

O REGRESSO DA ENFITEUSE

RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS

1. Por via de alguns vislumbres actualistas que a enfiteuse tem recebido, acudiu-nos à lembrança o gesto de a chamar ao convívio deste congresso que reflecte sobre o sistema contratual romano. De Roma ao direito actual. Ora, o contrato de emprazamento, aforamento ou enfiteuse, tal qual o designava o Código Civil Português, lança as suas raízes no precioso legado greco-romano.

Mas o que nos vai ocupar, de modo precípuo, é o recorte histórico-jurídico da enfiteuse peninsular e a viagem que logrou empreender ao longo do direito português. A enfiteuse sempre mereceu uma especial atenção por parte dos juristas portugueses. Em tempos mais próximos de nós, sobre ela se se debruçaram vultos da grandeza de Gama Barros, Vaz Serra, Paulo Merêa, Braga da Cruz, Almeida Costa, Menezes Cordeiro e Santos Justo.

2. A par de um florilégio de convenções agrárias, cuja modalidade mais frequente era o arrendamento vitalício, despontou, no século XII, um tipo de concessão que se caracterizava pela maior firmeza do vínculo jurídico que ligava os concessionários ao prédio agrícola. A concessão em foro era, via de regra, de natureza perpétua. Ao enfiteuta era já reconhecida a faculdade de dispor do prédio, embora, por vezes, com certas limitações. Aí se vão descortinando o direito de preferência do senhorio e o laudémio. Representava este último a prestação a pagar ao proprietário que, não exercendo o seu *ius praelationis*, assentia na venda da enfiteuse.

No desenho originário, recebia a designação de foro a prestação devida pelo enfiteuta. Acabava por constituir um encargo real que ficava a onerar o prédio em benefício do concedente. Com ostensiva expressão documental, o foreiro dispunha de um *ius hereditarium*, o que o distinguia do simples precarista ou prestameiro que tinha apenas um *ius usufructuarium*.

Não poucos aforamentos houve que assumiam carácter colectivo e outros tantos dirigiam-se somente a um indivíduo ou a um pequeno grupo de indivíduos. Os aforamentos portugueses apresentam-se com suficiente autonomia, quer de figuras congéneres, quer de categorias jurídicas anteriores. Causas económicas terão tido um peso decisivo na sua específica configuração. É esta a lição de Paulo Merêa.

3. Em Portugal, a implantação progressiva da ciência romanista, a partir do século XIII, trouxe consigo a definição e a catalogação conceitual de diversos contratos. É assim que, para além da enfiteuse, sobressaem, com perfil dogmático autónomo, o censo, reservativo e consignativo, o arrendamento e a parceria. Sociologicamente, entrava na ordem do dia o princípio da conquista da propriedade pelo trabalho. A necessidade do amanhã da terra inculta ou escassamente explorada abria às classes não possidentes a possibilidade de chegarem ao domínio através do seu labor.

Reunia o agricultor vários direitos sobre o prédio objecto do contrato de enfiteuse em troca de um leque de obrigações. À cabeça estava, como vimos, o foro que, de acordo com a doutrina bartolista, devia ser *modicus*. Também se esquadrinharam certos «mimos» que o concessionário tinham de cumprir em ocasiões festivas, acompanhados de alguns préstimos pessoais de relevo. Chegou a estipular-se uma prestação de entrada entendida como recompensa, em dinheiro ou géneros, que o foreiro entregava ao senhorio pelo êxito da celebração do negócio.

A influência romanista foi modelando, entre nós, o contrato. Nela se filiam as concessões em vidas, visíveis no território português a partir do século XIII, a difusão das cláusulas de preferência e de laudémio. Este representava o preço a pagar pela atitude de assentimento do proprietário que, optando por não exercer o seu direito de preferência, aprovava a venda da enfiteuse a terceiro. Na senda da dogmatização, os Glosadores, diante do panorama feudal, vieram distinguir o domínio directo, privativo do senhorio, e o domínio útil, próprio do enfiteuta.

4. A enfiteuse alcançou as Ordenações Afonsinas, salientou-o Mário Júlio de Almeida Costa do cimo da sua autoridade, como uma figura esculpida e com contornos jurídicos próprios. A lei afervorou-se no voto de fundir a velha tradição portuguesa com as doutrinas do direito comum. De modo ostensivo, evidenciou as fronteiras conceituais entre a parceria agrícola, o arrendamento e a enfiteuse. O contrato «infitiótico», na veste legal, dedicava especial atenção ao foro, surgia transmissível aos herdeiros e não esquecia a alienabilidade, mas com direito de preferência. Os preceitos das Ordenações Afonsinas respeitantes à enfiteuse transitaram para as Ordenações Manuelinas e depois para as Ordenações Filipinas, sofrendo apenas aclarações e ténues retoques.

Dignas de registo, no âmbito das Ordenações Filipinas, surgiram diversas normas. Podiam emprazar-se os bens perpetuamente, recebendo tal prazo a designação de *fateusim*. Em alternativa, podiam emprazar-se por uma ou mais vidas, denominando-se estes prazos de nomeação. As Ordenações Filipinas esclareciam que, se a pessoa, que era primeira vida, alienava o prazo, o comprador continuava

a ser primeira vida, enquanto o vendedor fosse vivo. E, só por morte deste, começava a ser segunda vida quem então fosse titular do prazo (1).

Noutro significativo passo, determinavam as Ordenações que, na eventualidade de se aforarem casas ou chão para as assentar, o foro devia consistir em dinheiro ou em aves domesticadas. Ficava assim excluído o foro em medidas de pão, vinho ou azeite, sob pena de nulidade (2).

A praxística encontrou na enfiteuse um terreno fértil para vicejar. Fundamentalmente, duas ordens de razões construíram a sua força atractiva. Por um lado, o tremendo alcance prático que, ao tempo, rodeava o contrato. Por outro lado, não obstante a existência de algumas normas legais que se lhe aplicavam, a detecção de múltiplas lacunas na ordem jurídica portuguesa fez com que sobre a enfiteuse recaísse, a título de socorro subsidiário, o poderoso romanismo bartolista. Da pena de Álvaro Vaz (Valasco), e de Caldas Pereira, ainda no século XVI, saíram as primeiras reflexões doutrinárias sobre questões enfitêuticas. Seguiram-se, designadamente, Francisco Pinheiro e António Cordeiro.

5. O consulado pombalino não poupou a enfiteuse ao seu frenesim de entusiástica reformação. Talvez não se possa chegar ao ponto de sustentar que as modificações imprimidas ao regime da enfiteuse traduzam as linhas de um rosto doutrinal do século XVIII, mas fora de dúvida é que constituíram alterações sensíveis, não raro, ao arpejo da prática jurídica instalada.

Duas linhas de força cruzaram o reformismo setecentista a respeito da enfiteuse. De um lado, registou-se um esforço legislativo de demarcação entre os contratos de locação e de enfiteuse, no sentido de afastar insidiosas confusões. De outro lado, procurou-se impedir que a Igreja fizesse novas aquisições patrimoniais por meio de consolidações do domínio útil com o domínio directo nos bens foreiros.

Não se contam por poucas as leis de D. José que visaram a enfiteuse. O Alvará de 3 de Novembro de 1757 estabeleceu que os contratos, que não fossem de aforamento em fatiódica ou em vidas, com inteira translação do domínio útil, para sempre ou pelo menos por três vidas, seriam considerados contratos de simples locação ordinária, sem que isso implicasse transferência de domínio algum para os locatários. O Alvará de 23 de Julho de 1766 regulou, de forma moralizadora, os aforamentos dos baldios e bens dos concelhos, de feição que se eliminassem os abusos registados em muitas câmaras do Reino de os afora-

(1) Ver Ordenações Filipinas, liv. IV, tít. 38, § 2.

(2) Ver Ordenações Filipinas, liv. IV, tít. 40.

mentos desses bens públicos se repartirem entre amigos, parentes, vereadores e outras pessoas «que costumão andar nas governanças».

Numa óptica distinta, a Carta de Lei de 4 de Julho de 1768, declarada pelo Alvará de 12 de Maio de 1769, reputou feridas de nulidade as consolidações do domínio útil com o directo nos prazos pertencentes às Igrejas, ordens, mosteiros e quaisquer outros corpos de mão morta. Esses bens, que tivessem consolidado abusivamente, seriam recolocados, por imperativo legal, em regime enfitêutico, sem aumento de foros e laudémios. A Carta de Lei de 9 de Setembro de 1769, nos seus §§ 25 e 26, acolheu o direito de renovação pela chamada equidade bartolina, mas com um incontido sopro jusracionalista, sublinhando que essa equidade não fora inventada por Bártolo, e, isso sim, decorria do direito natural que não autorizava que alguém se locupletasse com grave jactura de terceiro.

Outros apontamentos pombalinos são ainda credores de menção. A norma do § 38 da Carta de Lei de 20 de Junho de 1774 que se pronunciou sobre a hipoteca legal privilegiada dos senhores directos. Por fim, a Lei de 4 de Julho de 1776 que esclareceu a natureza dos contratos enfitêuticos, através dos quais se empregavam «terrenos para edificarem Casas, ou Terras, e Matos incultos para abrir e melhorar com os fins da Lavoura, e de plantios de Vinhas, e Arvoredos». Só estes constituíam verdadeiros contratos enfitêuticos e não aqueles em que, indevidamente, se diziam aforar casas já construídas, quintas habitáveis e terras frutíferas por uma renda. Aqui estar-se-ia em presença de contratos de locação «por longos tempos de annos e, de vidas, ou Colonias perpétuas», que se submetiam a distinto regime jurídico.

6. O liberalismo foi um período económico-social borrascoso para a enfiteuse. Logo no começo do século XIX, em Portugal, se sobrepunha a importância de certas cláusulas opressivas inseridas nos empraçamentos, entre as quais se apresentavam como mais odiosas as que respeitavam aos direitos banais, aos foros e laudémios exorbitantes, às entradas e às ltuosas. Os ventos hostis que sopravam de França constituíram uma inspiração fustigante.

A Revolução Vintista atingiu em cheio os direitos dominicais. Um diploma de 1822 impôs a chamada redução dos forais. Diminuíram em metade as pensões e os foros estabelecidos, convertendo-se as rações ou quotas incertas, assim reduzidas, em prestações certas e remíveis. Extinguiram-se as ltuosas e demais encargos extraordinários. Limitaram-se os laudémios à quarentena e admitiu-se a prescrição do direito às prestações, quando não reclamadas por prazo superior a 30 anos. De fora conservava-se a enfiteuse particular.

Mas só a reforma de Mouzinho da Silveira, que o Decreto de 13 de Agosto de 1832 empreendeu, logrou patentear um programa liberal a respeito da propriedade. No seu concerto normativo, desapareciam os foros, censos e toda a qua-

lidade de prestações, sobre bens nacionais ou provenientes da Coroa, impostos por foral ou contrato enfiteutico. Uma ruptura que não deixou de suscitar vibrantes reacções.

7. De modo assaz diverso, os empraçamentos particulares apenas viriam a ser reponderados no Código Civil de 1867. Este contemplou a enfiteuse no domínio dos contratos e não, como salientou Menezes Cordeiro, no âmbito das propriedades imperfeitas, onde se inseriam os direitos reais menores.

Com o Código de Seabra, o instituto da enfiteuse experimentou operações modernizadoras de rejuvenescimento. Apesar de definida nos termos habituais pelo artigo 1653.º, como capital lance reformista, a enfiteuse foi considerada perpétua. O contrato que, no futuro, fosse celebrado a título de enfiteuse, mas por tempo limitado, seria havido como arrendamento. Também, para o futuro, a subenfiteuse ficava interdita.

A enfiteuse despiu-se das suas vestes de pendor arcaizante. Assim é que o foro devia ser certo e determinado (art. 1656.º), não se podendo estabelecer encargos extraordinários, a título de lutuosa, laudémio ou qualquer outro (art. 1657.º). Na enfiteuse urbana, o foro só poderia ser em dinheiro (art. 1658.º). Assumia carácter hereditário, não podendo dividir-se por glebas (art. 1662.º). A perpetuidade e a hereditariedade da enfiteuse demarcaram-na, *in terminis terminantibus*, do arrendamento.

Os rostos legislativos do século XX não se apresentaram benévolos para com a enfiteuse. Merecem referência o Decreto de 23 de Maio de 1911 e o Decreto n.º 19:216, de 16 de Dezembro de 1930. A ocorrência normativa que mais avultou neste período foi a concessão ao enfiteuta da faculdade de remição do foro. Deveras inclemente mostrou-se ainda o ministério de Manuel Rodrigues que, no relatório do Decreto-Lei n.º 30131, de 14 de Dezembro de 1939, não se coibiu de condenar frontalmente a enfiteuse.

8. Os clamores desencontrados a respeito da enfiteuse continuaram a ressoar durante o longo período em que decorreram os esmeradíssimos trabalhos preparatórios do novo Código Civil. Adriano Vaz Serra, ainda na década de quarenta do século XX, fazia um diagnóstico de uma meridiana clareza. À enfiteuse censurava-se, essencialmente, o representar um encargo perpétuo sobre os bens, o que obstaculava a sua livre transmissão e utilização.

Sem rodeios, porém, Vaz Serra reconhecia na enfiteuse um passado muito útil e um futuro que se desenhava ainda prestimoso. Já pela sua longa duração, já pela exiguidade do foro, via de regra, inferior ao preço do arrendamento, a enfiteuse servira como meio de obter o arroteamento de bens incultos ou a melhor exploração de outros. Nesta perspectiva, Vaz Serra alvitrava que a enfiteuse não

fosse suprimida no nosso país, onde, apesar da progressiva extensão das áreas cultivadas, mantinha utilidade. Tanto mais que desaparecera o inconveniente da perpetuidade, uma vez que o foro podia ser remido.

Ao publicar o anteprojecto do título relativo à enfiteuse do futuro Código Civil, Pires de Lima não ocultou a crise que o instituto da enfiteuse atravessava. Tratava-se de uma figura que se vira privada da sua principal finalidade económica e social de fomentar a cultura das terras e a construção de habitações e da sua tradicional fisionomia jurídica de verdadeiro parcelamento do direito de propriedade. A estes argumentos de Pires de Lima pode acrescentar-se, numa altura em que a civilística alemã preponderava na Europa e na feitura do nosso Código, a hostilidade que a pandectística nutria pela enfiteuse, ao ponto de o BGB não a ter admitido. No fundo, um clima doutrinal adverso.

Todavia, em compensação, Pires de Lima também não escondia o facto de a enfiteuse conservar o seu valor e a sua importância em algumas províncias ultramarinas, nem a circunstância estatisticamente irrefutável de os contratos de enfiteuse se continuarem a celebrar. Daí que, a despeito da decadência da enfiteuse, a realidade mostrava que o emprazamento de bens devia ser mantido. Por muito ou por pouco tempo, o futuro o diria.

Fora de dúvida é que o Código Civil acabou por receber, com pequenas alterações formais, o anteprojecto de Pires de Lima no tocante à enfiteuse. Acolhia o tratamento tipicamente real dado à enfiteuse pelo mestre de Coimbra.

9. A enfiteuse parecia querer agarrar-se à vida como um moribundo à dobra do lençol. Conheceu um derradeiro sopro vital de mais uma década. Só sucumbiu à sentença revolucionária de Abril de 1974 e ao seu programa ideológico. A forma jurídica da enfiteuse fizera impender sobre milhares de pequenos agricultores encargos e obrigações que não correspondiam senão a puras sequelas institucionais do modo de produção feudal. Uma política agrária dirigida à libertação dos pequenos agricultores tinha de impor a banimento da enfiteuse rústica. Em consonância, o Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de Março, aboliu a enfiteuse a que se achavam sujeitos os prédios rústicos, transferindo-se o domínio directo deles para o titular do domínio útil ⁽³⁾.

Não representará uma grande ousadia admitir que a extinção da enfiteuse rústica arrastou na sua queda a enfiteuse urbana. Escassos quinze dias separam a morte de ambas às mãos do legislador. Na verdade, foi o Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de Abril, que vibrou o golpe decisivo na enfiteuse urbana. Mas aqui, adoptando um estilo menos agreste.

⁽³⁾ Para os senhorios pobres, previa-se uma indemnização a pagar pelo Estado. Ver o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de Março.

Caía por inutilidade a enfiteuse relativa a prédios urbanos. Na visão do legislador de Abril, tratava-se de um instituto jurídico que deixara de desempenhar qualquer função social. A despeito de, em grande número de casos, ser titular do domínio directo o próprio Estado, que assim via desaparecer uma fonte de rendimento, a lei não hesitou em decretar a extinção da enfiteuse urbana.

No entanto, talvez pelo facto de o Estado se encontrar muito envolvido na questão, a lei procurou assegurar «o justo equilíbrio dos direitos e dos interesses de senhorios e de enfiteutas, não privando aqueles da indemnização a que extinção coerciva do seu direito lhes dá jus e não sujeitando estes, forçada e inopinadamente, a encargos maiores que os que vinham suportando como foreiros» (4). De acordo com os ditames normativos, o enfiteuta ficava com a propriedade plena do prédio, mas o senhorio adquiria um direito à indemnização equivalente ao preço da remição do foro (5). Concedeu-se a facilidade de a indemnização poder ser fraccionada, fixando-se um prazo para o exercício do direito à indemnização atribuído ao senhorio.

A extinção da enfiteuse, espantosamente, haveria de conduzir a uma enfiteuse rediviva. Neste lance, participou apenas a enfiteuse rústica. Passamos a explicar. Quer em 1987, através da Lei n.º 22/87, de 24 de Junho, quer, mais ainda, em 1997, através da Lei n.º 108/97, de 16 de Setembro, o legislador veio facilitar a prova da constituição da enfiteuse por usucapião. Isto porque determinou uma presunção de usucapião, a partir do estabelecimento de vários indícios, que o interessado em afirmar-se enfiteuta tinha de provar.

Observemos as últimas vestes, as da Lei n.º 108/97, de 16 de Setembro, desse modelo de usucapião talhado para a enfiteuse. Desde 15 de Março de 1946 até à extinção da enfiteuse, o prédio rústico fora cultivado por quem não era proprietário, com a obrigação de pagar uma prestação anual ao senhorio. E realizaram-se no prédio rústico pelo cultivador ou seus antecessores, benfeitorias, de valor igual ou superior a, pelo menos, metade do valor do prédio (6), ainda que efectuadas posteriormente a 16 de Março de 1976. Nem sequer se exigia já o *animus* enfitêutico.

A sobrevida da enfiteuse através de usucapião prende-se com o voto na sua extinção. Como bem salientou Menezes Cordeiro ao explicar «este aparente paradoxo, o enfiteuta passa a proprietário, pelo que tem o maior relevo a sua detecção». Em suma, o legislador facilitava que a enfiteuse se mostrasse para melhor a abater.

10. Um derradeiro ponto a respeito da enfiteuse não pode de modo nenhum ser aqui omitido. É que a enfiteuse não pertence apenas ao tesouro das pre-

(4) São palavras do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de Abril.

(5) Ver os artigos 1.º e 2.º do mencionado Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de Abril.

ciosidades histórico-jurídicas. A enfiteuse está de regresso. Não tanto à esfera da civilística, onde, aliás, ainda poderia colher alguma adesão num tempo de abandono dos campos e em que começam a rumorejar opiniões que voltam a aconselhar investimentos na agricultura que, em muitos casos, os proprietários plenos não estão dispostos a fazer.

Mas onde a enfiteuse está pletoricamente de regresso é no concerto doutrinário do direito público. Na verdade, a enfiteuse relampejou no pensamento dos administrativistas, dadas as suas virtualidades, já exibidas ao longo da história.

Tal aproveitamento parece haver despontado no ambiente do direito administrativo francês⁽⁷⁾. Como não se ignora, impera, em França, uma concepção proprietarista do domínio público, acolitada pelos princípios de indisponibilidade e de extracomercialidade. A rigidez deste entendimento não soava de feição, por exemplo, a pretensões de construir infra-estruturas de uso público, com recurso a financiamento privado.

Em consequência, as empresas privadas não podiam ser reconhecidas como titulares de direitos reais sobre aquilo que construíam, já que isso representava um golpe interdito no carácter indisponível do domínio público. Uma nada encorajante desprotecção. Daí que surgisse a ideia de pedir de empréstimo ao direito civil a figura da enfiteuse. Expliquemos a sua especial aptidão para o caso que nos ocupa.

A participação de capital privado no financiamento de infra-estruturas e de equipamentos públicos reclama, entre outros, expedientes de propriedade dividida. Através do desmembramento do domínio ou, como preferem dizer alguns administrativistas, através da propriedade partilhada, a administração passava a oferecer aos empresários privados as garantias consideradas imprescindíveis.

Numa visão enfitêutica, a divisão da propriedade sobre uma infra-estrutura supunha um domínio útil atribuído à administração e um domínio directo conferido à entidade privada financiadora. A administração obrigava-se a pagar o correspondente canon, podendo remir o foro a partir de um momento fixado no contrato e mediante a realização de uma certa prestação. Assim se afastava o inconveniente da perpetuidade. Mas a enfiteuse também acautelava os interesses das entidades financiadoras enquanto titulares do domínio directo, com a

(6) Para a determinação do valor do prédio, não se atendia a eventuais potencialidades urbanísticas.

(7) Sobre o recurso ao instrumento enfitêutico e à sua progressiva consolidação legislativa no direito administrativo francês, ver ALBERTO RUIZ OJEDA, *Domínio Público y Financiación Privada de Infraestructuras y Equipamentos. Um estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Madrid, 1999, págs. 67 e segs.

investidura na propriedade plena quando a administração não pagasse o canon durante três anos consecutivos (8).

Do exposto uma lição se retira. Se, por vezes, a história do direito desfigura instituições antigas, provocando-lhes deformidades de sentido descaracterizador, outras vezes há em que essas mesmas instituições se revitalizam em berços jurídicos que não foram, originariamente, os seus. É este o retrato do aproveitamento que o direito público dispensou à enfiteuse.

A história do direito será sempre um imenso *liber scintillarum*. Dele saltam, quando menos se espera, centelhas jurídicas aptas a servir o presente do nosso direito.

(8) Neste sentido, ver ALBERTO RUIZ OJEDA, *Domínio Público y Financiación Privada de Infraestructuras y Equipamentos*, cit., págs. 109 e seg., e 114 e seg.

