excelência, imobilizada no sentido estrito da palavra, dela podendo se extrair renda, fixar população, expandir a “fronteira interna” no processo de colonização.

Para Cassiano Malacarne (2012), em outros países como Portugal, Itália e França, a enfiteuse praticamente desconhecida dos senhores leigos, foi utilizada amplamente pela Igreja para povoar e dar utilidade as suas terras. Mas o instituto logo se difundiu nas regiões onde o estoque de terras incultas desafiava os esforços de colonização, tendo sido um instrumento de reprodução econômica do modo de produção feudal, embora a força jurídica da enfiteuse anteceda e ultrapasse o fim do feudalismo.

²²⁹ A Igreja nesse período e situação histórica, segundo Garcia-Pelayo (p. 111) era a única instância pública diante da força e predominância de poderes privados. (Cf SALDANHA, 1983, p 111).

²³⁰ No regime sesmarial, a propriedade devia ser confirmada várias vezes, só no ocaso dele, inícios do século XIX é que o colapso dos registros e as ocupações irregulares levaram ao regime “das posses” até a lei de terras, de 1850, quando se procurou disciplinar a aquisição de terras e a definição de terras devolutas etc. (Cf. VARELA 2005).

Chamado de “Patrimônio grande” (PORDEUS, 1986, p. 46) possivelmente em referencia ao outro templo, o do Bom Jesus, cujo sítio de localização seria a “capela”, indicativo de uma hierarquia fundiária, própria daquele “anfiteatro enfitêutico” (WALD, 1994). Há ainda hoje uma antiga Igreja do Rosário dos Pretos, no largo da Matriz dos Remédios. As menções à Igreja do Bom Jesus como “capela” de terras concedidas demonstram a posição senhoril da Igreja dos Remédios e seu Patrimônio (PORDEUS, 1986, p. 49), ao passo que o itinerário do Bom Jesus, a segunda igreja, ficou marcado pelo “Milagre Eucarístico” do ano de 1814. Houve assim uma espécie de divisão de tarefas eclesásticas em Sousa, entre a missão temporal (fundiária) e espiritual da Igreja.

Muito diverso da mentalidade moderna, o “patrimônio” tem uma conotação mais ampla, como um feixe de direitos que inclui igualmente com a propriedade, o reconhecimento dela pelos demais e os deveres que obrigavam o titular. Assim, a leitura do Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios em termos de propriedade do direito civil atual é imprecisa e equivocada, mais ainda.

O relato registrado da doação de terras para o Patrimônio do Bom Jesus, em 8 de fevereiro de 1815 (PORDEUS, 1986, p. 49) é interessante: o doador é José Joaquim Pereira Nunes, morador no Sítio Dois Riachos, de terras do Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios, indicando uma complexa relação jurídica: certamente o doador era foreiro deste e constituinte do Patrimônio daquele Bom Jesus Aparecido. A transmissão foi exclusivamente do “domínio útil”²³¹ ao novo titular, o Patrimônio do Bom Jesus. Tal forma de transmissão era perfeitamente possível no modelo proprietário de camadas de direitos, ou feudal.

O Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios tem limites imprecisos, de 3 léguas de longitude por 1 légua de latitude (PORDEUS, 1986, p. 11), tendo apenas menção aos pontos extremos. Esse patrimônio não suscitou muitos problemas pelos registros no livro de Julieta Pordeus que faz o mais conhecido levantamento histórico da cidade de Sousa. A povoação no século XVIII já tinha em 1730, a população de 1.468 habitantes (PORDEUS, 1986, p. 10). A resistência indígena certamente cessara antes da consolidação da concessão territorial.

As despesas com as construções e emolumentos dos vigários pelos registros do tomo arrolados na pesquisa e outros, não exigem recursos ou rendas do “patrimônio”²³². Certamente este foi configurado para fixar população e não gerar renda segundo o regime “benéfico” de

²³¹ Semelhante aquela situação descrita na transmissão de terras em Joinville, de 1848, do Príncipe e Joinville para a companhia e colonização: ocorreu só do “domínio útil”, pois não havia a transferência de propriedade mediante compra e venda até 1850, com a Lei de Terras. O padrão era a enfiteuse, daí porque Ghirardello (2002 p. 146) dizia ser habitual qualquer “comprador” de terras ser chamado “emphyteuta”.

²³² Diferente da narrativa de Araújo (1986, p. 144) quanto ao Patrimônio de Russas, no Ceará sujeito a mesma jurisdição de Olinda e Recife: A reformas e gastos deviam ser custeados pelas rendas do patrimônio da Matriz.

que era um “patrimônio” ligado a um cargo eclesiástico, para sustentação do culto e do sacerdote que podia também ser feito por “ofertas manuais” (dadas “na mão” do sacerdote)²³³.

A enfiteuse foi se constituindo de modo costumeiro, com registros iniciais nos livros da Igreja de Nossa Senhora dos Remédios, as enfiteuses *apud acta* aposta diretamente nos livros paroquiais, a Igreja de Nossa Senhora dos Remédios total controle administrativo da área, junto com as outras duas paróquias, Bom Jesus e Santana.

4.1.3 Outros Patrimônios enfitêuticos eclesiásticos

Comparando a situação de outra doação na Paraíba do Patrimônio de “Bom Jesus” em Boa Vista pela família Gomes de Farias, sucessores dos Oliveira Ledo, mostra uma conduta idêntica dos doadores, de manter um vínculo de administração com o patrimônio doado e possivelmente o efeito negativo no processo de povoação. No caso de Sousa, a escritura e doação (PORDEUS, 1896, p. 175) Francisco Dias de Ávila, da Casa da Torre, doador, dispõe que “em mim e meus sucessores se hade continuar o direito e regalia do Padroado della [a capela] para que só eu e meus sucessores possamos apresentar os Capellões e tiral-os, passado o anno de sua provisão”. Com a extinção da Casa da Torre em inícios do século XIX (PESSOA, 2003; BANDEIRA, 2007) por falta de linhagem masculina, ficando as capelas liberadas desse “padroado leigo” que vicejou no Brasil (SARMENTO, 2007).

Boa Vista, na Paraíba, é um núcleo de povoação mais antigo que Sousa e Campina Grande, pois foi o centro de irradiação da empresa colonial da família Oliveira Ledo, um centro colonizador e pecuário importante já no século XVII.

Estudo acerca de terras doadas à Igreja pela família Oliveira Ledo, na sede dessa família em Santa Rosa, no Cariri paraibano, Francisco de Assis Ouriques Soares (2003) faz registro de práticas proprietárias referente aos “patrimônios de santo”. As terras doadas pela Casa da Torre ao Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios em Sousa, eram supervisionadas por aqueles Oliveira Ledo de Boa Vista, foreiros da Casa da Torre em parcelas da atual Paraíba e também sesmeiros.

Os “Oliveira Ledo”, no Século XVII estabelecidos na margem baiana do Rio São Francisco, vieram em 1663 para parte oriental do Cariri paraibano criar seus gados e dominaram extensas “datas” de terras, até os sertões do Piancó, Espinharas, Piranhas. Em 1670 conseguiu Teodósio de Oliveira Ledo a “data” de terras (SOARES, 2003, p. 28) que

²³³ Havia ao lado do regime beneficencial de sustentação do clero e do culto (público), o regime “manual”, das ofertas particulares quando a disponibilidade de bens imóveis ou duráveis decrescia, conforme Gaudemet (1958, p 291-299). (Cf. BERARDINO, 2012; GAUDEMET, 1958).

media cinquenta léguas de fundo por 12 de largura (300km x 96km), pegando das Espinharas ao Sertão do Rio Piranhas, cujas povoações limites eram Boqueirão e Piranhas. As vilas de Campina Grande e Boa Vista, sede esta dos Oliveira Ledo (Fazenda de Boa Vista de Santa Rosa) foram fundadas a partir desses desbravadores de terras que decidiram “melhorar” suas terras com a doação de ‘Capela’:

Para compor o patrimônio da Capela [da Boa Vista] a ser edificada, Antônio Gomes de Farias fez Casa Grande da Boa Vista, somando 50 hectares. O templo foi edificado num ponto estratégico desse sítio. A doação não foi lavrada em cartório, não ocorreu de direito. Antônio Gomes de Farias fez um testamento relatando a doação do sítio para a edificação da capela – com seus respectivos limites – mas por motivos ignorados não o transferiu à matriz [...]. Preferiu mantê-lo sob sua guarda e, enquanto viveu, não abriu mão da posse desse. (SOARES, 2003, p. 77).

Soares (2003) relata situação histórica e jurídica frágil na doação do “Patrimônio do Bom Jesus”, constituído para benefício da Capela erigida em 1819, em Boa Vista, embora a povoação da área tenha se dado em meados do século XVII. O “Patrimônio” era fonte de contendas entre os administradores laicos (empoderados locais) e a Igreja. A povoação crescia pela construção de casas de sitiantes e fazendeiros querendo um lugar perto onde assistir as missas e demais serviços religiosos. A terra foi doada inoficiosamente, sem registro e entrega de documentos a Igreja, para que permitisse a edificação de capela. Nesse caso, a família Gomes de Farias doadora mantinha o controle efetivo do espaço que se urbanizava.

De certo modo, a posse do testamento dava-lhe [a Antonio Gomes de Farias] autoridade sobre o sítio. Aos fazendeiros do Vale do Santa Rosa desejosos de edificarem suas casas de ouvir missas nas imediações da capela – bastaria recorrer a Antonio Gomes de Farias, de quem receberiam a autorização para construírem no local desejado, sem interferências” (SOARES, 2003, p. 77).

O controle da área doada à Igreja pelos doadores, como forma de controle do espaço e caracterizava o modelo enfiteutico como feudal. Igual situação de vinculação da doação com os doadores historiou Dom Pompeu Bezerra Bessa (1998) em minuciosa pesquisa sobre a povoação de Limoeiro, no vale do Jaguaribe cearense. Além de registrar a demanda de sesmeiros e religiosos Carmelitas pelas “sobras”, Dom Bessa registra a estranha doação em 1818 do “Patrimônio de Nossa Senhora da Conceição” na atual Limoeiro do Norte, Ceará, com a condição de serem eles, os doadores, administradores do Patrimônio:

Falecidos o tenente Coronel Manuel José da Silva e Dona Josefa Vasconcelos da Silva, seus filhos Pe. Vicente Rodrigues da Silva, José Rodrigues da Silva e Antonio Rodrigues de Vasconcelos com sua mulher Angela Escolástica de São Bento, resolveram construir uma capela. Para tanto, ao primeiro de julho de 1818, o tabelião José Afonso Guedes Alcoforado, a chamado dos mesmos, na Fazenda Limoeiro, na presença das testemunhas Francisco Rodrigues da Silva e Carlos Antonio de Noronha lavrou a escritura de doação de seiscentos (600) braças de terra de criar, na ribeira do Jaguaribe, no sítio denominado Gangorra, para patrimônio da Capela de Nossa Senhora da Conceição, nas suas terras do Limoeiro onde moram; fazem isso sob a condição de um deles, doadores, o administrador da dita Capela e, por seu falecimento, seus herdeiros descendentes [...] excluindo qualquer estranho para ser administrador. (BESSA, 1998, p. 48)

Esses fatos da conflitividade e insegurança dessas doações fez com que a Capela não fosse construída logo, só em 1911, com a demarcação desta vez já de meia légua de terras, são doadas “de novo” em 1842, já com dimensões bastante alteradas. Isso confirma as dificuldades seja de demarcar precisamente o objeto da doação, seja a administração do excedente de terras em torno dos Oragos, sementes de futuras vilas. A Capela de Limoeiro, foi finalmente erigida em e inaugurada em 9 de dezembro de 1845.

Essas situações de disfuncionalidade jurídica das doações gerava insegurança e comprometia a incorporação do paradigma enfiteutico no cotidiano jurídico, que fundamentalmente era a consagração da efetividade com um reconhecimento pouco mais que simbólico do senhorio. A “homenagem” ou laudêmio e o foro anual, módico e certo era a contrapartida para uma forma de exercício da propriedade na prática, alodial e livre de sujeições pessoais aos proprietários originários.

Em Mossoró, Rio Grande do Norte, Luís da Câmara Cascudo historiador e pesquisador folclorista vê um movimento patrimonial que ele chama de “vitória do burgo contra o feudo”: a venda pela Paróquia de Santa Luzia, em 1858, do Patrimônio homônimo à Câmara Municipal (CASCUDO, 2010, p. 69). Já está em vigor no Brasil a Lei de Terras de 1850 que estabelece a compra e venda como modalidade de alienação e aquisição da propriedade.

A Câmara Municipal tinha uma política de “aformoseamento” da cidade (COSTA, 2007, p. 22)²³⁴ O Vigário Antônio Joaquim para ampliar a Matriz de Santa Luzia, não hesita na alienação e dotar a cidade já próspera como entreposto comercial regional e internacional, de um marco arquitetônico. A “secularização” do espaço urbano no Rio Grande do Norte é um fenômeno (TEIXEIRA, 2002) sendo Natal a capital nordestina sem incidência de patrimônio religioso, quiçá substituído pelas servidões militares.

²³⁴ A autora caracteriza Mossoró como um burgo de comerciantes, abolicionistas e mações (COSTA, 2007, p. 26).

4.1.4 Os dados históricos e a relação com problemas atuais na enfiteuse

Complexa é a enfiteuse em vários aspectos, desde a sua definição legal e quantidade de normas que a regulamentam, passando pelo caráter histórico e imemorial de sua constituição, em geral coincidindo com a própria ocupação inicial da área e chegando até a sua “atormentada” coexistência com outros direitos reais e institutos dessa seara, como a usucapião, o parcelamento do solo e a herança.

Os registros acima feitos ilustram as questões conflitivas e desafios atuais na gestão das remanscentes enfiteuses, que pela disposição do artigo 2.038 do Código Civil (“Fica proibida a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as já existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, lei nº 3.071, de 1º de janeiro e leis posteriores.”). As enfiteuses permanecem regidas pela lei, não foram automaticamente extintas, devendo os conflitos jurídicos serem enfrentados dentro do direito e não na seara política, como foi nas desamortizações fundiárias dos séculos XVIII a XIX, o sistema jurídico provendo soluções.

Nos casos exemplificados, as principais preocupações, dúvidas e um ensaio de resposta, proporcionam um aproximar-se concreto da questão. É insuficiente apelar somente para a dogmática jurídica pois o entendimento do problema deve ir além da subsunção da lógica normativista. Interessante trazer a contribuição de Lenio Luís Streck (2014, p. 20) que afirma a necessidade de considerar as condições produção das normas, a facticidade e historicidade delas. Isso abre o horizonte de sentido de uma norma. Sem isso ela pode ser tomada por uma “essência” e absolutizada numa dogmática jurídica que mais oculta:

[...] as condições de produção do discurso. A esse fenômeno podemos chamar de fetichização do discurso jurídico, é dizer, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma lei-e-si, abstraída das condições (histórico-sociais) que a engendra(ra)m. (STRECK, 2014, p. 18).

Os pontos jurídicos nevrálgicos são vários. Além da perplexidade e desconhecimento dessa situação de direitos ancestrais que se prolongam no tempo, em um contexto nacional em que memória e história são descurados ou apropriados hegemonicamente por segmentos hegemônicos, os pontos nevrálgicos são: a caracterização jurídica das partes na relação jurídica enfiteutic, a legitimidade dos títulos e documentos públicos e privados, as formas de extinção regular da enfiteuse. As mudanças históricas afetam particularmente a propriedade e dentro dela, a enfiteuse.

Relevantes, sobretudo, são a incidência no direito de propriedade do solo urbano de normativa superior de ordem constitucional que protege a moradia familiar, a função social da propriedade urbana definida no Plano Diretor da cidade e o direito de todos a uma cidade justa e democrática. Ocorreu uma publicização das limitações do uso da propriedade em termos jurídico-constitucional e em sentido inverso, o reforço das posições privatistas de concentração dos domínios e desvinculação de gravames sobre a propriedade²³⁵.

Nos casos acima arrolados, os registros que se prestam a uma análise jurídica são basicamente distribuídos em três grandes grupos: o reconhecimento das partes legitimadas e suas posições, a regularidade e legitimidade dos títulos de propriedade antigos e as formas atuais de documentação e as conformações exatas dos perímetros e demarcações fundiárias. As formas de gestão para conviver com as enfiteuses até sua extinção fecham o rol de tensões mais relevantes em torno do instituto. É na extinção e na continuidade que a enfiteuse vem demonstrando seu fôlego seja na história mais dilatada, seja no cotidiano jurídico mais imediato das populações. Por isso a extinção será tratada após a exposição do quadro normativo no item 4.2 seguinte.

4.1.4.1 Partes: senhorio, foreiros e suas posições jurídicas

As partes na relação enfiteutic são basicamente o senhorio, detentor do domínio direto ou eminente (as paróquias) e os foreiros, ou enfiteutas, a título próprio ou por sucessão. Por ser uma relação jurídica real e dilatada no tempo, o *animus domini* das partes não tem a atualidade e ostensividade de uma relação contratual, bilateral e sinalagmática. Na relação de enfiteuse essa força do contrato praticamente desapareceu.

Nos registros históricos recolhidos, quase nada se menciona acerca dos padres na literatura acerca das tensões fundiárias, apesar de serem eles os que formalmente representam esses patrimônios. A Igreja, paróquia, quando aparece mais como expressão da coletividade, mais um dado social que jurídico. Não há registro de conflitos entre senhorios diretos, tirando as questões de demarcações eventuais entre Patrimônios urbanos, mas entre foreiros, ou entre estes e os doadores que permanecem na administração das “fábricas”.

A “fábrica” era o “organismo que administrava o patrimônio e os rendimentos de uma paróquia e zelava pela conservação de seus bens móveis e imóveis” (FRIDMAN, 1999, p. 55). Atualmente os antigos “fábriqueiros” são os “prepostos” das Igrejas nas audiências

²³⁵ O modo como a constituição “textualizou” o problema no artigo 49 dos ADCT mostra a ambiguidade, de reforço na proteção das enfiteuses públicas, na faculdade expressa de remição das privadas mas re-valorizando os domínios diretos que antes tinham um valor monetário pouco mais que simbólico.

judiciais, leigos remunerados ou não pelo serviço, mas que têm o conhecimento “perito”, a memória e geralmente os arquivos dos Patrimônios.

Enquanto o foreiro tem um interesse jurídico imediato sobre o bem, o sujeito institucional (pessoa jurídica) subordina-se à diligência dos seus representantes, a continuidade de sua presença no espaço geográfico. No caso do sujeito eclesiástico, a proibição de comerciar, de exercer atos patrimoniais foram vedados sob a lei dos “mãos morta”, de efeitos que se prolongam na memória jurídica, o sujeito “inerte”²³⁶. Mas a presença capilar e contínua da Igreja existe, embora seja questionável os efeitos disso na ordenação dos espaços urbanos, em face da competência formal e exclusiva crescente do Poder Público.

No caso específico dos senhorios eclesiásticos a natureza de suas atividades e fins não contempla a busca lucratividade econômica. Dai que não se pode entender sua presença como parte “interessada” sem a referência às antigas vedações do Código Comercial, a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, no seu artigo 2º, fazia a atividade comercial das “corporações de mãos morta, os clérigos e os regulares.” vigente até 2003. Os bens eclesiásticos “fora de comércio”²³⁷ ao lado da desautorização legal e social de maior protagonismo jurídico dos clérigos, produziu uma aparência de abandono desses patrimônios. No caso dos solos, se admitia a simples transferência de domínio útil, sempre sujeito a módica taxaço do foreiro em favor do Senhorio. Mesmo com a separação Igreja e Estado na República, o Decreto nº 119-A e separação, no artigo 5º mantinha, ao lado da autorização para a Igreja governar seus bens como pessoa jurídica, a proibição de atos de disposição e administração da “propriedade mão morta”.

A administração desses patrimônios pelas “fábricas” não raro em mãos de curadores leigos se devia a essa vedação aos religiosos de exercer atos de comércio que, sendo ao mesmo tempo vedação canônica e conforme às leis civis de vários países, se impunha também no campo dos patrimônios imobiliários. A enfiteuse e a modicidade de suas obrigações se harmonizavam com os valores da época e a relação de confiança entre senhorio eclesiástico e enfiteuta.

A Igreja, se bem que adquirindo personalidade jurídica própria, se sujeita a limitações nos seus atos jurídicos mais ostensivos de natureza comercial, o que afetou a administração

²³⁶ Por isso as enfiteuses eclesiásticas no período imperial romano de Zeno, Justiniano e Anastácio eram protegidas: não podiam ser perpétuas e eram formalizadas sob regras documentais estritas (DEGENEFTE, 2003, p. 135).

²³⁷ Sobre esse tema que conecta Direito e História, no Brasil escreveu Silvio Meira, dentre outras abordagens, levanta uma farta casuística histórica e jurídica também do período colonial até a República. A questão dos bens eclesiásticos e seu regime jurídico são abordados na transição do período imperial ao republicano, sob o aspecto específico do patrimônio arquitetônico e artístico, mas incluindo as relações jurídicas da Igreja e seus bens. (Cf. MEIRA, 1984).

foreira, com a sensação de negligência e distanciamento dos titulares do domínio direto²³⁸. A complexidade jurídica em torno da enfiteuse decorre também dos terceiros agentes compõem a trama jurídica de sua gestão (os “fabriqueiros”) e as mais recentes intervenções normativas do direito público, caso do Estatuto das Cidades e outras leis que incidem diretamente na relação dos cidadãos com seus bens imóveis.

Noutro lado estão os foreiros ou enfiteutas: pessoas jurídicas, físicas, ausentes e espólios, como proprietários residenciais e comerciais, considerando que todo o perímetro da cidade está incluído na enfiteuse. Não há mais a constituição atual de novas enfiteuses, mas a sucessão hereditária e desmembramento nas já existentes, o que pulveriza o número de foreiros e induz o surgimento de uma “subenfiteuse afetiva”, aqueles membros da família com direitos de habitação e que o Direito brasileiro não desenvolveu uma doutrina condizente em sede de direitos reais, mas de direitos especiais e pessoais. Não raro os imóveis estão em nome de titulares falecidos o que obriga o manejo de alvarás judiciais para proceder a transmissão, pois nem sempre os herdeiros querem enfrentar os custos econômicos e emocionais de um processo de inventário, havendo pois um subaforamento impróprio de fato em muitos imóveis.

Pelo lado dos enfiteutas ou foreiros, a forma original de aquisição dos quinhões aforados ficou no passado e a aquisição é por sucessão hereditária que repousa seus efeitos no o pacto original. Como a enfiteuse tem como uma de suas características a perpetuidade e a transmissibilidade, não há necessidade de repactuar com cada herdeiro ou geração deles, pois ofenderia o direito de herança e traria grave insegurança jurídica, além da impossibilidade de fato de fazê-lo com milhares de proprietários foreiros no perímetro urbano da cidade. No direito há o princípio do *ad impossibilita nemo tenetur* (ninguém é obrigado a fazer o impossível). Assim, a aquisição das glebas enfiteuticadas em Sousa acontece por sucessão hereditária e desmembramento das já constituídas, já não existindo praticamente glebas livres de aforamento no perímetro urbano.

No entanto, a cada transmissão de domínio útil, adquirentes e transmitentes, confirmam os termos do pacto enfiteutico no novo documento de transmissão sobre enfiteuse

²³⁸ Fania Fridman, lembrando, assinala que no Rio de Janeiro no período imperial as reações negativas da população à gestão fundiária dos beneditinos praticamente desapareceram na República: é que a população possivelmente rejeitava a não administração direta do patrimônio pelos monges, pela ingerência do Estado Imperial, o que foi sanado na República, com a separação Igreja-Estado (FRIDMAN, 1999, p. 74).

já constituída. Não há a constituição de novas enfiteuses em Sousa, como de resto nas cidades onde a antiguidade da ocupação já esgotou o estoque de solos urbanos²³⁹.

O “cabecel” é outra parte na relação enfiteutic, espécie de síndico representante de todos os co-enfiteutas no caso de condomínios legais e edifícios estabelecidos sobre a mesma gleba original, caso dos loteamentos urbanos. Não são encontrados em Sousa, pois como a relação jurídica é em geral negocial e harmoniosa, cada adquirente de lotes ou mesmo os gestores do loteamento e corretores, tornam desusado esse papel que pelo artigo 690 do Código de 1916 está em vigor para as enfiteuses. O mesmo artigo 690 fala da existência de “coenfiteutas”, em geral herdeiros, que não foi proibido como o foi a “subenfiteuse” no artigo 2.038 do novo Código civil em vigor a partir de 2003. No caso de herdeiros, o arrolante ou inventariante responde pelo conjunto de interessados e como nas partes são ideais e não reais, não há necessidade de cabecel.

4.1.4.2 A regularidade formal dos domínios eminente e útil

A enfiteuse é um regime de propriedade em que o domínio está cindido em dois: um domínio útil que pertence perpetuamente ao foreiro ou enfiteuta e, um domínio direto ou eminente que permanece com o senhorio. Como direito real é exigida a sua constituição formal em registro público, formato que é adequado para as relações bilaterais, de tipo sinalagmático, mas problemática na relação coletiva e dinâmica quando incidente sobre toda uma cidade. A registrabilidade das enfiteuses é determinada no artigo 167, n. 10, da LRP – Lei de Registros Públicos, cabendo o dever ao foreiro, pelo artigo 220, inciso VI.

Mas as questões são de ordem extra-legal: a irregular e descontínua cadeia de registros dos imóveis decorrentes do modelo de ocupação territorial no Brasil, das contingências decorrentes da espontaneidade, informalidade e não raro violência na ocupação inicial

As dificuldades do registro público de imóveis no Brasil sempre foi notória (IMPARATO, 2000; PINTO JÚNIOR, 2012), certamente a inoficialidade foi ao mesmo tempo uma defesa dos segmentos sem possibilidade de acessar formalmente a terra, e doutra face, para os que assim o procediam mas não podiam contar com a certeza da benevolência instável do poder dirigente, colonial e imperial.

A necessidade de documentação formal se instala com a estratégia jurídica de dar à propriedade a qualidade de mercadoria (HOLSTON, 1993; MAIA, 2012) mas também da

²³⁹ Diversa é situação de Jales (SP) em que Sedeval Nardoque (2007) relata a constituição de novas enfiteuses mesmo após a entrada em vigor do Código civil em 2003.

individualização do titular e do bem possuído, para fins de exclusão do que não tem documento e papéis “Reconhecidos e regulados, os papéis estabelecem o indivíduo como único e particular e produzem, no mundo moderno, um máximo de singularização e uma individualização idealmente absoluta.” (PEIRANO, 2006, p. 26).

Com relação às escrituras originais de enfiteuse, muitas perdidas no passado, a disputa jurídica tem considerado os diversos cenários de exigências formais relativas aos imóveis, com muitas descontinuidades e crescendo regulatório. As velhas formas de escrituração, precariamente suficientes na instalação dos marcos iniciais da ocupação do território, não poderia ao seu tempo atender as exigências atuais, estas mesmas também insuficientes como demonstram James Holston (1993) e Eliade Imparato (2000), tratados no item seguinte.

Outras situações revelam uma “posse memorial”, títulos originais perdidos e caducidade dos registros, levando a decisões como a da Corregedoria do tribunal de Justiça de São Paulo nesse teor:

[..] ainda que não inscrita a enfiteuse, exista no fólio elementos concretos de sua existência, verificáveis com o exame de filiação, sendo que **por erro nos assentamentos registrais** foi ela omitida. Em tais casos de erro evidente, havendo segurança para tanto, deverá o registrador, **até mesmo de ofício**, realizar a averbação retificatória, nos termos do art. 213, I, “a”, da LRP.” (TJSP – CG nº 531/2006, publ. Em 04.08.2006) 0 (grifos nossos).

No caso de Sousa, o Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios de Sousa detém a titularidade original dos fundos urbanos em Sousa, conforme escritura original do Cartório de Pombal de 1740, confirmada em 1756, transcrito para o Cartório de Imóveis em Sousa, última demarcação e atualização está sob o número de Matrícula nº 5.672, Livro 2/U, fls 92, da mesma data, de 16 de julho de 1997. O regular serviço das 3 paróquias²⁴⁰, Nossa Senhora dos Remédios, Bom Jesus Eucarístico Aparecido de Sousa e Santana, da cidade administra esse Patrimônio entre elas hoje distribuído e constitui um fato na cidade.

Essa matrícula, entretanto, delimitou o perímetro enfiteutico na área urbana pois as ocupações na área rural pela imprecisão dos limites territoriais e dificuldade certamente de exercer o senhorio sobre os atores econômicos (e daí políticos e sociais) mais tradicionais. Reforça a tese de que as enfiteuses eclesiásticas se dirigiram diretamente a ordenar o espaço urbano (GHIRARDELLO, 2002; MARX, 1991; FRIDMAN, 1999).

Portanto, há um título válido e de origem que sustenta a chamada “cadeia filiatória” dos registros de imóveis na cidade e arredores, além de um serviço de registro privado. A

²⁴⁰ Outras 2 paróquias criadas uma na zona urbana, São João Batista, e outra no Distrito de São Gonçalo (Acampamento Federal do DNOCS), não participam da administração desse patrimônio.

escritura de doação do Patrimônio de Nossa Senhora dos Remédios constituído de um perímetro aproximado de légua e meia por légua e meia, englobando como marcos aproximados, o Sítio Conceição (nordeste), Sítio São Gonçalo (sudeste), Santa Rosa (nordeste), e pontilhão em curva do Rio do Peixe (sudoeste), todos limites imprecisos aos padrões de hoje de confins exatos²⁴¹ pelo princípio da especialidade dos direitos reis.

Questão prática e cotidiana enfrentada na gestão da enfiteuse privada são a dos documentos privados, sua validade e encargos do registro público em face deles. Por conta do valor diverso de cada um dos domínios, o útil bem mais valioso que o direto, se põe a questão da possibilidade de que cada uma das partes se documentar usando formas diversas: o senhorio os documentos particulares e o foreiro a escritura pública.

Do ponto de vista do enfiteuta ou foreiro, o recibo de “laudêmio” emitido por ocasião das transferências de domínio útil, remetendo aos livros paroquiais articuladamente, é o documento de quitação também dos pagamentos do foro anual atrasados. O “recibo” (exemplo é a modalidade do instrumento usado em Sousa, PB) traz os direitos e deveres de ambas partes, senhorio e enfiteuta, testemunhas, indicações de localização dos imóveis e tem sido aceito normalmente na operações financeiras com ônus real sobre imóveis. Não sem antes um histórico de tensão, sobretudo com os bancos oficiais e no crédito comercial e empresarial.

Problema que atormenta os que lidam com a questão foreira e as lacunas documentais, descontinuidades de registros e transferências graciosas é que vários atos e fatos jurídicos estão precária e tão somente gravados em instrumentos particulares. Uns da lavra dos senhorios diretários, outros dos transmitentes foreiros. Aqui a situação jurídica diverge quanto a validade desses documentos.

Os documentos privados são completamente válidos como registros particulares, não substituindo, claro, a escritura pública que só no cartório de imóveis pode ser lavrada. O documento particular tem efeito entre as partes (Código Civil, art. 221) e no caso de tratar de bens imóveis, continua válido como direito adquirido e incorporado ao patrimônio jurídico de quem já possuía imóveis anteriormente ao Código Civil de 2002, a hipótese do art. 108, de validade dos documentos particulares: se o imóvel tiver o valor de até 30 salários mínimos, válido é o documento particular. A lição de Regnoberto Morais de Melo Júnior, perito

²⁴¹ No regime de concessões sesmarias, havia a “terra de sobrado”, uma faixa desocupada entre um sesmeiro e outro. Isso evitava gastos com cercamento e era fonte e disputa com o adensamento da povoação e exploração econômica (SOARES, 2003). As “sobras” de terra entre uma sesmaria e outra, começaram a ser requeridas pelos Oliveira Ledo na Paraíba em 1761 (RIBEIRO, 2013, p. 27).

notarial, corrobora a faculdade do Código civil referente aos documentos particulares, no comentário do artigo 221 da Lei dos Registros Públicos, diz que:

documento (escrito, instrumento ou título) particular é todo aquele formalizado por particular, vale dizer, é o documento não produzido por agente público. E, ainda, que a formalização de ato ou negócio jurídico por particular é a regra, sendo exceção a exigência de escritura pública (MELO JÚNIOR, 2003, p. 537).

No senso comum jurídico se disseminou a ideia oposta: a escritura pública é o ícone constitutivo da propriedade, quando é o aspecto secundário e destinado a dar segurança, publicidade e veicular informação especificadoras do bem imóvel.

A técnica registral é conforme o artigo 194 da Lei de Registros Públicos, que “O título de natureza particular apresentado em uma só via será arquivado em cartório, fornecendo o oficial, a pedido, certidão do mesmo”. Confirma na sua lúcida interpretação Mello Júnior (2003) a regra do documento particular e a segurança da forma conferida pelo oficial registrador ao emitir certidão.

Art. 222 - Em todas as escrituras e em todos os atos relativos a imóveis, bem como nas cartas de sentença e formais de partilha, o tabelião ou escrivão deve fazer referência à matrícula ou ao registro anterior, seu número e cartório.

Art. 223 - Ficam sujeitas à obrigação, a que alude o artigo anterior, as **partes que, por instrumento particular, celebrarem atos relativos a imóveis. (grifo nosso)**

A parcela da propriedade aforada que pertence a Igreja como senhorio é de 17% da nua propriedade, só o “chão”, percentual legal definido para valor do “domínio direto”. Pela disposição do artigo 108 do Código Civil quanto a validade de escritura ou documento particular para imóveis no valor até 30 (trinta) salários mínimos em 2016, R\$ 26.440,00. isso implicaria ter apenas a nua propriedade, o chão, o valor total do solo acima de R\$ 155.300,00 aproximadamente. Os documentos particulares lavrados nas secretarias das paróquias têm valor legal se respeitarem esses parâmetros de valor dos bens imóveis objeto do negócio jurídico. Esse valor declarado e documentado pelo senhorio direto, facilitaria a remição e a aplicação da regra do “valor incontroverso” no artigo 50²⁴² da Lei 10.931/2004. A declaração privada documentada é revestida de boa fé em relação ao declarante, daí esse valor de 17% expresso pelo, facilitaria a solução administrativa e judicial do resgate pelo foreiro.

²⁴² Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia. § 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

Os foreiros ou enfiteutas, por outro lado, ao deterem 83% da nua propriedade e mais edificação a serem averbadas, é que não podem alienar imóveis por instrumentos particulares, a menos que estejam dentro desse limite de até R\$ 26.400,00, (30 salários mínimos em 2016). Se valor de sua cota de propriedade ultrapassa o máximo previsto no art. 108 do Código, deve aí observar os ritos de formalização completos.

É aos foreiros que a Lei de Registros Públicos incumbe o ônus de registrar, nominando-os “devedores”, conforme diz a lei: “Art. 220 - São considerados, para fins de escrituração, credores e devedores, respectivamente: [...] VI - na enfiteuse, o senhorio e o enfiteuta;” O ônus da escrituração pública do imóvel é do foreiro ou enfiteuta. Diverso, por exemplo, do uso e da habitação e da locação (incisos II, III e VIII, do art. 220, respectivamente) em que o proprietário locador é o onerado em face do usuário, do habitante e do inquilino. A lei não define o ônus de escriturar das partes de modo aleatório, exime uma parte pondo na condição de “credora” da escrituração, mas incumbe de fazê-la ao que efetivamente tem mais interesse e poder jurídico na relação. No caso da escrituração dos imóveis em enfiteuse, os valores em percentuais sobre o bem pertencem em muito maior proporção ao enfiteuta, não ao senhorio.

A ratificação de aforamento para regularização enfiteuticista é outro aspecto importante da regularidade formal da enfiteuse. Por ela, as enfiteuses decaídas e desatualizadas formalmente seja por perda e extravio dos instrumentos de constituição, de registro ou mudança de titulares por sucessão hereditária e outras situações, são regularizadas. É um instrumento de regularização e continuidade da situação jurídica, como o próprio termo diz, confirma a enfiteuse.

Em alguns lugares do Brasil como Sousa, Estado da Paraíba, o Cartório de Imóveis após a entrada em vigência no Código Civil de 2002, pretendeu propor escrituras de “ratificação de aforamento”²⁴³. Uma grande quantidade de imóveis enfiteuticistas estava em situação irregular por conta de desmembramentos de antigas concessões, sucessões e alienações oficiosas, sem documentação, portanto. Uma contraordem verbal do Juiz da 4ª Vara, em 2002, ao oficial dos registros pelo Juiz da 4ª Vara parou os processos de regularização em curso.

Os prepostos das paróquias entendiam equivocadamente que ao escriturar o Cartório estaria extinguindo o vínculo sem indenização ao senhorio direto e se opuseram àquelas ratificações. A falta de diálogo fora resultado de uma malograda ação judicial do Cartório de

²⁴³ A “re-ratificação” é procedimento registral inserido no artigo 167, inciso II, n 15, das averbações da Lei dos Registros Públicos pela Lei nº 6.941/1981. Portanto já existe o procedimento para contratos de mútuo.

Imóveis de Sousa contra as 3 paróquias para apreender os livros de assentamentos da enfiteuse e concentrar as transferências de imóveis no SRI local.

Em processo administrativo nº 2012.0098-8 de consulta ao Juiz competente, feita em 2012, o Cartório de Imóveis, consulente, pedia uma solução para o problema da enfiteuse em Sousa: a declaração de sua inexistência em Sousa, por falta de registros individualizados de cada gleba (!!), por serem as escrituras do ano de 1740 e lavradas em Cartório de Pombal, então o órgão de registro do sertão da Paraíba.

A pressão dos foreiros em busca por financiamentos imobiliários e dos bancos por terem garantias reais nos empréstimos em Sousa formam o pano de fundo que aparece nas discussões sobre a enfiteuse administrativamente na 7ª Vara, competente para feitos dos Registros Públicos na Comarca de Sousa, Paraíba. A consulta resultou em vagas recomendações da magistrada, em ata de audiência do dia 18 de outubro de 2013, de que sejam procedidas as remições, de que a ratificações de aforamento preparadas pelo Cartório aguarde mais estudos.

No entanto, a solicitação do Cartório já encontra amparo na Lei nº 6.015/1975, nos artigos de 288-A a 288-G, incluído pela Lei nº 12.424/2011. Pelos dispositivos legais, o interessado, seja ele proprietário ou detentor de direitos, na “regularização fundiária urbana”, requer diretamente ao Oficial do registro de imóveis, sem necessidade de manifestação judicial. O procedimento prevê que o interessado especifique o imóvel geo-cartograficamente, com plantas e memoriais descritivos do imóvel, autos de demarcação urbanística expostos por notificação aos confrontantes e proprietários da área.

A ratificação é procedimento que integra a linha normal de atuação dos registradores e notários: é confirmar, dar pública forma e instrumento idôneo aos negócios e atos jurídicos. Se a Lei permite a “retificação” como ação típica do registrador, a “ratificação” resta pacífica. No caso das relações reais dilatadas no tempo, a perda e adaptação dos registros é um direito os usuários e dever do registro propor, após consulta ou não, oferecer a saída legal adequada.

A irregularidade dos títulos se origina em larga medida do problema das delimitações precisas entre propriedades que surge do caráter espontâneo, violento e inoficial da ocupação territorial brasileira. A ocupação como ato original de propriedade de “tomada da terra” (SCHMITT, 2014, p. 79) é fato sem constrição alguma do direito comum: pertencia ao “direito das gentes” conforme se afirmou neste trabalho no capítulo 1.

Na amplidão do território brasileiro, as concessões de sesmarias tinham limites imprecisos conforme registros de sesmarias concedidas com “sobras” de terras entre elas

(BESSA, 1998; WHELING, 2015; ROLNIK, 1997) e disputadas entre sesmeiros ou ocupadas sem atenção aos procedimentos legais. Um claro registro dessa situação caótica:

E não se deve omitir outra causa danosa: a indeterminação das terras, mãe de sérias indisposições, que degeneravam em verdadeiras guerras entre sesmeiros. A 27 de maio de 1731, a Câmara de Aquirás pedia atenção para os graves prejuízos da falta de medição das sesmarias, tendo El-Rei ordenado, logo a 26 de novembro, providencias nesse sentido. Entretanto as despesas de medições em confronto com o valor das terras, por muito elevado, privavam de resultados satisfatórios, continuando tudo como dantes. Théberge escrevia em 1862 o que se pode repetir atualmente, sem tirar nem pôr: “esta omissão foi preparando para o futuro uma confusão do direito de propriedade territorial, que hoje faz o desespero da justiça e dos legisladores, e esta confusão vai aumentando cada ano e tornando-se cada vez mais incurável. (GIRÃO, 1985, p. 121-122)

A essas indefinições Eliade Imparato (2000) relaciona a ilegalidade fundiária à falha registraria do Registro de Imóveis que no Brasil não exige dados de localização cartográfica. As descrições imprecisas dos imóveis, sobretudo os rurais e no período colonial transferem um problema para a cadeia de registros.

Sob o regime da Lei de Terra “regularização e legalização, seriam possíveis se o possuidor apresentasse uma planta com o levantamento planialtimétrico da gleba e houvesse princípio e cultura agrícola no local” (IMPARATO, 2000, p. 146). Seguiu-se a Lei de Terras o “Registro Paroquial”, nos termos do Decreto de 1854, em que de próprio punho o ocupante descrevia a terra, mas era prove de posse declarada e não propriedade (IMPARATO, 2000, p. 147). As descrições “pitorescas” segundo a autora, incluía marcos instáveis como árvores, córregos e cercas, sem medidas lineares ou conformtações precisas.

Em 1864, a Lei n. 1.237 criou outra espécie de registro imobiliário desvinculado da Igreja Católica. O Registro Geral de Imóveis, então criado, tinha por função fazer e manter o registro das transações imobiliárias dentro de sua circunscrição territorial. Desta forma foi dada a possibilidade de serem registradas tanto a venda e compra, quanto os ônus constituídos sobre os imóveis. Aqueles Registros Gerais não mantinham mapas cartográficos de seus territórios, nem era exigido que as transações registradas fossem baseadas em dados topográficos precisos. Declarada a República, em novembro de 1889, o Governo provisório que se instalou, desvinculou o Estado brasileiro da Igreja Católica e conseqüentemente extinguiu o Registro Paroquial.

Aquele Governo provisório estabeleceu pelo Decreto n. 451-B, de 31.05.1890, que os Registros Gerais criados, em 1864, deveriam seguir o método registrário conhecido como Método de Torrens. Assim, as transações imobiliárias passaram a ser transcritas em fichas.

Novamente, não houve sequer menção da necessidade de serem mantidos pelos Registros Gerais mapas cartográficos de suas circunscrições e de vinculá-los às transcrições. Este é um dado particularmente interessante, pois o método registrário do australiano Torrens é reconhecidamente eficaz, justamente por esta conexão necessária entre a cartografia da região e o título transcrito. (IMPARATO, 2000, p. 147)

O Método Torrens de registro de terras está previsto na Lei de Registros Públicos, dos artigos 277 a 288, e segue a técnica que une as escriturações fundiárias com a localização geocartográfica, especificando a área registrada com marcações de pontos georreferenciados. Além disso, impõe a manifestação de confrontantes, possíveis titulares de outros direitos reais sobre o imóvel e o arquivamento de todas as notas técnicas da demarcação.

Também a Lei nº 10.267/2001 que criou o Sistema Público de Registro de Terras, determina que os titulares de domínio útil (enfiteutas) proprietários e possuidores façam o recadastramento rural com base no Registro Torrens, fato esse posterior ao trabalho de Imparato (2000). Mas a previsão dessa modalidade de registro que elimina as imprecisões entre glebas, já estava desde 1976 no ordenamento brasileiro.

A questão axial que decorre do conjunto de inconsistências, conflitos e lacunas jurídicas que no cotidiano das enfiteuses é a sua extinção ou se manutenção, em que termos. As enfiteuses públicas são “protegidas” como propriedade pública por serem inusucapíveis, exigirem atos formais de constituição e atualização do contrato mediante pagamento exigível e terem um órgão específico para seu controle, o SPU. Por isso a pressão pela sua extinção é legislativo-parlamentar, pois só aí se pode atingi-la.

Já as enfiteuses privadas, ficam a mercê das interpretações jurídicas com base em textos legais, no conjunto, conflitantes e dos jogos de força e negociações entre senhorios, foreiros e outros interessados: o mercado imobiliários (cartórios, bancos, corretores de imóveis, principalmente). Por isso desse aspecto da extinção, manutenção e sua modalidades, tratar-se-á após a indicação do acervo normativo regulador que no caso, não pode ser contornado.

4.2 Quadro normativo da enfiteuse (privada) no Brasil

As normas relativas a enfiteuse no Brasil serão tratadas em termos de referência direta e indireta, considerando os elementos textuais como laudêmio, foros, enfiteutas, domínio útil etc de modo a cobrir o campo semântico do tema. Além do tratamento normativo de base nos códigos civis de 2002 e 1916 e na Constituição Federal, outras normas legais

tratam da enfiteuse privada, inclusive normas do direito público, em pontos específicos como o das remições ou resgates das enfiteuses, afetam juridicamente as enfiteuses privadas.

Igualmente importante é que as normas algumas centenárias são recorrentes nas fundamentações judiciais dos conflitos jurídicos enfiteuticos. Mas no próprio conjunto normativo já se identificam os problemas de normatização caótica e antinômica que inviabiliza uma aplicação normativa fora de posturas judiciais ativistas.

A enfiteuse é importação jurídica colonial que veio junto com a sesmaria: “Na enfiteuse, instituto também trazido de Portugal, o proprietário – originalmente um sesmeiro – cedia parte do domínio ao enfiteuta” (WHELLING; WHELLING, 2005, p. 198). O direito aplicado ao rural se estendia às cidades, pela indefinição entre esses espaços e predominância do rural sobre o urbano (HOLANDA, 2004, p. 80ss). A Lei de Terras, de 1850 era aplicada também à cidade (NASCIMENTO; MAIA 2011). A permanência de normas do direito colonial (ABÁSULO, 2014)²⁴⁴ especialmente no tema da propriedade imobiliária denota-a como estrutura de permanência exitosa.

Na pesquisa de Laura Beck de Varela se pode ver que nas Ordenações Filipinas (Fil., IV, tít. XLIII, § 1, correspondentes às Manuelinas IV, LXVII, §1) que a concessão de sesmarias pelo poder real, se dava em solos possivelmente “assenhoriados” por outrem, que podiam ter posseiros e enfiteutas, o que supõe uma sobreposição de senhorios, real e o privado. Assim, a noção de soberania territorial do Estado português então já se sobrepõe àquela patrimonial:

E os sesmeiro que taes terras ou bens de sesmeria houverem de dar, saibão primeiro quaes são, ou foram os senhores deles. De como o souberem, façam os citar em pessoa e suas mulheres, assinando-lhes tempo conveniente a que perante eles venham adizer, que não tem a se não darem de sesmarias as ditas terras, casas ou pardieiros. E não abastará para isto terem citados os emphyteutas ou outros possuidores dos taes bens, mas todavia sejam citados os senhorios deles. (VARELA, 2005, p. 53).

O regime sesmarial e enfiteutico coexistiram até a extinção das, daí que direitos sobre bens inconsumíveis como a propriedade imobiliária podem ainda que como reconstituição histórica em suporte ao direito adquirido e ato jurídico perfeito, invocar esse *continuum*. O conflito cada vez mais amiúde envolvendo o regime de Sesmarias levou à conversão destas em enfiteuses em 1822. José Carlos Staut Júnior, tratando dos modelos de apossamento de terras diz:

²⁴⁴ Para Abásulo (2014, p. 96), o direito hispânico mesmo com o Código e a Constituição permanecia como mentalidade e discurso.

Conforme José Murilo de Carvalho (2003, p. 331), “uma resolução de consulta da Mesa do Desembargo do Paço, de 17 de julho de 1822, assinada por José Bonifácio, determinou que se suspendessem ‘todas as sesmarias futuras até a convocação da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa’ (STAUT JR. 2012, p. 71).

A Constituição de 1824 se omitiu em resolver a questão. Mas como o regime sesmarial era administrativo e de concessão não perpétua, encerrada a colonização direta, deviam ser confirmadas, pois o poder concedente era outro. Já as enfiteuses eram do “direito comum”, das relações privadas e, portanto protegidas pelas Ordenações Alfonsinas em vigor no Brasil até 1917, inclusive, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Assim, coexistiram entre 1822 até 1850, o “regime das posses”, mera ação fática de apropriar e ocupar terras devolutas ou caídas em comisso sesmarial, e as enfiteuses.

Estas, na inexistência de título legitimador²⁴⁵ de direitos reais do domínio direto, especialmente entre 1822 e 1850, pela lacuna regulatória se mantinham pela efetividade (trabalho e morada efetiva, benefícios na terra etc). Assim, “posse” e “enfiteuse” juridicamente são análogas então nos efeitos concretos. São simultâneas no período “das posses”, portanto. Em comum sobre ambas a proibição de alienação onerosa por compra e venda, pois no regime fundiário anterior a Lei de Terras só havia a alienação de direitos sobre a terra e suas rendas, não a alienação da bem.

Quadro III - comparativo entre enfiteuse e sesmaria

Sesmaria	Enfiteuse
Instituto: tipicamente nacional-português	Disseminado na Europa, Ásia e África
Direito: administrativo português	Direito “comum”, civil e canônico
Criação: no ano de 1.375 d.C	Séc V a.C. aproximadamente
Finalidades: ocupação do território (Brasil) Aumentar produtividade da terra (Portugal)	Ocupação derivada, produção, rendas (leigas) Povoamento e manutenção do culto (Igreja)
Dimensões: fixas, definidas em normas	variáveis, negociada entre particulares
Não onerosa: só depois de 1699	Onerosa: foro, cânon ou pensão anual
Duração: prazos por confirmação, temporária	Perpétua (maioria) temporárias (eventual)
Dependência: sesmeiro da Coroa	Enfiteuta do sesmeiro (senhorio direto)
Extinção/perda: Comisso	Comisso
Fim: em 1850/1854	Continua vigente

²⁴⁵ Cf Staut Jr (2012), Silva (1996). Pinto Jr (2012) fixa esse período “das posses” entre 1822 e 1854, quando entrou em vigor o Decreto 1.318/1854.

A Lei de Terras, Lei nº 601, de 1 de janeiro de 1850, institui a propriedade privada nos moldes atuais, de concentração do domínio num único titular individual, mas distinguiu as posses, agora meio ilegal de aquisição da terra, das sesmarias e enfiteuses. Permitiu a regularização das sesmarias e no artigo 77 do Decreto regulamentar²⁴⁶ deu tratamento diferenciado à terra de domínio das cidades e dos entes religiosos, a Igreja. Os artigos 78 e 79 do Decreto nº 1.318/1854 regulamentar da Lei de Terras, disciplinava a cobrança de foros e laudêmios pela Igreja e pelas cidades, empregadas para a melhoria e obras urbanas (NARDOQUE, 2007, p. 360) e definia a perpetuidade dos aforamentos urbanos e rurais. A Lei de Terras foi devidamente recepcionada pela República a apesar das muitas queixas no Parlamento de sua ineficácia²⁴⁷.

Código Comercial, a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, no seu artigo 2º, fazia a atividade comercial das “corporações de mãos morta, os clérigos e os regulares.” Essas disposições legais inibiam a presença ostensiva dos titulares religiosos nos negócios, trazendo uma insatisfação e conflitos com os “fábriqueiros” leigos (FRIMAN, 1999). A Lei nº 1.237, de 24 e setembro de 1864, para elencar a responsabilidade hipotecária civil dos administradores de enfiteuses de “mãos morta” e eclesiásticas e a penhorabilidade de seus bens, excepcionou essas pessoas da aplicação do Código Comercial. Nessa Lei, o artigo 2º elenca entre os bens hipotecáveis o “domínio útil” das enfiteuses.

Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que separou a Igreja e o Estado, no artigo 5º diz

Art. 5º a todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade jurídica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes à propriedade mão-morta, mantendo-se cada uma o domínio de seus haveres atuais, bem como dos seus edifícios de culto.

²⁴⁶ Decreto 1.318/1854 - Art. 77. As terras reservadas para fundação das Povoações serão divididas, conforme o Governo julgar conveniente, em lotes urbanos e ruraes, ou somente nos primeiros. Estes não serão maiores de 10 braças de frente e 50 de fundo. Os ruraes poderão ter maior extensão, segundo as circunstancias o exigirem, não excedendo porém cada lote de 400 braças de frente sobre outras tantas de fundo. Depois de reservados os lotes que forem necessarios para aquartelamentos, fortificações, cemiterios, (fóra do recinto das Povoações), e quaesquer outros estabelecimentos e servidões publicas, **será o restante distribuido pelos povoadores a titulo de aforamento perpetuo**, devendo o foro ser fixado sob proposta do Director Geral das Terras Publicas, e sendo sempre o laudemio, em caso de venda, - a quarentena.

²⁴⁷ Mas bem após essa Lei de Terras, as iniciativas dos particulares em relação aos negócios com a terra se tornaram muito mais abundantes, consoante a pesquisa preparatória da presente tese. Ghirardello (2002) assinala o intenso movimento de constituição de patrimônios no interior paulista após essa lei.

A característica da perpetuidade da enfiteuse no Brasil que expressamente a distinguiu de “arrendamento”²⁴⁸ (Art. 679 “O contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e como tal se rege” – Código Civil de 1916). Consequência dessa perpetuidade com a pouca atividade jurídica do senhorio detentor do domínio direto (algo pouco mais que figurativo) e a extensão dos poderes do enfiteuta é a erosão do *animus domini* do senhorio e o abandono do exercício dos limitados direitos. O estigma da propriedade “mão morta” se atualiza nos fundos enfiteúticos abandonados por senhorios eclesiásticos e leigos (em geral espólios), criando um vazio regulatório.

4.2.1 A Constituição Federal de 1988, códigos civis e legislação

O acervo legal incidente na enfiteuse se concentra nas de modalidade privada e urbana, eventualmente nas privadas rurais e separa para o direito administrativo as enfiteuses públicas. Regras legais dos Códigos de 1916 e 2002 formam com a Constituição os enunciados analiticamente pertinentes a regulação das enfiteuses privadas. Uma legislação especial integra outros pontos como registro de imóveis, direitos de garantia, assentamentos urbanos de interesse social e tributários. Recorde-se mais uma vez que situações jurídicas consolidadas no direito ancestral acompanham eventualmente casos isolados. O arcabouço legal contemporâneo fornece disposições normativas aptas a produção de sentido sobre a enfiteuse por uma hermenêutica jurídica constitucional, sem prescindir das necessárias harmonizações na sua interpretação e aplicação²⁴⁹.

A enfiteuse foi prevista no Código Civil de 1916. No artigo 674 que elencava os “direitos reais” a enfiteuse vinha logo no inciso I. Os artigos de 678 a 694 versavam sobre o instituto, um bem longo conjunto de disposições em que só as regras referentes ao “usufruto” são mais detalhadas e numerosas. A enfiteuse não desapareceu do novo Código de 2002, que a ela se refere no artigo 1.226 (achado de tesouro) além do 2.038 que mantém em vigor o Código de 1916 para as enfiteuses já constituídas.

Já as enfiteuses de direito público permanecem protegidas como os bens públicos. São, dentre elas, os chamados “terrenos de marinha”, muito valorizados pela sua localização nas áreas litorâneas além de outros fundos rurais e urbanos, cujos foros (“taxa de ocupação”) e laudêmios se pagam à União principalmente e são regulados pelo Decreto-Lei 7.937/45 e

²⁴⁸ Diferentemente do Brasil, o equivalente da enfiteuse no *common law*, (*longleases* nos EUA e Inglaterra) tratam como arrendamento. Bélgica e França têm a enfiteuse a prazo fixo.

²⁴⁹ A prevalência hierárquica da Constituição pode até se somar à maior concretude de sentido jurídico em relação ao Código, caso da Lei Fundamental alemã e o BGB, o Código Civil (NEUNER, 2008).

9.760/46. Ambos os Códigos de 2002 e 1916, remetem à legislação especial as enfiteuses públicas.

Um problema relevante afeta à dimensão temporal do conflito, da supremacia e especialidade das normas jurídicas é decorrente da constitucionalização das enfiteuses urbanas na Constituição de 1988, que merece ser tratada em referência aos dois Códigos, pois juntos integram o conjunto normativo pertinente à enfiteuse.

A Constituição diz no artigo 49 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 49. 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.

§ 1º Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União;

§ 2º Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato.

§ 3º A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.

§ 4º Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa.

O final desse dispositivo tensiona com o direito dos senhorios diretos eclesásticos conservarem seus registros e arquivos e com o disposto na Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991. Por esta lei, artigo 16, são de interesse social e público os arquivos das entidades religiosas que detiverem documentos e registros arquivísticos anteriores ao Código civil de 1916. Estas entidades devem conservá-los sob delegação do Arquivo Nacional não podendo ser seccionados (art. 13). Como os Cartórios de Imóveis são ligados ao Poder Judiciário, uma norma de interpretação vai se exigir em cumprimento dessa norma.

4.2.1.1 A “baixa constitucionalidade” do ordenamento brasileiro

A supremacia da Constituição no ordenamento é pouco mais que um mito do positivismo. Práticas institucionais arraigadas, judiciais, legislativas e administrativas, aliadas à característica do sistema do direito a “clausura” operacional (LUHMANN, 2003; A fixação na “mudança social normal” (SANTOS, 2009) pelo direito moderno e estatal produzem uma ordinarização regulatória da Constituição, documento característico do movimento mais emancipatório.

A difícil recepção da Constituição pelo direito infraconstitucional vigente pode ser lido como a persistência da mentalidade jurídica como “senso comum teórico dos juristas” (WARAT, 1982) afeita à ordinariedade dos refrões jurídicos. As ultrapassagens textuais e semânticas da Constituição pelo ativismo e decisionismo judiciais (STRECK, 2014; 2015) reduzem a irradiação hermenêutica, ou interpretando a Constituição pela lei ordinária. A recusa da Constituição como norma “texto” em favor de uma “constituição consuetudinária” foi também artifício retórico de defesa do feudalismo pelos teóricos “da reação”: Gustavo Hugo, De Maistre e De Bonald (POKROVSKI, 1977, p. 17s). A resistência em incluir no estrito rol do art. 927 do Código de Processo civil (mantido idêntico no Novo CPC) constitucional “função social da propriedade” na disputa possessória (DANTAS, 2013, p. 475) indica a grave disfunção: a lei “ordinária” recepcionada como texto ou como “senso comum teórico dos juristas” de Warat termina por ser o norte de interpretação da...Constituição.

A baixa constitucionalidade em direito de propriedade se insere no contexto do “Estado Pós Social” conforme Cláudia Fonseca Tutikian (2011). A função social definida na Constituição, segundo a autora deveria ser, para propriedade rural a produtividade e para a urbana, a simples ocupação e a legalização formal (TUTIKIAN, 2008, p. 195). Como tentativa de “recasar” a posse da propriedade conforme a autora, a função social falhou (TUTIKIAN, 2008, p. 177), pois Constituição com suas normas abertas, valorativas e sem objetividade, precisa do direito civil na ordem prática (TUTIKIAN, 2008, p. 191). As necessidades da economia de mercado e sua dinâmica ensejam uma reprivatização e recondição do direito civil, que não pode se chocar com o mercado (TIMM, 2008).

A Constituição como norma superior delegou à Lei ordinária tratar a questão polêmica na Assembleia Constituinte de 87-88 e que não foi resolvida nos debates. O mandado constitucional não foi cumprido pelo Código Civil de 2002. Textualmente quase que ignorou, revigorando o Código de 1916 que o debate aberto na constituinte visivelmente pretendia superar. A Constituição regulou expressa e diretamente apenas as enfiteuses privadas e urbanas, estabelecendo: a) facultatividade da extinção da enfiteuse; b) a remição e o valor dela – equiparado ao das enfiteuses públicas; c) do reconhecimento da enfiteuse não-contratual (enfiteuse legal e por sucessão); d) substituição da enfiteuse por outro instituto; e) responsabilidades pela guarda dos registros remanescentes. Nesses pontos específicos, a norma constitucional regulou de modo específico a enfiteuse,

O Código de 2002 restringiu-se no seu artigo 2.038 a disciplinar negativamente: a) proibindo a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses; b) proibindo a cobrança de laudêmio sobre o valor do imóvel incluindo edificações e plantações, nas transmissões e, c)

limitação da incidência das disposições sobre as enfiteuses urbanas e rurais privadas, excluindo as públicas. Um descuido da redação repete a proibição referente do *caput* no inciso II. Diz assim o dispositivo legal:

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.

§ 1º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:

I - cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações;

II - constituir subenfiteuse.

§ 2º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.

A redação traz possibilidades diversas à aplicação judicial e contratual. Primeiro ao proibir a “constituição”, deixa ao largo as enfiteuses já existentes de fato e que poderiam ser judicial e extrajudicialmente “homologadas” ou “declaradas”, situação de fato bastante encontrada. Outra é a referência a “leis posteriores” ao Código de 1916 e ao próprio Código de 2002 que reforçaram o instituto a enfiteuse relacionado com diversas outras situações jurídicas.

O elenco de proibições do artigo 2.038 aponta para uma propriedade do jurídico, a negatividade como uma metáfora da relação do direito com o mundo dos fatos (CASTRO JR, 2009, p. 150-152)²⁵⁰, elidindo uma relação causal entre ambos e a “retração” funcional do direito como incidência e imputação. Foi insuficiente a resposta do Código Civil de 2002 à delegação normativa constitucional que propõe *standards* jurídicos de direitos fundamentais substanciais como moradia, trabalho e segurança. Estes direitos são dificilmente traduzidos apenas em negação.²⁵¹

A conexão entre a enfiteuse e o conteúdo dos direitos à moradia e o trabalho, direitos sociais tem por ambiência a solidariedade social e o protagonismo jurídico requerido do Estado ante as necessidades sociais e situações de vulnerabilidade. As relações jurídicas exclusivamente privadas não respondem mais à importância da propriedade e das relações que em torno dela se estabelecem (SINGER, 2009). Em vista disso, às clássicas obrigações de dar, fazer e se abster, do direito privado, outras mais adequadas são as de *promover, respeitar, garantir e proteger* (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 28-29).

A obrigação jurídica agora definida em níveis contorna aquela dicotomia linear entre obrigações “positivas” e negativas” com que se tentou distinguir os direitos civis e políticos

²⁵⁰ O autor dentre outros experimentos teóricos e analíticos trata das nulidades, da paradoxal relação no direito, como disciplina prática entre a negação e a afirmação (CASTRO JÚNIOR, 2009, p. 152).

²⁵¹ A relação entre direito e filosofia iluminista de negação o afirma Rouanet (2004, p. 29).

(negativas), dos econômicos e sociais (positivas). A dicotomia age enfraquecendo estes últimos ante os primeiros e mais clássicos, para os quais se pugnava a mera abstenção estatal: não interferir na liberdade e na propriedade privadas é um refrão recorrente.

Já a enunciação das obrigações mais afinada aos direitos fundamentais “promover, respeitar, garantir e proteger” permite uma melhor modulação tendo em vista a situação jurídica objetiva (direitos atuais ou futuros, potenciais ou adquiridos, incertos e inseguros).

O Código de 2002 dispõe apenas negativamente sobre a enfiteuse, restringindo uma possibilidade contratual, terminou por intervir na esfera de liberdade proprietária. O fechamento dos direitos reais num rol taxativo, o *numerus clausus*” (SINGER, 2008; AKKERMANS, 2008) compromete a percepção mais dinâmica da propriedade como relação jurídica real complexa (LOUREIRO, 2003, p. 46) e da propriedade “funcionalizada” da Constituição (ARONNE, 2001), a que responde à nova hermenêutica constitucional acerca da propriedade.

Quadro IV – Tensões normativas da enfiteuse no Brasil

Código Civil 1916	Constituição de 1988	Código Civil de 2002
_____	Art. 49, <i>caput</i> - Facultatividade na desconstituição/extinção.	Art 2.038 <i>caput</i> - Proibição de constituição.
Resgate/remição (art. 693): Valor de 1 laudemio de 2,5% mais 10 foros vincendos e prazo: 10 anos depois de constituídas	Resgate/remição (art. 49, §1º, cc art. 123, Decreto 9.760/46): 17% do valor da propriedade plena do solo, sem as benfeitorias.	_____
Enfiteuse privada - rural e urbana	Enfiteuse privada urbana + regra da enfiteuse pública (resgate/remição)	Enfiteuse privada – rural e urbana
_____	Art. 49, <i>caput</i> - Mandado delegação para lei posterior regular instituto.	Art. 2.038, <i>caput</i> – Prorrogação de vigência do Código de 1916.

No texto normativo denota abstratamente uma inconstitucionalidade material do artigo 2.038 do Código Civil, pois na técnica redacional do artigo 49 da Constituição se optou pela facultatividade da desconstituição da enfiteuse, que o dispositivo do Código grava com a extinção. Há, portanto um espaço de liberdade e de direito do enfiteuta amplia-lhe o espaço de eleição: se é útil e vantajoso extinguir (pela remição ou resgate) o gravame enfiteutico ou

mantê-lo. Cogente é a garantia do artigo 5º, “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” E a facultatividade é textualmente expressa no artigo 49 dos ADCT da Constituição.

4.2.1.2 Tensão normativa e risco de retrocesso em direito

Há uma tensão normativa, com a “proibição de constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses” entre o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal, mas também inobservância material da Constituição a fazer a ablação de um direito cujo conteúdo se liga à moradia. É formalmente constitutiva ao excluir do rol dos direitos reais do artigo 1.225 a enfiteuse, cujas prerrogativas proprietárias são as mais amplas entre todos os demais institutos elencados no novo rol de direitos reais do Código novo²⁵².

O retrocesso mais evidente está no texto constitucional ao art. 49 dos ADCT que classificam como “ocupantes” os foreiros e enfiteutas, devendo isso ser considerado apenas problema de técnica redacional. “Ocupantes” têm pouquíssimos direitos em comparação com a extensão destes dos enfiteutas e foreiros, quase-proprietários do imóvel. Mas é na comparação entre os Código anterior e o atual da substituição da enfiteuse pela superfície que desperta interesse. Ressalvando os direitos adquiridos e a continuidade das enfiteuses já constituídas, o emprego da superfície nas relações jurídicas de direitos reais vindouras resultará numa configuração de direitos bem distinta da enfiteuse.

A questão é quanto à extensão de direitos que um e outro instituto traz: a enfiteuse do Código de 1916, artigos 678 e 679, é perpétua e o encargo anual (pensão ou foro) é certo e invariável (módico). Já a superfície, é por tempo determinado (art. 1.369), onerosa ou gratuita sem obrigação, (art. 1.370), e ao final há a incorporação das benfeitorias ao patrimônio do proprietário (art. 1.374). Na perspectiva de efeitos sociais, a enfiteuse é mais condizente com a estabilidade da moradia e trabalho de segmentos sociais mais tradicionais e menos afeitos à alienação dos imóveis e mais a sua efetiva e diretamente pessoal e familiar utilização.

A “superfície” com o emprego lucrativo e a segurança formal das operações empresariais, pois a exigência de prévio registro mediante escritura pública é explícita já na sua constituição (art. 1.369). A inovação normativa da “superfície” traz uma conotação de uso mais liberal que social da propriedade e um formato contratual mais sinalagmático e bilateral, com vantagens para os negócios *inter vivos* e edificações verticais. Não se configura

²⁵² Tal supressão poderia contrariar, em tese, o princípio de progressividade dos direitos sociais e a correlata vedação de retrocesso do PIDESC, artigo 2, §1º e Observações Gerais. As inovações legais internas não poderiam restringir os acesso a direitos.

retrocesso ou desvantagens na sucessão hereditária a não incorporação do conteúdo o artigo 677 do Código de 1916 que previa a transmissão imediata dos direitos reais aos sucessores e adquirentes²⁵³; integra os direitos reais, com excessão do “uso” a transmissibilidade.

Mas em quantidade e variedade de exercício de direitos reais, o Código atual forneceu no âmbito do direito privado novas com a “concessão especial de uso para fins de moradia” e os “direitos do promitente comprador”, o primeiro senão perpétuo, mas permanentes e contínuo. O segundo, um reforço jurídico na aquisição e imóvel a prestação para além do contrato.

Quadro V – Comparativo do rol dos direitos reais

Código civil 1916	Código Civil atual
<p>Art. 674. São direitos reais, além da propriedade:</p> <p>I - A enfiteuse.</p> <p>II - As servidões.</p> <p>III - O usufruto.</p> <p>IV - O uso.</p> <p>V - A habitação.</p> <p>VI - As rendas expressamente constituídas sobre imóveis.</p> <p>VII - O penhor.</p> <p>VIII - A anticrese.</p> <p>IX - A hipoteca.</p> <p>Art. 677. Os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do comprador, ou sucessor. (Essa disposição importante NÃO tem outra correlata no Código atual).</p>	<p>Art. 1.225. São direitos reais:</p> <p>I - a propriedade;</p> <p>II - a superfície;</p> <p>III - as servidões;</p> <p>IV - o usufruto;</p> <p>V - o uso;</p> <p>VI - a habitação;</p> <p>VII - o direito do promitente comprador do imóvel;</p> <p>VIII - o penhor;</p> <p>IX - a hipoteca;</p> <p>X - a anticrese.</p> <p>XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;</p> <p>XII - a concessão de direito real de uso; e</p> <p>XIII - os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas e respectiva cessão e promessa de cessão.</p>

O retrocesso se manifesta no pouco tratamento dos direitos reais sobre coisas alheia no geral, mantendo o Código de 2002 praticamente a mesma redação para os institutos. Cabe no entanto analisar a relação entre a supressão da enfiteuse do rol do novo artigo 1.225.

²⁵³ Entendemos que o conteúdo do artigo 677, condizente com a garantia fundamental do direito de herança do artigo 5º, inciso XXX da Constituição e a proteção ao direito adquirido do inciso XXXVI, se incorporou a patrimônio jurídico dos titulares de direitos reais sob o Código de 1916, em especial aos enfiteutas.

Na comparação entre os códigos revogado e o atual, a supressão da enfiteuse no atual e o surgimento do direito de “superfície” como substituto fica evidente e conforme a disposição constitucional do art. 49, § 2º que diz: “Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato”. No entanto, ressalta no quadro acima dois eventos: a propriedade é “rebaixada” do *caput* para o rol de direitos reais, colocando-a juridicamente numa hermenêutica circular em face dos demais direitos do elenco. Outra é o surgimento dos incisos XI, XII e XIII que recebem o conteúdo da enfiteuse, em especial a vitalícia e transmissível concessão especial de uso para moradia. A concessão de direito real de uso do inciso XII, diverso do inciso V, aplicável ao trabalho e atividades econômicas.

As deficiências na incorporação ao Código Civil atual dos avanços constitucionais em direitos sociais e coletivos é sugestiva no pouco desenvolvimento do “direito de habitação” que foi mantido nos artigos 1.414 a 1.416 com idêntica redação do Código revogado. O Código atual restringiu a proteção aos direitos habitacionais da família nas sucessões hereditárias. Comparando as redações do atual artigo 1.848, que veda nos testamentos a cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade dos bens que a redação do dispositivo equivalente no Código revogado, o artigo 1.723, dispõe em sentido inverso: pode o testador vincular os bens da legítima. vê-se um conjunto de sentidos jurídicos tendentes à desvinculação e desoneração dos bens, bem na linha das reformas liberais “decimonômicas”. O Código atual no tocante à proteção dos bens familiares (cf. por exemplo artigo 1.711²⁵⁴) não incorporou a proteção deferida pela Constituição no artigo 5º, inciso XXVI.

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

A interpretação das normas referente à remição/resgate adequados aos atuais foreiros se impõe no caso da enfiteuse num campo do direito, o de propriedade com hesitações jurídicas e caos regulatório recorrente nesse campo.

O artigo 49, § 1º ao tratar da remição ou resgate da enfiteuse, quando o foreiro ou enfiteuta concentra a plena propriedade adquirindo a parcela do senhorio, o domínio direto,

²⁵⁴ Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

remete para os “critérios e bases **hoje** vigentes na legislação especial dos imóveis da União” (negrito nosso). O artigo 123 do Decreto-lei 9.760/46, que disciplina a remição de imóveis foreiros da união diz na novíssima redação “Art. 123. A remição do aforamento será feita pela importância correspondente a 17% (dezesete por cento) do valor do domínio pleno do terreno, excluídas as benfeitorias”. A redação original desse artigo, quando a Constituição foi promulgada em 5 de outubro de 1988, era bem mais complexa textualmente e onerosa do foreiro na remição.

Quadro VI – Normas referentes ao resgate/remição da enfiteuse

Código Civil de 1916 Art. 693. Todos os aforamentos, inclusive os constituídos anteriormente a este Código, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis dez anos depois de constituídos, mediante pagamento de um laudêmio, que será de dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena, e de dez pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar ao direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas deste capítulo.	Constituição Federal, art. 49, § 1º c/c § 1º Quando não existir cláusula contratual [para a remição/resgate], serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União;	
	Decreto-Lei 9.760/46 , Art. 123 (texto em 5/10/1988) Art. 123. A remissão será feita por importância correspondente a 20 (vinte) foros e 1 ½ (um e meio) laudêmio, calculado este sobre o valor do domínio pleno do terreno e das benfeitorias existentes na data da remissão”(Decreto-Lei 9.760/46, texto original)	Decreto-Lei 9.760/46 – Art. 123 (Redação atual) Art. 123. A remição do aforamento será feita pela importância correspondente a 17% (dezesete por cento) do valor do domínio pleno do terreno, excluídas as benfeitorias.

A hermenêutica jurídica tem vários pontos a resolver, a começar se aplica a norma constitucional em detrimento do Código extinto, por ser aquela hierarquicamente superior (além de específica e cronologicamente posterior) segundo o *standard* usual de resolução das antinomias. Considerando que as enfiteuses com previsão de “bases e critérios” de remição no contrato são de fato muito raras, a aplicação do Decreto-Lei 9.760/46 será o iter normativo considerado. Outra possibilidade é aplicar o Código de 1916, por ser mais benéfico ao enfiteuta, o que atenderia à *mens legis* do Constituinte, mas que afetaria os direitos patrimoniais dos atuais senhorios e sobretudo a desconsideração ao texto constitucional em favor de um Código derogado. Um problema para a política jurídica constitucional.

A aplicação do exato teor do artigo 123 do Decreto-lei 9.760/46 em vigor no dia 5 de outubro de 1988, quando entrou em vigor a Constituição, pela menção textual nesta da expressão “hoje vigentes” não resultaria numa situação favorável aos foreiros: o foro das enfiteuses públicas é de 0,6% (art. 101 do Decreto) do valor da propriedade plena,

atualizáveis anualmente e o laudêmio é de 5% considerando os contratos já existentes²⁵⁵ (art. 130 do Decreto), o que seria algo parecido com os 17% da redação atual do artigo 123. Ademais, o valor incidente naquela redação original vigente no dia 5 de outubro de 1988 incluía as benfeitorias incorporadas ao imóvel (imóveis da União podem ser cedidos em aforamento já edificados, caso dos chamados “não operacionais”) o que levaria pela norma então vigente a uma oneração excessiva e injusta.

O recurso hermenêutico ao Código Civil de 2002 como ponto de partida da aplicação da norma de remição/resgate numa hermenêutica jurídica respeitosa do marco textual não seria possível, por simples ausência de texto. Ademais o Código atual esvaziou a delegação constitucional ao não legislar a matéria que lhe fora delegada, preferindo repristinar o Código extinto para regular exatamente o que o Constituinte reputou sem regulação suficiente. A falta de menção ao resgate/remição da enfiteuse no Código Civil de 2002 tema de relevância jurídica e econômica para os atuais enfiteutas é um deslize legislativo formidável, a confirmar a inadequação do projeto que novo Código que Aronne (2001) já denunciava, exatamente no quesito da enfiteuse.

Numa perspectiva sistêmica a fixação de um valor do domínio útil ou de critérios claros e quantitativos para defini-lo encontra correlato na Lei Complementar nº 76/1993, que trata do procedimento contraditório especial para a desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária. O artigo 6º, §1º dessa lei dispõe que o Juiz ao deferir liminar em desapropriação rural, se enfrenta a existência de enfiteuse, o titular do domínio útil expropriando só pode levantar 80% da indenização. Desse modo a Lei Complementar nº 76/1993, no artigo 12, § 4º, define o percentual de 20% ao titular (não mencionado ou encontrado na ação²⁵⁶!) do domínio direto. “Tratando-se de enfiteuse ou aforamento, o valor da indenização será depositado em nome dos titulares do domínio útil e do domínio direto e disputado por via de ação própria.”

Uma recente alteração no Decreto 9.760/46 dos bens da União, pela Lei nº 13.139, de 26 de junho de 2015, em meio à crise fiscal do Estado brasileiro, alterou a cobrança de ônus e dívidas das famílias de foreiros mais pobres. Essa inovação se dá no sentido de recepcionar a dimensão social da moradia e da estabilidade do grupo familiar, o que reforça uma proposta de hermenêutica constitucional adequada para interpretar a enfiteuse: a efetividade do uso, a

²⁵⁵ Desde 1987 não há mais transferência de enfiteuse públicas da União, por vedação do Decreto Lei nº 2.398/87, teria de ser integrado esse aspecto para não redundar em maior prejuízo para o senhorio.123.

²⁵⁶ A Lei Complementar nº 76/1993 nesse ponto reconhece a situação jurídica do senhorio, da sua “ausência” ao passo que o detentor do domínio útil pela efetividade deste, é identificado e indenizado na desapropriação. A Lei não trata da hipótese do senhorio direto não aceitar a indenização e assim os efeitos da desapropriação atingir só a titularidade do domínio útil.

vulnerabilidade sócio-econômica dos foreiros. Por um dever de coerência jurídica a análise da hipossuficiência jurídica e econômica deverá isonomicamente ser estendida aos senhorios. No caso de várias entidades religiosas, sem fins lucrativos e beneficentes, nos termos da Lei nº 12.101/2009, a Lei 13.139/2015 estendeu a dispensa de pagamento de foros e laudêmio e taxa de ocupação (art. 16) às que estiverem em áreas aforadas à União.

Quadro VII – Comparativo de valores do domínio indenizável

Lei Complementar nº 76/1993	Decreto-Lei 9.760/1946
Incidência: enfiteuses rurais privadas	Incidência: enfiteuse urbana (pública e privada) e rural (só pública)
O Art. 6º § 1º (renumerado pela LC 88/1996) define em oitenta por cento o valor do domínio útil e vinte por cento o que os titulares do domínio direto a serem disputados judicialmente (Art. 12, § 4º).	Art 123. Define o valor do domínio direto em dezesete por cento da propriedade plena. e o art. 103, § 2º confirma ao deduzir dezesete por cento da indenização ao foreiro na consolidação do domínio útil pra União. Oitenta e três por cento é do domínio útil.

Esse reconhecimento legal da condição jurídica especial dessas entidades beneficentes introduz ao fato de que muitas dessas, conforme a intervenção dos deputados constituintes Cunha Bueno e Ana Maria Rattes²⁵⁷ são titulares de domínio direto em enfiteuses privadas. A Lei nº 12.101, de 27 e novembro de 2009 mantém as obrigações definidoras das entidades beneficentes que permanecem praticamente as mesmas desde a Lei Orgânica da Previdência Social de 1966. Para ser caracterizada beneficente e assim fazer jus a benefícios fiscais²⁵⁸, cumpre a entidade beneficente no artigo 29 dessa Lei, dentre outros deveres, que “[...] V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou **parcelas do seu patrimônio**, sob qualquer forma ou pretexto;” (negrito nosso). Obriga-se ainda a conservar toda a documentação, por

²⁵⁷ Ver final do item 2.1.3.1.3 das amortizações e desamortizações.

²⁵⁸ O Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, dispõe de modo semelhante: “Art. 14. O disposto na alínea c [imunidade tributária e entidades beneficentes] do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão

10 anos, de todos os atos e operações que disserem respeito a modificação da situação patrimonial, no inciso VI seguinte²⁵⁹.

Dessa forma, pelo vínculo do reconhecimento da qualidade de beneficente, titulares de domínio direto como a Igreja Católica e seus diversos entes reeditam a relação com o Estado das *Piae Causae* do direito justinianeu romano, as entidades caritativas para as quais se desenhou um direito enfiteutico específico. As imunidades fiscais em reconhecimento da ação beneficente concedidas pelo Estado exigem contrapartida assemelhada às amortização do patrimônio e das rendas que ficam vinculados. Assemelham-se às limitações da propriedade amortizada aos entes beneficentes do direito antigo ao moderno.

Daí que as leis de fiscalização fazendária e previdenciária incidem sobre atos de renúncia patrimonial ou de rendas dos patrimônios enfiteuticos dessas entidades. Os laudêmios e em especial as remições/resgates do domínio direto ou eminente, por implicar ato de disposição patrimonial, se submetem à norma estatal limitadora. Na prática, diversas autuações contra essas entidades podem acontecer, pois a renúncia civil aí está normada dentro do direito administrativo.

A cobrança do laudêmio nas transmissões do domínio útil é um dos elementos caracterizadores da enfiteuse, está previsto no artigo 686 do Código Civil de 1916, em vigor nesse ponto. Mas como não havia a ressalva das benfeitorias agregadas ao prédio, várias demandas chegaram aos Tribunais que antes da previsão do artigo 2.038 do Código Civil de 2002, não era clara: sobre que componentes do preço do imóvel haveria de recair os 2,5% de laudêmio. Sobre a propriedade tal qual era no momento da constituição da enfiteuse (AMORIM, 2002, p. 58).

O pagamento do laudêmio nas transferências de domínio útil incide na venda e dação em pagamento (AMORIM, 2002, p. 59), transferência de imóvel enfiteutico pelo foreiro à sociedade anônima como sua quota de entrada cita Amorim (2002, p. 58) o Acórdão do STF no Agravo nº 6.460 de Alagoas, e se a cota parte dada em dinheiro for substituída por imóvel foreiro, também incide laudêmio.

Também incide o pagamento de laudêmio na hipótese descrita na Lei das Alienações Fiduciárias de Imóveis, Lei nº 9.514/97. Ela foi alterada em 2007 para contemplar na situação de consolidação do domínio útil (por inadimplemento do devedor fiduciante) o pagamento do laudêmio pelo o fiduciário, credor, beneficiado com a consolidação. Esse fiduciário agora não precisa ser entidade financeira, mas qualquer pessoa física ou jurídica.

²⁵⁹ “VI - conserve em boa ordem, pelo prazo de 10 (dez) anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem e a aplicação de seus recursos e os relativos a atos ou operações realizados que impliquem modificação da situação patrimonial; [...]”.

Art. 22 - A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: de I - **bens enfitêuticos**, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do **domínio útil** no fiduciário; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007). (**negritos nossos**)

O laudêmio pela disciplina normativa do Código Civil atual continua existindo em favor do senhorio detentor do domínio direto ou eminente, pago pelos interessados na alienação. Mas só incide sobre o valor da nua propriedade, sem as edificações, plantações ou qualquer outra *emponemata*. O cumprimento da obrigação de melhoria do fundo imobiliário pelo enfiteuta não poderia ser avaliado contra ele por ocasião da alienação ao sobreonerar a operação e gerar enriquecimento sem causa do senhorio que alienou apenas a nua propriedade (AMORIM, 2002, p.58). Mas a base de valor de incidência do laudêmio pode ser acrescido pela valorização do imóvel, em situação especialíssima pois a modicidade dos ônus enfitêuticos é característica jurídica. Ela se estende para o laudêmio, calculado na prática sobre a mesma base de cálculo para o IPTU e ITR, em geral apenas o valor venal e convencionado, não o de mercado.

Na linha de raciocínio do direito tributário, as obrigações recaem somente sobre o enfiteuta, detentor do domínio útil. As justificativas para isso são mesmo da efetividade desse domínio que dá presumivelmente retorno em utilidade, rendas e patrimônio ao enfiteuta. O Código Tributário Nacional, sobre o ITR – Imposto Territorial Rural,

Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, **o domínio útil** ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localização fora da zona urbana do Município.

Art. 31. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu **domínio útil**, ou o seu possuidor a qualquer título. (grifos nossos).

A tipologia de direitos reais do Código Tributário só descreve propriedade, enfiteuse e posse para efeito de incidência do imposto, igual à disposição sobre o IPTU, no artigo 32: o fato gerador é propriedade, domínio útil e posse, e “Art. 34 - Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu **domínio útil**, ou o seu possuidor a qualquer título.” (grifo nosso). Assim a enfiteuse urbana e rural divide no direito tributário, com duas modalidades de direitos reais de amplo conhecimento, a descrição do fato gerador de tributos. Isso se repete noutros tributos fundiários como o ITBI e ITMC – Impostos de Transmissão de

Bens Imoveis – cujo artigo 35, inciso I menciona apenas a “propriedade ou domínio útil” excluindo a posse e incluindo as acessões. A menção expressa o domínio útil na legislação tributária nacional em tantas situações definidoras do fato gerador indica a importância dessa forma de tenência da terra no Brasil.

Do ponto de vista tributário, cabe uma análise jurídica dos bens fundiários enfiteuticados da Igreja, entes beneficentes e federativos imunizados pela Constituição Federal art. 150. Esses bens fundiários urbanos e rurais suscitam a indagação acerca da base de cálculo dos tributos, considerando se há uma parcela imune a ser considerada ou não. Como a legislação rural das desapropriações da Lei Complementar nº 76/1993 como acima visualizado define em 20% e o Decreto 9.760/1946 em 17% o valor da nua propriedade do domínio direto, esse percentual não seria retirado da base de cálculo? A avaliação nos dois casos é definida em parâmetros e procedimentos definidos em lei administrativa, de ordem pública, portanto, vinculante da mesma administração pública pelo princípio da unidade desta.

4.2.2 A extinção da enfiteuse: possibilidades e limites

A enfiteuse se caracteriza no aspecto temporal particularmente pela transmissibilidade em decorrência da perpetuidade desse direito real. O fim ou extinção, a reunificação dos domínios útil e direto num domínio pleno é a exceção. Por isso os processos de desamortização fundiária foram de forte dimensão política e pouco jurídica. A “mudança social normal” regulada pelo direito²⁶⁰ não comporta cortes muito abruptos. Niklas Luhmann pontua a função do direito de favorecer expectativas estabilizadoras e que produzam maior estabilidade e ordem (LUHMANN, 2003, p. 107), dinamizado, no diversos acoplamentos estruturais com outros subsistemas (econômico, político, moral, artístico, etc).

À visão maniqueísta de ser o direito ou vetor de mudança social ou de conservação do *status quo* reputado injusto, não cabe numa análise-descrição científica do direito que implica considerar numa circularidade a mudança e a conservação (STAMFORD SILVA, 2013, p. 122). O direito emerge como conjunto de sentido que se constrói a partir (ou mesmo ao arrepio) das normas. Lembra a observação de Nilson Ghirardello de que, nas aquisições de terras ao longo da expansão ferroviária em São Paulo nos séculos XIX e XX, os adquirentes mesmo “pagando” completamente o preço da terra, era-lhes dado, e por eles aceitos, o título de “emphiteutas” (GHIRARDELLO, 2002, p. 146).

²⁶⁰ “Processo contínuo de transformações fragmentárias e graduais, sancionadas pelo direito estatal que, por sua vez, vai evoluindo continua e gradualmente” (SANTOS, 2009, p. 176).

O novo Código de Processo Civil, a Lei 13.105/2015 trata expressamente da enfiteuse nos artigos 791 e 799 (Execuções), 804 (alienações de bens com gravame); 889, da ciência da alienação judicial para o proprietário (inciso IV) que a lei distingue de “titular” do direito real (inciso III). Também quando trata da ação de consignação em pagamento no novo CPC: “Art. 549. Aplica-se o procedimento estabelecido neste Capítulo, no que couber ao resgate do aforamento”. Assim, tem uma norma procedimental vigente para o resgate ou remição de aforamento.

4.2.2.1 Extinção pela concentração do domínio pleno no senhorio direto

O fim da enfiteuse em benefício do senhorio direto seria a concentração do domínio pleno pelo senhorio direto²⁶¹ pela decretação de comisso, exercício do direito de preferência nas alienações do domínio útil, abandono ou renúncia deste pelo enfiteuta, ou pelo perecimento do objeto, hipótese em que pereceria para ambos, senhorio direto e foreiro. A hipótese de resgate ou remição pelo senhorio direto, só poderia ocorrer no contexto já sentenciado do “comisso”, casos diversos se chocariam com a perpetuidade da constituição de enfiteuse.

Hipótese mais distante da realidade, pois supõe um senhorio direto com interesse na aquisição do domínio útil e as melhorias, pelo valor de mercado efetivo do imóvel edificado. Seria pelo exercício do direito de opção nas alienações do domínio útil do artigo 683²⁶² do Código de 1916. Notar-se que não se trata do caso de “indenização” civil ao enfiteuta que não só alcançaria as benfeitorias úteis e necessárias por este acrescentadas à sua propriedade, mas a integralidade do valor do imóvel edificado e mais o valor do domínio útil sobre a sua propriedade, cifrado em 83%.

Além dessa a) possibilidade de exercício do direito de opção, tem mais a b) concentração de domínio pela decretação de comisso, c) pelo abandono do prédio pelo enfiteuta, lembrando que até o ato de renúncia do enfiteuta registrado em cartório, é direito deste e exercido mesmo contra o senhorio direto. São assim três hipóteses básicas a considerar

²⁶¹ As hipóteses gerais do artigo 1.275 do Código civil, da perda da propriedade são aplicáveis contra o enfiteuta e em favor do senhorio direto, menos o inciso V (desapropriação).

²⁶² “Art. 683 O enfiteuta, ou foreiro, não pode vender nem dar em pagamento o domínio útil, sem prévio aviso ao senhorio direto, para que este exerça o direito de opção; e o senhorio direto tem 30 (trinta) dias para declarar, por escrito, datado e assinado, que quer a preferência na alienação, pelo mesmo preço e nas mesmas condições. Se ,dentro do prazo declarado, não responder ou não oferecer o preço da alienação, poderá o foreiro efetuar-la com quem entender”. Código Civil de 1916, em vigor para a matéria.

a lei. Uma quarta seria considerando o alcance da função social da propriedade do artigo 5º, inciso XXIII e artigo 170, inciso III.

Na prática essa possibilidade de extinção pela concentração é remota, pela extensão dos direitos do enfiteuta e a quase total extinção dos direitos de sequela remanescentes do senhorio direto, que sequer tem a perpetuidade como seu direito potestativo: é faculdade a bem do enfiteuta. O descumprimento da função social da propriedade pelo enfiteuta seria a hipótese constitucional de plenificação do domínio, a considerar o alcance hermenêutico mas a competência exclusivamente pública e a finalidade do interesse social para desapropriar (imóvel rural), do artigo 184, *caput*, deixa muito longe as possibilidades do poder privado nesse tema.

Além do mais, recorrendo às condições de instituição da enfiteuse, exatamente por não poder “funcionalizar” a terra cumprindo os deveres de *emponemata* é que o senhorio direto deu em enfiteuse o bem. A desapropriação do domínio útil é hipótese claramente posta na Lei Complementar nº 79/1993, artigo 12, § 4º, para a hipótese de enfiteuse rural, ao definir o percentual de 80% do valor da indenização ao titular do bem desapropriado. Ao reconhecer a existência de outro titular, que no entanto não é contemplado pela devolução do bem, mas com os 20% remanescentes da verba indenizatória, a Lei deixa claro que a desapropriação é ato administrativo público²⁶³ e portanto não poderia beneficiar o senhorio direto com a devolução a ele da plena propriedade.

Passando ao comisso como segunda hipótese. Comisso é a sanção para não pagamento de foros por 3 anos. Entre as décadas de 1950 e 1963, uma série de recursos judiciais chegou ao STF para que este decidisse se o comisso era aplicável diretamente pelo senhorio, por aplicação da lei, o artigo 692, inciso II do Código de 1916, ou se poderia haver a purgação da mora. O STF, após o *leading case*, Processo de Embargos no Recurso Extraordinário RE nº 43.139 – CE, (DJ de 14/12/1961), decidiu que o Comisso sendo pena civil, a grave perda de bens pelo foreiro, dependia de sentença para ser aplicada (*Nulla poena sine sententia*). Daí a Súmula do STF (BRASIL, 1963b) nº 169 “Depende de sentença a aplicação da pena de comisso.” E o devedor pode purgar a mora enquanto não sentenciado.

Até a irrupção do caso acima, predominava por acomodação à tese do STF de que o comisso era automático, uma sanção legal. Naquele RE nº 43.139-CE, o Tribunal Constitucional enfrentou a ação em que litigavam o IAPC – Instituto de Aposentadorias e

²⁶³ Exceção interessante é a desapropriação judicial do artigo 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil em vigor e que não tinha correlato no Código anterior. No caso, claramente se manifesta a fundamentalização do direito civil e aplicação inovadora da tutela judicial em favor de coletividade de ocupantes de extensa área. Não se trata de usucapião coletiva, pois o proprietário é demandado direta e efetivamente como parte conhecida no processo.

Pensões dos Comerciantes e Antônio Faustino do Nascimento. O IAPC que tinha o domínio útil de 100 lotes de terrenos em Fortaleza, foi surpreendida pela situação de após anos de inadimplência quanto ao pagamento do foro anual, o terreno ser vendido a terceiros, entendendo o senhorio direto poder aplicar a pena de comisso diretamente, sem precisar acionar o Judiciário. Nessa interpretação, o IAPC estava em comisso no 3º ano de inadimplemento, podendo o senhorio direto alienar pois recomposto o seu pleno domínio.

Os ministros foram provocados pela questão de ordem levantada pelo Relator, Ministro Victor Nunes Leal, pois poderia resultar grave injustiça a orientação até então dominante, da aplicação automática da “pena” de comisso definida *a priori* na Lei, Este apela a questão de fato extra-autos, queria convocar o Conselho (sigilos e sem a presença das partes) antes de apor o voto, o que era contrário ao Regimento do STF então: o Conselho só poderia ser convocado “após” o voto o Relator.

As disputas formais e regimentais terminaram por ceder à realidade mesma envolvida: o senhorio direto vendera p domínio direto sem notificar o enfiteuta para que ele adquirisse, violou o senhorio direto (Dr. Antonio Faustino do Nascimento) o artigo 684 do Código de 1916. O IAPC era uma autarquia de forte cunho social, apesar do poderio econômico dele aludido pelo Ministro Pedro Chaves. Uma dívida de Cr\$ 7.000,00 (então ínfima) ia impor uma perda desproporcional ao enfiteuta.

Dessa tentativa de concentração do domínio pelo senhorio direto julgada pelo STF em 1961, resultou após mais uma série de casos na Súmula nº 122 (BRASIL, 1963a) “O enfiteuta pode purgar a mora enquanto não decretado o comisso por sentença.”. Essa jurisprudência publicada em 1963 junto com a Súmula nº 169 (BRASIL, 1963b) “Depende de sentença a aplicação da pena de comisso”. Publicada em 1964, praticamente elidiu o comisso como forma de extinção da enfiteuse em favor do senhorio direto, pela facilidade e oportunidade franqueada ao foreiro para o adimplemento. A Súmula do STF nº 170 (BRASIL, 1963c), de 13 de dezembro de 1963, diz “É resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil”, dando efeitos retroativos ao dispositivo da Lei Civil sobre as enfiteuses constituídas no regime das Ordenações Afonsinas, interpretando acertadamente a perpetuidade como um direito do foreiro, de proteção a ele, mas que não se sobrepõe ao direito de resgate.

Essa última interpretação do STF em 1963, estendendo a ficção do contrato retroativamente, poderia ser aplicada em interpretação análoga às enfiteuses não contratuais do artigo 49 do ADCT estendo a elas o percentual de resgate do Código Civil de 1916.

Entendendo-se este o Código regulador dos negócios privados, melhor aplicar expressamente suas disposições do que bases e parâmetros das enfiteuses públicas da União.

4.2.2.2 Concentração de domínios pelo enfiteuta: o resgate ou remição

O fim da enfiteuse com a concentração de domínio no enfiteuta é a orientação geral e teleologia do regime enfiteutico: facilitar ao enfiteuta a aquisição do domínio direto. Poderia se dar por renúncia do senhorio direito ao domínio direto ou eminente na forma do código. Primeiro, pela modicidade do seu valor e condições desfavoráveis à sua manutenção, segundo, pela redução progressiva do prazo para exercício desse direito. A hipótese de incidência do artigo 1.228, §§ 4^o²⁶⁴ e 5^o da desapropriação judicial não pode ser desconsiderada pois presentes os requisitos fáticos típicos das situações de enfiteuse “extensa área”, “considerável número de pessoas” e que tenha realizado “obras e serviços” (*emponemata*) no local.

Essa via da aplicação do artigo 1.228, §§ 4^o e 5^o da desapropriação judicial resolveria a questão da qualificação da propriedade como enfiteutica pelos foreiros ou ocupantes, pela desconsideração disso, da disputa pela parâmetro de avaliação do valor do domínio direto a ser perdido pelo desapropriado, pois diz o dispositivo “§ 5^o No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

O Resgate ou remição é faculdade posta favor do enfiteuta. Assim foi a progressão normativa a respeito, com alteração do texto do Código de 1916; Como se pode visualizar no Quadro VIII seguinte, a progressão das mudanças normativas está claramente no sentido de facilitação do resgate pelo enfiteuta, reduzindo o prazo de prescrição aquisitiva do direito de 30 em 1916 para 20 anos, em 1955, depois para 10 anos em 1972. Nessa última alteração, se impôs o encargo do pagamento do “laudêmio”, que não havia no dispositivo do artigo 693 do Código de 1916. Pago ao senhorio direto é uma oneração pecuniária do enfiteuta de 2,5% como o resgate implicasse transferência de domínio entre titulares diversos que justificasse a incidência do laudêmio (que onera as alienações entre foreiro atual e futuro). O problema será harmonizar o artigo 693 do Código Civil de 1916 à disposição do artigo 49, § 1^o dos ADCT.

²⁶⁴ “§ 4^o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”

Quadro VIII – Da evolução normativa civil favorável ao enfiteuta

Código Civil (original)	Lei nº 2.437/1955	Lei nº 5.827/1972
Art. 693. Todos os aforamentos, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis trinta anos depois de constituídos, mediante pagamento de vinte pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar o direito ao resgate, nem contrariar as disposições imperativas deste capítulo. (grifos nossos)	Art. 693. Todos os aforamentos, salvo acôrdo entre as partes, são resgatáveis vinte anos depois de constituídos, mediante pagamento de vinte pensões anuais pelo foreiro, que não poderá, no seu contrato, renunciar o direito ao resgate, nem contrariar as disposições imperativas dêste capítulo. (grifos nossos)	Art. 693. Todos os aforamentos, inclusive os constituídos anteriormente a este Código, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis dez anos depois de constituídos, mediante pagamento de um laudêmio , que será de dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena, e de dez pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar ao direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas deste capítulo. (grifos nossos)

Para essa tarefa nada fácil, cumpre inicial remissão à espistemologia crítico-reflexiva sobre o teor do artigo 49 dos ADCT que parece linear na sua disposição, mas não é: no mesmo dispositivo se fortalece a enfiteuse pública e a posição jurídica de seu titular, ao passo que fragiliza os titulares das enfiteuses privadas. A Constituição deliberou por tratar apenas das enfiteuses privadas e urbanas (e dentro desse tratamento, fortalecer as públicas, por contraposição), deixando de lado as rurais, titularizadas por poderosos interesses privados, seja dos grandes foreiros de terras públicas, quanto de senhorios diretos.

Como o resgate da enfiteuse está problematicamente tratado como exposto acima, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, interessante é analisar o problema à luz da topologia constitucional. Carlos Ayres Britto distingue na Constituição basicamente duas grandes subdivisões, a permanente e a transitória. Aquela emendável, tirante as cláusulas pétreas, esta não emendável, os ADCT. A tese de Britto (2010, p. 127) os dispositivos do ADCT não poderia ser objeto de emenda, por se tratarem da banda transitória, de regração efêmera de transição, “Ao determinar, no ADCT, o tamanho temporal de certas matérias, o Constituinte mesmo que imunizou tais matérias [...] deixados para trás” da vida do novo Texto Magno (BRITTO, 2010, p. 128). Fica aos “cuidados do tempo” (BRITTO, 2010,

p. 129) não podendo mais ser alvo nem do Poder Legislativo usual, nem do Poder Reformador.

É um núcleo intangível da Constituição, “não no sentido de cláusula intangível pelo tempo em que vigorar a nova Constituição, mas pelo tempo que se fizer necessário para a produção de seus próprios efeitos no mundo das ocorrências fáticas” (BRITTO, 2010, p. 129), sem que para isso precise de ato formal derogatório. Contra essa posição de Carlos Ayres Britto, de imutabilidade da regra transitória por essa característica mesmo está o STF. Na ADI 829 o Tribunal Constitucional o também Ministro Moreira Alves estranhava que uma norma transitória não pudesse ser emendada quando na constância de seus efeitos, como algo ilógico (BRITTO, 2010, p. 132).

O Projeto de Lei nº 6.834, de 2013, do Deputado Jorge Bittar, apensado ao outro PL nº 5314/2005, postula forçar a extinção das enfiteuses privadas modificando o Inciso I do § 1º do artigo 2.038 que teria a seguinte redação:

Art. 3º Os aforamentos ainda existentes, salvo os constituídos sobre terrenos de marinha e acrescidos, são resgatáveis três anos após a vigência desta lei, mediante o pagamento de dois por cento sobre o valor atual do domínio pleno do terreno e a quitação pelo foreiro dos laudêmios e foros em atraso. (BRASIL, 2013, s/p.)

A pressão econômica repercutiu na Constituinte sobre o solo das cidades, para transformá-lo em mercadoria ainda que com efeitos negativos sobre a qualidade de vida urbana (WILHEIM, 2008, p. 44; LEVEBVRE, 1999, p 43). O processo de secularização do solo urbano passa por uma ausência de fontes documentais dos espaços urbanos no Brasil (MARX, 2003, pp. 7-11) um dos desdobramentos do movimento mais amplo das “desamortizações” fundiárias, não foi explicitamente enfrentado na norma constitucional além do artigo 19, I. O fim da enfiteuse é o desdobramento de um processo que substancialmente une secularização do solo e da história das cidades (MARX, 1991).

Mas no campo da aplicação judicial do Direito o Código de 2002 e legislação fundiária encontram-se as formas da usucapião e da desapropriação judicial. A usucapião já é velha conhecida forma de aquisição originária da propriedade, havendo ressalvas fortes quanto ao seu emprego na relação enfiteutic.

A via judicial de extinção se impõe pela própria resgatabilidade da enfiteuse, a ação de usucapião, que pode ser exercida por enfiteuta contra o domínio direto e (vice versa, do senhorio contra enfiteuta) com as reservas de que a este tenha que se imputar o abandono.

Também por terceiros que efetivamente estejam ocupando a área aforada, respeitados os requisitos da lei nas diversas modalidades da usucapião.

O artigo 1.228 §§ 4º e 5º da desapropriação judicial é uma inovação que abre, como já explicado acima a respeito da concentração de domínios pelo foreiro/enfiteuta, outra possibilidade jurídica de dar segurança a essa ablação do direito de propriedade. Nessa possibilidade jurídica inovadora do Código Civil de 2002, caracteriza o objeto da norma como área de grande extensão e população, portanto uma ação coletiva diversa da usucapião, pois existe a fixação de um valor de indenização a ser pago pelos beneficiados ao desapropriado. Esse é o teor do dispositivo:

Art. 1.228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que a injustamente a possua ou detenha. [...]

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela hoverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O dispositivo acima aplica-se as remissões e resgates ao menos como reforço do argumento. Mas seguramente, a condição genérica da posse está inserida do amplexo de poderes da enfiteuse, que também já garante a boa fé das pessoas situadas sobre a área. Eventualmente, as discontinuidades formais dos registros enfiteuticos podem lançar na condição de posseiros os enfiteutas. A própria Constituição no artigo 49 dos ADCT trata como “ocupantes” os enfiteutas.

Mas é a aferição pelo juiz de que os possuidores realizaram “obras e serviços” que aproxima materialmente da dimensão jurídica central da enfiteuse: as *emponemata* ou melhoramentos são essenciais para operar uma descrição suficiente da enfiteuse, a funcionalização do bem (ARONNE, 2001, p. 246). O cumprimento da função social é requisito que onera a propriedade e a posse, amplia o rol do artigo 927 do Código de Processo Civil antigo que foi reproduzido textualmente no novo CPC (DANTAS, 2013, p. 473).

Assim, o artigo 1.228, §§ 4º e 5º citados podem ser manejados para regularização fundiária de enfiteuses em que os elementos da grande extensão e numerosos ocupantes estejam presentes. Com a fixação de valor pago a título de indenização ao proprietário, a desapropriação citada se afasta da usucapião e da violação de direitos patrimoniais pela supressão do pagamento do valor de resgate ao senhorio. Para isso, a figura da enfiteuse já

fixaria o percentual de 17% do valor da nua propriedade como parâmetro para indenização do proprietário.

4.3 Constitucionalização e novos direitos civis-sociais

O evento constitucional pode ser mera figuração normativa numa sociedade burocratizada de “cidadania regulada”, conforme Santos (1979) onde a ordinaryidade normativa (legislação ordinária) está mais assentada nas práticas jurídicas e sociais mais que na legalidade estritamente vinculante. A baixa constitucionalidade e o senso comum teórico dos juristas não prescindem de outro aspecto positivo: a busca crítica e circular dos direitos fundamentais na prosaica (mirando do topo do Ordenamento, segundo a hierarquia do direito positivo) legislação infraconstitucional.

Tomando os sentidos e parâmetros da Constituição na proteção material às situações de vulnerabilidade social e econômica, pode ser ensaiar a existência de uma nova onda “amortizadora” (e como tal, alvo das baterias liberais) de novamente restringir o aspecto de “mercadoria” de alguns bens coletivos, de fruição comum e por segmentos da população vulneráveis. É a lógica circular da enfiteuse, das vinculações protetivas constitucionais que constituem uma das colunas dos direitos sociais fundamentais.

4.3.1 A moradia e o trabalho na legislação infraconstitucional

Mas a legislação nacional anterior à Constituição já trazia os elementos semânticos de caracterização da moradia, como o já citado Código de Processo Penal, o Código Civil, essa segurança da legislação ordinária. O que Streck (2012) chama de “baixa constitucionalidade”, colocar a legislação ordinária, infraconstitucional²⁶⁵ não se justificaria no caso específico da interpretação jurídica desveladora das relações entre propriedade e moradia. Por isso mesmo no *down stairs* no andar-de-baixo normativo, uma resposta adequada no quesito jurídico “moradia” encontra subsídios semânticos aptos.

A moradia regular segundo o conceito de “residência fixa” e “conhecida” é mencionada no Código de Processo Penal, artigos 319, inciso V; 352, inciso IV; 365, inciso II e artigo 514, sempre agregando a esse fato benefícios e tratamento mais favorável ao acusado

²⁶⁵ Interessante registro dessa situação faz Marcus Eduardo de Carvalho Dantas: a “baixa constitucionalidade” impede que um importante marco jurídico (“a função social da propriedade”) conte como requisito da discussão liminar da posse do Novo CPC (que reproduz o antigo artigo 927) por não constar essa hipótese do rol “taxativo”, gerando uma disfunção judicial desfavorável aos réus nas ações possessórias Cf. Dantas (2013).

ou sentenciado na ação penal. A moradia certa, conhecida e estável irradia seus efeitos benéficos a quem a possui. A prisão domiciliar, prevista no artigo 317 do mesmo CPP por motivos de idade, saúde e família também se escora nessa situação jurídica de posse estável (e conhecida) de um lugar para residir, interferindo diretamente no *status civitatis* da pessoa alcançada pela Lei Penal Processual.

A recente inclusão do regime de “prisão domiciliar” e o “recolhimento domiciliar noturno”, substituindo a Lei 12.403/2011 na integridade do texto os artigos 317, 318²⁶⁶ e 319 do Código de Processo Penal, reforça o aspecto da “moradia fixa e certa” como categoria jurídica do direito processual penal.

No Código Civil, a moradia é mencionada expressamente no artigo 1.225, inciso IX, a inclusão da concessão especial de uso para fins de moradia no rol dos direitos reais, e mais abundantemente a referência à moradia está nos dispositivos referentes à usucapião (artigos 1.238 a 1.240-A). É notório na dicção desses o caráter de habitualidade (“moradia habitual”) e a “familiaridade”, o imóvel usucapiendo não o é destinado à titularidade de um indivíduo em primeiro lugar, mas o atendimento a uma necessidade da família como titular de direito. Isso se reforça inclusive no novo artigo 1.240-A que dá a usucapião “familiar” para o “cônjuge que permanece” no imóvel. No artigo 1.583, § 3º, a moradia também define direitos no tocante a guarda compartilhada de filhos: fica com eles o cônjuge cuja moradia melhor servir aos interesses dos filhos, independente de outras qualidades individuais.

Esse conjunto de sentidos jurídicos sinalizados pela “permanência e estabilidade” e “família”, contrastam, por exemplo, com a finalidade de regularizar um imóvel, em nome individual, para mais facilmente lançá-lo no mercado de imóveis, interesse subjacente da propriedade liberal absoluta e livre de vinculações da ideologia proprietária corrente. Esse ideário da propriedade exclusiva e excludente, de livre disposição pelo titular não condiz com a destinação social reforçada com o ingresso do direito à moradia e corolário disso, o novo sentido que dá à propriedade imóvel.

Reforçando esse parâmetro da construção de sentido textualmente fornecido pelo Código Civil, os artigos 70 e 73 definem e o “domicílio” pelo “ânimo definitivo” e a “residência” a que seja “habitual e atual”. No Código Civil a moradia, traduzida em domicílio e residência, é condição de visibilidade e identificação civil da pessoa, integra, portanto, o seu

²⁶⁶ Pode se fazer uma leitura/interpretação sintomática dessa alteração do Capítulo IV do CPP – Código de Processo Penal: da situação jurídica subjetivo-pessoal da “apresentação espontânea do acusado” do texto original, para a “prisão domiciliar” da minirreforma do CPP pela Lei 12.403/2011, para um *standard* de cunho objetivo-institucional de nova modalidade de cumprimento de sanção penal, a “prisão domiciliar”.

núcleo existencial fundamental e sua condição de sujeito de direitos²⁶⁷, nesse ponto a lei ultrapassa o aspecto meramente patrimonial e disponível do imóvel de moradia. As categorias em abstrato encontram já no enunciado abstrato da lei uma “dobra de sentido” que impede uma ingênua fixação de significado apodítico, qual seja apenas o sentido formal.

Em 1990, a Lei do Bem de Família, lei 8.009/90 gravou de impenhorabilidade o bem imóvel residencial usado de fato pelo casal ou entidade familiar. A moradia assim protegida nessa lei há de ser a “única” ou a de “menor valor” e ainda a “mais antiga” possuída pela família. Nessas caracterizações da moradia protegida, o imóvel residencial assim gravado de impenhorabilidade se distancia de uma das formas clássicas do exercício do direito da propriedade, o de ser apta ao comércio jurídico. Só o será se houver pluralidade de bens havidos pela família, conforme a Lei 8.009/90.

A de “menor valor” quando houver mais de um imóvel entre os bens da família, no caso os titulares do bem e a “mais antiga” moradia protegida indicam um sentido de proteção ao bem jurídico mais afetiva e existencialmente passível de fruição pela família, sem que possa por isso mesmo, afetar negativamente direitos do mercado e do Estado. Aqui se quis proteger os direitos creditícios e tributários do Mercado e do Estado em cuja fonte da obrigação se afigure o próprio imóvel e as relações familiares, caso do pagamento de pensão alimentícia (artigo 3º elenca as ressalvas à impenhorabilidade) e o ilícito penal do qual se beneficiou a família. Estranhamente a execução de fiança também foi recebida como ressalva à impenhorabilidade do bem de família do fiador, alterada a Lei 8.009/90 pela Lei do Inquilinato, a Lei 8.245/91, nesse ponto, mas no Recurso Especial 352.940 o Ministro Carlos Velloso decidiu que o inciso VII da Lei do Bem de Família não mais tem validade em vista da EC nº 26/2000 que inseriu a moradia entre os direitos fundamentais sociais.

A lei assim considera titular do direito a família enquanto residindo estavelmente num único imóvel e de preferência mais antigo ou que tenha sido registrado para esse fim. Os direitos dos credores ficam garantidos de outras formas e lei elenca várias ressalvas de penhorabilidade, pois ela tem uma *ratio legis* ainda debordando para o campo civil-comercial, com proteção contratual da entidade familiar, dentro ainda da trilogia do *Code* (família, contrato e propriedade).

Outra lei que trata da moradia mas dentro da teleologia de matriz mais econômico que social é a Lei 9.514/97, da alienação fiduciária de imóveis. Visando favorecer a oferta, o

²⁶⁷ Por exemplo, o Convênio Europeu de Direito Humanos não contempla o direito à moradia, nem, em geral, direitos sociais. Todavia, conforme pesquisa desenvolvida por Pisarello, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem promovido a proteção do direito à moradia pelo critério da conexão com outros direitos civis clássicos. (Cf. Pisarello, 2009).

financiamento e circulação dos bens, essa lei refere-se a moradia apenas numa passagem, não menciona a família como titular de direitos sobre o imóvel, o mesmo acontecendo com a Lei nº 10.931/2004, do crédito e incorporações imobiliárias, tendo inclusive alterado o Código Civil.²⁶⁸ A tributação, crédito e a propriedade imóvel como mercadoria, são os focos desses dois diplomas legais. As leis 10.188/2001 e 10.859/2004 (de arrendamento de imóveis residenciais) tratam o imóvel residencial também no foco da facilitação do comércio jurídico via mercado imobiliário predominando sobre a fruição dela como direito social titularizado pela entidade familiar. Mas a lei visa o acesso ao imóvel residencial pela via do mercado.

A transitividade do fato da moradia entre os direitos mais patrimoniais e os existenciais radica-se na filiação fundamental do Estado brasileiro no sistema da livre iniciativa, dos valores do mercado, o capitalismo, enfim. A dimensão da proteção social será objeto de um agir estatal sempre híbrido com os valores e interesses do mercado, mesmo que a eles se vincule dentro de uma gradação mais ou menos variável. Esse hibridismo é muito acentuado no caso da moradia, da realização dos direitos habitacionais, com os grandes investimentos de agentes econômicos e financeiros nas construções em larga escala de habitações, as quais envolvem necessariamente as instituições da propriedade e agentes de crédito.

Mas as leis nº 11.124/2005, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e a de nº 11.977/2009, que instituiu o Programa “Minha Casa, Minha Vida” labutam o conceito de moradia, família e interessadamente dão relevo ao papel da mulher como titular do bem imóvel destinado à moradia como a que melhor garante a destinação e finalidade buscada pela lei: a permanência da entidade familiar em lugar certo e seguro de moradia. É o reforço na dimensão existencial da propriedade imobiliária residencial, sua qualificação em moradia, direito social.

Essas leis mais calcadas na moradia como direito social e destinadas a prover as pessoas sem recursos e meios para adquiri-las, inclusive utilizam com mais generosidade dos termos “família” (42 vezes na lei 11.977/2009 e 5 vezes na 11.124/2005), “moradia” (14 vezes na 11.977/2009 e 9 vezes na 11.124/2005) e “mulher” (5 vezes na lei 11.977/2009 e 2 vezes na 11.124/2005). Mas o fazem numa linha de coerência com o restante da legislação, civil, penal, que não sendo de “direitos sociais” têm um eixo semântico e pragmático

²⁶⁸ Wambier,(2005) trata do conflito contratual dos devedores do crédito imobiliário e o direito fundamental à moradia: o respeito aos termos dos contratos de financiamento com o adimplemento gera condições de crédito mais favorável para os que demandam moradia por meio do financiamento imobiliário.

favorecedor de uma interpretação adequada do direito à moradia, com as mesmas notas características.

Aqui se tem uma produção legislativa mais afinada à moradia como direito social e que na caracterização dos agentes e beneficiários (novos) titulares, bem como no bem jurídico a ser prestado, presentes estão as inovações jurídicas que são o titular entidade familiar e dentro desta a mulher (que em situações jurídicas mais ortodoxas poderia resultar numa inconstitucionalidade material do dispositivo legal, pela quebra da igualdade entre os sexos) como polo estabilizador, a maior proteção dos direitos existenciais antes que os patrimoniais dos agentes econômicos e financeiros envolvidos.

O direito social à moradia funda-se no fato da necessidade de o ser humano individual e em família ter um lugar para “permanecer”, em segurança e partir daí poder fruir os bens da vida em sociedade. É um direito “de igualdade” e social e como tal, necessária a referência a um terceiro externo, a lei e o Estado que o regulamentem: não pode ficar no âmbito do contrato puro e simples entre indivíduos. Nesse diapasão, o tema da moradia entrou no texto constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional nº 26/2000, passando a integrar o rol dos direitos sociais no art. 6º da Constituição²⁶⁹ de 1988.

Nessa topologia constitucional, listam-se (alguns) direitos prestacionais da população visando suprir necessidades básicas existenciais com intervenção e protagonismo do Estado, com níveis variados apenas quanto às urgências e contingências de vulnerabilidade, maior, por exemplo, nas situações de calamidades e emergências. São enunciações que pressupõem uma fragilidade do indivíduo e do seu grupo de proximidade existencial em enfrentar as vicissitudes temporárias e episódicas da vida ou as carências crônicas que os tornam vulneráveis. A Constituição não distinguiu entre elas na enumeração do artigo 6º.

Na lição de Streck (2014, 2012 et passim) considerando a vigência de uma ordem jurídica encimada pela Constituição, esta deve fornecer os parâmetros necessários para a interpretação das leis e produção das normas para os casos concretos, daí que na mesma Constituição estão outros ícones normativos necessários ao deslinde semântico desse direito social: no artigo 1º, dos fundamentos do Estado a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III); no artigo 3º dos objetivos fundamentais da República, uma sociedade livre, justa e solidária, tendo o desenvolvimento (inciso I), a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades (inciso III) e a não discriminação (inciso IV)

²⁶⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

como eixos dessa construção que se pretende a partir da Carta constitucional. Não estão os “direitos” assim destituídos de parâmetros para sua interpretação e que são veiculados na própria Constituição, textualmente, lembra Streck.

O direito de moradia, social e vinculado ao plano da igualdade jurídico-política, se vê tangencial e assintoticamente aperfeiçoado em seu conteúdo e contornos descritivos se acrescentados a proteção à pequena propriedade familiar, tornada impenhorável pelo artigo 5º, inciso XXVI, gravada pela “função social” no inciso XXIII do mesmo artigo 5º. O artigo 47 protege a moradia do devedor junto com os seus instrumentos de trabalho e produção e na dicção do artigo 183, caput, a moradia tem proeminência sobre a propriedade imobiliária urbana, no caso da usucapião especial trazida pela Constituição.

Ora é preciso lembrar, com Konrad Hesse, que o texto constitucional traz uma necessária vinculação constitucional – algo que Jon Elster chama de pré-compromisso constitucional. Ou seja, no texto escrito da Constituição, nascem fixações que aumentam o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade constitucional que se perdem quando a Constituição escrita não é mais considerada taxativamente vinculativa. (STRECK, 2012, p. 52)

Assim sendo, pugnado por uma crescente vinculação e irradiação da Constituição sobre o ordenamento interno, a hermenêutica constitucional no que diz respeito à moradia resulta decididamente protetiva e prestacional, garantido esse direito em face da tradicional (mas não contra) os direitos de propriedade, da livre iniciativa e do capital. No plano externo, por exemplo, o direito de “asilo” que a República recepciona em face aos estrangeiros (artigo 4º) reforça o desenho jurídico e político protetivo de um lugar de permanência e tranquilidade, o abrigo, a moradia, dentre tantas outras menções da Constituição (artigos 7º, IV; 23, IX; 21, XX; 187, VIII; 191; 243; ADCT, art. 79).

No artigo 5º a definição do inciso XI da “casa” como asilo inviolável do indivíduo poderia ser a cereja do bolo hermenêutico para festejar o lugar de destaque desse direito que transita dos sociais aos econômicos e garantia fundamental da pessoa humana, o de moradia.

A tese de Lênio L. Streck, então, em sede de hermenêutica constitucional é a de que a Constituição fornece os elementos de significação capazes de, em face do caso concreto, desvelar o sentido adequado do direito. Este não pode ser reprodução do senso comum teórico que renuncia a pensar, nem ato de decisão arbitrário (discrionariedade decisória facultada aos julgadores) e tem balizadores idôneos que devem ser levados em consideração. Há desde um nível tópico de sintaxe e a semântica normativas um marco no qual a legislação ordinária traduziu a moradia e suas características jurídicas mais qualitativamente recorrentes e

adequadas. A Constituição vem fundamentalizar esse marco da proteção e promoção do direito à moradia.

4.3.2 Constitucionalização e ressemantização social e política do direito

Segundo Ricardo Aronne a enfiteuse supõe uma obrigacionalização e uma funcionalização da propriedade, como um ancestral histórico da “função social da propriedade” tal qual se acha em contínuo desenvolvimento atualmente:

A análise histórica dos regimes de enfiteuse e superfície revela o cunho eminentemente funcionalizante da propriedade pública ou privada, desde a *ratio* de sua criação, em diferentes períodos históricos, atendendo a distintas necessidades sociais. [...] há íntima ligação entre a funcionalização de um instituto de direito real e sua obrigacionalização – pois a inserção de obrigações na titularidade é instrumento de função social e, conseqüentemente da dignidade da pessoa humana. (ARONNE, 2001, p. 209)

A obrigacionalização e funcionalização operam profundamente a ressematização do direito privado em face das responsabilidades jurídicas e políticas que a Constituição distribui sobre todo o ordenamento. Ainda que faticamente ineficaz, para os mais críticos, no jogo das relações jurídicas, sempre vai poder ser utilizado no argumento dessa qualidade normativa e constitucional.

A constitucionalização produz uma re-semantização de institutos tradicionais, ocorre uma “materialização” do direito, quando surge um conjunto de novas categorias jurídico-constitucionais. Essas novas categorias vão impactando o direito a “locação de serviços” cede rapidamente ao “trabalho” em termos de semântica e pragmática jurídicas, “propriedade” imobiliária urbana e a “residência” ou “domicílio” se expandem quando a “moradia” surge no rol dos direitos sociais, artigo 6º da Constituição brasileira.

Com a constitucionalização de direitos e passando o Estado a se obrigar perante todos, desaparece a distinção entre direitos civis e políticos e direitos sociais (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 24). O Estado assume o complexo de obrigações positivas e negativas a eles referentes, superada está a velha tese decimonônica e liberal-conservadora queria afirmar que a uns direitos bastava a ‘não interferência’ estatal, eram direitos “sem custos” ao passo que outros direitos de caráter prestacional, implicavam custos para o Estado²⁷⁰. O trabalho de

²⁷⁰ Tal argumento se repete ingenuamente desde Hayek e M. Bossuyt, ente outros teóricos dos Direitos Humanos, constitucional, administrativo e teoria do direito. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 21). Tal distinção se reforçou em face das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os Pactos de 1966

Oliver Holmes e Cass Sustein²⁷¹ foi basilar para a negação das teses conservadoras de que haviam direitos sem custos.

A constitucionalização opera uma modalização nos direitos, como o de propriedade que não é mais absoluto é o exemplo mais cabal pero cariz social que adquiriu, (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 26) e a quantidade de recursos do Estado que o direito à propriedade mobiliza para sua conservação e exercício, funções e aparato policial e de segurança, defesa e justiça, civil e penal, diversos serviços públicos que se organizam para garanti-lo como serviços municipais, estaduais e federais, serviços e cadastro e registrares diversos. A ideologia subjacente é que “naturaliza” os custos do Estado com esses direitos pela coincidência histórica de seu fortalecimento com o do Estado liberal (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 24), ao passo que debilita os direitos sociais²⁷².

A constitucionalização “fragilizadora” do *status* jurídico de alguns institutos guarda proximidade com o constitucionalismo social tímido ou tecnicamente hesitante. Mas poderá de outro modo fortalecer outros, ainda que em desalinho com o conjunto do ordenamento jurídico com o qual não operou uma ruptura. É o caso das enfiteuses urbanas, públicas ou privadas, que de fato, está relacionada à moradia familiar sob a garantia da estabilidade e permanência. A característica de perpetuidade da propriedade enfiteuticista lhe dá *Status* jurídico de “manutenção” ao passo que a propriedade, de caráter franco e desvinculado, posto sob a titularidade exclusiva e individual, se reporta ao *status* diverso, do bem jurídico de “circulação” conforme François Ost²⁷³. As mutações no exercício dos direitos de propriedade situam-se nessa dupla possibilidade fática de estática e dinâmica.

Colocada a questão da enfiteuse e da propriedade numa abordagem com base em direitos humanos (*rights based approach*, na terminologia própria da área), importa registrar as contribuições em base de direito à moradia de Gerardo Pisarello²⁷⁴. A constitucionalização de direitos humanos e sociais é um fato no Brasil, e nos Pactos internacionais de direitos

(PIDCP e PIDESC) que por razões geopolíticas e não jurídicas, distinguiram 2 grupos de direitos da DUDH de 1948.

²⁷¹ Em especial menção aos custos que os direitos de propriedade impõem ao Estado com as tarefas de segurança e manutenção de outros direitos civis e políticos como as eleições. (HOLMES; SUSTEIN, 2011).

²⁷² En el plano estrictamente jurídico hay que señalar, por último, que en el constitucionalismo social clásico operó una juridificación débil de los derechos sociales. Es decir, los incluyó en los textos constitucionales despojados de todos o algunos de los mecanismos de protección jurisdiccional con los que cuenta los derechos civiles y políticos. Este garantismo débil de los derechos sociales ha aflorado a lo largo de las diferentes crisis como una fisura en las estrategias de defensa y protección social de este tipo de derechos. (DE LA VEGA, 2012, p. 40).

²⁷³ Para o autor, a passagem do modelo de propriedades simultâneas do período medieval, para a propriedade exclusiva moderna, se trocou o valor da propriedade “manutenção”, ecológica, para a de “circulação”, econômica (OST, 2003, p. 47).

²⁷⁴ “lo cierto es que la constitucionalización representa um punto de partida positivo para hacer visible, para delimitar el ‘núcleo de certeza’ que integra el contenido del derecho” (PISARELLO, 2003, p. 45).

humanos, um núcleo central de direitos é garantido, dentre outras formas, pela normatização dos mesmos no texto constitucional.

Uma curiosa situação normativa se impõe: um direito fundamental social que materialmente se relaciona a um direito também fundamental, o de propriedade, quando entre os dois os fatos sociais registram uma relação potencialmente conflitiva ou antinômica. A moradia como uma modalidade jurídico-constitucional de acesso e proteção, “semantizada” como direito em face da necessidade, sintaticamente vinculada ao direito social fundamental social mais vetusto, o do trabalho (artigos 6º, 7º inciso IV) passa a ter uma proteção que limita o direito de propriedade. Moradia e propriedade são conteúdo e forma, inovação e continuidade, duas faces de um direito substantivamente integrado mas formalmente cindidos. A questão semântico-pragmática passa a se impor na hermenêutica adequada ou “conforme à Constituição”, o que não deixa de ser um terreno ideologicamente arriscado: proteger e promover qual e em que ordem de prioridade, a social ou econômica.

Gerardo Pisarello faz notar que a imprecisão semântica dos novos direitos sociais, alegados como um alibi para desconsiderá-los quanto à sua exigibilidade judicial e administrativa não se sustenta se comparados como “honra”, “vida”, “liberdade de expressão” cuja inteligibilidade é ainda mais acentuada. Ou seja, a constitucionalização, como resultado de um jogo de forças políticas plurais, ao “fechar” numa categoria jurídica um conjunto de direitos não a retira do jogo democrático de disputa entre as diferentes forças políticas (PISARELLO, 2003, p. 162). Nessa disputa, entretanto, não se poderá mais “abrir” de modo excessivo o significado de modo a relativizá-lo e torna-lo inútil.

Nas condições normais em que tal instituto está em vigência silenciosa e pacífica, tendendo ao desuso, nada de preocupante surge no cenário jurídico que se afigure lesão de direito. Mas as crises são ocasião de retrocesso de direito e implementação autoritária de uma ordem legal, via Judiciário, nas ambiguidades das normas constitucionais “negociadas”. Entã advertência de Marcos Aparício Wilhelmi²⁷⁵ é quanto as situações de anomalia social, econômica, política etc que vulnera o direito, especialmente os direitos sociais ou aqueles a eles conexos.

A nova dogmática em bases de direitos sociais e fundamentais encontra suporte vigoroso nos trabalhos de Victor Abramovich, Christian Courtis²⁷⁶. Para esses autores, os

²⁷⁵ “El peligro es claro: la inminente posibilidad de que, además, ese retroceso em los derechos sociales acabe – como ha ocurrido historicamente – en la depauperación de nuestras sociedades y, correlativamente, en la imposición de un nuevo orden legal” (WILHELMI et al. 2012, p. 9).

²⁷⁶ Os direitos sociais e econômicos não se distinguem dos civis e políticos quanto à exigibilidade jurídica e judicial (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004).

direitos humanos e sociais têm uma exigibilidade judicial assentadas na identificação das obrigações mínimas dos estados e na vedação do retrocesso em matéria de direitos sociais. Isso decorre da exigência de “progressividade” e de “gradualidade” nas políticas sociais pelos estados do PIDESC, artigo 2.1. Disso decorre a vedação do retrocesso: se o progresso na efetivação de direitos deve/pode se dar gradualmente, não cabe retroceder nos direitos cujo exercício ou instituição já estão em curso.

A constitucionalização é um processo de normatização que pressupõe um contexto “otimista” para a realização dos direitos, uma situação “ótima” de baixa demanda ou conflito. em torno das prestações sociais. Quando esse ambiente-contexto desaparece, a “vigência sociológica” dos direitos sociais dependerá da sua vinculação ao trabalho e à necessidade, e esta tem que ser provada. Quando em condições políticas e econômicas desfavoráveis, as proteções jurídicas definidas em categorias essenciais (trabalho, moradia, liberdade...) têm uma prestação difícil, ainda que seja temporária sua fruição. A juridificação dos direitos não resulta em automática justiciabilidade, havendo uma insitucionalidade de permeio²⁷⁷.

A vertente judicial da constitucionalização de direitos é por outro lado muito deficiente, por vários motivos.

Primeiro, porque os novos direitos constitucionalizados se inserem numa continuidade e complexo constitucional em que a separação de poderes permanece um marco intransponível. O legislador constituinte não pode invadir o espaço sacral do primeiro constitucionalismo, podendo quando muito acrescê-lo, como o caso da constituição boliviana e seu reconhecimento da justiça comunitária tradicional indígena.

Segundo, que a luta e acertos políticos do processo de constitucionalização em nível legislativo em vista da produção de um texto constitucional esconde (ou tenta, ao menos) esconder os contendores que na esfera judicial aparecem plenamente em contraposição, desafiando uma decisão jurídica que a própria constituição não tinha como antecipar abstratamente. A (contra) posição dos atores jurídico políticos é bem distinta num e noutro processo, legislativo e judicial. O processo de constitucionalização, portanto, não se conclui com as promulgações, começa decerto ali em termos jus-positivos²⁷⁸.

Terceiro, que por mais violenta que tenha sido uma ruptura institucional e decorrente disso a promulgação de uma nova carta de direitos, certos *standards* de direitos ou o “senso

²⁷⁷ Y es que, como es sabido, al margen de otras consideraciones doctrinales, los derechos sociales en Europa surgen como juridificación (en su caso, constitucionalización) de la garantía de las condiciones de reproducción de la clase trabajadora y, por tanto, con un contenido esencial aunque coyunturalmente prestacional. (DE LA VEGA, 2012, p. 37)

²⁷⁸ Na história do Direito no Ocidente, tomando a lição de Berman, houve 7 revoluções “totais”, mas Santos (2009, p. 184) assegura que apenas uma, a Russa, é que rompe com o direito anterior, não articulada com ele.

comum teórico” dos juristas de que fala Warat não considerarão em absoluto essa nova carta como um “marco zero absoluto”. As inovações no plano jurídico se dão em face a situações novas, factuais e concretizadas eleitas como revestidas de interesse jurídico e político, não podem surgir de um texto e suas determinações prévias de ordem normativo-legislativa (STAMFORD SILVA, 2010). Na ordem ou nível normativo-judicial, não deixará de depender de certa imponderabilidade. Nas crises constitucionais essa fragilidade se revela, como registra Antonio de Cabo de La Vega²⁷⁹, em especial em relação aos novos direitos.

²⁷⁹ (DE LA VEGA, 2012)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mutações e transitividades da enfiteuse se manifestam de diversas maneiras. A modulação da propriedade para que comporte múltiplas camadas de domínio sobre a mesma coisa, já presente em outros direitos reais sobre coisa alheia, se extrema na enfiteuse e se atualiza no moderno condomínio. A lógica ou parâmetro enfitêutico, seja qual for o nome, indica que a gradação entre o não possuir e o possuir absoluto é mais factual do que aqueles dois extremos. A forma verbal grega, *en phyteuseos*, (“plantar em”) etimologicamente centra o instituto numa ação humana, um ato que depois vai se estabilizando em “direito real”. Já aí uma mudança e transitividade que vão abrir uma série histórica de atualizações, adaptações e sobrevida do instituto.

A enfiteuse, aqui entendida não uma categoria jurídica normativa fechada, típica, mas uma lógica aberta do possuir é daquelas “estruturas de repetição” (KOSELLECK, 2014) que é também meio “operação” (LUHMANN, 2003, p. 22) que produz e reproduz o sistema do direito em relação à propriedade. A pergunta sobre “como é possível possuir?” só tem sentido dentro da sociedade que circularmente sofre negativamente a exclusão e positivamente ratifica esse direito. A enfiteuse tecnicamente foi uma resposta adequada que graduou esses extremos da exclusão e da inclusão, deixando a pergunta seguinte: o que falhou, ou melhor, o que mudou que a veio tornar inadequada?

Certamente não uma falha na maquinaria jurídica do instituto, sua conexão com o uso econômica da propriedade, mas considerando o caudal de contestação das desamortizações fundiárias, o centro da reação foi político. O questionamento e ostracismo interno dos titulares saídos da cena, violentamente ou não, as classes vinculadas à conquista e conservação das fronteiras externas (território, no sentido político). A tensão entre território e propriedade, domínio superior e domínio inferior tem uma ilustrativa analogia, por exemplo, na reação aos direitos territoriais dos indígenas em face da “propriedade” exclusiva, a construção liberal-burguesa²⁸⁰.

As “fronteiras internas”, melhor representadas na propriedade liberal-burguesa, coincidiram historicamente com a afirmação da nova soberania exclusiva, a do Estado moderno. Este não comporta a concorrência com soberanias menores dos “corpos intermédios”: Igreja, comunas e senhorios territoriais e jurisdicionais semi-públicos e semi-

²⁸⁰Aldo Mascareño vai dizer da peculiaridade da teoria de Luhmann na América Latina, que a diferenciação funcional existe aqui mas não é policêntrica, mas concêntrica: o sistema da política se afirma sobre o do direito (MASCAREÑO, 2010). E o é pela assimetria dos titulares (proprietário > indígenas) que faz a propriedade ser mais importante, por consequência, que território.

privados. A crítica histórica à enfiteuse e sua crise é, portanto, substancialmente, política, da inadequação desta ao novo jogo de forças. A enfiteuse é jurídica complexa (e perplexa²⁸¹) entre um titular eminente e uma pluralidade de foreiros, rompe a bilateralidade mais estrita, o *sinagma* de formato contratual.

A relação jurídico-econômica de massa e coletiva atualmente aceita é a do Estado ou dos grandes agentes econômicos, os novos feudos corporativos (SINGER, 2009) com os indivíduos, cidadãos ou consumidores. O mais é a interação estritamente privada ou difusamente pública entre indivíduos. A propriedade em geral e dentro dela a enfiteuse de modo especial revelam um padrão de relação jurídica complexa de um titular perante um coletivo de outros muitos titulares. Especialmente as enfiteuses eclesiásticas no Brasil desafiam na contramão um processo de secularização das mentalidades (MAIA, 2012; MARX, 1991; FRIDMAN, 1999).

A atuação em casos concretos judicializados, incidindo sobre uma contingência jurídica que é a busca da solução jurídica para casos particulares, consegue (afora as Súmulas do STF, sobre o assunto) confirmar o padrão geral de desuso e inadequação do instituto. Sua extinção em contextos históricos diversos como a onda de desamortizações fundiárias liberais dos séculos XVIII e XIX mais ocorreu por força da política do que do direito. Este sobreviveu como formas jurídicas marginais e subterrâneas, através de mecanismos extralegais (STAMFORD, 2015, p. 2) e que são também, direito. Assim, se numa escala macro das desamortizações fundiárias e desabilitações dos titulares da enfiteuse pelas legislações e políticas modernas, na escala micro, a continuidade extralegal das pactuações continuaram a existir.

Os registros de continuidade da enfiteuse mesmo após sua extinção (no *Code* de Napoleão, artigo 530, por simples silêncio do seu *nomen juris* e característica da perpetuidade), irrompeu na França no caso *Caquelard v. Lemoine*, de 1834. A Corte de Cassação francesa recepcionou o costume jurídico flexibilizou o rol taxativo dos direitos reais, no qual não estava incluída a enfiteuse, para criar uma solução justa que o absolutismo proprietário estrito não permita. Contemporaneamente, a Corte de Justiça de Nova Iorque no caso *Bogardus v. Trinity Church* decidia em favor do ente eclesiástico a posse de terras em Manhattan com base em leis anti-feudais do *Act concerning Tenures*, de 1787 e anti-coloniais (DI ROBILANT, 2014). Nos dois casos, a força da contingência opõe às generalizações fáceis

²⁸¹ Outras como o regime matrimonial “dotal” do direito civil desapareceu no Código de 2002 sem maiores repercussões. A enfiteuse por envolver algo mais sólido, o patrimônio imobiliário, continua a estender seus efeitos pela perpetuidade que não mais é traço constitutivo do matrimônio, por exemplo, “infinito enquanto dure” no dizer do vate, Vinnicius de Moraes.

a necessidade da crítica circular, recuperar reflexivamente para conhecer de modo dinâmico o “como” dos acontecimentos (STAMFORD, 2013). O Judiciário, mais que o Legislador abstrato, enfrenta funcionalmente as contingências sociais (irritações) ao estabelecido.

Mas quando a legislação em vários países, não só o Judiciário em casos contingentes, decide reintroduzir a enfiteuse, abre-se necessariamente uma ruptura no discurso até então hegemônico do seu arcaísmo (CLAVERO, 1986; DI ROBILANT, 2014). A França que a partir de 1902 até 2014 o faz espargindo a figura enfiteutica nos seus vários códigos e a Holanda, que a reintroduziu nacionalmente²⁸² em 1992, no seu Código Civil. Os Estados Unidos, no *Uniform Residential Landlord and Tenant Act*, de 1972 propiciou o acesso à moradia e solo urbano (GLENDON, 1982) por modalidades laterais de enfiteuse, os *long leasehold* numa fase “social” de suas políticas de propriedade. A Inglaterra e Gales resistindo, mesmo após reformas do *Property Act* de 1925, em sair do modelo fundiário feudal-enfiteutico (SCHMID E HERTEL, 2005) e Escócia o fazendo parcialmente²⁸³

A inadequação da enfiteuse, entretanto, marginalmente se deu na dimensão econômica (de economia política, entretanto) quando a sua dimensão de incremento produtivo, a *emponemata*, retrocedeu na Idade Média. As *emponemata* garantia o círculo virtuoso do fornecimento de gêneros alimentícios, geração de riqueza e edificação urbana, mas cedeu à discussão central da “divisão dos domínios” legitimadora das sujeições pessoais hierárquicas do feudalismo. A sensibilidade liberal e a emancipação moderna contextualizadas numa economia mercantil dos burgos, da manufatura e comércio, na Europa, vai inquietar-se com o padrão fundiário duplamente contrastante dela no feudo: a fixação e estabilidade do servo na economia de subsistência e a propriedade vinculada e “fora de comércio” que lhe retirava a condição de garantia para os negócios.

A captura dessas *emponemata* por outras atividades mais dinâmicas que a terra, a produtividade noutras bases retirou a legitimação econômica da enfiteuse, que passou a ser instrumento odioso e vicioso de rentabilizar classes improdutivas, segundo o discurso moderno e iluminista. A extinção da enfiteuse na Assembleia Francesa de 1791, exarada em termos abstratos e aparentemente cordatos do *Code* de 1804 se deu mais por essa dimensão da produtividade (virtuosa) ter-se transformado em renda (viciosa). Mas no final, volta a questão política da desabilitação de classes dirigentes e sua *Weltanschauung* não de uma forma proprietária, precisamente.

²⁸² A cidade de Amsterdam, mesmo sem previsão da leis gerais holandesas, desde 1896 resolveu adotá-la para controle e racionalização do solo da cidade (VENN, 2005, p. 3).

²⁸³ Cf. item 3.7, das ressalvas do *Abolition Tenure Act* de 2000, da *Scottish Law Comission* para as servidões edilícias que foram recepcionadas pelas normas públicas.

A enfiteuse reedita a propriedade comum, familiar e ecológica não somente econômica (OST, 2003) novas *emponemata* que não apenas a produtivista. Daí que na visão de formento e reforma agrária, que absorve a dupla dimensão do trabalho e moradia por um sujeito jurídico impróprio, a família, a enfiteuse seria adequada (GIRARDI, CRESPO, FILLIPI, 2012). Evitar-se-ia o modelo conflitivo e oneroso da mudança de titularidade da terra, a reprodução do absolutismo proprietário do adquirente da gleba e funcionalizando a terra, urbana e rural dando um encargo obrigacional para função social da propriedade (ARONNE, 2001) o dever de melhorar, incrementar e tornar sustentável o solo de moradia e trabalho.

O horizonte de sentido posto pela legislação brasileira, em sentido amplo, hermenêutico, e mais próximo, em sentido literal-exegético devem ser considerado para a racionalização das práticas proprietárias. A moradia é o valor substantivo que perpassa de sentido o ordenamento, desde os conceitos de residência, domicílio, morada habitual, ocupação efetiva, abrigo inviolável, dentre outros, devendo por aí ser buscada uma resposta adequada ao conflito enfitêutico: que parâmetros jurídicos protetivos devem ser considerados na transformação da propriedade vinculada em alodial, da propriedade-segurança em propriedade-mercadoria? O lugar da família, da mulher titular, da outorga uxória definem um padrão de vinculação básico da propriedade imobiliária.

Na apreensão crítica e circular da enfiteuse no Brasil envolve as práticas sociais em torno da propriedade, sua extralegalidade decorrente do caos regulatório (VARELA, 2005; SILVA, 1996; STAUT JR. 2012; HOLSTON, 1993) desde a colônia, a ocupação e apossamento que predominaram na maior parte da história da propriedade, no Brasil. Também o lugar jurídico da Igreja como agente regulador do solo urbano, mas presa à inação dos seus titulares “mãos morta”, os clérigos impedidos de atos negociais. Some-se a isso a transformação da terra em mercadoria, alterou o estatuto de “patrimônio” enquanto memória social, monumento histórico das cidades e suas narrativas de fundação²⁸⁴, perspectiva diversa das abordagens secularizantes (TEIXEIRA, 2002).

A intervenção normativa constitucional numa questão até então silenciosa e cotidiana como os acertos patrimoniais à luz do pacto enfitêutico traz a possibilidade de insegurança jurídica²⁸⁵ e retrocesso em direitos fundamentais e sociais. Ela põe na berlinda das discussões uma das formas de exercício dos direitos reais, a enfiteuse, que incorpora a função social como um de seus elementos essenciais, embora traga uma dimensão de “emancipação” para a

²⁸⁴ São comuns nas narrativas “memoriais” da história local da origem de várias cidades, a concepção “afetiva” da terra (FREITAS, 2003; SOARES, 2003; RIBEIRO, 2013; BESSA, 1998; PORDEUS, 1986; ARAÚJO, 1986;

²⁸⁵ A esse respeito diz Rolnik (1997, p. 22) que a Lei de Terras de 1850 pôs em conflito os ocupantes reais e proprietários legais da terra, ao definir um padrão unicamente legal de propriedade.

propriedade imobiliária, no sentido da titularidade formal, da segurança registral dos imóveis na perspectiva de fruição individual e exclusiva dos direitos de propriedade.

O retrocesso em direitos fundamentais com a progressiva extinção da enfiteuse não ocorre, em vista seja do caráter gradual desse processo, seja pela facultatividade dessa extinção pelos enfiteutas e pela absorção do conteúdo jurídico da enfiteuse por outros institutos do rol do artigo 1.225 do Código Civil, em especial a concessão especial de uso para fins de moradia. Um efeito sistêmico da supressão da enfiteuse do rol dos direitos reais é a manutenção de um abandono teórico e doutrinário acerca dos demais itens desse rol, desprestigiados em face da primazia da propriedade. Outro efeito, de ordem prática, é a perpetuação da fragilidade formal e documental crônica acerca da propriedade, mormente a “popular”, carente das outras proteções políticas na falta da proteção jurídica.

Na presente tese se abordou a complexidade jurídica da enfiteuse que não se resolve por sua simples extinção. Cabe orientar-se juridicamente pela observância dos direitos sociais fundamentais da moradia e acesso à propriedade, a segurança e estabilidade do grupo familiar, mormente os mais vulneráveis jurídica e economicamente. A mera extinção a favorecer a adjudicação privatista poderá consolidar uma grave injustiça social na atribuição de novas titularidades aos imóveis, ofensa aos direitos sociais da moradia e acesso à propriedade.

Simone Weil cuida de ser a propriedade não um aspecto externo da vida mas integrada às necessidades da alma, a apropriação um sentimento, não só uma propriedade de forma jurídica (WEIL, 2001, p. 36-37). Para ela o verdadeiro critério legitimador da propriedade é o social, o atendimento das necessidades sem que isso venha a ser justificativa para transferi-la para o Estado, mas fazer dela “uma propriedade verdadeira” (WEIL, 2001, p. 38). O “social”, segundo Arendt (2007), é dimensão nova, fortalece com o enfraquecimento das dimensões públicas e privadas, *Polis* e *Oikia* no período pré-moderno. O social das “necessidades” das grandes massas e as “liberdades” individuais, dinamizadas circularmente na questão enfiteuticabrem a questão enfiteuticabre e do “como possuir” as coisas, não necessariamente o nome que têm as coisas.

REFERÊNCIAS

ABÁSULO, Ezequiel. **Bastante más que “degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud”**. Fragmentos sudamericanos de la pervivência de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de la Historia del Derecho, 2015, 208p

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Prólogo de Luigi Ferrajoli. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? chegando a tese do realismo jurídico. In: FEITOSA, Enoque; MAIA, F. Joaquim; FREITAS, Lorena; BARBOSA, Andréa (Orgs). **O direito como atividade judicial**. Recife: Ed. Dos Organizadores, 2009.

AKKERMANS, Bram. **The principle of *numerus clausus* in european property law**. Tese Doutoral. Universidade de Maastricht. 2008.

AKKERMANS, Bram; ERP, Sjef van (Ed.). **Cases, Materials and Text on Property Law**. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2012.

ALVAREZ, Alejandro Montiel. A dessacralização da lei em Atenas: a passagem do *thesmós* ao *nómos* ocorrida entre os séculos VI e IV a.C. In: **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. 6(1): 86-93 janeiro-junho 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.08/4136>. Acesso em: 20 jan. 2016.

AMBROSIO, Julio Cesar Gabrich. O território da enfiteuse e a cidade de Petrópolis – RJ, Brasil. In: **Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales**. Universidad de Barcelona. ISSN: 1138-9788.Vol. XVI, núm. 418 (39), 1 de noviembre de 2012. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-418/sn-418-39.htm>. Acesso em 04 jul. 2013.

AMORIM, Edgar Carlos. **A enfiteuse à luz do novo Código Civil**. 2 ed. Rio; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2002.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Ideias políticas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

ARAÚJO, Côn. Pedro de Alcântara. **Capital e santuário**. Miragens russano-nordestinas. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1986.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Propriedade e domínio** – reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BALL, Jane. Between property and renting Hybrid long leases as a project to create shared ownership for Catalonia. **LandAS - International Journal of Land Law & Agricultural Science**. n 5 jan-jul, 2011, p. 27-48.

BANCO MUNDIAL. **Legal and judicial reform**. Tools and Practices 14. P. 211-

BANDEIRA, Luiz Alberto Muniz. **O feudo: a Casa da Torre de Garcia d'Avila** - da conquista dos sertões à independência do Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

BARROSO, Francisco de Andrade. **Igrejas do Ceará**: crônicas histórico-descritivas. Fortaleza: (sem editora), 1997.

BASTOS, Ronaldo. **O conceito do direito em Marx**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012.

BECERRA, Lidia Casas. Mi cuerpo no es realmente mío. In: ALVIAR GARCIA, Helena (et al). **Derecho y propiedad**. Seminário em Latinoamérica e Teoría Constitucional y Política – SELA 2008. Buenos Aires: Libreria, 2008.

BENSCHOP, Marlollein (Ed.). **Housing and property rights in Bosnia and Herzegovina, Croatia and Serbia and Montenegro**. Security of tenure in post-conflict societies. Nairobi: UNHABITAT, 2005.

BERARDINO, Angelo Di (Org.). **Dicionário patrístico de antiguidades cristãs**. Petrópolis: Vozes, 2012.

BERMAN, Harold. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

_____. **La formación de la tradición jurídica de Occidente.** Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. **Law and revolution.** The formation of Western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BESSA, Dom Pompeu Bezerra. **A antiga freguesia do limoeiro.** Notas para sua história. Fortaleza, 1998.

BLASCO, Juan Brines. **El proceso de amortizacion eclesiástica en el pais valenciano.** Disponível em: http://www.uv.es/dep235/PUBLICACIONES_I/PDF171.pdf. Acesso em 14 jun. 2013.

BLÁZQUEZ, Gillermo Suárez. Concessions administrativas de fomento: enfiteusis. In: **Revista de Estudios Históricos.** n. 34, jan, 2012.

BOBBIO, Norberto, **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio De Janeiro: Elsevier/Campus, 1992.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la Republica.** Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

BOOTH, Ken. **Theory of world security.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CULLETON, Alfredo Santiago. Do pluralismo cultural na Idade Média aos desafios do Direito na contemporaneidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 7(1):28-37, janeiro-abril 2015. São Leopoldo: UNISINOS, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Brasília, s/d. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao6/subcomissao6b. Acesso em 02 out. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. Audiência Pública. **Comissão Especial – PEC 603-A/98. Terrenos de Marinha.** 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/esp/pec60398nt050406.pdf>. Acesso em 14 jul. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.834**, de 2013, Proíbe a cobrança de laudêmio nas transmissões do bem aforado e regula o resgate da enfiteuse pelo foreiro. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=77F199779FEF2B95F43895C1ACE409B4.node1?codteor=1214900&filename=Avulso+-PL+6834/2013. Acesso em 15 dez. 2015.

_____. **Decreto 592**, de 6 de julho de 1992, Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 15 jul. 2015.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 15 jul. 2015.

_____. **Lei 1.237**, de 24 de setembro de 1864, Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de crédito real. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM1237.htm. Acesso em 15 jul. 2015.

_____. **Lei 9.393**, de 19 de dezembro de 1996, Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9393.htm. Acesso em 12 dez. 2015.

_____. **Lei 9.514**, de 20 de novembro de 1997, Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em 21 dez, 2015.

_____. **Lei 9.636**, 15 de maio de 1998, Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nos 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9636.htm. Acesso em 21 dez. 2015.

_____. **Lei 10.931**, de 02 de agosto de 2004. dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de crédito imobiliário, cédula de crédito imobiliário, cédula de crédito bancário, altera o decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. **LEI 11.076**, 30 de dezembro de 2004, Dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário – CDA, o Warrant Agropecuário – WA, o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio – CDCA, a Letra de Crédito do Agronegócio – LCA e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio – CRA, dá nova redação a dispositivos das Leis nos 9.973, de 29 de maio de 2000, que dispõe sobre o sistema de armazenagem dos produtos agropecuários, 8.427, de 27 de maio de 1992, que dispõe sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural, 8.929, de 22 de agosto de 1994, que institui a Cédula de Produto Rural – CPR, 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, e altera a Taxa de Fiscalização de que trata a Lei no 7.940, de 20 de dezembro de 1989, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11076.htm. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. **Lei 12.101**, de 27 de novembro de 2009, dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das leis n^{os} 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da medida provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112101.htm. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Ministério das Cidades. **Termo de Referencia do seminário regional prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos**. Brasília. Disponível em: http://www.concidades.pr.gov.br/arquivos/File/Seminario_Sul_Termo_de_Referencia.pdf. Acesso em 15 jul. 2015.

_____. Ministério da Justiça. **Pesquisa sobre soluções alternativas para conflitos fundiários urbanos - relatório 4** Governo Federal. Secretaria De Reforma Do Judiciário Programa Das Nações Unidas Para O Desenvolvimento (PNUD). São Paulo/Brasília, 2013.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 122**. O enfiteuta pode purgar a mora enquanto não decretado o comisso por sentença, 1963a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=122.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 14 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 169**. Depende de sentença a aplicação da pena de comisso, 1963b. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26888722/sumula-169-stf>. Acesso em 14 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 170**. É resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil, 1963c. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=170.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 14 fev. 2016.

BRIGHT, Susan (ed.). **Landlord and tenant law: past, presente and future**. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2006.

BRITTO, Carlos Ayres. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias na Constituição Brasileira de 1988. Breves notas. MOREIRA, Eduardo R.; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson C.; BETTINI, Lucia H. **Hermenêutica constitucional**. Homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

BRUGGER, Winfried. Da hostilidade passando pelo reconhecimento até a identificação – modelos de Estado e Igreja e sua relação com a liberdade religiosa. In: **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. n. 10 – Jan/mar. 2010, p. 13-30.]

BRUNNER, Otto. **Land and Lordship**. Structures of governance in medieval Austria. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1992.

BUCHANAN, James M; TULLOCH, Gordon. **Derechos de propiedad y democracia**. Madrid: Colegio de Economistas de Madrid, Celeste ediciones, 1995.

CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr Von; CHRISTOPH, Joachim E. **Göttinger Gutachten: Kirchenrechtliche Gutachten in den Jahren 1980-1990**. Erstattet vom Kirchenrechtlichen Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland. Tübingen: Möhr, 1994.

CAPOGRASSI, Luigi. **Agricoltura, diritto, proprietà**. In: **Opere**. V. 4. Milano, 1950.

CARDOSO, Adauto Lúcio. Irregularidade urbanística: questionando algumas hipóteses. **Cadernos MetrÓpole**. n. 10, 2º sem, 2003, p. 9-25. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/metropole/article/view/9197>. Acesso em 25 fev. 2016.

CARLOS, Ana Fani Alessandri. **O espaço urbano: novos escritos sobre a cidade**. São Paulo: Contexto, 2004.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CARVALHO, Carlos. **O patrimônio territorial da municipalidade do Rio de Janeiro e o direito emphyteutico**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1894.

CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem – Teatro de sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASCIO, S. Orlando. **Studi sull'enfiteusi**. Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo, vol. 14, 1951.

CASCUDO, Luis da Câmara. **Notas e documentos para a história de Mossoró**. 5 ed. Mossoró: Fundação Vingt-Um Rosado, 2010.

CASTEL, Robert, As Armadilhas da exclusão. In: **Desigualdade e a questão social**. São Paulo: Educ, 2011. p. 21-54.

CASTRO, Manuel Figueiredo de. A extinção da enfiteuse em benefício de muitos. **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 4, 14 jun. 1987.

CHESNAY, Francois. Um programa de ruptura com o neoliberalismo. p. 77-108. In: HELLER, Agnes; SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho indígena y cultura constitucional en América**. México, Siglo XXI, 1994.

_____. **El código y el fuero**. De la cuestión regional em la España contemporânea. Madrid: Siglo XXI, 1982.

_____. ¿que hay em um nombre? In: **Anuário de Historia del Derecho Español**. LVI, Madrid: 1986.

COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, informação e comunicação**. Diagrama da teoria do signo. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

COHEN, Morris R. Property and sovereignty. In **Cornell Law Review**. v. 13, Issue 1, dez. 1927. p. 8-30.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Andréa Virgínia Freire. **Lugares do passado ou espaços do presente?** Memória, identidade e valores na representação social do patrimônio edificado em Mossoró-RN. [Dissertação de Mestrado]. Centro de Artes e Comunicação. Programa e Pós Graduação em Desenvolvimento Urbano. Universidade Federal de Pernambuco, 2007.

COSTA, Fernando Dorez. **“Racionalidade econômica” e “irracionalidades” na gestão dos patrimônios monásticos.** In: XII Encontro da Associação Portuguesa de História Econômica e Social, 2002, Aveiro. Anais eletrônicos. Disponível em: <https://fcsunl.academia.edu/FernandoDoresCosta/Conference-Presentations>. Acesso em 15 out. 2015.

CRESPO, Noêmia Santos. Mal-estar na contemporaneidade. P. 128-142. ABDALLA, Maurício; BARROS, Maria Elizabeth de. (Orgs). **Mundo e sujeito:** aspectos subjetivos da globalização. São Paulo: Paulus, 2004.

DANNHORN, Wolfgang. **Römische Emphyteuse und deutsche Erbleihe:** ein Beitrag zur Entstehung der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht. Wien-Köln: Böhlau Verlag, 2003.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Função social na tutela possessória em conflitos fundiários. In: *REVISTA DIREITO GV*, SÃO PAULO 9(2) | P. 465-488 | JUL-DEZ 2013. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/05-rev18_465-488_-_marcus_eduardo_de_carvalho_dantas.pdf. Acesso em 12 nov. 2015.

DEGENEFFE, Margarita Fuenteseca. **De emphyteutico jure.** Madrid: Dickinson, 2003.

DE LA VEGA, A.C El fracaso del constitucionalismo social y la necesidad de un nuevo constitucionalismo. In: WILHELMI, M. A; DE LA VEGA A. DE C; DE DIEGO, M. C; DALMAU, R.M.; FERNÁNDEZ, A.N.; PASTOR, R.V. **Por una asamblea constituyente.** Una solución democrática a la crisis. Madrid: Ediciones Sequitur, 2012. p. 29-48.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciencias sociais.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DI ROBILANT, Anna. **Property and deliberation.** The *Numerus clausus* principle, new property forms and new property values. (2014) – Acesso em 7-2-2016.

DÍAZ HERNÁNDEZ, Carlos. Isolamento [verbete]. VILLA, Mariano Moreno (dir). **Dicionário de pensamento contemporâneo.** São Paulo: Paulus, 2000.

DIE TAGESZEITUNG. Berlim, 15 de maio de 2013. In Tirol Weht Nun Ein Anderer Wind <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:DE/Erbpacht/p2/WW/vid/465128226> - Acesso em 5-1-2016.

_____. Berlim, 20 de juho de 2013 – sobre uma cessão em enfiteuse de imóvel para o “Clube do Chocolate” e Mitte continuar suas atividades culturais. <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:DE/Erbpacht/WW/vid/466089914> - Acesso em 5-1-2016.

_____. Berlim. “Bauen Ohne Grund”. 8 de fevereiro de 2014. <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:DE/Erbpacht/WW/vid/4903063347> - Acesso em 5-1-2016

_____. Berlim. “Bauen Ohne Grund”. 8 de fevereiro de 2014. <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:DE/Erbpacht/WW/vid/4903063347>. Acesso em 5 jan. 2016.

_____. Berlim. 15 e outubro de 2009. Experimentieren Mit Dem Eigentum. Disponível em: <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:DE/Erbpacht/p3/WW/vid/68321640>. Acesso em 5 jan. 2016.

_____. Berlim. 15 e outubro de 2009. Experimentieren Mit Dem Eigentum. <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:DE/Erbpacht/p3/WW/vid/68321640> - Acesso em 5-1-2016.

_____. Berlim. 20 de julho de 2013 – sobre uma cessão em enfiteuse de imóvel para o “Clube do Chocolate” de Mitte continuar suas atividades culturais. <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:DE/Erbpacht/WW/vid/466089914>. Acesso em 5 jan. 2016.

_____. Berlim. In Tirol Weht Nun Ein Anderer Wind. 15 de maio de 2013. Disponível em: <http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:DE/Erbpacht/p2/WW/vid/465128226>. Acesso em 5 jan. 2016.

DIOS, Salustiano de; INFANTE, Javier; ROBLEDO, Ricardo; TORIJANO, Eugenia (Coords). **Historia de la propiedad**. Crédito Y Garantia. Madrid: Colégio de Registradores de Propiedad Y Mercantiles de España, 2007.

DIURNI, Amalia; HENRICH, Dieter. **Percorsi europei di diritto privato e comparato**. Milão: Giuffrè, 2006.

DONGHI, Tulio Halperin. **Guerra y finanzas en los orígenes del Estado Argentino (1791-1850)**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2005.

DUFF, David G. Canadian bijuralism and the concept of an acquisition of property in the Federal Income Tax Act. In: **McGill Law Journal**. v. 54, n. 423, 2009.

EL PAÍS. Un derecho medieval: Cataluña aún paga a sus señores feudales. Domingo, 7 de febrero de 2010.

Disponível em: http://elpais.com/diario/2010/02/07/domingo/1265518356_850215.html. Acesso em 5 jan. 2016.

ENDRES, José Lohr. **A Ordem de São Bento no Brasil quando província: 1582-1827**. Salvador: Tipografia Beneditina, 1980.

ERP, Sief van; SALOMONS, Artur; AKKERMANS, Bram. **The Future of European Property Law: Issue 1**. Hague: Walter de Gruyter, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Property Restitution in Central and Eastern Europe**. Bureau of European and Eurasian Affairs, Washington, DC, October 3, 2007. Disponível em: <http://2001-2009.state.gov/p/eur/rls/or/93062.htm>. Acesso em 15 out. 2015.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13. ed. 1. reimp. Sao Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERREIRA, Bernardo. Tempos modernos do direito medieval. Resenha. **Rev. bras. Ci. Soc.** vol.24, n.69, São Paulo Fev. 2009.

FINDLAY, Eleide Abril Gordon. As disputas de terras no Termo de São Francisco de Xavier de Joinville. **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH**, São Paulo, julho de 2011, 13p.

FISCHER, Tania. Poder local: um tema em análise. In: FISCHER, Tania (Org.) **Poder local: governo e cidadania**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1994.

FRANÇA. **Lei 366**, de 2014. Code de la construction et de l'habitation. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074096&dateTexte=20160128>. Acesso em 14 jul. 2015.

_____. **Code civil**. Article 2531, de 2006. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006450901&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160128>. Acesso em 14 jul. 2015.

FRANK, Susanne; WACHTER, Thomas (Orgs.). **Handbuch immobilienrecht in Europa**. Zivil und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien. Hamburg: C. F. Müller, 2015.

FREITAS FILHO, Manuel de. **A aldeia do Areal**. História e memória de Ibicuitaba, Icapuí, Fortaleza, Banco do Nordeste, 2003.

FRIDMAN, Fania. **Donos do Rio em nome do Rei**: uma história fundiária da cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Garamond, 1999, 302 p.

FULGINEUS, Franciscus. **Tractatus de iure emphyteutico...Accessit S. Rota Romanae decisiones recentissimae. Materiam emphyteusis na autore Petractum amplectus**. Paris: Nabu Press, 2011.

GADAMER, Ernst. **Verdade e método II**. Trad. Enio Paula Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALLO, Filippo. Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella locatio degli agri vectigales. **SDIH**, n. 30, 1964.

GAUDEMET, J. **L'Eglise dans l'Empire romain**. Paris: 1958.

GEOFFRION-BROSSARD, Frédérique; DAVID, Mylany. Emphyteusis and transfer duties: how long until we see reform?. In: **Canada Law Articles in English**. Mondaq business briefing. 2008. Disponível em: <http://app.vlex.com/#/vid/409466966>. Acesso em 18 fev. 2016.

GERVAIS, Marie-Claude; SÉGUIN, Marie-France. **Some thoughts on bijuralism in Canada and the world**. 20p. Disponível em <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/hfl-hlf/b2-f2/bf2.pdf>. Acesso em 20 dez. 2015.

GHIRARDELLO, Nilson. **À beira da linha**: formações urbanas da Noroeste Paulista [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

GHIRARDI, Juan Carlos; CRESPO, Juan José Alba; FILIPPI, Cristina. **Reformas agrarias y reparto de la tierra**. Un análisis crítico del sistema vigente y de la evolución que condujo a él. Saarbrücken (DE): Editorial Acadêmica Española; Córdoba: Universidad Católica de Córdoba, 2012.

GIDDENS, Anthony. **O estado-nação e a violência**: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico. Trad. Guimarães, Beatriz. São Paulo: EDUSP, 2001.

GIRALT, Emili. **Desamortizaciones, transferências de propiedad y transformaciones agrarias en la época contemporânea**. p. 33-36. *Actas de las Primeras Jornadas de metodología aplicada de las ciências históricas*, 1973.

GIRÃO, Raimundo. **Evolução histórica cearense**. Fortaleza: BNB-ETENE, 1985.

GLENDON, Mary Ann. The Transformation of American Landlord-Tenant law. *In: Boston College Law Review*. V. XXIII, n. 3, maio 1982. p. 503-576.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A abolição da enfiteuse relativa a prédios rústicos à luz da constituição da República portuguesa de 1976. **Revista História: debates e tendências**. V. 11, n. 1, jan/jun. 2011, p. 22-46.

GRAF, Karin. **Die Bodenreform in Württemberg-Hohenzollern nach dem Zweiten Weltkrieg**. Marbug: Tectum Verlag, 2003.

GREGORI, José. A Declaração Universal e a cultura dos direitos humanos. MARCÍLIO, Mara Luiza; POSSOLI, Lafaiete (Coords). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998.

GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do estado entre medievo e idade moderna. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [S.l.], p. 9-28, jan. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15042/13714>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. **El orden jurídico medieval**. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

_____. **História da propriedade e outros ensaios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HAILA, Anne. **Urban land rent.** Singapore as a property state. West Sussex: John Wiley & Sons Ltd, 2015.

HANSEN, Phillip Birger. **Reconsidering Macpherson:** From possessive individualism to democratic theory and beyond. Toronto, Buffalo e Londres: University of Toronto Press, 2015.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia.** Lisboa: Europa-América, 1997.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão.** Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992

HOHMANN, Jessie. **The right to housing.** Law, concepts, possibilities. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil.** 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

HOLBORN, Hajo. **A history of modern Germany: 1840-1945.** Princeton: Princeton University Press, 1982.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente.** Disjunções da democracia e e da modernidade brasileira. Tradução de Cláudio Carina e Luísa Valentini. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

_____. James. Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais,** São Paulo, ano 8, n. 21, p. 68-89, 1993.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** Trad. Waltensir Dutra. 21 ed. Guanabara: Rio de Janeiro, 1986.

IMPARATO, Eliade. A relação entre parcelamento ilegal do solo urbano e a ausência de mapas cadastrais nos registros imobiliários brasileiros. **1º Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico Gestão Urbana,** Belo Horizonte, MG, dezembro de 2000. p.143-175.

INFANTE, Salustiano de Dios Javier;ROBLEDO, Ricardo; TORIJANO, Eugenia (Coords). **Historia de la propiedad**. Crédito Y Garantía. Madrid: Colégio de Registradores de Propiedad Y Mercantiles de España, 2007.

ITALIA. Ministero de Giustizia. **Commissione Rodota per la modifica del codice civile in material di beni pubblici**, June 14th 2007, Relazione (report on legislative proposal presented by the Commissione Rodota' in Italy). Disponível em: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_14_7.wp?search=Rodot%C3%A0&pageCode=mg_1_12. Acesso em 15 dez. 2015.

_____. Corte Costituzionale. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em 15 dez. 2015.

_____. Senato de la Repubblica. Legislatura 2008-2013. Disponível em: <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/docnonleg/15884.htm>. Acesso em 15 dez. 2015.

JUÁREZ, Jorge Belmana. **Derechos reales. Manual de la posesión**. (P. 15-134. Derechos patrimoniales). Cordoba: Alveroni Ediciones, 1998.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KARAPIDAKIS, Nikos E. Les fiefs de Corfou au cours des temps modernes. P. 91- . CANCELILA, Rosella; MUSI, Aurelio. **Feudalesimi nel Mediterraneo moderno**. Tomo I. Palermo: Associazione Mediterranea, 2015.

KASER, M. **Das römische Privatrecht**. München: Beck verlag, 1971.

KELLY, Daniel B. The right to include. **Rev. Notre Dame Law School**. Paper 1070, vol. 63:857, 2014, p. 857- 924.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3. ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2001.

KENT, James. **Commentaries on american law** (Editada e atualizada por Charles M. Barnes.) V III. 13 ed. Boston: Little, Brown and Company (1884), 2008.

KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham-London: Duke University Prss, 2012.

KOSELLECK, Reinhardt. **Estratos do tempo: estudos sobre história**. Tradução de Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 352p.

_____. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KROESCHELL, Karl. **Recht unde unrecht der Sasse**. Rechtsgeschichte Niedersachsens. Freiburg: Vandenhoeck & Ruprecht, 2005.

LANDOLFI, Sérgio. **Enfiteusi ecclesiastica**. Tomo 14, 1959.

LATOURE, Bruno. **Jamais fomos modernos: ensaios de antropologia simétrica**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

_____. Buying property on leasehold in the Netherlands? **Blenheim advocaten**. (s/d) Disponível em: <http://www.blenheim.nl/leasehold-in-the-netherlands>. Acesso em 15 out. 2015.

LATTES, E. **Studi storici sopra il contrato d'enfiteusi nelle sue relazioni col colonato**. Turim, 1868.

LECKIE, Scott. Transforming security of tenure into as enforceable housing right. VAN BUEREN, Geraldine (Ed.). **Freedom from poverty as a human right**. Law's duty to the poor. Vol. 4. Paris: UNESCO Publishing, p 139-168, 2010.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Trad. Bernardo Leitão (et. Al.). Campinas: Editora da UNICAMP, 1990.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**. Aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

LECHAT, Jean-Marie. **Naissance de Louvain-la-neuve**. Chronique d'une aventure entrepreneuriale. Louvain: Presses Universitaires de Louvain, 2006. (Hors collection).

LECOCQ, Pascale. **La propriété immobilière, son évolution et ses divisions**. Chaire pour le droit continental à l'Université Keio. Nov. 2009.

_____. **Superficie et emphytéos : aspects civiles**, Titre III, Livre 34, Guide juridique de l'entreprise, Traité théorique et pratique. Waterloo: Kluwer, 2007.

LEFEBVRE, Henri. **A cidade do capital**. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

LESNE, E. **Histoire de la propriété ecclésiastique en Gaule**. Tomo I. Lille-Paris, 1910.

LIMA, Maurílio Cesar de. **Introdução à história do direito canônico**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

LOBINGIER, Charles Sumner. The rise and fall of feudal law. **Cornell law quarterly review**. v 18 n. 2, fev. p 192-231, 1933.

LÓPEZ, Rosalía Rodriguez. In emphyteuticis instrumentis. **Revue internationale des droits de l'Antiquité 55**, p. 423-443. 2009.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Versão 5.0, de 13/01/2003 – Formatação eletrônica de João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Correa Marona – Texto eletrônico fornecido pela Dra Juliana Neuenschwander de Magalhães. 2003.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate e Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, - Herder, 2006.

_____. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. In: **Themis**, Fortaleza, v. 3, n. 1, 2000, p. 153-161.

_____. **Soziologische Aufklärung 6**. Die Soziologie und der Mensch. (Weltzeit und System Geschichte). 2 ed. Wiesbaden: VS Verlag für sozialwissenschaften/ GWV Fachverlagen GmbH, 2005.

MACPHERSON, C. B. (Ed.) **Property, mainstream and critical positions**. Toronto: University of Toronto Press, 1978.

_____. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios:** o papel do Estado, das classes e da propriedade no século XX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. In: **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.52, p.31-48, 2010.

MAIA, Doralice Sátyro. Da Igreja ao Estado: a institucionalização da propriedade privada e o tratamento do solo urbano nas cidades espanholas e brasileiras. **Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales**. [En línea]. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1 de noviembre de 2012, vol. XVI, nº 418 (50). Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-418/sn-418-50.htm>. Acesso em 22 jul. 2015.

MALACARNE, Cassiano. A regulação da enfiteuse ou aforamento pelo direito romano-canônico e monárquico em Portugal em fins do século xiii e começo do xiv: predecessores da enfiteuse no Brasil. In: **Saeculum – Revista de História**. João Pessoa, jan/jun, 2012. Disponível em: www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/srh/article/download/15030/8536. Acesso em 04 jul. 2013.

MANOEL, Ivan. D. Antonio de Macedo Costa e Rui Barbosa: a Igreja Católica na ordem republicana brasileira. **Pós-História**, Assis, v.5; 67-81, 1997.

MARCUSE, Peter. O caso contra os direitos de propriedade. In: VALENÇA, Márcio Moraes (org.). **A cidade (i)legal**. Rio de Janeiro: MUAD X, 2008.

MARTINS, José de Souza. Reflexão crítica sobre o tema da “exclusão social”. In: **A sociedade vista do abismo: novos estudos sobre exclusão, pobreza, classes sociais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 25-47.

_____. **O cativoiro da terra**. 2 ed. São Paulo: LECH, 1981.

MARX, Karl. **On the jewish question**. Trad. Dennys McLellan. Oxford: Blakwell, 1975.

MARX, Murillo. **Cidade no Brasil: terra de quem?** São Paulo: Nobel/Edusp, 1991, 143 p.

_____. **Nosso chão: do sagrado ao profano**. 2 ed. São Paulo: EDUSP, 2003.

MASSIRONI, Andrea. **Nell'officina dell'interprete**. La qualificazione del contrato nei diritto comune (Secoli XIV-XVI). Milão: Giuffré-Università Degli Studi i Milano, 2012.

MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. In: **RIL Revista de Informação Legislativa**. a. 42 n.168. out/dez 2005. p. 189-196.

MATTOS, Liana Portilho. **Nova ordem jurídico-urbanística**: função social da propriedade na prática dos tribunais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAUSS, Marcel. **Manual de etnografia**. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 2006.

MEINECKE, Friedrich. **La idea de razón de Estado em la edad moderna**. Trad. Felipe Gonzalez Vicen. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MEIRA, Silvio. **O direito vivo**. Goiania: Editora da UFGO, 1984.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques. **Lei dos registros públicos comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. Anotações sobre os aspectos intertemporais do direito das coisas no Novo Código Civil. In: **Revista EMERJ** v.6, n. 24, 2003, p 292-304

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENESES, Maria Paula. Corpos de violência, linguagem de resistência: as complexas teias de conhecimentos do Moçambique contemporâneo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2013. p

MERCHÁN, Antonio. Los primeros ataques legislativos limitadores de la gran propiedad privada de la tierra generada por la revolución liberal: los proyectos de reforma agraria de principios del siglo XX de Canalejas y de Dato-Lizárraga. In: **Anuario de Historia del Derecho Español** - Núm. LXIX, Janeiro 1999, p. 91-144.

MEYNIAL, E. Notes sur la formation de la theorie du domaine divise (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XICe siècle dans les romanistes. **Étude de dogmatique juridique**. Montpellier: Mélanges Fitting II, 1908.

MILTON, J. R. L. Property Law. In. ZIMMERMANN, Reinhard; VISSER, Daniel (Eds). **Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa**. Oxford: Clarendon Press, 1996

MITTEIS, Ludwig. **Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum**. Leipzig: Teubner, 1901.

MONTEIRO, Nuno Gonçalo. Os rendimentos da aristocracia portuguesa na crise do Antigo Regime *Análise Social*, vol. XXVI (111), 199, p 361-384.

MOORE JR. Barrington. **As Origens Sociais da Ditadura e da Democracia: Senhores e Camponeses na Construção do Mundo Moderno**, Lisboa, Edições Cosmos, 1975.

MOREIRA, Vânia Maria Losada. Deslegitimação das diferenças étnicas, “cidanização” e desamortização das terras de índios: notas sobre liberalismo, indigenismo e leis agrárias no México e no Brasil na década de 1850. **Mundos do Trabalho**, Florianópolis, v. 4, n. 8, p. 68-85, jan. 2013.

MUNZER, Stephen R. Property as a social relation. MUNZER, Stephen R. (Ed). **New essays in the legal and political theory of property**. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 2001.

NAMUR, Samir. Posse e propriedade na contemporaneidade. In: **Eos - Revista Jurídica**, São Paulo, Faculdade Bom Bosco, v.1, n. 4, Ano III, 2009.

NARDOQUE, Sedeval. **Renda da terra e produção do espaço urbano em Jales-SP**. Tese Doutoral. Universidade Estadual “Júlio de Mesquita Filho”. UNESP. Inst. De Geociências e Ciências Exatas. Curso de Pós-Graduação em Geografia, Rio Claro, 2007.

NASCIMENTO, Rebeca Maria Aguiar; MAIA, Doralice Sátyro. Os Impactos Iniciais da Lei de Terras de 1850 na Estrutura Fundiária da Cidade da Parahyba In: **GeoTextos**, vol. 7, n. 2, dez. 2011, p. 45-68.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. **Revista da ESMESC**. v. 15, n. 21, 2008.

NOGUÉS, José María Blanch. **Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho romano.** Madrid: Dickinson, 2008.

NUSSBAUM, Ulrich. Geld Reizt Mich Nich .TAZ Entwicklungs GmbH & Co. Medien KG Feb 8, 2014.

ORTUÑO PÉREZ. Maria Eugenia. **Las meliorationes o *emponemata* en la enfiteusis.** Madrid: Edisofer, 2005.

OST, François. **La nature hors la loi.** L'écologie à l'épreuve du droit. Paris: La Découverte, 2003.

OURLIAC, Paul; MALAFOSSE, J. de. **Histoire du droit privé.** II Les biens. 2 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1971. Col Thémis dirigée par Maurice Duverger.

_____. **Derecho romano y francés histórico.** V.2. Barcelona: 1963.

OVIEDO, L. Gancedo. Otra formula contra el desahucio. **La Nueva España.** 20 de fevereiro de 2014..

OLIVEIRA, Ulisses. Família real poderá perder benefícios enfiteuse só deve ser cobrada pela marinha, **O Globo,** Rio de Janeiro, 14 nov. 1987. p. 4.

_____. Plenário mantém privilégio da igreja e família real, **O Globo,** Rio de Janeiro, 24 jun. 1988. p. 2.

PANZ, Alix. **La réutilisation du patrimoine monumental protégé: la braderie des monuments historiques?** L'Hôtel de la Marine. Mémoire professionnel présenté pour l'obtention du Diplôme de Paris 1, Panthéon Sorbonne MASTER PROFESSIONNEL « TOURISME, (2ème année), 2012.

PEIRANO, Mariza G. S. **De que serve um documento?** p. 25-49. PALMEIRA, Moacir; BARREIRA, César (Orgs) **Política no Brasil: visões de antropólogos.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará; Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2006.

PEÑA, Francisco Garrido. De como la ecologia política redefine conceptos centrales de la ontologia jurídica tradicional: liberdade y propiedad. In: VARELLA, Marcelo Dias & BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs). **O novo em direito ambiental.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PERINET-MARQUET, Hugues. Actualités de la dissociation des droits sur le sol en droit privé. In: **Revue de Droit Immobilier**, 2009.

PESSOA, Ângelo Emílio da Silva. **Ruínas da tradição**. A casa da Torre de Garcia d'Ávila, família e propriedade no Nordeste Colonial. Tese doutoral em História Social - USP, 2003.

PICCIRILLI, Ricardo. **Rivadavia y su tempo**. 3 v. Buenos Aires: Peuser, 1943.

PILATI, José Isaac. Conceito e classificação da propriedade na pósmodernidade: a era das propriedades especiais. In: **Revista Seqüência**, n. 59, p. 89-119, dez. 2009.

PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto. **Domínio fundiário público e pseudo domínio privado**. In: **Revista Pro Diviso**. Estudos de Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, p. 187-231, Brasília, EAGU, Caderno 2, ano IV, n. 22, nov/2012.

POKROVSKI, V. S. **História das ideologias: o capitalismo**. Trad. Luis Marques Silva. 4 ed. Lisboa: Estampa, 1977.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. 3. ed. v. 18. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PORDEUS, Julieta. **Antes que ninguém conte**. João Pessoa: A União, 1986.

POUND, Roscoe. **Jurisprudence**. Vol 1. 2 ed. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd, 2000.

POUSADA, Rafael Vallejo. La pervivência de los foros em Galicia com la desamortización. In: **XXIII Seminari d'Historia Econômica i Social. Les practiques enfiteutiques a l'època Moderna i Contemporânea**. Uma perspectiva comparada. Universitat de Girona, 16-18 de junho de 2011. 14 p.

PRADO JR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PRAXEDES, Leidiane Leite; BEZERRA, Josué Alencar. Registros recentes sobre a expansão urbana e a especulação imobiliária da/na cidade de Pau dos Ferros-RN. In: **CAMINHOS DE GEOGRAFIA** - revista on line <http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/ISSN>

1678-6343 - Instituto de Geografia ufu - Programa de Pós-graduação em Geografia Caminhos de Geografia Uberlândia v. 13, n. 43 out/2012, p. 188–203.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira livros, 2003.

RATTES, Anna Maria. O Instituto da enfiteuse deve acabar? **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 4, 14 nov. 1987.

REINICKE, Christian : Pacht. In: **Lexikon des Mittelalters (LexMA)**. Band 6, Artemis & Winkler, München/Zürich 1993.

REMY, Jean. **Louvain-la-Neuve, une manière de concevoir la ville**: Genèse et développement. Louvain: Presses universitaires de Louvain, 2007.

RENNER, Karl. **Die Rechtsinstitute des Privatrechts und Ihre soziale Funktion**: Ein Beitrag zur Kritik des Bürgerlichen Rechts, Stuttgart, Gustav Fischer Verlag, 1965.

RIBEIRO, Darcy, **O Processo civilizatório**: etapas da evolução sociocultural. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

RIBEIRO, Roberto da Silva. **Pocinhos, o local e o geral**. 2 ed. Campina Grande-PB: RG Editora, 2013.

RILLING, Donna J. **Making houses, crafting capitalism: builders in Philadelphia 1790-1850**. Filadelfia: Univesity of Pennsylvania Press, 2001.

RITTSTIEG, Helmut. **La proprietà come problema fondamentale**. Napoli: ESI, 2000.

RIUS, José Maria Font. **Indice Histórico Español**, volume XXX, número 98, Universidad de Barcelona/Centro de Estudios Históricos Internacionales, 1992.

ROBILANT, Anna di. Property and Deliberation. The *Numerus Clausus* Principle, New Property Forms. and New Property Values. **American Journal of Comparative Law** 62 (2), 367-416, 2014. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/about/privatelaw/related-content/di_robilant_property_and_deliberation.pdf. Acesso em 18 fev. 2016.

RODENAS, Luis Antonio. Desamortización eclesiástica en España. *In: Gibralfaro- Revista de Creación Literaria y Humanidades*. n. 80, abril-júnió 2013.

RODOTÁ, Stefano. **Il terribile diritto**. Studi sulla proprietà privata. 2 ed. Bolonha: Il Mulino, 1990

RODRIGUEZ LÓPEZ, R. *In emphyteuticis instrumentis*. IN. **Revue Internationale des Droits de l'Antiquité**. LV, 2008, p. 423-443.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei**: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. São Paulo: Studio Nobel, Fapesp, 1997.

ROSENCRANTZ, Carlos. Restricciones a los derechos e propiedad em circunstancias de escasez. In: ALVIAR GARCIA, Helena (et al). **Derecho y propiedad**. Seminario en Latinoamérica e Teoría Constitucional y Política – SELA 2008. Buenos Aires: Librería, 2008, p. 38-50.

ROSSANVALON, Pierre. **La sociedade de los iguales**. Trad. Maria Pons. Barcelona: RBA Libros, S.A, 2012.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: companhia das Letras, 2004.

RUDDEN, Bernard. Law & economic antipathy for numerus clausus principle. EEKLAAR, John; BELL, John. **Oxford essays in jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 239-263.

RUIZ, Luis J. G. Demandas sociales y propiedad imperfecta em Veracruz: el impulso a la enfiteusis (1760-1811). *In Sequencia*. N. 93, set/dez, 2015, p. 28-49.

RUPRECHT, Wilhelm. **Die Erbpacht, Ein Beitrag Zur Geschichte Und Reform Derselben Insbesondere in Deutschland**. Berlin: Bibliobazaar, 2010.

SABRELI, Juan José. **Los Oligarcas**. La historia popular. V. 5. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1971.

SAGAERT, Vincent. The trust book in the DFCR: a civil lawyer's perspective. ERP, Sief van; SALOMONS, Artur; AKKERMANS, Bram. (Eds.). **The Future of European Property Law: Issue 1**. Munique: Sellier European Law Publishers, 2012. p 31-46.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica. In: *Ciência & Trópico*, Recife, 11(7):105-121, jan./jun., 1983.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 7 ed. Cortez: São Paulo, 2009.

_____. **Gramática do tempo**. Para uma nova cultura política. 2. ed v 4 Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo, Cortez, 2008.

SANTOS, Eduardo Antonio Estevam. **São Pedro: foreiros ou arrendatários?** A lei e a experiência social na formação urbana da cidade e Itabuna, 1967-2002. Dissertação de Mestrado. Universidade de Santa Cruz, Orientador(a): Heloisa Faria e Cruz. 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, 158p.

SARMENTO, Christiane Finizola. **Povoações, freguesias e vilas da Paraíba colonial: Pombal e Sousa, 1697-1800**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós Graduação em Arquitetura e Urbanismo. Centro de Tecnologia. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2007.

SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia irregular nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.

SCHILLING, O. **Reichtum und Eigentum in der altchristlichen Literatur**. I, B, Feiburg, 1908.

SCHMID, Christoph; HERTEL, Christian (Coords). **Real property law and procedure in the European Union**. General Report. Final version. Florença: European University Institute (EUI)- Würzburg: Deutsches Notarinstitut (DnotI), 2005.

SCMITT, Carl. **O nomos da terra no direito das gentes do jus publicum europaeum**. Trad. Alexandre Franco de Sá et al. Rio de Janeiro: Contraponto-Editora PUC Rio, 2014.

SCHULZ, F. **Derecho romano clásico**. Barcelona: Bosch, 1960.

SICON, s/d. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/sicon/#/pesquisa/lista/documentos>. Acesso em 14 jul. 2014.

SILVA, Helena Maria Menna Barreto. **Terra e moradia: que papel para o município?** Universidade de São Paulo Faculdade de Arquitetura e Urbanismo Curso de Pós-graduação em Estruturas Ambientais Urbanas. Tese Doutoral, 1997.

SILVA, Lúgia Osorio. **Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1996.

SINGER, J. W. Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society. **Cornell law review**. n. 94. Maio, p 1009-1082, 2009.

_____. **The paradoxes of property**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 2008

_____. Property as the law of democracy. **Duke Law Journal**. v 63, n 6, p 1.287-1.335, 2014.

SMITH, Henry E. Standardization in property law. P 148-173. AYOTTE, Kenneth; SMITH, Henry E (Eds.). **Research handbooks in law and economics**. Cheltenham, UK-Northampton, USA: Edward Elgar, 2011.

_____. Property as the law of things. **Harvard Law Review**. v 125 p 1.691-1.726, 2012.

SMITH, James Charles (Ed.). **Property and sovereignty: legal and cultural perspectives**. Col. Law, property and society. Londres-Nova Iorque: Routledge, Taylor & Francis Group, 2016.

SOARES, Francisco de Assis Ouriques. **Bôa Vista de Santa Rosa**. De fazenda à municipalidade 1666-1997. Campina Grande, PB: Eq. Editorial e Serv. Gráficos, 2003.

SOHM, Rudolf; MITTEIS, Ludwig; WENGER, Leopold. **Institutionen**. Geschichte und system des römischen Privatrecht. 17 ed. München-Leipzig: Duncker-Humblot, 1923.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito civil com nomenclatura em grego: a enfitese.** Correio Brasiliense, 2010. Disponível em: <http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=77690>. Acesso em: 10 set. 2014.

SPEARING, Edward. **The patrimony of the Roman Church in the time of Gregory the great.** Cambridge: Cambridge University Press, 1918.

STAMFORD SILVA, Artur. Decisão jurídica e mudança social. Para uma sociologia da decisão jurídica. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito.** v. n. 1, 2010, p. 121-150.

_____. Direito estatal e direito extraestatal em Max Weber: observações sobre o cotidiano prático-forense em Recife- PE na construção do direito estatal. **Sociologia Jurídica.** n. 15, jan/jun. 2013. 18p.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Dimensão jurídica e forma de apropriação territorial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba,** n. 56, p. 65-80, 2012.

STIRNER, Max. **El único y su propiedad.** Barcelona: Labor, 1984.

STORME, Matthias E. **Property law in a comparative perspective.** KU Leuven Centre for Advanced Legal Studies, 2004.

STOTER, Jantien; OOSTEROM, Peter Van. **3D cadastre in an international context.** Legal, organizational and technological aspects. Boca Ratón, Londres, New York: Taylor & Francis, 2006.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso.** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O nome que o STF dá é o nome que fica? Eis o busílis do caso Delcídio! In; **Conjur.** Senso incomum. 2015. <http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-stf-fica-eis-busilis-delcidio>. Acesso em 12 dez. 2015.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STUCKEY, Michael. Feudalism and australian land law: A shadowy, ghostlike survival? **University of Tasmania law review.** V.13, n1, 1994, p.102-115.

STUMPF, Roberta Giannubilo. Os provimentos de ofícios: a questão da propriedade no Antigo Regime português. **Topoi** v. 15, n. 29, p. 612-634, jul/dez, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: www.revistatopoi.org. Acesso em 12 dez. 2015.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo: WMF-Martins Fontes, 2007, 283 p.

TALAMANCA, M. **Istituzioni di diritto romano**. Milão: Giuffré, 1990.

TARTIÈRE, Gabriel De Reina. ¿por qué seguimos estudiando derechos reales en nuestras facultades? notas sobre las crisis del derecho real, su necesidad y pervivencia. p. 527-552. In: **Estudios de Derecho Civil con motivo del bicentenario**. Buenos Aires: El Derecho, 2011.

TAVARES, José de Farias. **O Código Civil e a nova Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TEIXEIRA, Anderson V.; SARAIVA, Bruno Cozza. Administração pública, formação de quadro administrativo de domínio e a crise brasileira na materialização dos direitos fundamentais. In: **Quaestio Juris**. Vol. 08, n. 3. Rio de Janeiro, 2015, p. 1663-1687.

TEIXEIRA, Rubenilson Brazão. **De la ville de Dieu à la ville des hommes: la sécularisation de l'espace urbain dans le Rio Grande do Norte – Brésil**. Tese de Doutorado em Etude Urbaines. Ecole des Hautes Etudes em Sciences Sociales, EHESS, França, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THIBAUT, Anton Friedrich J. **Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des römischen Rechtes: Hermeneutik und Kritik**. Duncker und Humblot, 1842.

_____. **Über dominium directum und utile**. In. Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Aalen, 1970.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**. Ensaio sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIXIER, Jean-Luc. Le renouveau de l'emphytéose. In: **Revue Opérations Immobilières**, n. 22 de Fev, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In **Revista de Direito Administrativo**, n 177, 1989.

TRIGÁS, Miguel A. González; ESTEVEZ, Arturo González. **Negocios agrarios inmobiliarios de fomento: enfiteusis**. Sevilla: Ed. Círculo Rojo, 2010.

TROPLONG, Raymond Theodore. **Da influência do cristianismo sobre o direito dos romanos**. Tradução de José Raimundo da Costa Menezes. Recife: Typographia commercial de Meira Henriques, 1852.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Propriedade imobiliária e o registro de imóveis**. Perspectiva histórica, econômica, social e jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2011

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a política de Instalação dos Serviços da Comissão em Bruxelas e no Luxemburgo. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Bruxelas, 5.9.2007b. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0501:FIN:PT:PDF>. Acesso em 20 dez. 2015.

_____. Diário Oficial de la União Europeia. C.148. 2.7.2007. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:148:0001:0026:ES:PDF>. Acesso em 20 dez. 2015.

_____. Jornal Oficial da União Europeia. L 324. De 10.12.2005. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:324:0064:0086:PT:PDF>. Acesso em 20 dez. 2015.

_____. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. C 370. 27.12.2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:370:0001:0100:PT:PDF>. Acesso em 20 dez. 2015.

VARELA, Laura Beck. **Da sesmaria à propriedade moderna**. Um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VEEN, Iris. **Public ground lease in Amsterdam and the effects on housing**. 2005.

VEGAS, J. L. Castillo. Propriedade [verbete]. VILLA, Mariano Moreno (dir). **Dicionário de pensamento contemporâneo**. Tradução de Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 2000.

VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. Vol I. Coimbra: Almedina, 2008.

VILLALOBOS-DOMINGUES, Carlos. **Colonización integral em tierra de propiedad común y concesión vitalicia individual**: la enfiteusis rivadaniana. Buenos Aires: El Ateneo, 1953

WALDRON, Jeremy. **The right to private property**. Oxford: Clarendon Press, 1988.

_____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEIL, Simone. **O enraizamento**. Tradução de Maria Leonor Loureiro. Bauru, SP: EDUSC, 2001.

WEILL, Alex. **Droit civil**: les bien. Tome II. Vol.1. Paris: Dalloz, 1974.

WELL, François. **Family trees. A history of genealogy in America**. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press, 2013.

WHELING, Arno; WHELING, Maria José C. M. **Formação do Brasil colonial**. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

WHITE, Leslie A; DILLINGHAM, Beth. **O conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

WHITMAN, James Q. **The legacy of Roman Law in the german romantic era**: historical vision and legal change. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

WILHEIM, Jorge. **Cidades: o substantivo e o adjetivo**. São Paulo: Perspectiva, 2008.

WOODWISS, Anthony. **Human rights**. London-New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2005.

WRIGHT, Willam E. **Serf, seigneur, and sovereign**. Agrarian reform in eighteenth-century Bohemia. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1966.