

EDIFÍCIO DE APARTAMENTOS EM ÁREA ENFITÊUTICA. REMIÇÃO DE FÔRO DE FRAÇÃO IDEAL DO TERRENO

Gerda Ferman, comprovando sua titularidade sobre o domínio útil da fração ideal de 1/48 do terreno de sesmarias sito na Rua Romald de Carvalho, n.º 266, e juntando a respectiva Carta de Traspasse e Aforamento, requer, com fundamento no artigo 3.º do Decreto "N" n.º 366, de 24-2-1965, a remição do fôro que grava aquela fração ideal.

Apreciando o pedido e dadas as implicações de ordem jurídica que o problema envolve, a zelosa e ilustrada Sra. Chefe do Serviço de Bens Dominais do Estado houve por bem formular dúvida acerca da juridicidade daquele dispositivo legal, dado que em face do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 5.481, de 25-6-1928, o terreno de edifício de apartamentos "continua indiviso a todos os proprietários de apartamentos, os quais só têm a propriedade de partes ideais ao solo". Ademais, argumenta, o art. 488 do Código Civil é expresso ao estatuir que nenhum compossuidor pode exercer sobre a coisa comum atos possessórios que excluam os compossuidores, declarando, outrossim, o Dec. n.º 12.882, de 25-6-1955, art. 5.º, § 1.º, que, na hipótese de loteamento de dois imóveis, sendo pelo menos um deles foreiro, exigir-se-á, preliminarmente, a remição do fôro do lote ou lotes foreiros, a qual será compulsória, para que não subsistam situações enfitêuticas diferentes em um mesmo terreno.

A solução da dúvida reside, pois, na conceituação jurídica do chamado condomínio horizontal, seu alcance, seus particularismos, enfim, qual a natureza da participação de cada condômino no todo indiviso que é o terreno e partes comuns. Da resposta a estas premissas decorrerá a legalidade ou não da norma regulamentar estadual.

Examinando a questão, os doutores que dela cuidaram, uns com mais profundidade que outros, são concordes em afirmar que o característico fundamental do instituto, o que o diferencia do condomínio tradicional, é a coexistência num mesmo todo de uma parte *pro diviso*, os apartamentos, e uma outra *pro indiviso*, constituída pelo terreno e parcelas comuns da edificação.

Pôsto o problema nestes termos, surgiu a dificuldade de se fixar se haveria preeminência de uma forma condominial sobre a outra, se o principal nesta união seria o solo ou, dentro de uma aproximação de cunho econômico, as edificações, ou finalmente, se ambas se amalgamariam em um todo incindível, com características peculiares.

Os autores divergem, como se constata de WILSON DE SOUSA CAMPOS BATALHA, *Loteamentos e Condomínios*, vol. 2, pág. 74, que, ao aortar as duas posições, conclui no sentido de que "no direito brasileiro, o problema não comporta duas soluções. As frações autônomas, as partes comuns do edifício e o solo sobre que se assenta formam um todo, sem que se possa dizer qual seja o principal e qual seja o acessório", e, mais adiante, "condomínio por andares ou apartamentos caracteriza-se como uma verdadeira *communitio* de propriedade comum e propriedade separa-

da, reunindo e englobando, numa sistematização própria, princípios de ambos os institutos (partes comuns e propriedade exclusiva)".

Do mesmo pensar é CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*A propriedade horizontal*, in *Rev. For.*, vol. 185, pág. 63), que assim versa a questão:

"A *propriedade horizontal* é um direito que se configura com as suas linhas estruturais definidas, próprias, características, peculiares, na aglutinação do domínio e do condomínio da propriedade individual e da propriedade comum, formando um todo indissociável, inseparável e unitário. Somente esta simbiose orgânica dos dois conceitos na criação de um direito complexo, é que oferece justificativa precisa aos direitos e aos deveres dos condôminos. Não é apenas uma propriedade mista, em que o domínio exclusivo vive ao lado do condomínio. Não é uma justaposição de direitos e de conceitos. É uma *fusão de direitos* e uma criação de *conceito* distinto. Não é, por outro lado, uma relação de dependência, em que um direito tem caráter real *principal* e outro direito o tem *acessório*".

É certo que esta espécie de conclusão fere os dogmas clássicos inscritos no Código Civil, anterior ao aparecimento da propriedade em planos horizontais. Mas não é só no particular a superação da antiga codificação civilista. O condomínio previsto no Código é instável e precário; já o condomínio que se estabelece em decorrência da propriedade horizontal é definitivo e perpétuo. No condomínio tradicional, é o Código Civil que o assegura, "não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino a quem não se der conhecimento da venda poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, se o requerer no prazo de seis meses". Já no condomínio especial esta regra sofre radical exceção. Antecipando-se ao advento da nova lei sobre edificações e incorporações, Lei n.º 4.501, de 16-12-1964, que é expressa (art. 4.º), a doutrina havia consagrado o entendimento no sentido da inaplicabilidade do direito de preferência.

Estas rápidas noções sobre a denominada propriedade horizontal tiveram por escopo demonstrar que qualquer conclusão a que se chegue com fulcro em dispositivos do Código Civil é falha e conducente a erro. O Código Civil, como ressaltado, cuida do condomínio comum ou tradicional; não poderia mesmo cogitar da outra modalidade, que lhe é posterior, introduzida no direito pátrio pelo Decreto n.º 5 481, de 5-6-1948. Assim, a dúvida suscitada deverá ser esclarecida frente à legislação específica, hoje, a citada Lei n.º 4 501, de 16-12-64, cujos artigos de maior relevância transcrevo:

"Art. 1.º — As edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não re-

sidenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma, sujeitas às limitações desta lei.

.....
§ 2.º — A cada unidade caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária.

Art. 3.º — O terreno em que se levantam a edificação ou o conjunto de edificações e suas instalações, bem como as fundações, paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação, e tudo o mais que sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários ou titulares de direitos à aquisição de unidades ou ocupantes, constituirão condomínio de todos, e serão insuscetíveis de divisão, ou de alienação, destacada na respectiva unidade. Serão, também, insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino.

Art. 4.º — A alienação de cada unidade, a transferência de direitos pertinentes à sua aquisição e a constituição de direitos reais sobre ela independem do consentimento dos condôminos”.

Afora a novidade do art. 4.º, tornando expresso o que era implícito, o cotejo dos dispositivos trazidos à colação com os constantes do antigo Decreto n.º 5 481, de 25-6-1928, mostra que nenhuma alteração estrutural foi introduzida no instituto. Entretanto, é de ser destacada a redação do art. 3.º, mais explícito que seu antecessor, o art. 2.º do Decreto, eis que define com precisão o alcance da indivisibilidade e inalienabilidade das partes comuns — “serão insuscetíveis de divisão ou alienação, destacada da respectiva unidade” — ao invés de simplesmente enunciar que “o terreno..... constituirão coisa inalienável, de domínio de todos os proprietários do prédio”.

O que se deveria entender por “insuscetíveis de divisão ou alienação, destacada da respectiva unidade”? Significará, e agora entro no cerne da questão em exame, a impossibilidade do resgate das frações ideais, cada uma de per si? Parece-me que não.

Como visto, no condomínio horizontal não é juridicamente lícito super-se a coexistência de duas figuras distintas, a *comunhão pro diviso* dos apartamentos e o condomínio *pro indiviso* do terreno e partes comuns. É “um todo indissociável, inseparável e unitário”. O que caracteriza este todo, dentro do prisma de sua existência jurídica, é a autonomia ampla de cada unidade imobiliária. Poderia ser negociada, sujeita à incidência de ônus reais, e adiante, remida, independentemente das demais, e sem as limitações do direito preferencial dos outros titulares.

Constitui êsse todo harmônico, e, não só o apartamento ou a fração ideal de terreno, um imóvel juridicamente uno e indivisível, sujeito à transcrição imobiliária.

A indivisão do terreno e das partes comuns da edificação é de ser entendida em termos. Importa em que, dada a justaposição dos apartamentos e a inexistência do direito de superfície, o terreno e ditas partes não podem ser materialmente repartidos. Não representa uma indivisão no sentido jurídico estrito, tanto assim que as frações ideais são passíveis de propriedade exclusiva, tanto assim que podem ser objeto de direitos reais.

Esta situação *sui generis* prevalece relativamente à enfiteuse que grave o todo. O art. 18 do Decreto Municipal n.º 9 413, de 16-11-1948, reconhecendo a divisibilidade da enfiteuse, dispôs que o aforamento de terreno beneficiado com construção constituída de unidades autônomas, ou comprovadamente para tal fim destinado, poderá ter por objeto as partes ideais correspondentes às mesmas unidades. Para se falar, apenas, na requerente, é de se notar que ela já foi contemplada com Carta de Traspasse e Aforamento para uma fração ideal de 1/48.

Não me parece de procedência o argumento de que, sendo o terreno indivisível, a remição de uma fração ideal não se poderia efetivar, dada a impossibilidade de ser configurada a parte do todo materialmente liberada. Se assim o fôsse, a penhora e a hipoteca de uma fração ideal, de igual forma, não teriam viabilidade, porquanto, no todo, não seria possível fixar qual a parte sobre a qual assentaria o gravame.

A hipótese de que trata o art. 5.º, § 1.º, do Dec. n.º 12 882, de 25-6-1955, lembrado na promoção da ilustrada Chefe do Serviço de Bens Dominicais, não tem, *data venia*, qualquer pertinência ao caso. Sua aplicação é adstrita ao condomínio tradicional, previsto no Código Civil, e não ao especial, configurado pela propriedade horizontal. Mesmo que assim não fôsse, aquela restrição, *in casu*, não operaria. Fixada em decreto, teria sido revogada pelo art. 3.º do Dec. “N” n.º 366, de 24-2-1965, que lhe é posterior.

Também não me parece relevante a circunstância de que, remida uma fração ideal, no terreno passariam a coexistir duas situações jurídicas diversas: uma parcela objeto do domínio pleno de um dos condôminos e outra do domínio útil dos demais e do domínio direto do Estado. Tal também se verifica no caso de uma das frações cair em comisso. O Estado seria titular do domínio pleno desta partícula ideal, e do domínio direto das restantes. Aliás, só a possibilidade de comisso de uma só fração seria bastante para demonstrar a total autonomia de todas e de cada uma delas. Não fôsse possível o resgate de uma só fração ideal, pelos mesmos motivos não seria de se admitir o seu comisso, que expressa hipótese inversa.

Daí, salvo melhor juízo, e com o devido respeito aos pareceres discordantes já elaborados nesta Casa, se bem que anteriormente ao advento do Dec. “N” n.º 366, de 24-2-1965, contrários ao entendimento que adoto, julgo que de nenhuma ilegalidade padece seu art. 3.º, frisando, apenas, que o Estado não está obrigado a conceder a remição pretendida, pois tal é uma faculdade que lhe assiste, e não um dever. “Poderá”, diz o artigo.

Finalmente, esclarecendo o último tópico da promoção, nenhuma diferença, quer etimológica, quer conceitual, existe entre as expressões “resgate” e “remição”. Diferenciando os vocábulos “remissão” e “remição”,

JOSÉ NAUFEL, *Nôvo Dicionário Jurídico Brasileiro*, vol. 3.º, pág 303, consigna: "Remição — do latim *redimere* — porém, significa resgate. Remissão — do latim *remittere* — significa perdão".

Resumindo o exposto, concluo:

a) O Estado, se assim entender ser de seu interêsse, pode deferir a pretensão da requerente;

b) As expressões "resgate" e "remição" são sinônimas.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 1965.

HELIO CAMPISTA GOMES
Procurador do Estado

IMÓVEIS FOREIROS AO ESTADO. ATUALIZAÇÃO DO VALOR DOS FOROS

O processo ora em exame veiculava, originariamente, uma consulta do Exmo. Sr. Chefe do Serviço de Arrecadação, da Secretaria Geral de Finanças, ao Exmo. Sr. Diretor do Departamento do Tesouro, sobre a viabilidade de, na cobrança de tributos, se proceder ao arredondamento das quantias inferiores a Cr\$ 10 (dez cruzeiros), elevando-as a tal limite quando iguais ou superiores a Cr\$ 5 (cinco cruzeiros), eliminando-as, se inferiores.

Posteriormente, o Exmo. Sr. Secretário de Finanças alvitrou a possibilidade de ser a providência almejada estendida à cobrança dos foros, devidos pelos titulares do domínio útil pela ocupação de bens públicos estaduais.

Após várias promoções, foi o processo submetido à apreciação do ilustre Consultor Jurídico do Departamento do Patrimônio da Secretaria de Finanças, Dr. MANUEL IGNÁCIO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE.

Em longo, minucioso e erudito parecer, o ilustre Consultor examinou, em profundidade, com remissão ao direito histórico e ao comparado, o instituto da enfiteuse e o regime jurídico dos bens públicos, apresentando, ao cabo, suas conclusões favoráveis à atualização do valor dos foros.

Por fim, veio o processo a esta Procuradoria, para que emitisse sua opinião.

Com relação ao problema do arredondamento de tributos, já a esta altura parece-nos extemporâneo o exame da matéria, eis que, após a Lei n.º 581, de 19-8-1964, que mandou atualizar os créditos fiscais, segundo tabelas baixadas pelo Conselho Nacional de Economia, vêm as respectivas guias sendo extraídas sem frações de Cr\$ 10 (dez cruzeiros).

No tocante ao problema da atualização dos foros, pouco há a dizer, após o extenso parecer a que já nos referimos. E apenas com o intuito de colaboração, também abordaremos o assunto, declarando-nos, de ante-

mão, de acordo, em linhas gerais, com as conclusões do ilustre Consultor do Departamento do Patrimônio.

Os dados de fato contidos no processo revelam, de maneira alarmante, o dano que o instituto da enfiteuse acabou por acarretar ao Estado. Nada menos de 36 000 aforamentos estão sujeitos a um pagamento anual inferior a Cr\$ 10 (dez cruzeiros). Dêsse imenso número, a maior parte rende a incrível pensão de 32 (trinta e dois) centavos! Ora, se tivermos em mente que a lei federal n.º 4 511, de 1-12-1964, extinguiu o curso do centavo, constataremos que, na prática, uma enorme quantidade das enfiteuses foi, efetivamente, transformada em *comodato*. Outrossim, tenha-se igualmente atenção para a manifesta tendência de, em virtude de depreciação monetária, suprimirem-se as frações de Cr\$ 10 (dez cruzeiros), o que aliás já foi consagrado no Regulamento do Imposto do Sêlo. A consequência óbvia é que o anacrônico, e hoje danoso, instituto da enfiteuse, que ostenta singular relêvo no direito patrimonial do Estado, cederá lugar ao anti-econômico, também anacrônico e, sobretudo, inconstitucional *comodato*, definitivamente fulminado pelo art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual (que proíbe as cessões a título gratuito, categoria ampla, na qual podemos enquadrar o *comodato*, cf. parecer do Procurador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, na *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 14, págs. 102 e seguintes).

Efetivamente, urge remover a poeira privatística, que, em matéria de enfiteuse, asfixia o domínio público estadual. Tal como a doutrina e a jurisprudência fizeram, em relação à *locação*, necessário é que se tenha em mente que, em direito público, ao se falar em *enfiteuse* não se tem em vista disciplinar a matéria, tal como estritamente prevista no Código Civil. Como adverte com propriedade AMÍLCAR ARAÚJO FALCÃO, em sua *Introdução ao Direito Tributário*, o direito público, ao fazer remissão aos institutos de direito privado, fá-lo "*brevitatis causa*", isto é, afim de que, de pronto, se possa identificar a espécie ou matéria abordada. Mas, de forma alguma, renuncia à prevalência do interêsse público, nota distintiva do direito público, para, submetendo-se à conceituação do instituto no direito civil, jungir-se à sua disciplina.

Sustentar, como faz com ênfase a ilustre Sra. Chefe do Serviço de Bens Dominicais, à luz do Código Civil, ser ilegal o reajustamento do valor dos foros é, *data venia*, inaceitável. É preciso não esquecer a clareza do mandamento do artigo 1.º do Código Civil:

"Este Código regula os direitos e obrigações de *ordem privada*, concernentes às pessoas, aos bens e a suas relações".

Não há, pois, como pretender submeter à integral disciplina do Código Civil as enfiteuses de bens públicos. Nesse sentido, é farta a doutrina brasileira, bem como a estrangeira. Dúvida não mais subsiste quanto a estarem os bens que constituem o chamado *domínio público* sujeitos a regime jurídico especial, eis que, em realidade, constituem-se em instrumentos