

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

Cassiano Malacarne¹

Ao estudarmos a enfiteuse em Portugal medieval é inevitável que relacionemos à história do Brasil colonial. Por não nos dedicarmos à história do Brasil, ainda que nossa área de atuação seja o direito português medieval e a contribuição romano-canônica (todos formadores do direito brasileiro), faremos, antes, apenas uma análise sucinta, alicerçada na historiografia sobre o tema. E, depois, poderemos partir para o estudo da enfiteuse, segundo a regulação nas leis romanas e canônicas, nos começos de sua introdução no direito português.

Até a independência do Brasil o direito que regulava a colônia era o mesmo que regulava a metrópole, com suas particularidades e várias acomodações. Entre essas acomodações estava a regulação da terra, porque Portugal administrava o Brasil com vistas ao povoamento exploratório das riquezas. Mesmo assim, é difícil pensarmos na prática de contratos enfiteúticos (ou também ditos, aforamentos) como um meio de concessão de latifúndios. Em uma obra clássica, Felisbello Freire², analisando vasta quantidade de cartas de doações de sesmarias, as quais resume em nota e pelas quais podemos perceber sua evolução histórica, afirmou que, a partir de 1695, o governo português começou a exigir foros, tornando o dono de sesmaria um enfiteuta do Estado. Jacob Gorender³ contesta isso afirmando que seriam apenas impostos, que outras características da enfiteuse apontadas pelas *Ordenações Filipinas* não estariam presentes nas cartas, e que mesmo se estivessem implícitas não há qualquer vestígio de sua aplicação. Sem chegarmos a nenhuma definição do grau da influência da enfiteuse sobre o regime das sesmarias desde o surgimento desta na Idade Média portuguesa, é elucidador vermos, em uma carta de doação de sesmaria reproduzida por Felisbello Freire⁴, de 1813, a afirmação de que o príncipe D. João possuía o “domínio directo” por causa da “conquista” do Brasil, enquanto o beneficiário possuiria apenas o “domínio útil”, obrigando-se a pagar o foro. Contudo, nenhuma outra característica da enfiteuse está presente, além do foro, o domínio útil e a longa

¹ Doutorando em História na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: <cassiano_ninho@yahoo.com.br>.

² FREIRE, Felisbello. *História Territorial do Brasil*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, vol. 1 (Bahia, Sergipe e Espírito Santo), 1906, p. 132-136.

³ GORENDER, Jacob. Regime territorial no Brasil escravista. In: STEDILE, João Pedro (org.). *A questão agrária no Brasil: O debate na esquerda – 1960-1980*. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 187, 191-197.

⁴ FREIRE, *História Territorial do ...*, p. 205, nota 2.

duração. As cartas de sesmarias transcritas e resumidas por Freire indicam essa variação histórica e, como afirma Gorender, sua aplicabilidade é contestável, levando a que os foros dificilmente fossem pagos, e de qualquer forma com relação às sesmarias, foram abolidos em 1831⁵.

Se debates existem sobre a possibilidade de terem havido características enfiteúticas nas sesmarias doadas em determinado momento histórico do Brasil (depois de 1695), os autores convergem na informação de que os contratos enfiteúticos ou aforamentos foram celebrados, desde os primeiros tempos, nas subdivisões feitas pelos detentores de sesmarias sobre suas terras, fossem esses detentores os latifundiários, câmaras de governo municipal ou institutos eclesiásticos.

Os possuidores de sesmaria já tinham ganhado suas terras (confirmadas por cartas régias) ou do capitão donatário (nas capitânicas particulares) ou diretamente da autoridade pública, através dos governadores das capitânicas, com os encargos de aproveitamento das terras e do pagamento do dízimo que deveria ir para a Ordem de Cristo. E, como uma forma de renda, aforavam parte de suas terras, ou seja, cobravam foros anuais sobre a produção, além de possuírem outros direitos em tudo semelhantes aos que veremos mais abaixo nas determinações do direito romano. Assim, as sesmarias doadas pelo governo português eram muitas vezes redivididas e arrendadas pelos sesmeiros aos pequenos colonos, formando-se «agregados agrícolas», o que seria a primeira forma de trabalho livre, ao lado do trabalho escravo. E, se para os grandes produtores agrícolas escravocratas, esse foro sobre outros colonos menores não representaria a principal riqueza, para algumas câmaras municipais ao menos, ela viria a se transformar numa das principais ou na mais expressiva fonte de rendimentos⁶.

A Enfiteuse nas terras eclesiásticas do reino português: os bispos e o monarca

A enfiteuse é uma instituição de administração e aproveitamento econômico das propriedades rurais com o objetivo de aproveitar ou recuperar terras incultas. Ela é de origem grega, sendo que daí passou para o mundo latino, sendo tardiamente regulamentada no direito romano justiniano pelos decretos dos imperadores Leão I (457-474), Zenão (474-491) e Justiniano (527-565)⁷. Essas leis foram reunidas por

⁵ GORENDER, Regime territorial no Brasil..., p. 194.

⁶ MAIA, Thalita de Moura Santos. *Terras cariocas: aforamentos do século XVIII na historiografia da cidade do Rio de Janeiro*. In XV Encontro Regional da ANPUH-Rio (Rio de Janeiro, 19 a 23 de julho de 2010). Disponível em: <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276650085_ARQUIVO_Artigoanpuh2010-versaofinalThalitaMaia.pdf>. Acesso em 14/04/2012; GORENDER, Regime territorial no Brasil ..., p. 194-195; FREIRE, *História Territorial do ...*, p. 166 e nota 1 (em que diz que juridicamente a cidade de Urubu na Bahia, tudo indica que Paratinga a partir de 1943, seria toda uma cidade foreira e que os governantes deveriam conhecer esse patrimônio e ver nisso uma importante fonte de rendas municipais); p. 175, nota 3.

⁷ *Cuerpo del Derecho Civil Romano, A Doble Texto, Traducido al Castellano del Latino*. Publicados por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen; Tradução ao castelhano por Ildelfonso L. García del Corral. Barcelona: Reimpresão do original publicado por J. Molina, 1889-1898, pela editora Lex Nova [1988?], 6 volumes: v.1, pt.1 – *Instituta e Digesto*; v.2, pt.1 – *Digesto*; v.3, t.3, pt.1

Graciano no século XI em sua compilação⁸, e aproveitadas pelo Papa Gregório IX (1227-1241) no século XIII, regulamentando-se, assim, no direito canônico. Raoul Naz afirma que *L'emphytéose est un contrat qui confère un droit réel de jouissance sur un bien-fonds, à perpétuité ou pour une longue durée à charge, pour le preneur, de payer une redevance annuelle appelée 'canon' et d'améliorer le fonds.*⁹

Segundo Rosa Marreiros, a enfiteuse diferencia-se do arrendamento por ser de longa duração ou perpétua¹⁰, ou ainda por vidas. Ela possuía outras características que serão demonstradas mais adiante e nem sempre totalmente presentes nos seus primeiros tempos em Portugal: caráter hereditário, pagamento de foro anual, preferência do dono em comprar o domínio útil e melhoramentos, pagamento de uma percentagem ao dono quando da venda (laudêmio), obrigação do possuidor de cultivar e beneficiar a terra. É uma instituição milenar, cujo conceito aqui apresentado diz respeito somente ao período posterior à regulamentação romana, visto que daí passou para o mundo medieval, moderno e, inclusive, contemporâneo. A enfiteuse se difundiu na Europa através da Igreja. Foi ela quem utilizou, acima de tudo, essa instituição. Os particulares a desconheciam em grande parte. Foi assim ao menos na Itália, Portugal e França. Neste país ela foi utilizada nas propriedades eclesiásticas até um decreto do imperador dos francos, Luis I, o piedoso (814-840), a abolir porque violaria o princípio de inalienabilidade dos bens da Igreja estipulado pelo concílio de Agde (506). Todavia, com o renascimento do estudo do direito romano no século XII reaparece, nos textos religiosos, a palavra *emphyteusis*, embora se deva ter cuidado com o vocabulário, visto que era sinônimo de toda locação perpétua, e tendo-se em conta que a enfiteuse era muito influenciada pelo direito feudal. A enfiteuse é largamente utilizada pela Igreja a partir do século XIII, ao menos na França, mas também começou a sê-lo pelos laicos. Dessa forma, a Igreja assegurou a propriedade transmitida em contrato e, assim, pôde garantir o princípio de inalienabilidade¹¹.

Entre as causas apontadas por Raoul Naz¹² para a utilização da enfiteuse a partir do século XII estão razões econômicas, políticas, jurídicas e sociais. A razão econômica seria que somente o uso prolongado da terra encorajaria sua exploração; o motivo político tem a ver com o prestígio social que os senhores teriam em reter

– *Digesto*; v.4, t.1, pt.2 – *Código*; v.5, t.2, pt.2 – *Código*; v.6, pt.3 – *Novelas*. A lei de Zenon está no *Código de Justiniano* (C. IV, 66, 1), a de Justiniano foi compilada no *Digesto* (D. II, 8, 15, § 1), e a do imperador Leão nas *Novelas* (N Justiniano. CXVI, 8; C. I, 2, 14).

⁸ *Decretum Gratiani*. In: *Corpus Iuris Canonici*. Edição de Aemilius Friedberg. Leipzig: Druck, vol. 1, 1959, reimpressão de 1881, c. 2, C. X, q. 2, em que o “c” representa o cânone ou capítulo, o “C” indica a Causa e o “q” referencia a questão.

⁹ NAZ, Raoul. *Emphytéose*. In: NAZ, Raoul (dir.). *Dictionnaire de Droit Canonique*. Paris; Librairie Letouzey et Ané, 1950, v. 5, col. 333-337.

¹⁰ MARREIROS, Rosa. Os Bens e os Proventos da Igreja na Época Medieval. *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, Faculdade de Letras da Universidade Nova de Lisboa, t. XXXI, v. I, p. 168.

¹¹ NAZ, *Dictionnaire de Droit Canonique...*, col. 333-334. A alienação durava algumas vidas e não era perpétua, como ocorriam com os contratos seculares. Todo contrato eclesiástico perpétuo era proibido pelo direito canônico (c. 5, X, III, 13) e, antes dele, pelo direito romano (C. 1, 2, 14). Contudo, na prática, existiram contratos de aforamentos perpétuos no meio eclesiástico, como se pode ver em um contrato enfiteutico de terras cedidas pelo mosteiro de Alcobaca, no apêndice documental da obra citada de Virginia Rau (op. cit., p. 193) que registra *Afforamento pera sempre*.

¹² NAZ, *Dictionnaire de Droit Canonique...*, col. 334.

a terra e receber o pagamento anual por seu uso, em se tratando de propriedades seculares; o fator jurídico tem a ver com a proibição de se auferir lucro ou praticar usura com a venda das propriedades; e a causa social diz respeito à impossibilidade de as pessoas pobres comprarem as terras e a enfiteuse possibilitaria, assim, a sua sobrevivência material.

Com relação a Portugal, segundo Mário Júlio de Almeida Costa¹³, a enfiteuse era chamada também de empraçamento, concessão *ad forum*, aforamento, prazo ou foro. Seu surgimento ocorreu a partir do século XIII alicerçado pelo renascimento do direito romano-canônico. Mas:

[...] o direito comum veio encontrar perfeitamente definidos os eixos do instituto: o grande alcance da influência romanística e canonística consistiu, sobretudo, em transformar em científica uma compreensão até essa altura orientada por um sentimento jurídico-empírico¹⁴.

Assim, já existiam institutos semelhantes à enfiteuse na península. A doutrina romana definiu juridicamente uma prática anterior. Contudo, as palavras empregadas eram sempre aquelas citadas acima. A palavra *enfiteuse* aparece, pela primeira vez em latim, em uma queixa dos bispos portugueses dirigidas contra o rei D. Afonso III (1248-1279), no artigo XXIII de 1268¹⁵, e afirma Almeida Costa que, nessa altura, essa palavra foi utilizada apenas eruditamente, ficando circunscrita ao meio letrado.

No capítulo vigésimo terceiro das queixas (que somente seriam satisfeitas em uma concordata realizada em 1289 entre os prelados escudados pela Santa Sé e o rei D. Dinis) traduz Herculano da língua latina:

Que não só [D. Afonso III] prohibia aos eclesiasticos a aquisição de quaesquer propriedades, ainda não sendo emphyteuticas nem feudaes, mas tambem confiscava todas as que possuiam, quer compradas antigamente, quer compradas de novo.¹⁶

Embora Herculano nos forneça apenas a versão traduzida por ele, nesse caso indica de quais palavras foi feita a tradução, dado a polêmica dos termos empregados pelo clero. Referente à expressão *non emphyteuticas, nec feudales* ele escreve: *Ambas as designações eram extranhas a Portugal, e a segunda a nenhum genero de propriedade se podia applicar; mas os prelados precisavam de accommodar-se á linguagem jurídica geral na Europa além dos Pyrinéus.¹⁷*

¹³ COSTA, Mário J. de Almeida. Enfiteuse. In: SERRÃO, Joel (org.). *Dicionário de História de Portugal*, v.2, 1984, p. 379-383.

¹⁴ COSTA, Enfiteuse ..., p. 380; ALMEIDA, Alfredo de Moraes. *Da Emphyteuse no Moderno Direito Civil Portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade, separata do Instituto, 1898, p. 37-38.

¹⁵ HERCULANO, Alexandre. *História de Portugal*. Lisboa: edição Tavares Cardoso e Irmão, t. III, 1903, p. 104; COSTA, Enfiteuse ..., p. 380.

¹⁶ HERCULANO, *História de Portugal...*, p. 104. Os grifos são nossos.

¹⁷ HERCULANO, *História de Portugal...*, p. 104, nota 1.

Era necessário, portanto, que a linguagem se adequasse ao que era conhecido no restante da Europa. Não havia uma designação que pudesse ser específica para Portugal e ainda que fizesse possível o entendimento, pela cúria romana, a quem eram apresentados os artigos. Da mesma forma que Alexandre Herculano, José Mattoso fala sobre a importância que tinha a ideologia feudal em Portugal, muito mais do que as instituições feudais rigorosamente ditas. Essa mentalidade feudal foi importada de outras nações européias e se espalhou por toda a sociedade portuguesa da época, não apenas no meio nobre. E ela seria muitíssimo mais extensiva na sociedade do que os contratos feudo-vassálicos propriamente ditos¹⁸.

Os mesmos artigos de 1268 são apresentados a D. Dinis em 1289 e já vêm vertidos para o vernáculo. Ali encontramos as expressões adequadas às instituições sócio-econômicas nacionais:

*Que esse Rey nom solamente defende aos Bispos, e aas pessoas das Igrejas, que nom comprem possissões algũas, pero nom sejam regueengas, nem foreiras, mais aquellas, que som d'antigamente compradas, ou novamente per elles, ou per seus antecessores, ou entramente gaanhadas, faze-as tomar per torto.*¹⁹

As palavras *emphyteuticas e feudales* de 1268 foram traduzidas posteriormente, no documento de 1289, por “reguengas” (as terras do rei) e “foreiras”. Mas, parece claro que na mentalidade da época uma terra reguenga e uma possessão foreira eram vistas como sendo feudal e enfitêutica, respectivamente (e não enfitêutica e feudal). Isso embora, segundo um conceito historiográfico (não unânime), para ser um feudo na prática, o reguengo deveria estar regulado por relações contratuais entre os grupos nobres e não entre o rei e os elementos de categoria social inferior²⁰. E também embora, com relação à enfiteuse, nessa época ela ainda não havia sido regulamentada pelo direito português. Mas, com relação à aplicação de normas do direito romano sobre terras aforadas Henrique da Gama Barros²¹ demonstra como, desde o século XI, existiam em Portugal muitas terras eclesiásticas e seculares que possuíam características enfitêuticas, ainda que nem todas elas estivessem presentes, mas latentes.

E, como demonstraremos agora, tanto as palavras portuguesas “reguengas” e “foreiras” se tornaram sinônimas pela força da prática legal da monarquia de

¹⁸ MATTOSO, José. *Identificação de um País: Ensaio sobre as Origens de Portugal (1096-1325)*. Lisboa: Estampa, 1995, v.I, p. 84-87.

¹⁹ *Ordenações Afonsinas*. Reprodução fac-símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra (1792) pelo Serviço de Educação. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 5 v., 1998, II, II, art. II (de ora em diante OA). Os grifos são nossos. As concordatas de D. Dinis com os prelados também se encontram no LLP ou *Livro das Leis e Posturas* (Edição da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Lisboa: 1971, p. 342-379; e nas *Ordenações Del-Rei Dom Duarte* (Edição Crítica de Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, entre as p. 224-276).

²⁰ MATTOSO, *Identificação de um País...*, p. 50-53.

²¹ BARROS, Henrique da Gama. *História da Administração Pública em Portugal*. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1914, t. III, p. 582-583, nota 2, 586-587, 633.

D. Dinis, como também os vocábulos “*emphyteuticas*” e “*feudales*” eram vistos como, de certa forma, equivalentes no tratamento jurídico dispensado pelos bispos portugueses.

Começemos pela ação do monarca. D. Dinis que, segundo José Mattoso, será o responsável por dar uma equivalência jurídica às propriedades reguengas e foreiras:

[...] a tendência para o nivelamento dos dependentes e a simplificação introduzida pela difusão do regime senhorial levaram, durante a segunda metade do século XIII, a desprezar as distinções, agora cada vez menos importantes. [...] Ao rei importava apenas impedir que as terras mudassem de estatuto por ausência de proprietários ou alienação em favor de privilegiados.²²

E, conclui o autor, a nivelção se concretizou quando da outorga, por D. Dinis, de uma lei de 1311 que reafirmava a proibição dos clérigos comprarem o usufruto dos reguengos, porque o rei fala apenas de suas possessões particulares, deixando de lado a situação específica das terras foreiras, distinção que fez seu pai, em uma lei de 1265, sobre o mesmo tema²³. Continuando nesse desenvolvimento da ideia de equivalência vocabular ou jurídica desses institutos, em 1311 o bispo da diocese de Viseu, D. Egas²⁴, escreveu um resumo do foro, das liberdades e privilégios eclesiásticos, em que podemos perceber que as terras feudatárias e enfiteúticas eram regidas por regras semelhantes:

Item habent priuilegium ut si earum feudatarius uel emphiteota cessauerit in solutione canonis per biennium, possessionem amittat nisi celeri satisfactione emendet, que celeritas relinquatur arbitrio iudicis, quod non est in priuato ubi triennium requiritur, ut extra de locato et conducto Potuit.²⁵

Por essa passagem concluímos que enfiteutas e feudatários possuíam as mesmas obrigações quanto ao pagamento do cânon ou pensão anual. Mas, isso é direcionado ao território português. A decretal papal *Potuit*, citada por D. Egas, não possui a palavra “*feudatarius*”, e não aparece sequer em alguma lei do título onde a decretal está inserida, *De locato et de conducto*. A única palavra que se aproxima é “*feudum*”, citada em uma lei do referido título que alerta, ao final, que as locações devem evitar que as terras sejam vendidas ou tornadas feudos (c. 2, X, III, 18), o que revela que a terra enfiteútica não era entendida pela Igreja como um feudo. Já a palavra

²² MATTOSO, *Identificação de um País ...*, v.2, p. 70.

²³ MATTOSO, *Identificação de um País ...*, v.2, p. 70; OA II, XIII; LLP, p. 87-88, 188-190, 380-381.

²⁴ D. EGAS (Bispo de Viseu). *Summa de Libertate Ecclesiastica*. In: GARCIA Y GARCIA, António (ed.). *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*. Madrid: Fundación Universitaria Española, p. 219-281, 1970.

²⁵ D. EGAS. *Summa de Libertate Ecclesiastica...*, p. 276. “Também elas têm o privilégio que se o feudatário ou o enfiteuta delas tenha cessado no pagamento do cânon por dois anos, que perca a possessão a não ser que corrija com reparação rápida, e a rapidez é deixada ao arbítrio do juiz, que não é no privado onde por três anos é requerido, como *extra de locato et conducto Potuit*.”

feudatarius não obriga, de forma alguma, à existência de um feudo, mas sim em relações de subordinação feudal.

Assim, ao fazer um resumo das leis a respeito, D. Egas teve em mente as instituições locais utilizadas em Portugal. A palavra “*feudatarius*”, com certeza é a tradução em latim de qualquer possessão com algum tipo de foro (para a monarquia também poderia ser um reguengo) ou mesmo de “feudatário”, vocábulo utilizado como sinônimo para essas duas palavras, como vemos em uma resposta de D. Dinis (1289) a uma demanda dos bispos:

Mais porque os Reyx, donde vem o dito Rey, ouverom de direito sempre, e de custume, que tambem Clerigos, como Leigos, que lavram as possissões fiscaes feidatarias, ou regueengas, devem a responder, e acostumarom sobre taaes possissoões, e coutos dellas em sa Corte, ou dante outro Juiz Sagral [...] (OA, II, II, art. IX).

Outra presença da palavra “enfiteuse” em Portugal, no início do século XIV, também nos é fornecida por um documento episcopal. D. João, bispo da diocese de Lisboa, em sínodo realizado em 1307 legisla de forma distinta para clérigos que alugam e emprazam (concedem em enfiteuse) terras para os laicos:

Item, sub excommunicationis pena statuimus quod nullus rectores monasterii et ecclesiarum nostre diocesis arrendet baronibus seu militibus uel aliis laicis possessiones proprias seu regalengas seu alias quascumque ad ipsos laicos spectantes cum tales arrendationes iura prohibeant manifeste et in ecclesiarum et monasteriorum redundant non modicam lesionem [...].²⁶

Item, statuimus quod nullus prior, rector seu uicarius monasterii et ecclesiarum nostre diocesis faciat pactum seu emplazamentum uel emphiteoticum uel quodcumque alium contractum celebret de bonis immobilibus monasterii et ecclesiarum sine licentia et mandato nostro speciali [...].²⁷

Vemos aí que há uma diferença entre arrendamentos e enfiteuses. Os clérigos que possuíam terras, geralmente de herança, uma vez que não podiam se dedicar a elas, as alugavam. Os mosteiros que recebiam doações de terras, grande parte delas

²⁶ *Synodicon Hispanum*. Edição de António GARCIA Y GARCIA. Salamanca: Universidade de Salamanca, v. 2: Portugal, 1982, p. 309, lei 11. “Também estatuímos sob pena de excomunhão, que nenhum reitor de mosteiro e igrejas de nossa diocese arrende aos barões ou a cavaleiros ou a outros laicos as próprias possessões ou reguengas [do rei] ou outras que de qualquer modo que para esses laicos diga respeito, visto que as leis proíbem manifestamente tais arrendamentos e nas igrejas e mosteiros resultam não poucos prejuízos [...]”.

²⁷ *Synodicon Hispanum*. *Op. cit.*, p. 309, lei 13. “Também estatuímos que nenhum prior, reitor ou vigário de mosteiro e igrejas de nossa diocese faça pacto ou emprazamento ou enfiteuse ou que celebre qualquer outro contrato sobre os bens imóveis do mosteiro e das igrejas sem nossa licença e mandado especial [...]”.

em testamento, as entregavam em enfiteuse. Não há impedimentos maiores quanto à enfiteuse do que a autorização, a verificação do contrato, por parte da autoridade eclesiástica competente, conforme o direito canônico universal estipulava²⁸. A necessidade de regulamentação revela que muitos contratos enfiteuticos estavam sendo celebrados na diocese de Lisboa (ainda não era uma arquidiocese) naquela época. Contudo, os arrendamentos de terras pertencentes ao clero (não à Igreja) e a sublocação dos reguengos estavam proibidos. Isso deveria ocorrer porque a extensão das garantias das liberdades eclesiásticas das terras da Igreja dificilmente deveriam passar às terras do clero²⁹ e, principalmente, porque as leis civis da época proibiam a locação, foro, empraçamento e venda dos reguengos:

[...] que ElRey Dom Affonso meu Padre defendeo [proibiu], que os juízes da terra nom dessem nenhũa herdade Regueenga a foro sem sua Carta, e achei, que contra a dita Carta, e defesa as derom a foro muitos Juizes da minha terra: Tenho por bem, e mando que todalas herdades, que assy foram dadas des quarenta annos a cá, sejam revogadas [...] per razom de empraçamentos, que faziam aquelles, que as traziam, com Hordeens, e com Igrejas [...] mando que se nõ façam estes empraçamentos [...](OA II, XIII).

Essa lei de D. Dinis (1311) é uma reafirmação do decreto de seu pai, D. Afonso III. Assim, mesmo que a regulamentação do bispo D. João seja anterior àquela de D. Dinis, ela é muito posterior a de D. Afonso III.

Dois anos depois, em 1309, é celebrada uma concórdia entre esse mesmo prelado e o rei D. Dinis por questões semelhantes que levaram às concordatas de 1289 e 1292 (ironicamente D. João foi procurador do monarca na concordata de 1289, devendo conhecer muito bem os item acordados, portanto). E um dos artigos tem relação direta com a primeira das regras instituída por D. João em 1307, a primeira delas:

Diz que se algũas possissoões da Igreja arrendam, ou alugam a alguũ Leigo por certa renda, e aquella renda lhe nom da o Leigo, que elle deve seer seu Juiz, ou seus Vigarios, e conhecer desse feito.

A Este artigo responde ElRey, e diz que em quanto o rendeiro estiver na possissom daquello, que arrendou

²⁸ *Decretalium Gregorii IX*. In: *Corpus Juris Canonici*. Edição de Aemilius Friedberg. Leipzig: Druck, vol. 2, 1959, reimpressão de 1881, c. 5, X, III, 13 (“c.” indica o cânone; o X indica o nome, *Liber Extra*, como é conhecido também; em seguida vem o livro e o título). Proíbe que os sacerdotes vendam, penhorem, permutem ou entreguem em enfiteuse as terras de suas igrejas, sem autorização do bispo.

²⁹ Como em 1311 escreve o colega de D. João, do bispado de Viseu: “*Item res clericorum patrimoniales eodem gaudent priuilegio, ut res ecclesie, et ita uidetur committi sacrilegium in eis sicut in rebus ecclesie, et ecclesia debet eas defendere sicut suas, ut legitur xvi. q.i. Similiter*” (“Também as propriedades patrimoniais dos clérigos gozam de privilégio pelo mesmo, como coisas da Igreja, e assim é considerado ser cometido sacrilégio a aquelas como nas coisas da Igreja, e a Igreja deve aquelas defender como suas próprias, como é lido *xvi. q.i. Similiter*”). D. EGAS. *Op. cit.*, p. 267). D. Egas reproduz o *Decreto de Graciano*, C.16 q.1 c.58, que compila tal regra canônica universal.

da Igreja, e o Clerigo o quer demandar pola renda, que o demande pelo Juiz da Igreja; mais se o ja leixou como devia, e fica pola renda, ou parte della, como devedor, deve-o chamar perante o Juiz Leigo, que he Juiz desto (OA, II, IV, art. XXI).

O bispo de Lisboa reclama da aplicação da justiça sobre os locatários de terras eclesiásticas. Em sua resposta, o monarca distingue bem a questão: somente se o laico não tiver deixado as terras alugadas é que o tribunal episcopal poderia julgar. Se ele saiu das terras e ficou devendo, a Igreja deveria acionar o tribunal régio. Concluimos, portanto, que se D. João já encontrava problemas em proteger judicialmente as terras da Igreja, quanto mais não encontraria em defender aquelas dos clérigos e as reguengas por eles usufruídas. Contudo, não há reclamações quanto aos enfiteutas do patrimônio eclesiástico. Isso poderia ser explicado pelo fato de que nos arrendamentos eram muito mais frequentes os términos de contrato porque eram de curta duração e, assim, os arrendadores saíam sem quitar suas dívidas. Por outro lado, não é possível que houvesse uma queixa implícita sobre a jurisdição dos enfiteutas no artigo acima, visto que anteriormente, em 1307, ele legislou de forma distinta para arrendamentos e enfiteuses.

Temos explicado, portanto, a regulamentação da instituição da enfiteuse no meio eclesiástico nas dioceses de Lisboa e de Viseu. No meio secular, Almeida Costa, nos diz que a palavra em português, “enfiteuse”, corrompida como “en fatiota” aparece somente no reinado de D. João I (1385-1433)³⁰ na legislação, em data bem posterior ao seu surgimento em Portugal. Mas faz referência apenas à enfiteuse eclesiástica e está incluído em um título que não trata especificamente do instituto. A regulamentação da enfiteuse das terras da Igreja e dos senhores seculares foi incluída por D. Afonso V (1448-1481) em outros títulos das Ordenações Afonsinas (livro IV, títulos 77-80. O estabelecimento do direito de preferência de compra do senhor e o laudêmio estão contidos no título 79. A declaração que diz que a lei real segue os decretos romanos e canônicos, a determinação de expulsão em 3 anos em terras seculares e 2 em eclesiásticas estão estabelecidos no título 80). Mas a expressão utilizada foi “terras foreiras”. Assim, foi com D. João I que começou a se fazer presente a palavra “enfiteuse” nos documentos monárquicos, mas os outros nomes continuaram a ser utilizados.

O pagamento do cânon, danos e melhoramentos dos campos

Analisamos, aqui, as obrigações e direitos dos enfiteutas das terras eclesiásticas presentes nas únicas normas que regulavam a instituição no fim do século XIII e início do século XIV, as leis romanas e canônicas. As leis canônicas absorviam e transformavam os antigos regulamentos imperiais romanos. Por sua vez, a monarquia portuguesa se encarregava de zelar pelo cumprimento do direito canônico, chegando até mesmo a incorporar essas regras em suas determinações legislativas, como ocorria de fato em todas as monarquias da Cristandade. Isso ocorreu de forma passiva no

³⁰ OA, II, XXIX, § 16; COSTA, *Enfiteuse ...*, p. 380.

período da Reforma Gregoriana (período de supremacia da Igreja) até os primórdios do fortalecimento político do Estado; e depois sujeitando esse direito canônico até as disseminações iluministas e revolucionárias dos séculos XVIII e XIX.

Já vimos acima, em uma obra que resume as liberdades do clero e da Igreja, *Summa de Libertate Ecclesiastica*, que os enfiteutas das propriedades da Igreja poderiam ser expulsos das terras, se não pagassem o cânon, em dois anos e não em três anos como ocorria com os demais tipos de enfiteuse. Essa regra não é de origem canônica, mas romana, instituída pelos imperadores após a adoção do Cristianismo, por perceberem uma sacralidade do bem religioso, entregue pelos laicos como meio piedoso. D. Egas sempre faz referência das leis que descreve e, como vimos, ao tratar das enfiteuses, cita a decretal Potuit. Analisemos seu conteúdo:

Potuit emphyteuta, ecclesia primitus requisita, eique nunciato quantum sibi ab aliis offertur, si nolle se emere dixerit, vel a denunciationis tempore duorum mensium spatium sit elapsum, meliorationes et ius sibi competens aliis vendere, qui ab emptione huiusmodi minime prohibentur. Emphyteuta quoque secus praesumendo, vel cessando in solutione canonis per biennium, nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, iuste potuisset expelli, non obstante, quod ei, ut canonem solveret, non existit nunciatum, quum in hoc casu dies statuta pro domino interpellat (c. 4, X, III, 18).³¹

A lei canônica estipula a tolerância de dois anos para o não pagamento da pensão anual. Essa decretal foi fundamentada nos decretos imperiais romanos abaixo:

Si vero quis aut locator aut emphyteuta alicuius rei competentis aut sanctissimae maiori ecclesiae, aut alteri venerabili domui in quolibet loco nostrae reipublicae constitutae aut deteriore faciat rem, quam quidem aut accepit, aut post haec acceperit, aut per biennium non intulerit, quod ab eo promissum est emphyteuticum, aut locationis canonem, damus licentiam venerabili domui, ex qua locatio aut emphyteusis facta est, et quae debentur solo pro praecedente tempore, et antiquum statum locatae sive emphyteuticae rei exigi, et eiici de emphyteusi sive de locatione, non valentem de emponematis actionem

³¹ “O enfiteuta deve requerer primeiramente a igreja, declarando-lhe quanto por outros é oferecido [preço]; se ela tiver declarado se recusar a comprar, ou depois da notificação tenha decorrido o espaço de tempo de dois meses, compete a si [enfiteuta] vender para outros os melhoramentos e o direito, a quem não seja proibida a venda. Também o enfiteuta que, por outro lado, tenha ousado cessar o pagamento do cânon por dois anos, a não ser que logo após tenha se empenhado em cuidar rapidamente da satisfação, legitimamente pode ser expulso, não obstante se ele não fosse denunciado para que pagasse o cânon, porque nesse caso já faz isso o prazo estabelecido pelo senhor.”

aliquam contra venerabilis domos movere (N. [Novelas, lei de Justiniano] CXVI, 8).³²

Qui rem huiusmodi conductam vel in emphyteusin acceptam fecerit deteriore, aut emphyteuticam canonem per biennium non solverit, hac lege repelli potest, ut tamen solvat totius temporis pensionem, et id, in quo rem laesit, resarciat, non repetiturus, si quid impendit nomine meliorationis (C. [Código de Justiniano, lei de Justiniano, I, 2, 14.].³³

[...] minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre. Sin autem duorum mensium spatium fuerit emensum, et dominus hoc facere nouerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini meliorationes suas vendere, his tamen personis, quae non solent in emphyteuticis contractibus, vetari ad huiusmodi venire emtionem [...] Et ne avariti tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitanti [...] non amplius eis liceat pro subscriptione vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii vel aestimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere (C. [Código de Justiniano] IV, 66, 3).³⁴

Para os contratos seculares o prazo era de três anos: [...] sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere [...] (C. [Código de Justiniano, lei de Justiniano], IV, 66, 2).³⁵

³² “Mas si algún arrendatário ó enfitéuta de alguna cosa perteneciente ya á la santíssima iglesia mayor, ya á otra venerable casa sita en cualquier lugar de nuestra república, deteriorase la cosa que ya ciertamente recibió, ó que después de ahora recibiere, ó no hubiere pagado durante un bienio la pensión enfitéutica, que por él se prometió, ó el cãnon de locación, le damos licencia á venerable casa, por la que se hizo la locación ó la enfitéusis, para que exija lo que se debe sólo por el tiempo anterior, y el antiguo estado de la cosa arrendado ó dada en enfitéusis, y para que lo eche de la enfitéusis ó del arrendamiento, sin que pueda promover contra las venerables casas acción alguna por las mejoras”. Ano de 544. Toda a constituição CXVI trata das enfiteuses eclesiásticas.

³³ “El que hubiere deteriorado una cosa de esta naturaleza tomada en arrendamiento ó recibida en enfitéusis ó durante un bienio no hubiere pagado el cãnon enfitéutico, puede ser repelido por esta ley, pero de modo que pague la pensión de todo el tiempo, y resarza aquello en que deterioró la cosa, no debiendo repetirlo, si algo gastó á título de mejora”. Ano de 544 [?].

³⁴ “[...] de ninguna manera le sea licito al enfitéuta venderles à otros sin el consentimiento del señor sus propias mejoras, ó transferirles el derecho enfitéutico. [...] Mas si hubiere transcurrido el espacio de dos meses, y el señor no hubiere querido hacer esto, désele facultad al enfitéuta, para que cuando quisiere y sin el consentimiento de su señor venda sus mejoras, pero á aquellas personas á quines no se les suele prohibir [...] Y para que tentados de avaricia no exijan por esto grande suma de dinero los señores [...] no les sea licito em lo sucesivo recibir por su firma ó declaración sino la quinquagésima parte del precio ó la estimación de la finca, que se transfere á outra persona”. Ano de 530.

³⁵ “[...] pero durante todo un trienio ni hubiere pagado las pensiones, ni entregado al señor las ápochas

A partir do confronto da passagem da Summa com as fontes nas quais ela se inspira podemos chegar a conclusões que podem nos ajudar a entender as intenções e preocupações do bispo de Viseu. Na Summa, D. Egas diz que as decisões sobre o pagamento do cânon deveriam ficar ao encargo do juiz, contudo, a decretal Potuit na qual ele se fundamenta, não fala em juiz, mas em senhor. Por outro lado, o juiz mencionado pelo bispo de Viseu não recebe uma denominação qualificativa de “eclesiástico” ou “secular”, ainda que diga que a lei a ser seguida deva ser a canônica. Em toda a sua obra D. Egas designou sempre os juizes aos quais fazia referência: de eclesiásticos ou de seculares. Somente nessa passagem, e em outra que trata do tema das propriedades, é que omitiu a qualificação. Isso porque, nesses casos (chamados de “sacrilégios”, porque lesavam o sagrado), cabia, tanto ao poder religioso quanto às autoridades temporais, proteger as propriedades da Igreja. Nesse caso, o autor cita a decretal do Papa Lúcio III (1181-1185), *Quum sit generale* (c. 8, X, II, 2), a qual facilita os julgamentos dos sacrílegos, que poderiam ser julgados tanto por juizes civis quanto eclesiásticos.

A menção, tanto na lei canônica quanto nas leis romanas justianéias é apenas do senhor das terras, mas ele possuía os poderes de um juiz, latentes na decretal Potuit. Cabia a ele resolver a questão do não pagamento do cânon, citar em juízo e expulsar o enfiteuta. À mesma conclusão podemos chegar pela leitura da resposta de D. Dinis ao bispo de Lisboa. O rei impede apenas de serem demandados, pelo bispo, os devedores que deixaram as terras da Igreja, porque o prelado é o senhor (autoridade e não dono, no caso da Igreja) da propriedade. Como diz o próprio rei, enquanto o locatário estiver na terra “que o demande pelo Juiz da Igreja”. Não se trata, nesse caso, de uma disposição feita por D. Dinis sobre a enfiteuse, mas sobre arrendamentos, todavia dizia igualmente respeito a um senhor de propriedade eclesiástica, senhor que também era juiz.

Porém, apesar de em outras passagens D. Egas atribuir a competência judicial também aos tribunais públicos - em se tratando de usurpações do patrimônio da Igreja - ele queria que, no que se refereria à enfiteuse, os casos fossem julgados por juizes eclesiásticos: “[...] *celeritas relinquatur arbitrio iudicis, quod non est in priuato ubi triennium requiritur [...]*” (“a rapidez é deixada ao arbítrio do juiz, que não é no privado, onde por três anos é requerido”). O arbítrio judicial não deveria ser feito segundo leis seculares ou, ainda, o processo não deveria ser julgado por um juiz laico. Porém, não foi da decretal Potuit que D. Egas retirou essa afirmação. Nela, como dissemos, não há nada sobre a competência ou reafirmação do foro ou qualquer menção de juiz secular em se tratando especificamente da enfiteuse. E nem em qualquer parte do título *De Locato et Conducto*, local das Decretais de Gregório IX onde foi inserida a decretal Potuit. Apenas há a presença latente do prelado (prior, abade ou bispo, dependendo do estatuto das terras e de sua vinculação direta ou não a Santa Sé) que é o encarregado de julgar a retomada das propriedades daqueles locatários que não satisfizeram o pagamento do cânon no tempo devido.

De fato, a decretal Potuit, bem como essas leis romanas reproduzidas, apenas versam sobre as relações entre o locador e o locatário. O agente responsável é o *dominus* e não o *iudex*. Ainda que o primeiro revele certas qualidades do segundo,

de los tributos, séale licito al que quiera lanzarlo de los predios enfiteuticarios [...]. Ano de 529.

não era uma relação feudal, uma vez que a enfiteuse é anterior ao feudalismo (ainda que as revoluções liberais europeias consideram a enfiteuse um regime de servidão). O senhor poderia chamar o enfiteuta e estabelecer um prazo derradeiro para o pagamento da renda. Não deveríamos considerar o senhor também um juiz? De fato, o proprietário tem poderes de um juiz; da palavra dominus derivou “dom”, o senhor prelado, que naquela época julgava as questões que envolvessem propriedades eclesiásticas, como as enfiteuses e arrendamentos, possuindo imunidade fiscal e judicial relativa. No entanto, enquanto o vocabulário aplicado àqueles que detinham uma possessão da Igreja era feudatarius e emphiteota, os quais poderiam perder suas terras, aqueles protegidos por ela eram os seruus, rusticus e colonus, todos verdadeiramente integrantes da família eclesiástica, o conjunto de dependentes de uma unidade eclesiástica. A jurisdição aplicada aos foreiros (enfiteutas) era limitada às atribuições definidas pelo direito romano e canônico, não a laços feudais e senhoriais como no caso dos integrantes de sua família. Logo, os bispos não poderiam exercer sobre eles nenhum outro tipo de poder. Por isso que em uma determinação de 1311 D. Dinis proibiu que o bispo da Guarda impedisse que seus foreiros respondessem perante os juizes seculares sobre outras questões que não fossem fiscais.

Consideremos agora o tratamento dispensado pelas leis aos melhoramentos e danos feitos pelo foreiro à terra enfiteutica. O objetivo da locação perpétua era a melhora da terra, seja a construção de prédios, fertilização do solo, irrigação, como também a derrubada de árvores ou seu plantio. Acreditamos que seria difícil realizar um simples arrendamento em terras incultas e com falta de mão-de-obra. Havia muita importância atribuída a isso, tanto é que a legislação canônica (primeira lei acima) e o direito romano (quarta norma acima) obrigavam a que, se o enfiteuta desejasse vender seu domínio útil com os melhoramentos, ele deveria oferecer primeiramente ao senhor da terra. O preço deveria ser justo, nem uma parte e nem outra deveriam ser lesadas, principalmente o usufrutuário da propriedade, tendo em vista os poderes coercitivos do senhor, que geralmente deveria ser muito mais abastado que o enfiteuta. Se o senhor se recusasse a comprar, o enfiteuta poderia vender a outras pessoas, desde que fossem concessas et idoneas, conforme diz o Código de Justiniano, para que pudessem pagar o cânon. Da mesma forma, percebemos a importância dos benefícios feitos na terra e aumento do valor da propriedade pelo fato de que se o senhor não quisesse comprá-los, tinha ainda garantido o direito de receber a quinquagésima parte da venda, o que no direito romano, e até hoje, é denominado de laudemio.

De resto, o objetivo principal da enfiteuse era tornar as terras agricultáveis, como se percebe em uma decretal do Papa Alexandre III (1159-1181, c. 7, X, III, 13), o qual diz que as terras incultas deveriam ser entregues a pessoas zelosas, podendo contar com o auxílio dos parentes para erradicar o mato e recuperar a possibilidade de plantio no solo. Alexandre III ressalta que a administração das terras incultas não precisaria ser a enfiteuse, mas deveria ter o mesmo objetivo e encargo.

Contudo, apesar disso, os melhoramentos ainda assim não eram mais importantes que o pagamento em dia da pensão anual e nem evitar a ocorrência de danos, os quais ainda embora pudessem ser compensados pelos melhoramentos, não livravam o foreiro de ser expulso da propriedade. O impacto feito pelos danos, acreditamos, é a maior causa da expulsão do enfiteuta no direito romano. Em todas as leis

romanas os prejuízos feitos à propriedade aparecem antes do fato possível do não pagamento pelo locatário como motivos geradores da expulsão. O enfiteuta não somente é expulso como também perde direito ao valor que deveria receber pela venda das melhoras que porventura tenha feito nas terras concomitantemente aos danos realizados. Por outro lado, na única norma sobre enfiteuse no título sobre os tipos de locações no direito canônico, os danos sequer são mencionados como razão para a expulsão do locatário. Isso também ocorre na Summa de D. Egas, de 1311. Isso seria motivado pelas necessidades diferentes de épocas e regiões distintas? Toda nova regulamentação revela uma necessidade de uma época e de uma região. Os decretos imperiais regulam uma instituição centenária no mundo romano e milenar no mundo grego, mas as leis que manuseamos, e que chegaram até os juristas e legisladores medievais são do século VI, não de Roma, mas de Constantinopla. O aumento do número de terras com enfiteuse revela um mundo em constante ataque dos exércitos estrangeiros, com necessidade de defesa do território e falta de mão-de-obra para trabalhar nos campos incultos. Talvez o alastramento desse tipo de administração das terras da Igreja, causado também por um acúmulo de doações que, por sua vez podem ter sido motivados pelo aumento das devoções, tenha levado a uma perda de controle sobre os enfiteutas. Por isso a necessidade da regulação é bem detalhada, com a previsão dos danos; uma necessidade com certeza sentida pelos ditos ecônomos eclesiásticos (responsáveis pela administração dos benefícios eclesiásticos de acordo com o direito romano justianeu).

Por outro lado, o contexto da Europa do início do século XII, época da elaboração da lei canônica pelo Papa Gregório IX (1227-1241) é um período em que o homem comum não poderia deixar de se esforçar ao máximo no cultivo da terra, aproveitando-a também ao máximo para sobreviver. Por sua vez, muito lentamente é que as terras da Igreja passaram a adotar tal instituto, como herança do direito romano. Talvez isso ajude a explicar a ausência da preocupação com os prejuízos à terra por parte de Gregório IX e do bispo de Viseu. Ainda que Gregório IX retire elementos do direito romano, deixa de lado outros, legisla sobre os melhoramentos, mas não se preocupa com os danos.

Essas são, enfim, as características da enfiteuse aplicada sobre muitas terras da Igreja em Portugal no fim do século XIII e início do século XIV. Como vimos, a elaboração das leis seguiu sempre uma necessidade política, jurídica ou econômica. Portugal, assim como as demais monarquias da Cristandade, ainda valia-se de um instituto econômico herdado do direito romano justianeu e repassado ao direito português com a contribuição do direito canônico. De fato, essa é apenas mais uma das influências legislativas dos direitos romano e canônico sobre o direito ocidental. É essa regulamentação milenar que passará ao Brasil colonial e ao direito contemporâneo com todas as suas nuances.

Incorporação das regras da enfiteuse no direito colonial e pós-independência

Como dissemos no final do nosso segundo item, a enfiteuse foi regulamentada nas Ordenações Afonsinas, um conjunto de leis dos reis portugueses desde os primeiros tempos da monarquia, compiladas a mando de D. Afonso V cerca de 1450. Essas leis, incorporando a legislação canônica e romana, não mudarão

muito quando da promulgação das Ordenações Manuelinas em 1512 e, durante o domínio espanhol, das Ordenações ou Código Filipino. Após a independência do Brasil as regras continuaram a valer pela incorporação dessas normas no direito civil do Império (Consolidação das Leis Civis, 1858), e o instituto passou, transformado, ao Código Civil de 1916 e 2002.

Como o período colonial não faz parte da área de nossas competências, além de remetermos à leitura dos autores indicados na abertura, citaremos somente as fontes jurídicas, demonstrando a repercussão sobre o direito colonial. Da mesma forma que ocorre com relação às sesmarias, que devem ter suas cartas de doação estudadas para verificar a prática desse direito, o mesmo ocorre com os aforamentos, que devem ter seus contratos analisados, e ainda as disputas jurídicas a respeito de qualquer ação judicial que envolva tal instituto.

Não somente os contratos enfiteúticos, mas também as cartas de doação de sesmarias devem ser analisadas para que se estude ou se verifique o seu caráter enfiteutico, se existiu, conforme a época e região do Brasil colonial. Algo que Virgínia Rau³⁶, em *Sesmarias Medievais Portuguesas*, alerta que é necessário que se estude em Portugal, embora não tenha dedicado à questão mais do que um capítulo em seu livro, dado que sua intenção não era realizar um estudo jurídico. Mas o que ela analisou é muito significativo, uma vez que há diversos contratos, ainda que sejam a minoria, que revelam características de aforamento: laudêmio, preferência de compra pelo senhor, pagamento anual de foro. Até mesmo há contratos nos quais se lê “sesmaria emfiotiota” (1478) e “aforou de sesmaria” (1426)³⁷. A autora se interroga se, porventura, as sesmarias não teriam adquirido características enfiteúticas com o passar do tempo. O que nos parece com muitas probabilidades é que o aforamento seja irmão da sesmaria. Conforme a autora³⁸, surgiu nos primeiros tempos da monarquia portuguesa pela necessidade de aproveitar terras incultas e abandonadas, e que, conforme muitos documentos reais mencionam, não se cobravam foros porque o beneficiário da sesmaria já teria muitos gastos com o desbravamento da terra. É algo similar com o que ocorre no Brasil quando o rei de Portugal começa a colonização e têm pela frente grande quantidade de terras e poucos portugueses que ousariam se aventurar. E, depois, tenta se alterar, quando a colonização avança no século XVII. Fato é que as terras de sesmaria eram propriedades cedidas perpetuamente, mas o rei cobrava impostos (não o foro), incluindo o Brasil (dízimo que revertia para a Ordem de Cristo fundada para auxiliar o rei em questões militares contra os mouros) porque o domínio direto nunca foi renunciado, nem em Portugal e nem no Brasil. “Por direito de conquista” é uma expressão muito comum nos documentos medievais portugueses e nos documentos coloniais também.

Passemos ao estudo da transmissão das normas que regulavam a enfiteuse pelas Ordenações do período colonial. As Ordenações Manuelinas³⁹ registram essa

³⁶ RAU, Virgínia. *Sesmarias Medievais Portuguesas*. Lisboa: Presença, 1982, p. 115-125.

³⁷ RAU. *Sesmarias Medievais Portuguesas*, p. 121-122.

³⁸ RAU. *Sesmarias Medievais Portuguesas*, p. 27-57.

³⁹ *Ordenaçoes do Senhor Rey D. Manuel*. Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade, 1797.

recepção das normas romanas e canônicas no livro IV, títulos 63, 64 (obrigação de o foreiro avisar o senhor da intenção de venda do domínio útil e lhe dar preferência para a compra; obrigação de o foreiro pagar o laudêmio, chamado de quarentena), 65 (expulsão por não pagar o foro em 3 anos para aforamentos seculares e 2 para eclesiásticos; estabelecimento que para os aforamentos seculares se sigam as leis civis e nos eclesiásticos as normas canônicas outorgadas pela Igreja). As Ordenações Filipinas⁴⁰ determinam esses critérios romano-canônicos também no livro IV, título 38 (obrigação de o foreiro avisar o senhor da venda do domínio útil e lhe dar preferência para a compra; obrigação do enfiteuta pagar o laudêmio também chamado de quarentena), título 39 (expulsão por não pagar a pensão anual em 3 anos para aforamentos seculares e 2 para eclesiásticos; mesmo estabelecimento das Ordenações Manuelinas que para os aforamentos seculares se sigam as leis civis e nos eclesiásticos as normas canônicas).

No Império, em 1858, essas mesmas normas foram incluídas na Consolidação das Leis Civis⁴¹, no capítulo 6. As normas que têm essas origens foram mantidas: a obrigação de o enfiteuta avisar o dono do imóvel e o direito de preferência do senhorio quando da venda da enfiteuse (art. 616 e 617), direito de laudêmio (art. 618, chamado de laudêmio), o enfiteuta pagar o foro em 2 anos se tratando de propriedade eclesiástica e 3 se tratando de propriedade secular (art. 618). Há até mesmo a incorporação de expressões muito semelhantes retiradas das Ordenações Filipinas que, por sua vez, vieram das Manuelinas e das Afonsinas: Quando o prazo fôr ecclesiastico, será o foreiro relevado da pena, uma vêz que pague antes da citação judicial; ou mesmo depois, se a lide já não estiver contestada (cap. 6, art. 630). Como dizem as Ordenações Afonsinas: oferecendo as pensoões devidas ao Senhorio em qualquer tempo, ante que per elle seja esbulhado, ou citado em Juizo, ou depois que foi citado ante da lide contestada (OA, IV, LXXX, § 3).

No Código Civil de 1916, que vigorou até 2002, está presente o direito enfiteutico (agora pela primeira vez preferindo-se esse nome ao de aforamento na nomeação do capítulo) no capítulo 2. O direito de ser avisado da venda e da preferência do senhorio está no artigo 683 e 684, o laudêmio (dessa vez 2,5% sobre o preço da alienação ou o estipulado em contrato) está determinado pelo artigo 685. Não se fala mais na particularidade de 2 anos para expulsar o foreiro das terras da Igreja, mas generaliza-se para 3 anos (art. 692, II). Já no Código Civil atual ele alerta que: “Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior [...] (art. 2.038)”.

Portanto, percebemos como parte (ainda não devidamente estudada pela historiografia brasileira e nem mesmo portuguesa, no caso de Portugal) de nossa distribuição e gerenciamento de terras no período colonial (medieval, no caso de Portugal) têm origem em dispositivos jurídicos que são seculares e como o direito

⁴⁰ Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’El-Rey D. Philippe I. Edição 14^a. ALMEIDA, Cândido Mendes de (ed.). Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Filomático, 1870.

⁴¹ Consolidação das Leis Civis. Terceira Edição Mais Augmentada. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Edictor do Instituto Histórico, 1876.

português influenciou as leis nacionais, e o mesmo foi determinado pelas leis romanas de Justiniano, filtradas pelo direito canônico. O direito canônico foi um dos grandes responsáveis por servir de modelo ao uso da enfiteuse, uma vez que era uma alternativa à proibição canônica de venda das propriedades eclesiásticas. O direito canônico foi um dos maiores responsáveis pelo renascimento dos estudos do direito romano, incorporando grande parte de suas normas em seu próprio direito, quando não entrava em choque com as leis teológicas, conciliares, papais e bíblicas. E o direito monárquico agregava tais normas, selecionando-as cada vez mais à medida que a autoridade eclesiástica, em cada reino europeu, ia perdendo força.



RESUMO

A enfiteuse é uma instituição milenar, mas cujas regras que influenciaram o Ocidente foram estabelecidas pelo direito romano. Com o fim do Império do Ocidente foi a Igreja principalmente que manteve acesa a memória desse direito e de outras heranças do mundo antigo. Essa instituição, passando ao direito português na Idade Média, esteve presente como uma forma de obter renda por aqueles que possuíam grandes extensões de terra no Brasil colonial, no domínio público ou privado. Estudamos aqui a regulação romano-canônica como um contributo à formação de regras que ainda valiam no Brasil colonial e que influenciam ainda a existência desse instituto jurídico.

Palavras Chave: Enfiteuse, Direito Canônico, Direito Romano.

ABSTRACT

The emphyteusis is an ancient institution, but whose rules that influenced the West were established by Roman law. With the end of the Western Empire was mainly that the Christian Church kept alive the memory of this law and other legacies of the ancient world. This institution, from the Portuguese law in the Middle Ages, was present as a way to earn income by those who owned large tracts of land in colonial Brazil, in public or private. We study here the Roman-canonical regulation as a contribution to the formation of rules that have worth in colonial Brazil and still influence the existence of this legal institution.

Keywords: Emphyteusis; Canon Law; Roman Law.

