

fôr o caso, pleitear novo critério de divisão dos encargos. PONTES afirma mesmo que a construção de nova dependência pressupõe: “d) que as obras planejadas sejam avaliadas, para efeito de concorrer o proprietário com a quota de valor, acrescida dêsse *plus*” (ob. cit., pág. 304); e WILSON BATALHA (*id.* n.º 210, pág. 148) cita a lei italiana a respeito da revisão dos valores proporcionais das unidades, como decorrência, entre outros fatores, de “inovações de grande alcance”. Nesses casos parece-me mais acertado que o Estado, desde que as normas de direito público tenham sido atendidas, *conceda a licença*, pois com o fazê-lo se garante contra eventual procedimento por parte de seu requerente, se decidisse pela negativa, sem por outro lado precisar temer que eventuais lesados possam lhe criar problemas maiores, já que a estes fica livre o caminho judicial, não importando a concessão dela (licença) em verdade interferência da Administração em questões entre particulares, pois, como ensina PONTES (ob. cit., vol. 13, pág. 307), “a autorização administrativa — licença — é dada sob reserva implícita de não serem lesados os direitos alheios”.

Há mesmo quem sustente que o poder de polícia da autoridade administrativa nesse particular (licenciamento de construções) não poderia ultrapassar o exame dos aspectos relativos à forma, segurança, higiene dos prédios, estética, etc., vedada a apreciação da questão relativa ao direito de construir propriamente dito. Veja-se, a propósito, HOMERO FREIRE (*Rev. Dir. Adm.*, vol. 53, pág. 508), em artigo em que sustenta ponto de vista segundo o qual não poderia a Administração, ainda que com o propósito de evitar litígio futuro, entrar no exame do direito de construir, que possa ter o requerente da licença, matéria de puro *interêsse privado*, ao passo que ela deve ater-se exclusivamente aos aspectos de *interêsse coletivo*.

Se a Administração pode conceder a licença sem se aprofundar no exame do direito que tenha seu requerente à construção pleiteada, deferindo-a “sob reserva implícita de não serem lesados os direitos alheios”, com maior razão pode deferi-la se, excepcionalmente feito tal exame, conclui que a obra *não se fará em parte comum*, mas em terraço de que na verdade o requerente tem *mais que o uso exclusivo*, já que não incluído entre as coisas de propriedade indivisa.

Não tem a hipótese, assim, semelhança com os casos anteriores, em que tenho opinado por que se exija expressa concordância de todos os condôminos para a realização, ou legalização, de obra *em parte comum* de prédio de apartamentos. Aqui se considera dispensável tal anuência porque preliminarmente se entendeu que ela se realizará *em parte divisa*, integrada na unidade do condômino requerente.

Embora ao documento trazido pelo requerente como sinal de concordância do *condomínio*, e que traz a assinatura do Síndico, não empresseasse valia suficiente para suprir a concordância pessoal de todos, se realmente se tratasse de obra em parte comum, serve ela ao menos para reforçar o entendimento de que o terraço em causa *integra o apartamento* do requerente, tanto que nêle este alude ao *terraço do meu apartamento*.

Parece-me, assim, salvo melhor juízo, que o pedido pode ser deferido, implícita no deferimento a condição de não serem lesados os direitos dos demais condôminos.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 1967.

EUGÊNIO NORONHA LOPES
Procurador do Estado

EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO EM IMÓVEL FOREIRO. NÃO-INCIDÊNCIA DO LAUDÊMIO

1.º Parecer

Proprietários, sob o regime de condomínio *pro indiviso*, do edifício de apartamentos sito à Av. Nossa Senhora de Fátima, 83, Manuel Rodrigues Rivera e outros, através escritura pública lavrada no 4.º Ofício de Notas desta cidade, à fls. 95 verso do Livro n.º 1.082 e em data de 4-5-1967, promoveram a extinção do referido condomínio, atribuindo-se cada um dêles o domínio exclusivo sobre alguns dos apartamentos existentes no dito prédio, o qual, como é evidente, passou a ser regido pela legislação federal sobre condomínio (Lei n.º 4.591, de 16-12-1964).

2 — Providenciada a competente transcrição no 2.º Ofício do Registro Geral de Imóveis, solicitaram a transferência, para seus nomes, das inscrições fiscais relativas a cada um dos apartamentos existentes no prédio. É que, sendo atualmente tais apartamentos unidades autônomas, cujos titulares são os próprios requerentes, considerados em si mesmos e não mais como condôminos, impunha-se alterar, do ponto de vista tributário, a identidade do sujeito passivo da obrigação fiscal tendo por objeto o imposto predial. Trata-se de providência ordenada pela ordem jurídica local, visando outorgar ao Poder Público o conhecimento da identidade daquele sujeito passivo, facilitando-lhe a cobrança do imposto acima referido.

3 — Postulado tal requerimento perante este Departamento do Patrimônio, fomos consultados a propósito da possível ocorrência do dever de cobrar laudêmio, por se tratar de imóvel situado dentro da Enfitese Estácio de Sá, da qual o Estado é titular, informando-se no processo constituir praxe deste Departamento determinar o pagamento de laudêmio nos casos de extinção de condomínio. Passaremos a examinar o aspecto jurídico da questão, isto é, se o Estado detém o direito subjetivo à cobrança de laudêmio quando, em imóvel que lhe seja foreiro, se proceda a extinção de condomínio; para tanto, procederemos inicialmente ao exame da natureza jurídica do condomínio e, especialmente, de sua extinção, para, uma vez

fixada a *essência* desse ato, verificarmos se ocorre a incidência do *laudêmio*, tal como definido pela legislação federal de direito civil.

4 — *A natureza jurídica do condomínio* — Consiste realmente um dos mais árdios problemas da ciência contemporânea do direito o justo disciplinamento da situação jurídica de imóvel relativamente ao qual exista *mais de um titular*. Seja tal situação gerada por ato entre vivos, seja ela ocasionada por fato *mortis causa*, consiste manifesta aberração do princípio dominador do instituto da propriedade imóvel, segundo o qual *uma só pessoa* deve ser o titular do domínio sobre a coisa. A existência, simultânea no tempo de diversas pessoas que detêm relativamente a um só imóvel o *status* de proprietário, *cada um deles em si mesmo* considerado como senhor do conjunto de poderes característicos desse *status*, ocasiona a nítida contradição jurídica de ser lícito a várias pessoas, consideradas isoladamente praticar *atos idênticos* em relação a uma mesma coisa. É o caos jurídicos, evidentemente. Como resolver o problema?

5 — *A solução do Direito Romano* — Para solucionar essa inequívoca contradição, os jurisconsultos romanos lembraram-se de utilizar a ficção segundo a qual cada um dos condôminos seria titular de parte *indivisa do todo*, de uma *parte ideal* que, somada às outras partes ideais, de que seriam titulares os demais condôminos, constituiria o direito de propriedade sobre a coisa. É a explicação do eminente Professor BONFANTE:

“*Nel pensiero dei Romani, pertanto, sembra che il diritto di ciascuno dei condomini sia rappresentato da una parte astratta, ideale, cioè, da una frazione o quota, come usiamo dire oggidi, del diritto di proprietà, il quale pensiero è riflesso altresì nella massima che domina questa materia: duo rum vel plurium in solidum dominium esse non posse; la quale non si può interpretare se non nel senso che non è possibile il dominio intero di più persone sullo stesso oggetto*” (*Istituzioni di Diritto Romano*, 6.^a edição, Milão, 1917, pág. 290).

A solução romanista, portanto, encaminha-se no sentido de resolver o problema através a aplicação do princípio da *indivisão material* e da *divisão abstrata*.

6 — *A solução do direito moderno* — Essa fórmula empregada em Roma passou para o direito moderno sem benefício de inventário, como graciosamente assinala JOSSEERAND (*Cours de Droit Civil Positif Français*, 2.^a edição, Paris, 1932, vol. 1.^o, pág. 921), de tal forma que a idéia de *co-propriedade* passou a ser estreitamente ligada com a noção de *indivisão*, sendo praticamente sinônimas. No entanto, lembra o mesmo civilista, o direito germânico possuía excelente solução para o caso, através o instituto da *gesamnte Hand*, em o qual a coisa era objeto de *propriedade coletiva* por parte de todos os condôminos, sendo estes últimos em seu conjunto (e não um de *per si*) os titulares do domínio, pelo que a *comunidade* exclusivamente se apresenta como titular de direito real. Em tais condições,

nenhum dos comunheiros pode alienar sua quota, pois não existe a *divisão em partes ideais*, sendo lícito apenas a todos os comunheiros, *em conjunto*, transferi-la a terceiros.

7 — Entretanto, não há como negar persistir em seus principais contornos, nos sistemas de direito positivo originado do direito romano, o princípio da *divisão ideal em quotas-partes* do imóvel em situação de *condomínio*. Entre nós a questão era pacífica já na vigência do direito das Ordenações, conforme afirma o clássico COELHO DA ROCHA:

“Quando o direito de propriedade sobre a mesma coisa compete conjuntamente a muitas pessoas, físicas ou morais, chama-se propriedade comum ou *compropriedade*. Difere da propriedade limitada em que nesta cada uma das pessoas exerce sua porção de propriedade ou alguns desses direitos parciais de que ela se compõe; porém na *compropriedade* a muitas pessoas compete *pro indiviso* o mesmo direito, ou seja total ou parcial” (*Instituições de Direito Civil Português*, Rio, s.d., vol. 2.^o, pág. 52).

Absolutamente idênticos se apresentam os pontos de vista de LAFAYETTE (*Direito das Coisas*, Rio, 1877, vol. 1.^o, pág. 85) e LACERDA DE ALMEIDA (*Direito das Coisas*, Rio, 1908, vol. 1.^o, pág. 110).

8 — *A extinção do condomínio perante o direito romano* — Frente ao conceito de *condomínio próprio* ao Direito Romano, acima lembrado, podia-se efetuar a operação jurídica de pôr fim ao estado de *indivisão*, seja através ato *voluntário* dos condôminos (*nudum pactum*), seja por *sentença judicial* (*actio familiae erciscundae*, *actio communi dividundo* ou *actio finium regundorum*). Em ambos os casos, sempre se entendia existir *transferência real*, isto é, o ato pelo qual se punha fim ao estado de *indivisão* importava necessariamente em uma *passagem de domínio* entre os múltiplos titulares da coisa, sendo comparável a natureza da *divisão* ao ato de compra e venda:

“*Secondo il diritto Romano era attributiva: divisionem praediorum vicem emptionis obtinere palcuit, si legge nella Cost. I, Cod. 3, 37; era considerata cioè una specie di vendita, che avveniva permutazione partium, per cui ciascun participante vendeva al condomino la parte che a questi veniva attribuita e comprava quella che era attribuita a lui*” (STOLFI, *Diritto Civile*, vol. 2.^o, Parte I, Turim, 1926, pág. 352).

Igual é o entendimento do nosso CLÓVIS BEVILÁQUA (*Direito das Coisas*, 4.^a edição, Rio, 1956, vol. 1.^o, pág. 216).

9 — Ora, se os romanos entendiam consistir o ato de *extinção de condomínio* em uma *transferência de propriedade*, era devido nesse mo-

mento o pagamento de *laudêmio*, eis que na enfiteuse romana o crédito por *laudêmio* surgia sempre que se efetuava *translação de domínio*:

“... *il proprietario godeva dello jus protimeseos, per cui, se l'enfiteuta avesse voluto alienare il suo diritto, il proprietario godeva della prelazione; e se non avesse voluto esercitarla, aveva diritto di percepire il laudemio, cioè, la cinquantesima parte del prezzo, in recognitionem dominii*” (STOLFI, *ob. cit.*, vol. 2.º, parte II, Turim, 1928, pág. 347).

Por esse motivo pode-se afirmar ser devido o *laudêmio*, em direito romano, tôdas as vêzes nas quais se efetuava a extinção de condomínio (meços, é claro, nas divisões *mortis causae*).

10 — *A extinção da comunhão no direito moderno* — Ao parecer de alguns historiadores, foi durante o período de vigência do direito comum, para o fim de se evitar o pagamento de dupla importância (*laudêmio* e imposto de transmissão *inter vivos*) por ocasião do término da comunhão, que teria sido criada a noção do efeito simplesmente *declaratório* e já não mais *constitutivo* da divisão, sendo ela equiparada ao efeito da *partilha* no direito sucessório. De início, ainda se aceitava a natureza constitutiva do ato divisório, apresentando-se, entretanto, como justificativa do não pagamento do *laudêmio*, o argumento da ausência de entrada de estranho na comunhão (*sic...*). É essa, por exemplo, a lição de MARCHESINI, em seus *Studi di Diritto Civile e Penale* (Bolonha, 1882, pág. 178), citada por RAMPONINI no excelente estudo *Della Comunione di Proprietà o Comproprietà* (Nápoles, Turim, 1922, pág. 264), publicado na coletânea *Il Diritto Civile Italiano*, de FIORE-BRUGI. Vejamos em seus próprios termos a lição do jurista-historiador:

“... *La divisione, quando non siano ammessi estranei alle sue licitazioni (nel qual caso il laudemio dovrebbe dall'estraneo pagarsi), la divisione, quando segua fra le persone stesse comprese nell'investitura, è un alienazione che non introduce alcun estraneo nell'enfiteusi, e solo per ciò non fa luogo al laudemio*”.

11 — Com o passar do tempo o efeito *declaratório* da divisão foi sendo universal. Por ocasião do Código Napoleão a matéria era quase pacífica (veja-se o seu art. 883), se bem ainda existisse forte corrente em sentido contrário, que, entretanto, foi-se abrandando com o correr dos anos, conforme dá notícia WAHL, em monografia publicada no *Livre du Centenaire du Code Civil* (Paris, 1904) sob o título *Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage* (páginas 444/514), de tal forma que hoje o entendimento a respeito é comum. É de notar-se haver o Código Civil Argentino (em seu art. 2.695) seguido

logo após esse mesmo ponto de vista, que também se tornou expresso no Código Civil Italiano de 1865 (art. 1.034). A teoria clássica a esse respeito é a de AUBRY E RAU, que ora transcrevemos:

“... *Le partage n'est que déclaratif, et non translatif de propriété, en ce sens que chaque communisme est considéré comme avant été, dès l'origine de l'indivision, propriétaire exclusif de ce qui est tombé dans son lot, et comme n'ayant jamais eu aucun droit de propriété sur ce qui est échu à ses consorts*” (*Cours de Droit Français*, 4.ª edição, Paris, 1859, vol. 2.º, pág. 410).

12 — Foi na vigência desse entendimento acêrca da natureza jurídica da *partilha* que entrou em vigor nosso Código Civil, cujo art. 631, para dirimir dúvidas, é absolutamente claro e nítido a respeito:

“A divisão entre condôminos é simplesmente *declaratória* e não *atributiva de propriedade*. Esta poderá, entretanto, ser julgada preliminarmente no mesmo processo”.

Entre nós, portanto, não podem existir as dúvidas por tão longo tempo atormentadoras da jurisprudência francesa. Por força de *direito positivo expresso*, o ato divisório não atribui propriedade, limitando-se (na construção inegavelmente fictícia de AUBRY E RAU) a declarar o trecho do imóvel de que cada comunheiro era titular de domínio, a partir do momento de constituição do estado de indivisão. Como argumentação doutrinária, não há como se lhe negar valor bem modesto, sendo de notar-se, porém, que praticamente nada de melhor se alcançou até agora, o que não é de admirar-se, conforme lembrava JOSSERAND (vide § 6.º, acima), quando notava ser extremamente imprópria a assimilação entre *copropriedade* e *indivisão*.

13 — *A extinção da comunhão e o laudemio* — Já vimos em outra oportunidade constituir o *laudêmio* uma importância devida pelo titular do domínio indireto ao titular de domínio direto pelo não exercício de seu *direito de opção (jus protimeseos)*, isto é, o direito de proceder à *consolidação da propriedade*, mediante a oferta do preço pelo qual o titular de domínio útil pretende transferi-lo a terceiro. Por essa ocasião efetuamos a apreciação histórica acerca da evolução do conceito de *laudêmio*, examinando-o no direito das Ordenações, nas tentativas de codificação de TEIXEIRA DE FREITAS e de CARLOS DE CARVALHO, terminando por examiná-lo perante o Código Civil; para não alongar demasiadamente este trabalho, deixamos de proceder novamente nesta hipótese a tal documentação, que o órgão interessado poderá facilmente examinar, eis que se trata de processo, tal como o presente, dêle oriundo.

14 — Na hipótese em tela, interessa-nos apenas saber se, nos atos simplesmente declaratórios, como a divisão, é devido o pagamento de laudêmio. Para tanto, importa definir previamente o que seja ato declaratório. É sabido que, considerando-se o mundo jurídico de um ponto de vista não mais estático (sujeitos de direito e de bens de vida independentes um do outro) e sim dinâmico, surgem as relações jurídicas entre esses sujeitos, tendo por objeto os ditos bens da vida. Tais relações fazem nascer, modificar-se ou extinguir-se situações jurídicas as mais diversas, denominando-se a qualidade do ato jurídico (lei, sentença, declaração de vontade individual), que opera essas transformações, sua constitutividade. Daí se chamar ato constitutivo aquêle que faz nascer, modificar-se ou extinguir-se uma situação jurídica. Certos atos jurídicos, entretanto, são realizados sem que dêes resulte qualquer inovação nas situações jurídicas então existentes; seus efeitos limitam-se a esclarecer o conteúdo dessas relações, fixando-lhes o exato sentido. A êstes últimos atos chama-se atos declaratórios.

15 — Os atos declaratórios, como se vê, não alteram as situações jurídicas que já existiam no momento em que se lhes dá existência; muito pelo contrário, tendem a estabilizá-las, eis que o resultado jurídico de sua existência consiste em esclarecer situações tornadas incertas por força de conflitos de interesses, dotando-as especialmente de exata extensão frente as relações jurídicas objeto da declaração. São declaratórios, lembra CARTOTA FERRARA, os atos

“che non modificano direttamente la situazione giuridico-patrimoniale o familiare o personale preesistente, in se considerata, ma producono effetti che, in quanto vincolano i dichiaranti come se la situazione fosse in un dato senso determinata, possono considerarsi indirettamente equipollenti degli effetti propri dei negozi dispositivi”.

16 — Ora, se os atos declaratórios não alteram as situações jurídicas pre-existentes, sendo especialmente certo que não possuem a eficácia de transferir bens da vida do patrimônio de um sujeito de direito para o patrimônio de outro, segue-se que, sendo a divisão dos bens comuns um ato declaratório, por ela não se efetua a transmissão de bem imóvel entre os comunheiros, limitando-se a sua eficácia a fixar, na coisa até então objeto de propriedade comum, a parte de cada um, parte essa que (voltamos ao reino da ficção) se entende já estar individualizada desde o momento de constituição do condomínio, possuindo o ato declaratório, como se vê, nítido efeito retroativo. Conseqüentemente, inexistindo na divisão a menor parcela de transferência de coisa imóvel, impossível se apresenta pretender igualá-la aos negócios jurídicos de compra e venda e dação em pagamento, bem como à permuta de imóvel com coisa fungível (que são as hipóteses de cobrança de laudêmio), pois nela (divisão) inexistente qualquer oportunidade para se exercer o direito de opção e, por conseguinte, de receber o preço pelo não exercício do jus protimeseos.

17 — Face ao exposto, somos de parecer, s.m.j., que se não mais cobre neste Departamento, como até agora se vem fazendo, o laudêmio nos casos de divisão de imóveis; no entanto, face ser em sentido contrário a tradição até agora firmada, tudo leva a crer ser conveniente remeter-se a matéria ao conhecimento da Procuradoria-Geral, solicitando-lhe parecer normativo a respeito.

Rio de Janeiro, 12 de julho de 1967.

ROCHA LAGÔA
Procurador do Estado
Assessor do Departamento
do Patrimônio

2.º Parecer

A espécie sob exame, de interesse de Manoel Rodrigues Rivera e outros, é a de terem celebrado escritura pública de extinção de condomínio constituído em prédio de apartamentos, cujo terreno é foreiro ao Estado da Guanabara, e pretenderem a transferência para os respectivos nomes, em virtude de cada um dos primitivos condôminos se ter tornado proprietário exclusivo de unidades divididas.

Tendo o Chefe dos Serviços de Bens Dominiais, em sua promoção, esclarecido que “tem por norma a cobrança do laudêmio nos mencionados processos”, passou a officiar neste, o ilustre Procurador do Estado, Doutor ROCHA LAGOA, que, brindando a matéria com longo, profundo e erudito opinamento, sobe à conclusão de que o Estado “não mais cobre, como até agora vem fazendo, o laudêmio nos casos de divisão de imóveis”.

Do contraste entre a norma costumeira no sentido da cobrança e a conclusão científica do seu descabimento, exsurgiu a necessidade de dilucidar-se, sob preocupação normativa, se os atos de extinção de condomínio constituído em prédio enfiteutico estão ou não sujeitos ao pagamento do laudêmio.

É o que se tentará responder, afirmando, *initia verba*, que, se a subscricção da peça da lavra daquele eminente Procurador se afigura a atitude mais cômoda, há ponderáveis razões adjacentes militando no sentido da sedimentação da convicção, à qual dever do officio obriga a chegar.

Presentes à questão estão dois institutos, enfiteuse e condomínio, mareadores de querelas e dificuldades ao longo curso da respectiva impositação sistemática, desde os primórdios da fonte romana até as inserções do nosso direito positivo atual, não sem que deixassem de receber, à sirga, ajustados petardos da crítica científica e doutrinária.

Do muito que se tem dito de louvor ao nosso Código Civil e que nos tenha levado, vaidosos e amercados, a ouvir de um ministro e jurista de nação co-irmã que “como o Corcovado majestoso, o Código Civil Brasileiro é um monumento imperecível que brilha com luz própria no mun-

do inteiro” (cf. ANIBAL DELMÁS — Ministro da Justiça do Paraguai, em 1919), duas objeções se lhe têm feito com inegável procedência:

a) a de consagrar institutos em franca decadência; e, entre eles, a enfiteuse, só contemplada nas legislações de Portugal e Itália;

b) a de não constituir obra cientificamente unívoca, tergiversando entre inspirações doutrinárias díspares; e, no que respeita ao condomínio, terá, sem dúvida, vacilado entre propensões díscolas.

Como ao fulcro do presente trabalho, porém, desinfluem, por procedentes ou não que sejam, as críticas feitas exclusivamente em realce à dificuldade que o permeia, há que se começar pela conceituação de *laudêmio*, dentro da figura da enfiteuse. Esta, mesmo de antecedência aos contornos oriundos do Direito Romano, já fôra concebida, em termos de validade normativa, pelo Direito Grego, anterior, e, quiçá, pelo vetusto Direito Egípcio sob particularismos da realidade social disciplinada. Com as características estadeadas pelo instituto, nos moldes dos artigos 678 e seguintes do nosso Código, terá tido matriz na época justinianéia, passando pelo Direito Intermédio, a cuja ambiência prestou relevantíssimo serviço pelo entesouramento da riqueza e pela perpetuação do feudo. (cf. COELHO RODRIGUES, Projeto de Código Civil, *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, vol. V, págs. 266; CUJACIO, *De Feudis*, L. I, pr.; DEMOULIN, *ibidem*, n.º 114; POTHIER, *Traité du Droit de Domaine de Propriété*, n.º 3).

Tais considerações, de cunho meramente histórico, intentam precisar a razão e o momento em que se passou a exigir, do enfiteuta, titular do domínio útil, a retribuição concernente a compensar ao senhorio, titular do domínio direto, o não-exercício, por parte dêste, do direito de preferência, nas alienações que promovesse o enfiteuta.

Ao contrário de assertivas menos cuidadas, essa *forma de compensação* foi criação de Justiniano, e, não da afamada Constituição do ano 480 D.C. sob a chancela do Imperador Zenon. Ensina-o e explica-o, com invejável segurança, o professor EMILIO BETTI, posterior a BONFANTE, indigitado o verdadeiro descobridor da propriedade romana: disputava-se, até Zenon, quem devesse suportar o risco oriundo de força maior que destruísse o prédio ou que impedisse o respectivo cultivo; so-brevém, então, a solução zenoniana, atributiva de caráter de direito real à enfiteuse, até então, mero vínculo obrigacional oscilante entre a locação e a compra e-venda, mas, de qualquer modo, sob proteção edital de uma ação petitória denominada *quase-Publiciana* ou modelada nesta; a repartição do risco entre o senhorio, sem pagamento da pensão, para as hipóteses de destruição total da coisa, e, ao enfiteuta, sujeito ao *canon*, para os episódios transeuntes e reparáveis, conquanto norma que resolvesse disputas, se afigurava decisão empírica sob a constante repulsa do

espírito lógico e conseqüente que sempre comandou o senso jurídico de Roma; assim, foi Justiniano (C., 4, 66, 1) que, transferindo do senhorio

“... *all' enfiteuta la totalità dei poteri e del rischio, gli fa obbligo di denunziare al concedente ogni trasferimento del suo diritto, mentre da facoltà al concedente di estinguere l'altrui diritto reale pagando la medesima somma offerta da chi aspira all'aquisto*” (grifamos — *Istituzioni di Diritto Romano*, Padova, 1962, vol. I, pág. 471).

Aí estava sancionado o *Jus Protimeseos* ou *Jus Praelationis* assegurando, ao senhorio direto, o exercício do seu direito de preferência em prol da consolidação do domínio, na hipótese de pretender o enfiteuta alienar o domínio útil. Mas, não só. A preceituação justinianéia ia além, dispondo:

a) a ineficácia da alienação do bem enfiteutico pelo titular do domínio útil sem que, antes, notificasse o senhorio direto para, querendo, exercitar o seu direito de preferência, tanto por tanto, no prazo de dois meses;

b) uma vez cumprido a supra, ficasse o “enfiteuta livre para alienar a qualquer pessoa solvente e capaz, mas reservando” ao titular do domínio direto “o direito de receber um quinquagésimo do preço” (cf. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 1965, Vol. I, pág. 401; EBERT CHAMOUN, *Instituições de Direito Romano*, 2.^a ed., 1954, pág. 268).

Já inteirado das características retro-referidas, o instituto da enfiteuse passou ao Direito Medieval e chegou até nós através das Ordenações, onde o direito de preferência em relação à alienação da coisa vem consagrado, pois

“... querendo-a o senhorio por o tanto, havê-la-á e não outrem”... (cf. Livro 4, § 38 pr.).

Por sua vez, tem origem também no Direito Intermédio o termo *laudêmio*, cujo étimo latino *laudare* significa *saudar*, inferindo-se, pois, no gesto de recebimento da importância representativa de dois por cento do preço da alienação, pelo senhorio, a maneira pela qual êle, titular do domínio direto, não só atestava não ter querido exercer o seu direito prelatício, como e ainda ter concordado com a alienação do bem enfiteutico para a pessoa (determinada) do novo enfiteuta, ao qual *sauídava*, dando por perfeita e conhecida, *interna corporis*, a relação nova de direito real constituído sôbre o seu imóvel.

Dêsse modo, ao desnovelar-se o fio histórico, afora sutilezas de nomenclatura, a *quingüagésima* da fonte romana, o *tarradigo* do velho linguajar português e o *laudêmio* atual, tomado de empréstimo ao medievo, sempre revelaram a mesma natureza jurídica:

- a) no plano material, compensação paga pelo enfiteuta ao senhorio por não ter este exercitado o direito de opção; e
- b) em acepção probatória, o comprovante do não-exercício da preferência legal e do assentimento com a realizada alienação da coisa.

É precisamente isto que está escrito no nosso Código Civil, art. 686:

“Sempre que se realizar a transferência do domínio útil, por venda ou dação em pagamento, o senhorio direto que não usar da opção, terá direito de receber, do alienante, o laudêmio...”

Passando-se, agora, à exegese do texto transcrito, vale observar que quando a lei se refere à “venda ou dação em pagamento”, não exaure, nas hipóteses singulares mencionadas, os casos de incidência do direito ao laudêmio; a enumeração legal, mais que exemplificativa, não chega a ser exaustiva. Por “venda e dação em pagamento”, constante do texto, não se há de entender confinamento exclusivo aos atos de transferência patrimonial, “da coisa em lugar do preço”, e “da coisa em lugar da remissão de obrigação”; e nem se diga que a só onerosidade do ato praticado bastará a induzir a incidência do laudêmio: a troca do bem enfiteutico por coisa não fungível exfoge ao dever de pagar o laudêmio, enquanto que o imóvel que se incorpore ao capital da sociedade, desde que não-alodial, estará obrigado ao laudêmio; o *prims* averiguável, no exame da incidência do direito ao laudêmio, será, *diante do ato oneroso de transferência do domínio útil, verificar se ele gera ou não o exercício do direito de preferência* de que é investido, por definição legal, o senhorio direto.

Esse, o exame que em seguida se fará, à vista dos atos puros de extinção de condomínio.

O enraizamento do sentido individualista da propriedade, presente no apótema de CELSO “*duorum quidem in solidum dominium esse non posse*”, notadamente no sentimento dos povos em cujas origens tenha sido estranha a concepção coletivista da propriedade (*Eigentum zur gesamten Hand*, do direito alemão), à força de contemplar o exsurgimento de um direito dominial pertencente a mais de uma pessoa a um só tempo, tem induzido a que o estado de indivisão criado pelo condomínio seja *necessariamente transitório*, como pressuposto da paz social, cuja preservação implementa a última finalidade do Direito; por isso, *condominium est mater discordiarum*.

O nosso direito positivo, calcado fundamentalmente nos moldes da concepção romana post-clássica conducente a admitir *totius corporis pro indiviso pro-parte dominium habere* (ainda de CELSO, no Livro sexto do *Digesto*), provávelmente, no intuito de facilitar a divisão, e, portanto, de extinguir o condomínio, fonte de constantes rixas, fugiu ao modelo histórico consagrador do princípio da *constitutividade* dos atos divisórios (cf. EMILIO BETTI, *opus cit.*, vol. I, pág. 438), ainda vigorante no antigo Direito Português (cf. ALVARO VALASCO, *Decisionum Consultationum* 1, 106...: *divisio vicem habet venditionis...*), para tomar de empréstimo ao direito francês a ficção pura de que

“A divisão entre condôminos é simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade” (art. 631 do Código Civil Brasileiro, *caput*).

A inflexão científica sobre o dispositivo leva à irrefragável conclusão de que, a rigor de preceito, não há que se falar em *declaratividade* do ato divisório, por isso que ele não se comporta à elucidação de um estado jurídico presentâneo, mas, ao justo, serve para *modificar* uma preexistência, e, até, extinguir uma situação jurídica de contornos fortemente trabalhados, como é o *condomínio em si*, e, não se pode dizer que o ato modificado ou extintivo tenha transunto *meramente declaratório*, sob pena de confusão de conceitos. Procedentes as críticas acrimemente tecidas por PONTES DE MIRANDA, quando, examinando a partilha, preleciona:

“Se a ação de partilha entrasse na classe das ações declarativas, o processo teria a finalidade de declarar a existência ou a inexistência da relação jurídica ou de alguma qualidade relevante para o direito... Os seus maiores elementos são execução e constituição; os de declaração e condenação são mínimos. Fêz bem o Código de Processo Civil em evitar alusão à declaratividade que, aliás, não estava nos velhos textos franceses... No estado atual do direito brasileiro, é ficção de direito material de que façam bom proveito os juristas” (*Tratado de Direito Privado*, tomo XII, 2.^a Ed., págs. 131/2).

O que, de fato, pretendeu o legislador, tocado pelo intuito de estimular as divisões, ao editar a regra do artigo 631, embora em enunciado falho, foi dizer que ficava criada a *presunção legal de que a divisão entre condôminos operava efeitos ex tunc*, isto é, retroativamente ao momento da constituição do condomínio, criando-se, em consequência, a ficção de que o *domínio exclusivo da parte dividida não era, senão, já e anteriormente desde a constituição do condomínio, pertencente ao ex-condômino ao qual tocasse*.

Na divisão diz-se, sem insulto à lei, que o *ex-condômino já era proprietário*.

Embora sem empolgar profundidade no tema, mas em confirmação da conclusão escorreita, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO escreve:

“Essa operação efetua-se retroativamente, de modo que o consorte, após a partilha, é tido como dono do quinhão que lhe foi atribuído desde o momento em que se manifestou a comunhão” (*Curso de Direito Civil*, vol. 3, ed. 1961, pág. 210).

E SÍLVIO RODRIGUES, em passo assemelhado, comentando a divisão, aduz:

“... é simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade. Isto significa que o legislador presume sempre ter pertencido ao condômino a parte com que o mesmo foi aquinhoadado na divisão. Por conseguinte, a divisão opera retroativamente, pois o direito ao quinhão que se reconhece pertencer ao comunheiro, por definição, incorporou-se ao seu patrimônio desde o momento em que se instalou o condomínio, e não a partir da divisão” (*Tratado de Direito Civil*, 1964, vol. 5, págs. 226).

Em redada de cunho histórico, lê-se na obra tradicional de CARLOS MAXIMILIANO:

“Pelo Direito Romano a divisão tinha a virtude atributiva, como a venda; o *ex-condômino*, a partir do momento em que a partilha se ultimava, ficava como se nunca tivesse participado da comunhão, senhor exclusivo, e *erga omnes*, de sua parte. Ocorre, na atualidade, o oposto; à divisão se atribui efeito declarativo, apenas; não prejudica terceiros; estes conservam o direito sobre o todo: hipoteca, prelação ou preferência, servidão, locação e etc. Do caráter declarativo, resulta defluir da partilha, sucessória ou geodésica, a consequência que a propriedade da parte certa se afirma não *ex nunc*, do presente em diante, mas *ex tunc*, retroagindo à época do começo da comunhão. Este conceito, hoje universal, de partilha, sucessória ou geodésica, foi introduzido sob o feudalismo em França e consolidado em sentença famosa da Corte de Paris, do século XVI, apoiada no parecer do jurisconsulto MALINEO” (*Condomínio*, ed. 1947, fls. 67, § 51).

Finalmente, o excelso PONTES DE MIRANDA, ainda verberando a impropriedade terminológica do nosso Código, remata:

“Deve-se ler o art. 631 como se nêles estivesse escrito: A divisão entre condôminos tem eficácia *ex tunc*, e não decide sobre a propriedade... O condômino pode ser considerado — pela lei (= legislador) — como tendo sido, desde o início, o dono da parte divisa tornada coisa, mas isso só se dá porque o legislador lançou mão de ficção...” (ob. cit., tomo XII, págs. 123).

Seja como fôr, porém, será lícito dizer, plagiando o Mestre, que, *de lege condita*, o substrato da divisão com carga retroativa faz com que:

Primus — pressupositivamente se conceba que a coisa dividida sempre tivesse pertencido ao *ex-condômino* desde o início do próprio condomínio, o que conduz à conclusão de que, em relação à prelação enfitêutica, ela já terá tido ocasião de se manifestar quando da transferência anterior para o condomínio, e então não haverá como aplicá-la uma segunda vez, ou, se o ato de aquisição pelo condomínio não der lugar à prelação, não haverá como ensejá-la à época da divisão posterior que retroage a êle.

Efetivamente, quando da passagem do domínio útil do imóvel foreiro para o condomínio, o primitivo enfitêuta terá garantido ao Estado a oportunidade de consolidação da propriedade pelo exercício do seu direito de preferência, ou não o terá, porque o ato translativo abstraía êsse direito; se, agora, ao se extinguir o condomínio, o ato de partilhá-lo retroage feito até o ato constitutivo da co-propriedade, não haverá como, se não por absurdo, pretender-se exercer o mesmo direito uma segunda vez, ou exercer um direito que se desvelaria inexistente.

Secundus — se conclua que, entre condôminos, existente prelação de preferência, o exercício do direito por um dêles afasta a hipótese de manifestação do *jus protimeseos* do senhorio direto. Às exatas, anota PONTES DE MIRANDA:

“*Condomínio e laudêmio* — Se há condomínio e um dos condôminos exerce o direito de preferência, tem-se que pagar laudêmio *pro rata*, como se fôsse estranho que adquirisse a parte? Não; porque o enfitêuta deixou de alienar a quem podia alienar. O senhorio teria direito ao laudêmio se o seu direito de preferência viesse antes do direito de preferência dos condôminos; não vem. O enfitêuta quis alienar a terceiro e o condômino ou os condôminos exerceram o direito de preferência que a lei lhes atribui” (ob. cit., t. XVIII, 2.^a ed., pág. 130).

Ora, se a preferência do senhorio cede ante a preferência do condômino e se a divisão não faz mais que, passando do plano ideário para o plano realístico, repartir a coisa entre os mesmos condôminos, ficará abstraída a possibilidade do exercício da prelação pelo senhorio direto, pela

simples razão de ser estranho ao condomínio, e portanto, ao concurso de preferências.

Ainda aqui é lógico o raciocínio: o senhorio tem preferência na alienação, mas os condôminos também a têm e com antecedência à do senhorio; ora, se a divisão que extingue o condomínio só contempla os condôminos armados de preferência primária, o ato não abre vasa à manifestação da preferência secundária titularizada no senhorio.

Tertius — a mesma presunção legal do artigo 631 do Código Civil aproxima muito mais o ato divisório das hipóteses existentes da preferência, objeto e conteúdo do artigo 688, do que das premunitórias da prelação conforme disposição do artigo 686.

Confrontem-se os textos da lei:

“Art. 688 — É lícito ao enfiteuta doar, dar em dote ou trocar por coisa não fungível o prédio aforado, avisando o senhorio direto dentro de sessenta dias contados da data da transação, sob pena de continuar responsável pelo pagamento do fôro”; e

“Art. 686 — Sempre que se realizar transferência do domínio por venda ou dação em pagamento...”.

Nas espécies do comando abstrato do art. 688 *não se aplica a opção*, enquanto que nas do art. 686 *o direito de preferência existe*.

Para demonstrar a extrema afinidade do ato divisório (nos moldes do art. 631, com acepção declaratória ou com efeito *ex tunc*) com as mesmas figuras do art. 688, e portanto fora do alcance do art. 686, bastará atentar para a existência de autores que sustentam existir, na extinção de condomínio, *simples troca de coisa não fungível*: parte ideal por parte real do objeto.

Tais conjecturas, somadas às substanciosas razões expendidas pelo Dr. ROCHA LAGÔA, bastam para que se assinta em concluir com o Conselheiro LAFAYETE RODRIGUES PEREIRA, no seu magistral *Direito das Cousas*, que

“Todavia, por incompatível com a natureza da alienação, o direito de opção cessa nos casos:

- a) de doação;
- b) de dote estimado ou inestimado;
- c) de troca, salvo por coisa fungível;
- d) de desapropriação por utilidade pública;
- e) *de divisão de prazos entre partes, ou a divisão se faça por glebas, ou encabeçada em um*” (nossos, os grifos).

Então, c.q.d., *inexistindo oportunidade para o exercício do direito de opção pelo senhorio direto, o laudêmio não é devido*, razão pela qual quer parecer que o Estado da Guanabara não deva mais cobrar laudêmio sempre que se tratar de partilha extintiva de condomínio.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 1967.

MARCUS MORAES
Procurador do Estado

FUNDAÇÃO LEÃO XIII. NATUREZA JURÍDICA. SINDICALIZAÇÃO E IMPÓSTO SINDICAL. AUMENTOS SALARIAIS COLETIVOS

O Diretor-Presidente da Fundação Leão XIII, nos autos do Processo administrativo n.º 336/66, formado naquela entidade, consulta acerca das seguintes questões:

- a) Se os professores e demais servidores da Fundação Leão XIII são sindicalizáveis e se estão sujeitos ao pagamento de imposto sindical;
- b) Em que casos os professores e os demais servidores da Fundação Leão XIII beneficiam-se com os aumentos salariais coletivos.

A Divisão Jurídica da Fundação Leão XIII, através de pronunciamento de dois dos seus ilustres advogados, manifestara-se do seguinte modo, relativamente às mesmas indagações:

- a) A Fundação Leão XIII é pessoa jurídica de direito privado, sendo falhos os Decretos “N” n.º 25, de 15-7-63, e “N” n.º 603, de 2-5-66, que dispõem sobre a sua organização (fls. 12 v. — parecer do Dr. JOÃO MONIZ BARRETO DE ARAGÃO).
- b) Os servidores da Fundação Leão XIII são regidos pela legislação trabalhista, e, conseqüentemente, estão sujeitos, todos eles, ao pagamento do imposto sindical, podendo filiar-se aos sindicatos das respectivas categorias.

Depende, em cada caso, da decisão do Tribunal Regional do Trabalho a extensão, ou não, dos aumentos coletivos a empregados da Fundação Leão XIII (fls. 14 e 15 — parecer do Dr. MAX DO REGO MONTEIRO).

Natureza jurídica da Fundação Leão XIII

A) A natureza jurídica das fundações criadas pelo Poder Público, para desempenhar certos serviços de utilidade pública, vem sendo objeto de