PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RODRIGO REIS MAZZEI

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO – 2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

RODRIGO REIS MAZZEI

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do Professor Doutor José Manoel de Arruda Alvim Netto.

SÃO PAULO – 2007

BANCA EXAMINADORA

_____

Professor Doutor José Manoel Arruda Alvim

_____

Professor Doutor Everaldo Augusto Cambler

_____

Professor Doutor Francisco Vieira Lima Neto

À minha família que, apesar de perder dois entes queridos no ano de 2006, se manteve – como nunca – unida. Eu amo cada um de vocês!

AGRADECIMENTOS

Eu não conseguiria terminar este trabalho sem o apoio de várias pessoas que, no momento mais difícil de minha vida, estenderam suas mãos para que pudesse finalizar o mestrado. A lista é enorme, mas para as principais faço questão de registrar meu “obrigado”.

À minha querida Paulinha, que conseguiu entender a importância desta etapa, sacrificando parte de seus planos pessoais para que eu pudesse finalizar a empreitada. Eu te amo!

Aos meus colegas de escritório, pelo trabalho redobrado na minha ausência.

Ao meu conterrâneo Daniel Monteiro Peixoto pela acolhida em São Paulo no período em que cursei os créditos.

Aos amigos Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior pelo incentivo constante.

Aos colegas Marcos Martins Filho, Washington Rocha de Carvalho e Marcela Cândido pela ajuda na colheita de material e formatação do trabalho apresentado.

Aos meus professores, em especial os mestres Arruda Alvim e Celso Campilongo, pela paciência e a confiança incondicional em todas as fases do mestrado. Suas lições foram muito além do Direito.

Por fim, quero deixar um especial obrigado à minha querida amiga Mônica Bonetti Couto, que não me deixou desistir na reta final, quando achei que não tinha mais forças para continuar.

RESUMO

O direito de superfície é figura de direito real imobiliária, de natureza bem complexa, com previsão no Estatuto da Cidade e no Código Civil, admitindo ampla transmissibilidade. O instituto estudado possui origens no direito romano, tendo o modelo pátrio forte influência do direito luso, até mesmo pelas razões históricas que no passado nos uniram. Nosso sistema legal é noviço e não possui uma regulação extensa sobre o tema, o que cria certa instabilidade na aplicação do instituto, tendo os ordenamentos estrangeiros que cuidam do direito de superfície papel importante para uma boa interpretação da figura. Em síntese, trata-se de direito real vinculado a uma concessão feita pelo proprietário a terceiro, a fim de que o último possa construir e/ou plantar em sua propriedade imobiliária, ou, de outra banda, que permita ao concessionário manter implante já existente sobre (ou até sob) a base da concessão. A inclusão de tal direito real em nosso ordenamento pode ser vista como uma tentativa de se pôr em prática a concepção de função social da propriedade, esculpida em nossa Carta Magna, possibilitando que imóveis não utilizados, ou sub-utilizados, tenham boa destinação. A separação do implante em relação à base do imóvel se opera através da suspensão dos efeitos do princípio *superficies solo cedit,* formando-se aquilo que vem se denominando de "propriedade superficiária", em razão dos amplos poderes que o concessionário (=*superficiário*) detém sobre a acessão. Este entendimento se encontra firmado, em certa medida, na doutrina e legislação estrangeira, citando-se, em exemplo, o direito italiano, o lusitano e o argentino. Há uma gama de desdobramentos e variantes na relação superficiária, dada à elasticidade que esta admite no seu objeto, podendo ser *simples* ou mais *complexa*, dependendo do que foi pactuado entre as partes. O direito de superfície reclama, ainda, exame no *plano horizontal* do imóvel (objeto da concessão), visando a fixação dos seus limites e das respectivas obrigações e reflexos secundários, como também no quadrante *vertical*, em razão de nosso ordenamento não vedar, ao menos de forma expressa, a concessão no subsolo e no espaço aéreo. Todas as conclusões do estudo seguem uma linha básica: direito de superfície é espécie singular de direito real imobiliário, não se enquadrando com perfeição nos habituais conceitos de *ius in re propria* e ou dos constantes da tríade de *ius in re aliena* tradicionalmente admitida (direitos reais de *fruição*, *gozo* e *garantia*). Cuida-se de instituto com vocação para *funcionalizar* o imóvel alheio, tendo amplo espectro de atuação, muito embora sempre atue em base imobiliária. Em suma, o instituto em comento cuida da relação entre o proprietário de um terreno e outrem, que firmam pacto em que o primeiro concede ao segundo, chamado de superficiário, o direito de construir (*ad aedificandum*) ou de plantar (*ad plantandum*) em seu imóvel, ou de manter construção existente sobre este com amplos direitos de uso e gozo, numa relação que merece toda a atenção da doutrina especializada, pois pode ser importante instrumento para a aplicação concreta da função social da propriedade.

Palavras-chave: Direito de superfície. Propriedade. Direito real. *Superficies solo cedit.* Função social da propriedade. *Ius in re propria. Ius in re aliena.* Propriedade superficiária.

RESUMEN

El derecho de superficie es figura de derecho real inmobiliaria, de naturaleza bien compleja, con previsión en el Estatuto de la Ciudad y en el Código Civil, y admite amplia transmisibilidad. El instituto estudiado posee orígenes en el derecho romano, y el modelo patrio tiene fuerte influjo del derecho luso, incluso por las razones históricas que en el pasado nos unieron. Nuestro sistema legal es novicio y no posee una regulación extensa sobre el tema, lo que crea cierta instabilidad en la aplicación del instituto, y tienen los ordenamientos extranjeros que cuidan del derecho de superficie papel importante para una buena interpretación de la figura. En síntesis, se trata de derecho real vinculado a una concesión hecha por el propietario a tercero, a fin de que este último pueda construir y/o plantar en su propiedad inmobiliaria, o, diferentemente, que permita al concesionario mantener implante ya existente sobre (o incluso bajo) la base de la concesión. La inclusión de tal derecho real en nuestro ordenamiento puede ser vista como un intento de ponerse en práctica la concepción de función social de la propiedad, esculpida en nuestra Carta Magna, posibilitando que inmuebles no utilizados, o subutilizados, tengan buena destinación. La separación del implante en relación a la base del inmueble se opera através de la suspensión de los efectos del principio *superficies solo cedit,* formándose aquello que se viene denominando de "propiedad superficiaria", en razón de los amplios poderes que el concesionario (=*superficiario*) detiene sobre la accesión. Este entendimiento se encuentra firmado, en cierta medida, en la doctrina y legislación extranjera, como por ejemplo en el derecho italiano, el lusitano y el argentino. Hay una gama de desdoblamientos y variantes en la relación superficiaria, debido a la elasticidad que ésta admite en su objeto, pudiendo ser *simple* o más *compleja*, dependiendo de lo que fue pactado entre las partes. El derecho de superficie reclama, aún, examen en el *plano horizontal* del inmueble (objeto de la concesión), visando a fijar sus límites y respectivas obligaciones y reflejos secundarios, bien como en el cuadrante *vertical*, en razón de que nuestro ordenamiento no veda, al menos de forma expresa, la concesión en el subsuelo y en el espacio aéreo. Todas las conclusiones del estudio siguen una línea básica: derecho de superficie es especie singular de derecho real inmobiliario, no se encuadra con perfección en los habituales conceptos de *ius in re propria* y/o de los constantes de la triade de *ius in re aliena* tradicionalmente admitida (derechos reales de *fruición*, *gozo y garantía*). Se cuida del instituto con vocación para *funcionalizar* el inmueble ajeno, tiene amplio espectro de actuación, aunque siempre actué en base inmobiliaria. En suma, el instituto comentado cuida de la relación entre el propietario de un terreno y otro, que firman pacto en el cual el primero concede al segundo, llamado de superficiario, el derecho de construir (*ad aedificandum*) o de plantar (*ad plantandum*) en su inmueble, o de mantener construcción existente sobre este, con amplios derechos de uso y gozo, en una relación que merece toda la atención de la doctrina especializada, pues puede ser importante instrumento para la aplicación concreta de la función social de la propiedad.

Palabras llave: Propiedad. Derecho de superficie. Derecho reale. *Superficies solo cedit.* Función social de la propiedad. *Ius in re propria. Ius in re aliena.* Propiedad superficiaria.

RIASSUNTO

Il diritto di superficie si rivela una figura di diritto reale imobiliario, di natureza complessa, con previsione nel “Estatuto da Cidade” e nel Codice Civile, permette ampia trasmissibilità. Lo istituto ricercato ha avuto suoi origini nel diritto romano, il modelo patrio ha avuto forte influenzia del diritto portoguese, anche per ragioni historiche que nel passato hanno unito i nostri paese. Nostro sistema legale é nuovo e non ha avuto una regulazione lunga sopra il tema, ha risultato cosi in una certa istabilità nella aplicazione del istituto, cosi gli ordinimenti estranieri che cuidano del diritto di superficie hanno un ruolo importante per una buona interpretazione della figura. Sinteticamente, si trata di diritto reale vinculato ad una concessione fatta per il proprietario ad un terzo, a fine di che quest’ulltimo possa costruire ed/o plantare en la loro proprietà imobiliaria, o, di un’altra maniera, che permetta allo concessionario mantenere l’inplante giá esistente sopra (o anzi, su) ad una base di concessione. La inclusione di tale diritto reale en nostro ordinamento puó essere riguardata come un tentativo di se ne pore in pratica la concezzione della funzione sociale della proprietà, isculpita entro la nostra Magna Carta Brasiliana, di tal forma da possibilitare che imobili non utilizzati, od ancora subutilizzati, tengono alla fine buona destinazione. La separazione dell’inplante en relazione alla base dello imobile éd operata traverso della suspensione degli efetti dello principio *superficies solo cedit,* formandosi quello che viene denominato di “proprietà superficiaria”, a ragione degli ampi potere che il concessionario (=*superficiario*) detene sopra la acessione. Questa maniera di capire si trova firmata, en certa misura, nella dotrina e nella legislazione estraniera, ad esenpio, nel diritto italiano, portoguese ed argentino. Cè una varietà di sdoppiamenti e varianti nella relazione superficiaria, data la elasticità che questa ammette nel suo oggetto, potendo essere *semplice* o piú *complessa*, a dipendere dello che é stato pattuato tra le parti. Il diritto di superficie bisogna ancora esamine nel *piano orizzontale* dello imobile (oggetto di concessione), visando la fissassione degli suoi limiti e delle rispettive obliggazione e reflessi secundari, come anche nel quadrante *verticale*, en ragione del nostro ordinamento non vietare, allo minimo di maniera espressa, la concessione nel sottosuolo e nel espazio aereo. Tutti questi conclusioni seguino una linea basica: diritto di superficie é una especie singulare del diritto reale imobiliario, non rimanendo con perfezzione tra gli habitualli conceti di *ius in re propria* e/o negli ricavabili della triade di *ius in re aliena* tradicionalemente ammessa (diritti reale di *fruizione*, *godimento* ed *garanzia*). Badasi di istituto con vocazione per *funzionalizare* lo imobile alieno, tenendo ampio spettro di atuazione, non ostante ormai sia in base imobiliaria. In somma, lo istituto in comento tratta di relazione tra il proprietario di un terreno ed altrui, che firmano un patto nel qualli il primo concede allo secondo, chiamato di superficiario, il diritto di costruire (*ad aedificandum*) o di plantare (*ad plantandum*) nel suo imobile, o di mantenere costruzione giá esistente sopra, tenendo su di essi ampi diritti di usare e gozare, che meritano tutta la atenzione della dottrina especializata, cercando una volta di essere importante istrumento per la aplicazione concreta della funzione sociale della proprietà.

Parolas chiave: Diritto di superficie. Proprietà. Diritto reale. *Superficies solo cedit.* Funzione sociale della proprietà. *Ius in re propria. Ius in re aliena.* Proprietà superficiaria.

ABSTRACT

The surface rigth is a real state figure of the right in rem, of well complex nature, with forecast in the Statue of the Cities and the Civil Code, admiting ample transferability. The studied institute possess origins in the Roman law, having the native model strong influence of the Portuguese law, even though for the historical reasons that in the past had joined them. Our legal system is beginning and it does not possess an extensive regulation on the subject, which creates a certain instability in the aplication of the institute, having foreign orders that take care of the surface right an important paper for a good interpretation of the figure. In synthesis, is about a right in rem entailed to a made concession from the proprietor to a thrid party, so that the last one can construct and/or plant in it's real state property, or, of another band, whom it alows the concessionaire to keep existing implantation already on (or even under) the base of the concession. The inclusion of such right in rem in our order can be seen as an attempt of if putting in practical the conception of social function of the proprety, sculptured in our Great Letter, making possible that immovable not used, or underutilized, they have good destination. The separation of the implantation in relation to the base of the property if operates through the suspension of the effect of the alone principle *superficies solo cedit,* forming themselves what it comes if calling of "superficies property", in reason of the ample ones to be able that the concessionaire (=owner of the superficies property) withholds on the acession. This comprehension it finds firmed, in certain measure, the doctrine and foreign legislation, citing itself, in example, the Italian right, the Portuguese and the Argentine. It has a gamma of unfoldings and variants in the superficies relation, given to the elasticity that this admits in it'sobject, being able to be simple or more complex, depending on the one that was agreed to between the parts. The surface right complains, still, examination in the horizontal plan of the property (object of the concession), aiming at the secondary setting of it's limits and the respective obligations and consequences, as also in the vertical quadrant, reason of our order not to forbid, to little of express, the concession in the subsoil and airspace. All the conclusions of the study follow a basic line: surface right is singular species of real estate right in rem, not it fitting with perfection in the habitual concepts of *ius in re propria* and or the constants of the triad of *ius in re aliena* traditionally admitted (rights of enjoyment, joy and guarantee). It's taken care of institute with vocation to give a purpose to the other person's property, having ample specter of performance, much even always acts in real estate base. In short, the institute in comment takes care of the relation that enters the proprietor of a land and another person, that they firm pact where the first one grants to as, called superficies, the right to construct (*ad aedificandum*) or of planting (*ad plantandum*) in it's property, or to keep existing construction on this, having on the ample rights of use and joy, that all deserves the attention of the specialized doctrine, therefore it can be an important instrument for the concrete application of the social function of the property.

Key-words: Surface rigth. Property. Right in rem. *Superficies solo cedit.* Social function of the proprety. *Ius in re propria. Ius in re aliena.* Superficies property.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 16

2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO 21
2.1 Raízes romanas 21
2.2 Direito intermediário 35

3 DO DIREITO ESTRANGEIRO 42
3.1 Áustria 43
3.2 Alemanha 46
3.3 Suíça 48
3.4 Bélgica 51
3.6 Itália 55
3.7 Espanha 58
3.8 Portugal 61
3.9 França 68
3.10 Inglaterra 70
3.11 Canadá (Código de Quebec) 71
3.12 Argentina 72
3.13. Bolívia 77
3.14 Peru 79
3.15 Macau 80
3.16 Japão 87
3.17 República da Coréia 88
3.18 China 89

4 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO BRASIL 90
4.1 O direito de superfície no Brasil: do descobrimento ao Código Civil de 2002 90
4.1.1 Ordenações 90

4.1.1.1 Ordenações Afonsinas 92
4.1.1.2 Ordenações Manuelinas 94
4.1.1.3 Ordenações Filipinas 94
4.1.2 Lei de 9 de julho de 1773 95
4.1.3 A Consolidação das Leis Civis e a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864 98
4.1.4 Código Civil de 1916: descarte do Projeto Revisto 101
4.1.5 A tentativa de codificação sob a batuta de Orlando Gomes 103
4.1.6 Código Civil de 2002: do anteprojeto, passando pelo Estatuto da Cidade, ao texto atual 105
4.1.7 Projeto de Lei n. 6.960/2002 108

5 O CÓDIGO CIVIL DE 2002: EVIDÊNCIAS DA SUPERAÇÃO DO MODELO DE 1916 110
5.1 O surgimento dos microssistemas 114
5.2 A função *participativa* do Código Civil de 2002 119
5.3. Os princípios do Código Civil de 2002 127
5.3.1 Princípio da socialidade 128
5.3.2 Princípio da eticidade 131
5.3.3 Princípio da operabilidade 133

6 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO BRASIL 137
6.1 Da *propriedade* do Código Civil de 1916 *à função social da propriedade* do Código Civil de 2002 137
6.1.1 Código Civil de 1916: a propriedade tratada sem olhos à sua função social (León Duguit e a Constituição de Weimar) 137
6.1.2 Tratamento constitucional da função social da propriedade: da Constituição de 1934 à Carta Magna de 1988 142
6.1.3 O Código Civil de 2002 e a função social da propriedade 145
6.1.3.1 O artigo 1.228, parágrafo 1º: *cláusula geral extensiva* 146
6.1.3.2 O artigo 1.228, parágrafo 1º: *cláusula geral restritiva* 148

6.2 Do direito de superfície e a sua vinculação à concepção de função social da propriedade 151

7 O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CIDADE (LEI N. 10.275/2001): BREVE ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DO NOSSO ORDENAMENTO 155
7.1 Direito real em qualquer dos corpos legislativos 157
7.2 Aspectos objetivos da concessão 159
7.3 Aspectos subjetivos da concessão 160
7.4 Aspectos formais da concessão: formas de constituição do direito de superfície 161
7.5 Fixação do prazo da concessão 166
7.6 Possibilidade de concessão gratuita ou onerosa 170
7.7 Responsabilidade pelo pagamento dos encargos e tributos 172
7.8 Transmissibilidade ampla 173
7.9 Direito de preferência 175
7.10 Extinção do direito de superfície 178
7.10.1 Extinção da concessão superficiária por desapropriação judicial 182
7.11 Reversão 183
7.12 Hipoteca (e situações afins) 184
7.13 Da aplicação supletiva do Código Civil (art. 1.377) 194
7.14 Da resenha das *diferenças* entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade 195
7.15 O Código Civil revogou os artigos sobre *superfície* do Estatuto da Cidade? 197
7.16 Nossa posição: necessidade de interpretação sistêmica 200

8 DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO 207
8.1 O direito de superfície e o princípio *superficies solo cedit* 208
8.2 Da dinâmica do direito de superfície 211

8.2.1 Breve síntese sobre os desdobramentos permitidos pelo direito de superfície 211
8.2.1.1 O direito real de implantar e sua natureza jurídica (concessão *ad aedificandum* e *ad plantandum*) 215
8.2.1.2 Do direito real incidente sobre o implante (*propriedade superficiária*) e a sua natureza jurídica 219
8.2.1.2.1 O implante no plano temporal 220
8.2.1.2.2 *Ius in re propria* ou *ius in re aliena*? 221
8.2.1.2.3 A expressão *propriedade superficiária:* uso não unívoco 222
8.2.1.3 Da corrente *ius in re propria* 225
8.2.1.4 Da corrente *ius in re aliena* 229
8.2.1.5 Nossa opinião 232

9 OUTRAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DO INSTITUTO 242
9.1 É um direito real (exclusivamente) imobiliário 242
9.2 É um direito real de natureza temporária 243
9.3 É um direito que pode ser transmitido 245
9.4 É um instrumento de *funcionalização* da propriedade 247
9.5 Nosso conceito 251

10 ANÁLISE E CONFRONTO COM OUTROS INSTITUTOS 254
10.1 Direito de superfície x enfiteuse 254
10.1.1 Da manutenção residual e especial da enfiteuse 260
10.2 Direito de superfície x usufruto 261
10.3 Direito de superfície x servidão 265
10.4 Direito de superfície x locação 269
10.5 Direito de superfície x direito real de uso (artigo 7º do Decreto-Lei n. 271/67) 270

11 DA RELAÇÃO SUPERFICIÁRIA E SEUS ELEMENTOS 275
11.1 Elementos subjetivos: as partes na concessão 275

11.1.1 Proprietário 276
11.1.1.1 Pessoa física 277
11.1.1.1.1 O incapaz como proprietário e as regras de proteção 277
11.1.1.2 Pessoa jurídica de direito privado 281
11.1.1.3 Pessoa jurídica de direito público interno 281
11.1.1.4 Das “pessoas” sem personalidade jurídica 282
11.1.1.5 Condomínio 283
11.1.1.6 Promitente comprador 285
11.1.2. Superficiário 289
11.1.2.1 Aspectos gerais 289
11.1.2.2 Restrições ao estrangeiro 289
11.1.2.3 Pessoa jurídica de direito público interno 292

12 O OBJETO DA CONCESSÃO 294
12.1 A concessão sob a ótica da *natureza da acessão* 296
12.1.1 Da superfície vegetal 298
12.1.2 Da superfície construtiva 302
12.1.3 Da superfície mista 306
12.1.4 Da superfície especial 307

13 A CONCESSÃO SOB A ÓTICA DA *DINÂMICA SUPERFICIÁRIA* 310
13.1 Da relação superficiária simples (por cisão) e complexa: pontos fundamentais 311
13.2 Da interpretação dos artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade: possibilidade de concessão *simples* (*por cisão*) e *complexa* 313
13.3 Da relação superficiária *simples* (*superfície por cisão*): particularidades 320
13.3.1 Cisão ordinária e cisão qualificada 320
13.3.2 A superfície por *cisão* e as benfeitorias 322
13.4 Da relação superficiária *complexa*: particularidades 323

13.4.1 Do direito à reconstrução e replantação: cláusula legal decorrente da essência do instituto 324

14 PLANO TOPOLÓGICO EM RELAÇÃO AO IMÓVEL (OBJETO DA CONCESSÃO) 326
14.1 Plano horizontal: base imobiliária 327
14.1.1 Imóveis rurais e urbanos 327
14.1.2 Possibilidade de concessão parcial: superfície que incide sobre parte da área do imóvel do proprietário. 328
14.2 Plano vertical: subsolo e espaço aéreo 331
14.2.1 O subsolo 333
14.2.2 A concessão superficiária e o espaço aéreo 340
14.2.2.1 Cessão do espaço aéreo em favor de outro imóvel: direito de superfície ou servidão? 341
14.2.2.2 Direito de construir acima do implante: *sobrelevação* (*direito de laje*) 345

15 CONCLUSÃO 357

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 364

1 INTRODUÇÃO

Como é de conhecimento geral o Código Civil de 2002 promoveu alterações na enumeração taxativa dos direitos reais, passando a contemplar o direito de superfície no ementário respectivo (artigo 1.225, II), com a tomada de espaço que era antes ocupado pela enfiteuse que, sem dúvida, teve seu espectro de atuação bem mais limitado[1]. A medida se aprova, pois, atualmente, o direito de superfície é um instrumento que pode propiciar – de forma mais útil que a enfiteuse – a circulação de riquezas que envolvem a propriedade, sendo, *a priori*, acertada a postura do legislador.[2]

A opção levada a cabo merece ser alvo de estudo, justificando o presente trabalho, que tem como objeto a análise do instituto tendo como pano de fundo sua presença no ordenamento nacional, sobretudo a partir da ótica do atual Código Civil, realçando seus arrabaldes mais relevantes, assim como investigando a natureza jurídica da figura e a sua dinâmica peculiar, capaz de apresentar vários desdobramentos.

---

[1] Nada obstante a retirada da enfiteuse do rol do artigo 1.225, é importante anotar que o Código Civil, em seu artigo 2.038, prevê regra transitória que prestigia as situações já consolidadas até a sua extinção, assim como a possibilidade de uso da enfiteuse nos terrenos de marinha, relação esta que fica fora do âmbito da codificação, sendo regulada por lei especial. Dessa forma, não é correto afirmar peremptoriamente que o Código Civil atual retirou a enfiteuse do cenário jurídico nacional, dado ao vasto campo que haverá para sua aplicação nos terrenos de marinha. Sobre a manutenção da enfiteuse no sistema legal, vale a consulta de Edgard Carlos de Amorim (*A enfiteuse à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2002, p. 15-18).

[2] No sentido, entre vários: Carlos Roberto Gonçalves (*Principais inovações no Código Civil de 2002*: breves comentários. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62), e Maria Helena Diniz (*Curso de Direito civil brasileiro.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 412).

A escassa disponibilidade de material específico vinculado ao tema[3] é, certamente, indicativo que nosso labor poderá ser absorvido como contribuição para o estudo da figura jurídica em foco. Não pretendemos firmar as últimas palavras, mas apenas trazer algumas linhas raciocínios que permitam formar módulo básico em relação ao instituto, pois a nossa legislação é bem deficiente, encontrando-se muitos vácuos e algumas contradições, o que gera insegurança na sua aplicação e manejo.

Para seguirmos o caminho tracejado, mister se faz, contudo, a análise de questões prévias, fundamentais, ao nosso sentir, para o êxito da empreitada. Explica-se:

Antes de entrar propriamente nas discussões atreladas à natureza jurídica do direito de superfície (como *tipo* constante do rol dos direitos reais) ou dos dispositivos legais pertinentes ao tema, cremos que se faz necessário que se proceda à análise da feição do atual diploma civil codificado, ainda que de forma breve, pois as suas diretrizes possuem diferenças acentuadas em relação ao Código Civil de 1916.

Às claras, as direções agora seguidas na codificação – que fomentam a idéia de que a propriedade reclama uma *função social*, bem

---

[3] Embora o direito de superfície seja abordado em diversos manuais de forma bem panorâmica, sendo também o foco de alguns artigos, até a data da defesa do presente trabalho, eram encontrados apenas seis trabalhos monográficos publicados no Brasil, em forma de livro específico sobre o tema, a saber: José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993); Marise Pessoa Cavalcanti (*Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000); Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002); Paulo Roberto Benasse (*O direito de superfície e o novo Código Civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002); Frederico Henrique Viegas de Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005); Rima Gorayb (*O direito de superfície*. São Paulo: Quartier Latin, 2007). Sem prejuízo, apesar de não ter efetuado publicação solitária sobre o instituto, colhe-se também grande contribuição de Ricardo Pereira Lira, autor do clássico texto *O moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral*, apresentado como tese visando a titularidade para a cadeira de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e que foi publicado inicialmente no volume 35 da *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* (posteriormente, constante de um dos capítulos da obra *Elementos de direito urbanístico.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997).

assim de que é necessária a interação com os *microssistemas*[4] – demonstram que qualquer missão que pretenda explorar o direito de superfície demandará análise de questões ligadas às concepções do Código Civil de 2002, em boa parte das vezes estranhas ao diploma revogado. Em suma, sem a noção básica da silhueta do atual diploma codificado, não será possível compreender o instituto em destaque na sua plenitude.

Assim, faremos breve incursão nos contemporâneos contornos do Código Civil, em que visaremos realçar o seu diálogo com os microssistemas, o forte influxo constitucional recebido, que acabou por gerar nova tríade de princípios (*socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*), sendo o direito de superfície, sem suspeita, uma das várias manifestações que demonstram o apego à idéia de *função social da propriedade*.[5]

Por outro lado, diante da falta de cultura e experiência em relação à figura jurídica e da existência de parca regulação sobre a matéria no ordenamento nacional, será necessário que o direito estrangeiro seja visitado de forma antecedente, pois tal providência permitirá projetar as balizas desenvolvidas em outras nações para nosso sistema, sendo possível aferir a viabilidade (ou não) de absorver alguns experimentos e interpretações sobre questões que abrem espaço para controvérsias, assim

---

[4] No particular, o diálogo com o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001) é intuitivo, diante da regulação do instituto também por aquele corpo legal.

[5] É comum na doutrina anotação de que o direito de superfície é uma das manifestações legislativas de obediência ao comando (constitucional) de *função social da propriedade*, citando-se, como exemplo: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217). Ademais, Ao se falar em *função social da propriedade*, abrimos espectro amplo que não se limita à *propriedade* propriamente dita, mas num âmbito mais alargado que seja capaz de alcançar outras situações atreladas aos Direitos Reais, posição que possui eco na doutrina, como é o caso de Glauber Moreno Talavera (A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia. In. Viana, Rui Geraldo Camargo; Nery, Rosa Maria de Andrade (Coords.).*Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 277-327) e Ricardo Aronne (*Por uma hermenêutica dos direitos reais limitados*: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

como, *lege ferenda*, refletir acerca de possíveis intervenções legislativas no futuro para o aperfeiçoamento do instituto.[6]

Dessa forma, as nossas posições sobre as características do direito de superfície ficarão reservadas para os capítulos posteriores às tais obrigatórias abordagens, haja vista que estas explorações iniciais formarão pilares para que a segunda parte seja exposta de forma mais estabilizada, dando suporte para a colocação das idéias defendidas.

---

[6] Ademais, como o direito de superfície é, em termos, uma novidade no nosso sistema jurídico atual, iniciando-se agora as primeiras relações vinculadas ao instituto, a aferição do direito comparado permite até mesmo ajuste de certas normas, antecipando-se o legislador ao provável conflito que a norma não será capaz de resolver, de forma adequada, em situação concreta. Concordamos, assim, completamente com a forte dicção de Luiz Moisset de Espanes: "*El Derecho Comparado es una disciplina que muchas veces ha sido tachada de inútil, cuando no de impracticable o imposible: lo primero por quienes, enrolados en la corriente positivista, afirman que lo único que interesa al jurista es el conocimiento de su propia legislación, el estudio de las normas positivas que rigen en su país; lo segundo es la consecuencia de pensar que los sistemas jurídicos nos tienen puntos en común, desconociendo que en todos los ordenamientos jurídicos pertenecientes a pueblos de ama misma civilización subyace una base filosófica similar. El jurista debe acudir a esta herramienta tan valiosa que se la comparación, para extraer de ella frutos que contribuyan al mejor conocimiento del sistema nacional. Pero la finalidad de la comparación no se agota en el 'mejor conocimiento' del derecho propio; la tarea del comparatista le permite alcanzar una más cabal comprensión del Derecho – tanto nacional como extranjero – y esto traerá como consecuencia el progreso en materia de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Una das mayores contribuciones del Derecho Comparado a la ciencia jurídica es la de poder prever la evolución probable de las relaciones sociales, y adecuar anticipadamente las normas a esa realidad cambiante, para brindar solución a los nuevos conflictos que pueden suscitarse. No hay ciencia si previsión, es decir la posibilidad de afirmar que dado tal estimulo se han de producir determinados efectos; por eso algunos autores niegan carácter científico a los estudios sociales, incluida la ciencia jurídica, sosteniendo que en ese campo no se cumplen las leyes de causalidad. Pesamos, sin embargo, que en la ciencias sociales existe la posibilidad de prever; lo que sucede es que esta previsión es diferente a la de las ciencias naturales. En materia social no se prevén hechos, sino tendencias; no e formulan 'leyes' ineludibles, sino que se advierten regularidades. Precisamente, esta previsión de 'tendencias' es lo que permite al jurista anticiparse a la producción de ciertos fundamentos sociales, formulando de antemano las normas que han de regularlos. El estudio de otros sistemas facilita esta labor de previsión que el jurista, al comparar, apreciará en su conjunto los factores que desembocan en una determinada situación, y si advierte que otras sociedades están viviendo ese proceso, de manera tal que se configura una 'tendencia', puede extraer válidamente la conclusión de que, dados esos mismos factores, existen grandes posibilidades de que se plantee una situación similar en su país, y adoptar medidas para adaptar su sistema jurídico, preparándolo para hacer frente a la realidad que se avecina*" (*Codificacion civil y derecho comparado*. Buenos Aires: Zavalia, 1994, p. 15-17). Sobre a importância do Direito Comparado, confira-se, entre outros: Rodolfo Sacco (*Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, em especial p. 44-48); René David (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, em especial p. 5-7); Lino de Morais Leme (*Direito civil comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, em especial p. 22-24); Mauro Cappelletti (*Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee.* Bologna: Il Mulino, 1994, em especial, p. 16-17); e Leodin-Jean Constantinesco (*Tratado de direito comparado*: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, em esp. p. 7-8).

Esperamos que o singelo trabalho possa contribuir para que o instituto seja mais estudado e utilizado, pois estamos convictos de que pode desempenhar ótimo papel, uma vez que se trata de instrumento moderno e que pode ser muito bem aproveitado dentro das opções da nossa farmacopéia jurídica pátria.

2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

O instituto que iremos estudar possui uma configuração muito própria, sendo seu detalhamento efetuado ao longo do tempo, sofrendo mutações e ajustes desde as suas primeiras notícias. Para compreendermos o papel que o direito de superfície pode desempenhar atualmente no nosso ordenamento, cremos ser relevante a sua análise evolutiva, missão que merece ser feita através de um breve passeio sobre os registros históricos mais importantes da figura jurídica.

2.1 Raízes romanas

O direito de superfície tem sua origem no direito romano[7], razão pela qual a nossa narrativa histórica se inicia com tal ponto de partida,

[7] A íntima ligação com o direito romano é defendida por maciça doutrina, podendo-se citar, em exemplos, do direito estrangeiro: Alessandro Barca e Corrado Marvasi (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 17-23 - Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon); Lino Salis (La superficie. In: Vassali, Filippo (Dir). *Tratado de diritto civile italiano*. Torino: UTET, 1954, v. 4, p. 1-3); Franco Pastori (*Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*. Milano: Cisalpino, 1993, p. 143-167); Andréa Paladini (Superficie: diritto romano. In: NOVISIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1957, v. 18, p. 941-944); Giovanni Giacobbe (*La superfície.* Milano: Giuffré, 2003, p. 6-13); Attilio Guarneri (*La superficie: Il Codice Civile commentario: artt. 952-956*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 1-3); Mario Zaccagnini e Antonio Palatiello (*Enfiteuse. Superfície. Oneri reali*. Napoli: Jovene, p. 235-237), C. Massimo Bianca (*Diritto civile*: la proprietà. Milano: Giuffrè, 1999, v. 6, p. 542-543); Ludovico Barassi (*Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 608-609); Biagio Brugi (Instituciones de derecho civil. Traducción de la cuarta edición italiana por Jaime Simo Bofarull, México: UTHEA, 1946, p. 254); Angelo Capalbo (*Transformazione del diritto di supperficie in diritto di proprietá*: legislazione e modulistica applicativa. Camerino: Harley, 2004, p. 13); Roberto de Ruggiero (*Instituições de direito civil*. Tradução da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 2, p. 474); Vicente Guilarte Zapatero (*El derecho de superfície*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 3-57); Jose Luis de los Mozos (*El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanistica*. Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974, p. 21-51); José Puig Brutau (*Fundamentos de derecho civil*: derecho de cosas. Barcelona: Bosch, 1953, v. 3, p. 503-505); Cirilo Martin-Retortillo (*El derecho de superficie según la ley del suelo*. Madrid: Reus, 1964, p. 4-6); Francisco Salinas Quijanda (*Derecho civil de Navarra*: derecho de cosas, derechos reales limitados. Pamplona: Gomes, 1974, v. 3, p. 15-16); Jerónimo González (*El derecho real de superficie*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1922, p. 12-14); Roberto Blanquer Úberos (*Acerca del derecho de superficie.* Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, p. 17-19); J. W. Hedemann (*Tratado de derecho civil*: derechos reales. Versión española y notas de José Luiz Dies Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, v. 2, p. 310); Martín Wolff (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 1); Gabriel de Reina Tartière (*Derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 28); Raymundo M. Salvat (*Tratado de derecho argentino*: derechos reales. Actual. por Manuel J.

seguindo a linha mais sedimentada na doutrina que se debruça para a análise das fontes e raízes da figura em comento.[8]

Arhañaras, 4. ed. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1959, v. 3, p. 612); Héctor Lafaille (*Tratado de los derechos reales*. Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1944, v. 2, p. 376); Luis M. Valiente Noailles (*Derechos reales*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p.19); Marina Mariani de Vidal (*Curso de derechos reales*. Buenos Aires: Zavalia, 2000, v. 2, p. 380); Beatriz Aréan (*Derechos reales*. 6. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, v. 2, p. 695); Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 29-59); Roland Ruedin (*Le droit réel de superfície*. Neuchâtel: Ides et Calendes, 1969, p. 48-49).

[8] Registre-se, no entanto, que há alguma discrepância entre os autores que fazem a análise histórica sobre o direito de superfície, ocorrendo variações nas opiniões (inclusive na doutrina estrangeira), até mesmo diante da existência de material histórico absolutamente seguro, mormente sobre a evolução do instituto no período romano. Tanto assim, que Rima Gorayb faz a seguinte anotação: "Havendo poucos dados históricos, a verdadeira origem do direito de superfície permanece obscura. Velhos escritores, reputam-no antiqüíssimo e dela citam como exemplo concreto a concessão de solo realizada para a construção da Colônia de Cartargo, fato que ocorreu nove séculos antes da era cristã. Outros, como Bulfoni (*op. cit.*), preferem ver uma primeira manifestação do direito estudado Conta-nos Dionísio (X, 32) que, por ocasião da publicação, por Giustino, da LEX Icilia de Aventino, foi concedida, aos plebeus, a faculdade de edificar sobre o Aventino suas próprias habitações, e gozá-las em comum. Outros vêem, na conquista de Cápua, um exemplo de direito de superfície na locação de casas e *tabernae* (211 a. C.). Ora, todos os autores são unânimes em situar a origem da superfície e da enfiteuse na ocupação das terras inalienáveis em considerar a enfiteuse um reflexo do direito grego que começou a ser assimilado pelos romanos a partir da anexação da Grécia por Roma (211 a. C.)" (*O direito de superfície*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 26). A observação da autora brasileira não é única, sendo apresentado por E. Fosar Benlloch quadro que demonstra a existência de uma variedade de opiniões sobre as raízes históricas da figura jurídica, confira-se: "*1) Según algunos Danz, Puchta, Dittmar, se halla en la lex Icilia de Aventino publicando en virtud de la que (Dion. Halic., x, 32) fue concedido a la plebe habitar el monte Aventino, la cual construyó insulas y las dividido por pisos para su uso por una familia. Pero, ciertamente, no se ha de ver aquí un derecho de superficie que grava a cada piso inferior en beneficio del superior, tan sólo una communio pro diviso del uso, pro indiviso de la propiedad. En esto pareecem estar de acuerdo todos los autores (Rudorf, Rosso, Lucci, Coviello, Simoncelli, Bonet). 2) Otra opinión de autores antiguos (Punffendorf, Heyser, Hertius) remonta la creación del derecho de superficie, nada menos que a la legendaria concesión de tierras de los númidas a Elisa, fundadora de Catargo. Dice Coviello: discutir sobre la falsedad de tal origen histórico sería superfluo; sin salir tan lejos, despreciaremos investigarlo, puesto que el derecho nace en Roma (p. 37). 3) Para otros, la superficie deriva de la occupatio bellica. Los bienes y personas de los vencidos eran propiedad del pueblo romano. En cuanto a los bienes ocupados, otorgaba un derecho de goce limitado a la superficie, puesto que el dominio público era inalienable. En retribución de esta cesión del goce percibía el Estado una renta perpetua. Luego, los particulares imitaron este sistema de administración de los bienes públicos y así nació el derecho de superficie atisbado por Séneca. (…) 4) Otra opinión, sustentada por Demolobre, intenta demostrar que el origen del derecho de superficie se halla en el arriendo privado ad non modicus tempos. Esto no parece exacto, pues el origen de la superficie romana está indisolublemente ligado al ager publicus. 5) Finalmente, la mayoría de los autores colocan los albores y parte de la evolución del derecho de superficie en los arriendos ad non modicum tempos que el Estado otorgaba sobre el ager publicus. El argumento lógico que explica el origen de este instituto el siguiente (Lucci, que cita Degenkolob, p. 15-16): el que adquiere un derecho de construir con materiales propios sobre el fundo de otro, dirige su intención a la propiedad de su producción: pero esta intención, chocando contra a ley de accesión, viene atenuada en el sentido que en vez de producir el efecto a que iba destinada (derecho de propiedad) produce otro diverso o, al menos, atenuado (derecho real).*" (El derecho de superficie. *Anales de la Universidad de Valencia*, v. 28, fasc. 3, p. 7-9, II curso 1954-1955). Também com exposição, ainda que mais breve, acerca das teses que envolvem as raízes do direito de superfície, confira-se: Jerónimo González (*El derecho real de superficie*. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1922, p. 12-14). De qualquer forma, parece prudente a

De início, a propriedade se apresentava, para os romanos, como um poder absoluto da pessoa sobre a coisa, um verdadeiro domínio, uma autêntica dominação. É um poder único, absoluto, exclusivo (porque somente o proprietário podia dispor da coisa), perpétuo (somente havia a perda da propriedade por um ato de vontade) e oponível *erga omnes*.[9]

O *poder dominial* permitia, inclusive, destruir a própria coisa[10]. Era o direito mais absoluto e exclusivo sobre a coisa. Enfim, tudo era permitido ao *dominus*, pois lhe cabia não só o *jus utendi* (direito de usar) e o *jus fruendi* (direito de fruir, perceber os frutos e produtos da coisa), mas também o *jus abutendi* (direito de abusar, de dispor da coisa como aprouvesse), sem ser um abuso de direito[11]. Não interessava ao romano o que poderia acontecer com a coisa, nem os danos que sua destruição poderia ocasionar ao vizinho ou à coletividade[12]. A propriedade, como se vislumbra, tinha nítido cunho individualista, personalíssimo.

Os romanos entendiam que tudo que estava sobre o solo se incorporava necessariamente, por direito natural, ao seu proprietário. Este era o princípio *superficies solo cedit*, traduzido nas regras da acessão imobiliária. Assim, àquela época, como corolário deste sistema, não se concebia a propriedade da construção separada da propriedade do solo. Logo, tudo que fosse edificado sobre o solo a ele se agregaria e passaria a pertencer exclusivamente ao seu proprietário.[13]

---

advertência de Vicente Guilarte Zapatero: "*Resulta incierto el origen del derecho de superficie*" (*El derecho de superfície*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 5-6, nota de rodapé n. 11).

[9] Muito embora alguns autores entendam, em razão desta noção de propriedade, que havia um "direito subjetivo "absoluto à propriedade no direito romano, sabe-se hoje, com os estudos de Michel Villey e outros romanistas contemporâneos, que aos romanos faltava a noção de direito subjetivo, originada apenas na idade média da pena de Guilherme de Ockan" (Michel Villey: La gênesis del derecho subjetivo em Guillermo de Occam. In: *Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo.* Valparaíso: Ediciones Universitárias de Valparaíso, 1976. cap. 6, p. 151-190).

[10] Affonso Paulo Guimarães (*Noções de direito romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 103).

[11] Affonso Paulo Guimarães (*Noções de direito romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 103).

[12] José Cretella Júnior (*Curso de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 146).

[13] Por tal passo, Andréa Paladini afirma que: "*L'istituto della superficie fu, all'inizio, streettamente connesso col principio superficies solo cedit, aplicazione dell'assolota signoria sulla cosa. Ciò che sorgeva o si construiva sul solo non poteva appartenre ad altri, ma unicamente al proprietario del suolo*" (Superficie: diritto romano. In: NOVISIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1957, v. 18, p. 942).

Em suma, para o direito romano vigia de forma firme a diretriz de que a superfície pertencia ao proprietário do solo, de modo que tudo que sobre aquele fosse lançado estaria na direta esfera patrimonial do proprietário (*superficies solo cedit*; *solo cedit quod solo inaedificatur; solo cedit quaod implantatur*).[14]

Não obstante, o poder de expressar esse domínio absoluto do proprietário sobre sua coisa não era totalmente invulnerável[15]. Desde a lei das XII Tábuas já podiam se observar algumas restrições[16]. Era também delimitado através do direito de vizinhança[17], da obrigatoriedade de não poder construir em todo o terreno, devendo o proprietário deixar certo espaço livre ao seu entorno, para circulação.

Ademais, o direito de propriedade, que conferia a seu titular um poder absoluto e pleno sobre a coisa, tutelado pela *vindicatio*, sofreu numerosas transformações do longo período em que vigorou o direito romano, a partir da antiga concepção, poder ilimitado e soberano, profundamente individualista, até a concepção justinianéia, arejada em

---

[14] Correta, portanto, a remissão de Wilson de Souza Campos Batalha às Institutas, confira-se: "Por direito romano, conforme já assinalamos, a superfície pertencia ao proprietário do solo – *superfícies solo cedit.* Em conseqüência, pertencia ao proprietário do solo tudo o que sobre ele plantasse ou edificasse – *solo cedit quod solo inaedificatur – solo cedit quod implantatur.* Eis os textos: *Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit. Multoque magis id accidit et in planta quam quis inj solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit. Idem contingit et in frumento quodo in solo nostro ab aliquo satum fuerit* (GAIUS, *Inst.,* Livro II, parágrafos 73-5; *Digesto,* Livro XLI, título I, frag. 7, parág. 10). *Cum in suo solo aliquis ex aliena matéria aedificaverit, ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit... Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus cuius et solum est... Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit; et ex diverso si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit: si modo utroque casu radices egerit... rationem enim non permittere ut alterius arbor esseintelligatur, quam cuius in fundum radices egisset. Qua ratione autem plantae quae terrae coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sata sunt, solo cedere intelliguntur* (JUSTINIANUS, Instit., Livro II, tít. I, parágrafos 29-32)" (*Loteamentos e condomínios*: sistema jurídico da propriedade fracionada. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 2, p.15).

[15] José Cretella Júnior (*Curso de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 146).

[16] José Carlos Moreira Alves elenca as limitações estabelecidas na Lei das XII Tábuas (*Direito romano*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, p. 389-390).

[17] Conforme Affonso Paulo Guimarães (*Noções de direito romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 103) e Ebert Chamoun (*Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 234).

certa medida, por um novo sentido social[18]. Assim, com o passar do tempo, pois, o traço individualista da propriedade no direito romano vai sofrendo continuas atenuações, cedendo lugar a penetração do elemento social.

Diante deste cenário histórico, o conceito de domínio fulcrado na concepção da matriz *superficies solo cedit* causava, segundo o professor luso Santos Justo[19], graves inconvenientes ao desenvolvimento das *civitas*, cujo solo era propriedade do *populus Romanus*, de algumas instituições públicas e de uns poucos *cives*.

O direito de superfície inicia seu estágio embrionário para corrigir determinadas conseqüências do conceito romano de domínio, que as transformações tornavam anti-econômicas[20-21], até porque a partir de determinado momento histórico não se podia fechar os olhos para a uma nova realidade que se sedimentou em Roma, fruto do desenvolvimento – em aspectos diversos – e dos avanços alcançados.[22]

---

[18] José Cretella Júnior (*Curso de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 145).

[19] A. Santos Justo (*Direito privado romano*: direitos reais. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 210).

[20] Conforme Ebert Chamoun (*Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 277). Sobre este aspecto, ainda, Alessandro Barca e Corrado Marvasi afirma que: "*la superficie si è cosi presentata come uma soluzione empirica per l'impiego della ricchezza fondiaria*". (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 11 – Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon).

[21] Assim, a origem e a posterior evolução do direito de superfície até sua configuração como direito real foram determinadas pela concorrência de várias causas. Com tal pensamento Alejandro Borzutzky Arditi, afirma que: "*(...) la concepción del dominio como absoluto señorío sobre la cosa y los resultados antieconómicos que derivan de tal concepción; especiales circunstancias del suelo romano que dificulta su adquisición por los particulares; y la que se estima como la causa fundamental de la aparición de las primeras manifestaciones superficiarias, la necesidad que se va sintiendo de resolver problemas de habitación y de instalaciones para el desenvolvimiento de actividades mercantiles en los núcleos urbanos*" (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 30). Próximo, confira-se: Cirilo Martin-Retortillo (*El derecho de superficie según la ley del suelo*. Madrid: Reus, 1964, p. 4-5).

[22] No sentido, é interessante a observação de Rima Gorayb: "O quadro que se nos apresenta, em fins do século I, é o seguinte: a) grandes progressos nas técnicas de construção: estradas, monumentos e edifícios belíssimos; b) aumento populacional do Império, concentração das populações nas cidades, e dos camponeses das ladeias; os ricos são imediatistas, visam ter uma renda permanente, com o mínimo esforço pessoal. (...) É nesse quadro social que se observa o Estado, depois os Sacros Colégios ou Colégios dos Pontífices, conceder o direito de construir ou gozar por longo tempo ou perpetuamente das construções incorporadas ao solo que, no entanto, permaneciam de propriedade dos concessionários (...) Os resultados obtidos foram tão satisfatórios que tal procedimento passou a ser adotado pelos particulares, com o fim de garantir a ocupação e defesa de suas terás, sem que nisso empregassem esforços ou capitais" (*O direito de superfície*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 24).

Até a formação da célula do instituto que se rótulo de direito de superfície, soluções foram sendo criadas no direito romano, lapidando-se os contornos até que se firmassem os pilares para a construção do direito real ora em estudo.[23-24]

Saliente-se, outrossim, que a figura surgiu, primeiramente, no direito público[25], até mesmo porque, inicialmente, o número de propriedades particulares não eram, inicialmente, expressivas[26], sendo, de outra banda, uma boa solução para o Poder Público para a ocupação sadia (produtiva) de seus domínios, cujos frutos acabavam por se reverter, direta e indiretamente, para a própria "Roma".[27]

---

[23] No sentido, José Guilherme Braga Teixeira lembra que: "As conquistas territoriais que foram sendo feitas pelos romanos acarretaram enorme ampliação dos lindes do Império, aparecendo as grandes propriedades (*latifundia*). A necessidade de fixar pessoas nas terras conquistadas, a fim de garantir tais terras em favor de Roma, levou os romanos a facilitarem a ocupação e cultivo delas À vista disso, enquanto se aplicava o *ager vectigalis* na parte ocidental do Império, na parte oriental apareceram novas formas de arrendamento: o *ius emphyteuticam*, quando temporário, e o *ius perpetuum*, quando perpétuo, ambos concedidos mediante o pagamento de um cânon anual e, afinal, fundidos numa só espécie de concessão, denominada *emphyteusus*, cuja natureza jurídica o imperador Zenão decidiu não ser a de compra e venda, nem a de arrendamento, senão a de um direito autônomo e *sui generis* (o de enfiteuse), com o qual Justiniano veio a fundir o *ager vectigalis.*" (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17).

[24] Durante os primeiros períodos do direito romano, o direito de superfície não chegou a constituir um 'negócio jurídico' independente, autônomo. Ele se desenvolveu como um direito pessoal, primeiramente, através da concessão de terrenos públicos e, posteriormente, incidiu no âmbito das relações entre os particulares, notadamente através de arrendamento. Tanto assim que Diana Coelho Barbosa afirma que "tal qual a enfiteuse, a superfície se assemelhava à *locatio vectigalis* e, durante séculos, não se pode diferenciar estes dois institutos" (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 23). Próximos, ainda que bem sintéticos, confira-se: Cirilo Martin-Retortillo (*El derecho de superficie según la ley del suelo*. Madrid: Reus, 1964, p. 6) e Raymundo M. Salvat (*Tratado de derecho argentino*: derechos reales. Actual. por Manuel J. Arhañaras. 4. ed. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1959, v. 3, p. 612).

[25] Por todos, confira-se: Jose Luis de los Mozos (*El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanistica*. Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974, p. 22).

[26] No entanto, com o passar dos anos e uma aferição mais marcante da propriedade privada, o instituto também passou a ser utilizado pelos particulares. Com o quadro, Andréa Paladini faz a seguinte observação: "(...) *quando il solo era pubbico (del populus romanus o anche di municipia e di altre comunità locali), si ammise che un privato potesse ottenere dal magistrato competente la facoltá do construire e de godere in modo exclusivo la construzione. Più tardi, a partire dal I o II secolo d. Cr. (e quindi ancora in epoca clasica), sotto la pinta dello sviluppo edilizio, anche proprietari di sollo privato fecere analoghe concecion.*" (Superficie: diritto romano. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino:Torinese, 1957, v. 18, p. 942).

[27] Próximos: Giovanni Giacobbe (*La superfície.* Milano: Giuffré, 2003, p. 9*)* e José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17).

Em resenha apertada, tem-se que o Estado (e "as cidades"), buscaram prontamente o meio de utilizar certos terrenos que faziam parte de seus domínios, 'arrendando-os' (perpetuamente ou a longo prazo) para pessoas que tinham o direito de efetuar implantes (e de desfrutá-los) mediante um preço, chamado de *pensio* ou *solarium*[28]. Introduziu-se, pois, no direito, o uso de conceder a particulares o direito de edificar o solo público e gozar da construção, perpetuamente ou não[29], mediante o pagamento de uma anuidade.[30]

Os magistrados romanos passaram a conceder concessões aos particulares, de modo a permitir-lhes que fossem erigidas edificações sobre o solo público, ao longo de estradas ou em praças públicas[31]. Tornaram-se famosas as autorizações a banqueiros, a fim de que pudessem construir *tabernae* – lojas – para aí exercerem suas atividades.[32]

Não se conhece, com exatidão, acerca do regime jurídico destas concessões, já que os textos silenciam a respeito. Conjectura-se que essas concessões se faziam mediante contratos de arrendamento disciplinados

---

[28] Conforme Eugène Henri Joseph Petit (*Tratado elementar de direito romano*. Tradução de Jorge Luís Custódio; adaptação e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 385). Próximo: José Puig Brutau (*Fundamentos de derecho civil*: derecho de cosas. Barcelona: Bosch, 1953, v. 3, p. 504).

[29] Ebert Chamoun (*Curso de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 277-278).

[30] Muito embora as referências históricas façam alusão mais destacada às construções, não se pode negar que o direito de superfície em sua fase embrionária possuiu forte ligação com as plantações, eis que não se pode desprezar a figura do *ius in agro vectigali*. Atento a tal situação, Washington Rocha de Carvalho faz o seguinte registro: "(...) para o surgimento da superfície teve importante papel o instituto do *ius in agro vectigali*, que permitia, em especial na parte ocidental do império romano, o arrendamento a terceiros, por prazo determinado ou perpétuo, de terras pertencentes ao Estado, aos Municípios e as Associações Religiosas, para que ocupassem e as cultivassem, efetuando um pagamento anual (*vectigal*) em favor dos proprietários. Tal prática, mais adiante, também começou a ser difundida entre os particulares, o que ampliou a aplicação desta modalidade e arrendamento" (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 38).

[31] Conforme se depreende dos textos de Artur Oscar de Oliveira Deda (Direito de superfície. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. Coordenação de Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 26, p. 338) e José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, p. 470).

[32] A. Santos Justo (*Direito privado romano*: direitos reais. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 3, p. 211).

pelo direito público[33], sendo o concessionário protegido pelo *interdictum de loco publico fruendo*[34]. Esse uso, como já alertado, foi seguido pelos Municípios e pelos particulares, ampliando-se a aplicação dos institutos para terrenos privados.[35]

Note-se que, pelas regras basilares do direito romano, aquele que teria uso do terreno de outro não seria proprietário do edifício que construíra, tendo limitações, inclusive, quando na disputa com o proprietário do terreno. Mas, ao se elaborar aquilo que mais tarde seria o direito de superfície, os direitos do concessionário, com relação ao edifício, aproximavam-se dos poderes de proprietário (uso, gozo e fruição). Daí pode-se concluir que o concessionário tinha poderes em relação às acessões muito próximos ao de proprietário, mas estes eram sobre bem pertencente ao último, incidindo o dogma da *superficie solo cedit*, imediatamente e de pleno direito, assim que fosse extinta a concessão.[36]

Mantendo-se o princípio *superficie solo cedit*, em razão do vínculo pessoal que se criava entre partes envolvidas (proprietário e concessionário), eram fixadas regras para as suas relações[37], cabendo o respeito destas por ambos contratantes. No entanto, essas obrigações tinham proteção (apenas) por ações pessoais, não tendo tais concessões (ainda) a potência de um direito real[38]. Assim, se o concessionário era

---

[33] José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, p. 470); A. Santos Justo (*Direito privado romano*: direitos reais. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 3, p. 212). Próximo: José Puig Brutau (*Fundamentos de derecho civil*: derecho de cosas. Barcelona: Bosch, 1953, v. 3, p. 504).

[34] A. Santos Justo (*Direito privado romano*: direitos reais. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 3, p. 212).

[35] No sentido: Héctor Lafaille (*Tratado de los derechos reales*. Buenos Aires: Compañia Argentina de Editores, 1944, v. 2, p. 376).

[36] José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 20).

[37] A. Santos Justo (*Direito privado romano*: direitos reais. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 3, p. 211).

[38] Segundo José Puig Brutau: "(…) *la protección de quien edificó frente al propietario del terreno se obtenía a base de estipular un contrato de arrendamiento. Este contrato, a pesar de que sólo podía dar lugar a una actio in personam, se adaptaba en semejante caso de la protección de un interés que, en realidad, exigía una protección mucho más enérgica, pues exigía que el mismo*

perturbado pelo proprietário no uso e gozo do implante, podia apenas reclamar-lhes os danos e interesses através da ação *conducti*, e se era perturbado por terceiros[39], podia apenas obter do proprietário a cessão de suas ações[40]. Não havia nenhuma proteção real ao concessionário.[41]

A superfície foi adquirindo natureza de direito real na medida em que foi surgindo a necessidade de uma tutela mais eficaz para este direito. Deste modo, em razão da precariedade do sistema até então adotado, houve a intervenção do pretor, outorgando distintos remédios ao superficiário a fim de dotar de uma maior garantia a sua situação, que até então era derivada de um mero vínculo pessoal.

Com tal norte, o pretor sancionou, em benefício do superficiário, a primeira proteção efetiva: o interdito de superfície (*interdictum de superficiebus*[42] – *D.* 43,18,1 pr. e 2)[43], que se apresenta como um verdadeiro interdito proibitório, concedido àquele para manter-se na posse das construções, concedido com o fito de evitar possíveis perturbações de terceiros[44]. Na dicção de Ebert Chamoun[45], o interdito "protegia a posse de

---

superficiario pudiera defenderse directamente frente a terceros sin tener que recurrir a la mediación del arrendador (D. 43, 18, 1 pr.)" (*Fundamentos de derecho civil*: derecho de cosas. Barcelona: Bosch, 1953, v. 3, p. 504).

[39] Com a mesma observação, confira-se Rima Gorayb (*O direito de superfície*. São Pauilo: Quartier Latin, 2007, p. 23).

[40] Segundo Eugène Henri Joseph Petit: "o proprietário do terreno é quem tem a propriedade da superfície, quer dizer das edificações construídas sobre seu terreno. (...), se o concessionário era perturbado em seu gozo pelo proprietário, podia apenas reclamar-lhe os danos e interesses pela ação *conducti*, e se era perturbado por terceiros, obter do proprietário a cessão de suas ações (L. I., § 1°, D., *de superf.,* XLIII. 18)." (*Tratado elementar de direito romano*. Tradução de Jorge Luís Custódio; adaptação e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 386).

[41] Segundo Francisco Salinas Quijanda: "*Tratándose de una relación contractual, sólo vinculaba a las partes, y su sanción se lograba por la actio del propio negocio*" (*Derecho civil de Navarra*: derecho de cosas, derechos reales limitados. Pamplona: Gomes, 1974, v. 3, p. 19).

[42] Affonso Paulo Guimarães (*Noções de direito romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 124).

[43] Dada a sua importância, o interdito de *superficiebus* é citado por Jerônimo González como um dos marcos para a edificação final do instituto e sua diferenciação para figuras até então assemelhadas (*El derecho real de superficie*. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1992, p. 17).

[44] José Cretella Júnior (*Curso de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 195).

[45] Conforme Ebert Chamoun (*Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 278). Sobre o assunto, também dispõe Luiz da Cunha Gonçalves (*Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por

quem quer que tivesse o gozo do edifício *nec vi nec clam nec precario* autorizado por um contrato de locação do solo".[46-47]

A aparição no cenário do *interdictum de superficiebus* foi um passo fundamental passo no caminho da configuração do instituto da superfície como um direito real[48]. José Puig Brutau - ao se manifestar sobre o *interdictum de superficiebus* – afirma que:

> "Con ello el superficiario todavía no era titular de un verdadero derecho real, pero ya tenía protegido su interés en forma enérgica contra todos mientras la relación interna que mantenía con el propietario del suelo le permitiera el uso de la edificación o el aprovechamiento de la plantación. Poco a poco la posición del superficiario se aproximó a la del titular de un derecho real, pues se le concedieron *acciones utiles* para la defensa de su derecho a imagen de la protección de la propiedad".[49]

O direito romano avançou ainda mais e atribuiu à superfície natureza de direito real[50], e não mais um direito pessoal, como outrora, pois na fase o Direito Justinianeo muniu o instituto de ação real[51] (D. 6, I, 75).

Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 405), afirmando que o direito helênico admitia a propriedade do supersolo distinta da do solo, razão pela qual Justiniano concedeu ao superficiário as *utiles in rem actiones*, análogas às outras ações reais destinadas à proteção da propriedade.

[46] Tal fato, segundo José Guilherme Braga Teixeira: "(...) deu ao direito do arrendatário (que era apenas pessoal) o primeiro colorido de um direito real, dignidade que irá obter, mais tarde, com o surgimento, no direito justinianeu, do *ius in re aliena superfícies* – um instituto autônomo, munido de *actio in rem* (*actio de superficie*), estendido ao superficiário, *utilitatis causa*, meios de proteção próprios do proprietário, tais como ações confessória e negatória". (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 18-19).

[47] De forma bem detallada, confira-se: Jose Luis de los Mozos (*El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanistica*. Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974, p. 32-38).

[48] Em apoio a nossa fala, Rima Gorayb afirma: "Difícil precisar historicamente quando a superfície adquire *status* de direito real. Sabemos que foi por mérito e obra do *ius praetorium*, que, buscando a equidade, procurou suavizar a inflexibilidade do *ius civile*, em relação ao princípio da acessão. Ele lhe conferiu um interdito especial e as *utiles actiones*, análogas às ações dos proprietários e que o Pretor só concedia depois de conhecida a causa ('causa incógnita'). Isso parece ter ocorrido no tempo de Paulo, que faz referência, dizendo que *hoje o superficiário já tinha uma 'actio utilis'*. O que demonstra que antes não havia e que essa inovação era recente" (*O direito de superfície*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 29).

[49] *Fundamentos de derecho civil*: derecho de cosas. Barcelona: Bosch, 1953, v. 3, p. 505.

[50] A. Santos Justo (*Direito privado romano*: direitos reais. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 3, p. 211-212).

[51] Conforme minucioso texto de Jose Luis de los Mozos, a Compilação de Justiniano é a base mais clara da passagem do direito de superfície para o âmbito dos direitos reais na fase romana, postura esta que não abandonou o princípio *superficie solo cedit*. Confira-se: "*En cambio, para que pueda fundamentarse el derecho de superficie como derecho real, sí parece exacto que, en el Derecho justinianeo, aunque se siga enunciado superficies solo cedit (118), se le mantenga*

Para Afonso Paulo Guimarães, permitiu-se, a utilização de uma verdadeira ação: a *actio in rem*, que podia ser invocada contra terceiros ou contra o próprio proprietário do solo.[52-53-54]

Portanto, é no período do Direito Justinianeo que o instituto veio a ganhar autonomia como direito real a partir da outorga, pelo pretor, ao superficiário, de mecanismos maiores de proteção de seu direito, tendo sido enquadrado entre os direitos sobre coisa alheia[55], mitigando-se, no particular, o clássico princípio *superficies solo cedit*.[56-*57*]

Estenderam-se em benefício do superficiário, além das ações oriundas das relações de vizinhança, todos os meios de proteção de que podia se valer o proprietário em sua proteção[58], a exemplo da *actio confessoria* (para afirmar o direito), a *actio negatoria* (para negar a

---

con el mismo carácter de flexibilidad que adquiere con la vulgarización. (...)" (*El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanistica*. Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974, p. 49).

[52] Affonso Paulo Guimarães (*Noções de direito romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 124).

[53] Francisco Salinas Quijanda, sobre o tema, leciona que: "*Este ya derecho de superficie, en el Derecho justinianeo, culmina en un proceso que, iniciado quizás en la época clásica, lo consagra como derecho real, elevado a esta categoría por la sanción que le dio la actio in rem, así como todos los recursos normalmente otorgados a los propietarios*" (*Derecho civil de Navarra*: derecho de cosas, derechos reales limitados. Pamplona: Gomes, 1974, v. 3, p. 20).

[54] Às claras, em tal momento fica mais evidente a separação em relação às situações de arrendamento (firmada em direito puramente pessoal), pois, segundo Héctor Lafaille: *"(...) intervino el pretor con remedios que apartaron tal categoría del arrendamiento común: el interdicto 'de superficie' y una 'actio in factum', calca sobre la reivindicatoria con lo cual venía quedar colocado en el mismo plano que los derechos reales ya que dicha acción y otras análogas revestían calidad persecutoria, aun con respecto al dueño de la cosa*" (*Tratado de los derechos reales*. Buenos Aires, Compañia Argentina de Editores, 1944, v. 2, p. 376).

[55] Como boa síntese, confira-se: Roberto Blanquer Úberos (*Acerca del derecho de superficie.* Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, p. 18-19).

[56] Confira-se, no aspecto: António de Menezes Cordeiro (*Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 707); Lino Salis (La superficie. In: VASSALI, Filippo (Dir). *Tratado de diritto civile italiano*. Torino: UTET, 1954, v. 4, p. 2); Giovanni Giacobbe (*La superfície.* Milano: Giuffré, 2003, p. 10-13); e Mario Zaccagnini e Antonio Palatiello (*Enfiteuse. Superfície. Oneri reali*. Napoli: Jovene, 1984, p. 236-237).

[57] Vale, contudo, a ressalva bem lançada por José Puig Brutau: "*Téngase en cuenta que esta concepción fundamental de la superficies romana no dejó de ser considerada compatible con la regla superficies solo cedit. Ele derecho real de superficie acabo por ser en Derecho romano, un derecho real en cosa ajena y no una propiedad del edificio yuxtapuesta o superpuesta a la propiedad del suelo*" (*Fundamentos de derecho civil*: derecho de cosas. Barcelona: Bosch, 1953, v. 3, p. 505-506).

[58] Conforme Ebert Chamoun (*Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 278).

existência de gravames sobre o objeto deste direito), dentre outras[59]. Segundo a firme dicção, de A. Santos Justo, o "superficiário era protegido com todas as *actiones* e expedientes concedidos ao proprietário, nomeadamente, gozava de uma *vindicatio utils*[60], da *servitutis vindicatio*[61], podia exigir a prestação da *cautio dammi infecti*[62], fazer a *novi operis nuntiatio*[63], etc. E podia ser demandado com todas as *actiones* expedientes ordinariamente concedidos contra os proprietários".[64-65]

Desde então, é assente que o superficiário foi investido efetivamente de um direito real que podia ser alienado entre vivos, hipotecar e transmitir aos seus herdeiros[66].O direito do superficiário, pois, era amplo, e até mesmo o pagamento do *solarium* parecia não ser essencial à superfície[67-68]. Com enfoque nas características básicas da figura no direito romano, Gaetano Siascia, livre docente de Direito Romano da Universidade de Roma, conceitua a superfície como sendo:

---

[59] José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, p. 470)

[60] Cfr. D., 43, 18, 1 pr., 1 e 3.

[61] Cfr. D. 39, 1, 3, 3.

[62] Cfr. 39, 2, 13, 8; 39, 2, 39,2.

[63] Cfr. D., 39, 1, 3, 3.

[64] *Direito privado romano*: direitos reais. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 212.

[65] Sobre o tema, Attilio Guarneri afirma que: "*Nel dirrito postclassico e giustinianeo il principio di accessione dell'edificio al suolo, di cui a brocardo 'superficies solo cedit' acquisisce ulteriore flessibiità anche per la massiccia recezione dei modelli ellenistici, cui è totalmente sconosciuto. Il superficiario beneficia correlativamente di un accrescimento delle tutele giudiziarie della propria situazione soggettiva e si vede riconoscere, accanto all'interdictum de superficiebus, anche i rimedi tradicionalmente competendi al proprietario, quali, ad esempio, la vindicatio servitutis, l'actio confessoria, quella negatoria, la cautio damni infecti, l'operis novi nunciatio, láctio aquae pluviae arcendae*" (*La superficie: Il Codice Civile commentario: artt. 952-956*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 3).

[66] Eugène Henri Joseph Petit (*Tratado elementar de direito romano*. Tradução de Jorge Luís Custódio; adaptação e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 386).

[67] Este é o entendimento esposado por Ebert Chamoun (*Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 278).

[68] Sobre a situação peculiar, José Carlos Moreira Alves aponta que "Ao contrário da enfiteuse, não era essencial, para a existência do direito de superfície, o pagamento de uma pensão anual (*solarium*). Tudo dependia do que se estabelecera quando da constituição do direito de superfície, a qual, por ato *inter vivos*, podia ocorrer com qualquer espécie de convenção entre o proprietário do solo e o superficiário: se a convenção traduzisse compra e venda, não haveria pagamento de anuidades, mas apenas do preço (*pretium*) da aquisição do direito de superfície; se assumisse a forma de doação, não existiria qualquer espécie de pagamento por parte do superficiário; o *solarium* a ser pago pelo superficiário somente ocorreria quando expressamente convencionado pelo proprietário do solo e pelo superficiário" (*Direito romano*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 470).

> "(...) o direito real de gozo sobre coisa alheia, alienável e transmissível aos herdeiros, em virtude do qual uma pessoa (superficiário), goza de um edifício construído em terreno alheiro. Contra o princípio "superfícies solo cedit" o pretor dá uma excepção, concedendo a proteção possessória e afinal dá uma ação real (erga omnes). Constitui-se por contrato (locação de superfície – preço = solarium), por testamento, por reserva."[69-70]

Segundo o entendimento esposado por Eugène Petit[71], a criação do direito real de superfície estava subordinada a duas condições: um contrato de arrendamento perpétuo, ou a longo prazo, e, pelo menos, à quase tradição, que levava o superficiário ao livre exercício de seu direito.[72]

Merece registro ainda que o direito de superfície originava-se, para Ebert Chamoun[73], de um contrato de locação do solo. Ainda, afirma que "além da locação e da venda, pode ela constituir-se pela doação, quando o *solarium* é objeto de renúncia". Já para Moreira Alves[74], de regra, os particulares celebravam contratos de arrendamento, por longo prazo, e

---

[69] *Sinopse de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 54.

[70] José Cretella Júnior similarmente considera, acerca da temática, a superfície com sendo "o direito real, reconhecido pelo pretor a uma pessoa – o superficiário – de utilizar, mediante retribuição (solarium, pensio) as construções e plantações feitas sobre terreno alheio, alugado por longo prazo". (*Curso de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 195). Em semelhante sentido ao esposado, confira-se: Affonso Paulo Guimarães (*Noções de direito romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 124).

[71] Eugène Henri Joseph Petit (*Tratado elementar de direito romano*. Tradução de Jorge Luís Custódio; adaptação e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 386).

[72] Saliente-se, de outra banda, que discutem muito os doutrinadores sobre o fato de ter ou não o direito romano aceitado o direito de superfície sobre plantações. A tese majoritária norteia-se no sentido de resposta negativa, entendendo ter este surgido apenas no direito intermediário. No tema, José Carlos Moreira Alves, entende ter surgido apenas no direito intermediário ((*Direito romano*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 470). Sobre tal aspecto, confira-se Alejandro Borzutzky Arditi, que aduz: "*en relación com las plantaciones, ante todo, debe resaltarse que las fuentes no hacen ninguma alusión ao problema, no obstante esto muchos romanistas sotienen la possibilidad de la plantación como objeto del derecho de superfície, siempre y cuando se trate de plantaciones permanentes y no de vida periódica. Sin embargo, otros autores, v.gr. Salis, entienden que las plantaciones no puedem servir de objeto al derecho de superfície fundando esta negativa em el silencio de las fuentes, en el carácter eminentemente formalista del Derecho Romano que no admite correcciones sino en los casos taxativamente determinados por el Pretor; em el carácter natural del principio de accesión, e el origen histico del derecho de superficie. Según Guilarte, estos realmente no son argumentos decisivos para llevar al convenciminento de la impossibilidad de la plantación como objecto de la superficie*". (*El derecho de superfície*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 50-51).

[73] Conforme Ebert Chamoun (*Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 278).

[74] José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 472).

mediante contraprestação em dinheiro, transmissível a terceiros, *inter vivos* ou *mortis causa (*através de herança ou legado).[75]

Saliente-se que em tal momento, o direito de superfície se diferenciava facilmente do arrendamento[76], pois este se jungia a relação de direito pessoal, tendo o arrendatário apenas a *actio conducti* para resolver eventuais celeumas de perturbação em relação ao proprietário, ao passo que o superficiário, como já vimos, passou a ter na sua esfera jurídica ações de natureza real. Outrossim, se distanciou também da enfiteuse dado seu limitado vínculo com o *dominus soli*, já que o pagamento do *cânon* (ou *solarium*) não era obrigatório no direito de superfície, tal qual o *laudemium* em caso de transferência do direito real a terceiro, situação que, em revés, era cobrada na enfiteuse.[77]

A extinção da superfície se dava pela perda da coisa – ou seja, sua destruição, desaparecimento ou ruína –, pela falta de pagamento (do *solarium*) durante dois anos, pelo decurso do tempo, indicado no acordo[78], pela confusão entre titulares, pelo resgate[79], pela prescrição extintiva, ante o não uso (sendo que neste caso ocorria a *usucapio libertatis*) [80], pela renúncia[81], dentre outras causas extintivas[82]. Exceção é feita à 'decadência'

---

[75] Neste mesmo sentido opina Alejandro Borzutzky Arditi afirmando ainda que alguns autores consideram também como causas de constituição do direito de superfície: o legado, usucapião – embora haja divergência na doutrina acerca destes aspectos – e pela ocupação. (*El derecho de superfície*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 47-49).

[76] Antes do caráter real do direito de superfície, o ponto que era utilizado como diferenciador era – basicamente – o prazo (perpétuo ou longo no caso do instituto em exame). Próximo, confira-se: Rima Gorayb (*O direito de superfície*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 40).

[77] Igualmente, José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 20-21).

[78] Conforme José Cretella Júnior (*Curso de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 124).

[79] Conforme Ebert Chamoun (*Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 278).

[80] A. Santos Justo (*Direito privado romano*: direitos reais. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. 3, p. 212).

[81] José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 21).

[82] Elencadas por Alejandro Borzutzky Arditi, a saber: "*ninguna duda ha planteado la extinción del derecho de superficie por algunas oras casas distintas de las apuntadas. Es decir, consolidación (por adquirir la superficie el dueño del suelo, o por unirse al derecho de superficie el de*

que, diversamente da enfiteuse, não extinguia o direito de superfície, eis que o superficiário não devia obrigações que, se não cumpridas, acarretassem a 'decadência' do seu direito.[83]

Tracejadas as linhas principais da origem romana do direito de superfície, irá se notar que algumas das características atuais possuem íntima ligação com as longínquas origens, sem desprezar que - durante o longo tempo percorrido até os dias atuais – a configuração do instituto recebeu mutações variadas, sendo necessária que o interprete esteja atento ao quadro evolutivo que gravita sobre a figura jurídica em compasso com a célula que se formou no direito romano.[84]

2.2 Direito intermediário

Fixadas as bases do instituto no direito romano, há alguns fatos ocorridos na fase do direito intermediário que merecem ser realçados, pois importantes no desenvolvimento da figura jurídica.

De plano, observa-se que é corrente a afirmativa de que a Igreja se valeu do instituto para legitimar as construções lançadas no solo de propriedade eclesiástica[85], ainda que o uso do instituto se efetuasse com

---

propiedad), resolución del derecho del consituynte, cumplimiento de la condición resolutoria, desaparición o destrucción conjunta del suelo y superficie, confusión y mutuo disenso. En general apunta Guilarte que la doctrina muestra una clara tendencia a aplicar a la superficie las mismas causas de extinción que provocan las de la enfiteusis". (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 58).

[83] José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, p. 470).

[84] Para Alejandro Borzutzky Arditi: "*La verdad es que entre la superficie romana y dereceho de superficie moderno, todo, salvo la denominación, há variado*". (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 29). Próximo: Martín Wolff (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 1).

[85] No sentido: Alberto Trabucchi: "*L'istituto, giá noto in dirritto romano, ebbe piú ampio sviluppo nel diritto intermedio, sia per l'esigenza di legittimare le costrucioni fatte su aree di proprietà ecclesiastica, cioè su di un fondo inalienabile*" (*Institucioni di diritto civile*. 17. ed. Padova: Cedam, 1970, p. 474). Com a mesma citação do autor italiano e posição parelha: José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22-23).

certas limitações e algumas particularidades, em especial a vedação de alienação.[86-87]

No entanto, depois de fixadas as primeiras estacas do instituto em estudo na fase do direito romano, o ponto mais marcante está no enfrentamento na concepção inicial – durante o período do direito intermediário – das idéias advindas do direito germânico. Isso porque, segundo o direito germânico o labor do construtor merecia mais prestígio do que a idéia tradicional seguida pelo direito romano de colocar o proprietário do solo em posição privilegiada.[88]

Com efeito, embora tenha ocorrido no direito romano uma mitigação dos efeitos da *acessio*, não se chegou, àquela época, a ser criada uma propriedade distinta da do solo. A configuração do direito de superfície como um *ius in re aliena*, derivada do direito justinianeu, passou, na Idade Média, a sofrer influências notadamente do direito germânico[89-90], pois este

---

[86] Segundo Vicente Guilarte Zapatero: "*La Iglesia aparece con frecuencia constituyendo derechos de superficie, como pone de manifiesto la propia distinción del instituto secular y eclesiástico, caracterizándose esta última por no poder ser enajenada, por lo que, según Baldo, se acude al expediente de cesión de ejercicio del derecho, en vez de enajenación de la superficie, prohibida siempre, lo mismo fuera constituida a título gratuito que a título oneroso. Como nota distintiva, debe señalarse, también que la concesión ad non modicus tempos, a diferencia de la superficie civil, daba lugar al derecho real*." (*El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 59). Igualmente: Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 58).

[87] José Guilherme Braga Teixeira, no sentido, afirma: "O Direito Canônico também serviu amplamente para legitimar as construções realizas sobre terrenos de propriedade eclesiástica e para explorar as terras incultas, mediante concessões superficiárias *ad plantandum*. Essas concessões superficiárias *ad aedificandum* e *ad plantandum* dadas pela Igreja tinha a característica de conterem a ressalva que impedia serem as edificações e as plantações alienáveis pelo superficiário." (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23).

[88] Conforme Alberto Trabucchi (*Institucioni di diritto civile*. 17. ed. Padova: Cedam, 1970, p. 474).

[89] Destaque-se a afirmação feita por Alessandro Barca e Corrado Marvasi referente à transmutação entre o período romano e o medieval: "*la fine del domínio di Roma à caracterizzata da due aspetti di carattere sociale ed antropologico che mutano profondamente ilmodo di concepire la proprietà terriera*". (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 24 – Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon)

[90] Conforme Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 45).

prestigiava a valorização daquele que efetuava o implante (= *princípio do trabalho*), não se cogitando a regra do *superficies solo cedit.*[91-92]

Esta situação peculiar criou ambiente para que fosse afirmado que houve – ao menos em tal período – a derrogação da base em que se firmava a superfície no direito romano, uma vez que não se examinava a acessão como parte do solo, advinda de um implante naquele, mas como um bem com forte independência.[93]

São várias as justificativas para a não adoção pelo direito germânico do princípio da acessão firmado no direito romano, destacando-se os autores não só o apego ao princípio do trabalho, mas também ao desconhecimento que havia – de um modo geral – à complexidade do direito esculpido em Roma[94] e ainda a própria estrutura das construções que eram erguidas em tal período, em regra transportáveis, isto é sem a intenção de uma aderência física de caráter duradouro.

No que tange ao último ponto, as construções eram lançadas ao solo com o caráter temporário, situação que era refletida pelos materiais

---

[91] Entre vários, confira-se: Giovanni Giacobbe (*La superfície.* Milano: Giuffré, 2003, p. 13).

[92] Segundo Attilio Guarneri: "*Non sono da trascurare in questa evoluzione precise influenze del diritto germanico, che, como è noto, misconosceva il principio di acessione e valorizzava, in direzione opposta, il principio del lavoro, quale fonte do attribuizone della proprietá del soprassulo a favore dell'autore della construzione*" (*La superficie: Il Codice Civile commentario: artt. 952-956*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 4).

[93] A confirmar, Vicente Guilarte Zapatero faz expressa anotação: "*Se ha sostenido que el derecho de superficie es una afirmación del principio del trabajo frente al de accesión. Por aquel principio se atribuye la propiedad de la cosa a quien la ha creado con su actividad y no al dueño del suelo. En este sentido ponía se manifiesto Simoncelli, que la ciencia y la ley dan al trabajo la justa participación en la adquisición de la propiedad, evitando que el trabajo venga absorbido por la propiedad el suelo*" (*El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 59). No tema, confira-se ainda: Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 63-64) e Ludovico Barassi (*Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 609).

[94] Segundo E. Fosar Benlloch: "*La franca derogación al principio de la accesión nace en el Derecho germánico. Las razones son múltiples. Su inferior cultura jurídica les permitió concebir la propiedad de la superficie, ya fuese edificios o plantaciones como diversa de la del suelo*" (El derecho de superficie. *Anales de la Universidad de Valencia*, v. 28, fasc. 3, p. 49, II curso 1954-1955). Próximos: Alessandro Barca e Corrado Marvasi (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 28-29 – Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon).

empregados (madeira de um modo geral), admitindo-se o transporte destas, através de sua transferência (desmonte e posterior montagem) para outro local. As construções se afinam aos bens de natureza móvel, não se prestando o princípio da acessão para regular a propriedade destas[95] que, por tal passo, podiam ser negociadas sem vinculação à propriedade do solo.[96-97]

De toda sorte, apesar do cenário possuir particularidades ligadas ao momento histórico, não nos parece incorreta a assertiva de que no direito intermediário, ocorreu um conflito entre o princípio do trabalho que tem abrigo no direito germânico com a concepção da *superficies solo cedit* advinda do direito romano[98] (até então prevalente e analisado quase que de

---

[95] Segundo Roberto Blanquer Úberos: "*resultaba para los pueblos germánicos la edificaciones de madera e paja, dicho sea todo esto en términos muy generales, vinieran a ser consideradas como bienes muebles, faltando así la base para la aplicación del principio da accesión y sus excepciones*" (*Acerca del derecho de superficie*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, p. 20).

[96] Igualmente: Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 64-65).

[97] Sobre a questão, há clássica lição de Jerónimo González, que merece ser transcrita na íntegra, *verbis*: "*Se discute si en el antiguo Derecho germánico regía el principio romano de accesión superficies solo cedit. En los pueblos primitivos (y acaso así sucedió en Roma) que disponen de grandes extensiones de tierra, donde cada familia puede levantar su tienda o construir su choza, la unión del albergue con el suelo es circunstancial, y la propiedad se refiere directamente a los objetos transportables (maderas, pieles, telas).Los materiales empleados en la habitación siguen siendo de su dueño, cualquiera que sea la condición del suelo, y el edificio construido en propiedad ajena, lejos de pasar a ser en todo caso una parte accesoria de la tierra, alcanza en ocasiones la categoría de cosa principal. Este resultado se perpetúa a través de la Edad Media en los Códigos modernos de origen germánico e influye poderosamente en la división de las cosas en muebles e inmuebles. En efecto; a pesar del valor que concede a esta distinción, algo obscurecida en Roma, el Derecho alemán, un refrán conocidísimo declara que cuanto la antorcha destruye es muebla (was die Fackel verzehrt ist Fahrnis); y como la mayoría de las casas estaban construidas con maderas únicamente, fueron consideradas hasta el siglo XIV como parte del patrimonio muebles y no como partes esenciales del suelo. Por tal motivo, los edificios se vendían, permutaban o donaban independientemente del suelo, y los documentos fijan con precisión el alcance de la transferencia. A medida que la piedra fue empleándose en las construcciones la intuición popular y los apotegmas jurídicos vacilan; ya no es posible transportar las casas, el fuego no las destruye fácilmente y los materiales por sí solos tienen escaso valor. Pero los Estatutos de las ciudades se inspiran todavía en el antiguo criterio y conceden al constructor el derecho de trasladar la casa, si es de madera, o de exigir una indemnización, si es de piedra, o le autorizan para derribar, dejando los umbrales como parte integrante de la finca*" (*El derecho real de superficie*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1922, p. 18-19).

[98] E. Fosar Benlloch, citando outras fontes e com boa resenha, indica que: "*Según Shupfer, el principio del trabajo es característico del Derecho germánico, como el accesión lo era del romano. De aquí que puestos en pugna el principio del trabajo y de la accesión, antitético, según Simoncelli: El principio jurídico más enemigo del de trabajo, durante toda la historia de nuestro Derecho me parece ser el de accesión> (p. 65), venza el de trabajo admita la propiedad separada de los edificios y plantaciones y se consagre el principio. El que siembra, recoge.,*

forma solitária), embate este que, em certa medida, até hoje cria espaço na discussão da configuração do instituto.[99]

Alguns autores sustentam o surgimento da propriedade dividida, ou seja, que o direito de superfície abandonou a natureza de *ius in re aliena*, conferida pelo direito romano, e adquiriu contornos de verdadeira propriedade paralela à do *dominus soli*, eis que o superficiário passou a ter o domínio útil[100], admitindo-se, também, a existência de propriedade de construção e da plantação separada da propriedade do solo.[101-102]

---

aunque sea en terreno ajeno. Además, su concepto sobre la accesión no podía ser claro. Los pueblos germanos la desconocían porque ignoraban su principio básico: adherencia inseparable de cosa mueble e inmueble. Consideraban inmueble (Liegenschaft) tan sólo a la tierra, valor económico predominante en las épocas de crisis Y primitivismo jurídico. Todo los demás era reputado inmueble. Todo lo demás era reputado inmueble: Was die Fackel verzehrt ist Fahrnis (todo lo que la antorcha que es mueble). Y las viviendas era fácilmente combustibles, no hay duda. La construcción pétrea desaparece, salvo en los lugares en que hay grandes ruinas (Italia, v. g.), en que se aprovechan éstas. Por consiguiente, la vivienda es considerada como un valor totalmente independiente del suelo, del que, aun estando unido por largo tiempo, se distingue perfectamente" (El derecho de superficie. *Anales de la Universidad de Valencia*, v. 28, fasc. 3, p. 49-50, II curso 1954-1955).

[99] A fórmula germânica parece ser aplaudida por autores de peso, como é o caso de Vicente Guilarte Zapatero (*El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 61) e Martín Wolff (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 1-2, nota de rodapé 2).

[100] Sobre a questão (entre vários), confira-se: Attilio Guarneri (*La superficie: Il Codice Civile commentario: artt. 952-956*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 5), Vicente Guilarte Zapatero (*El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 60); Giovanni Giacobbe (*La superfície.* Milano: Giuffré, 2003, p. 16-17); Jose Luis de los Mozos (*El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanistica*. Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974, p. 58); e Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 28). No particular, Alejandro Borzutzky Ardite afirma que: "*(...) se llama propietario o al que tiene dominio del suelo, sino a quien tiene el dominio útil, o sea, al superficiario (...)*" (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 47).

[101] Luiz da Cunha Gonçalves afirma que: "longe de sacrificarem o trabalho alheiro ao proprietário do solo, reconheceram ao superficiário a propriedade do edifício ou da plantação por ele feita" (*Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 405). É de se mencionar que, consoante o mesmo autor, alguns estatutos medievais da Itália chegaram mesmo a inverter o princípio romano da acessão imobiliária, ao afirmar *solum superficei cedit*. Desta maneira, ao invés do *jus in re aliena*, o superficiário poderia adquirir o *dominium utile* (Ibidem, p. 405). A fala destacada não é isolada, citando-se em sentido próximo: Giovanni Giacombe (*La superfície.* Milano: Giuffré, 2003, p. 16-17) e José Puig Brutau (*Fundamentos de derecho civil*: derecho de cosas. Barcelona: Bosch, 1953, v. 3, p. 506).

[102] Segundo J. W. Hedemann o direito de superficie, em tal momento, "*dió base, juntamente con la emphyteusis, a la doctrina de la propiedad dividida*" (*Tratado de derecho civil*: derechos reales. Versión española y notas de José Luiz Dies Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, v. 2, p. 310).

Anote-se também que é neste período, segundo a dicção de alguns pesquisadores[103], que o direito de superfície passou a alcançar – efetivamente – às plantações, uma vez que no direito romano – muito embora se encontre referências do instituto (em suas raízes) com o implante vegetal[104] – se tenha notabilizado pelo manejo do instituto com as construções.

Dessa forma, no direito intermediário há inserção de influências de calibre na configuração do direito de superfície, criando não só novos elementos para a formação do instituto, como também plataforma para a sua aplicação com espectro superior ao que estava desenhado ao final do período do Direito Romano[105], alterações estas que, às claras, possuem reflexos nas legislações que foram sendo apresentadas ao longo do tempo e que, em conseqüência, merecem ponderações nos dias atuais.[106]

Sem prejuízo das questões acima, as modificações introduzidas a partir do direito intermédio, notadamente pelo sistema feudal, converteram

---

[103] Entre vários, confira-se: Lydia Esther Calegari de Grosso (*El derecho real de superficie forestal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 13); Attilio Guarneri (*La superficie: Il Codice Civile commentario: artt. 952-956*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 4); e Lino Salis (La superficie. In: VASSALI, Filippo (Dir). *Tratado de diritto civile italiano*. Torino: UTET, 1954, v. 4, p. 3). No Brasil, a informação está cravada em texto de José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23).

[104] Bastando nos lembrar da figura do *ius in agro vectigali* que autorizou o arrendamento de terras para a ocupação e cultivo, mediante o pagamento do *vectigal*. Tratamos, rapidamente, da questão no item 2.1 (Direito Romano), em nota de rodapé.

[105] No sentido Lydia Esther Calegari de Grosso registra: "*El derecho de superficie tuvo gran desarrollo durante 'el derecho intermedio'; gracias al derecho germánico, el derecho de superficie fue retomado por los glosadores, ampliando su campo de incidencia, pasando a ser aplicado no solamente a los construcciones, sino también a las plantaciones que se hicieren en suelo ajeno; y creación de la doctrina de la separación entre la propiedad del suelo y la de la construcción o plantación (propiedad superficiaria), basado en la teoría de la división entre dominio útil y directo. De esta forma, la superficie, en este período, fue concebida como verdadera propiedad paralela a la propiedad del suelo*" (*El derecho real de superficie forestal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 13).

[106] No sentido, fazendo expressa alusão a importante contribuição do direito intermediário, confira-se (entre vários): Vicente Guilarte Zapatero (*El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 60) e Roberto de Ruggiero (*Instituições de direito civil*. Tradução da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 2, p. 474-476).

o direito de superfície em um instrumento de opressão e abusos – como escravidão dos homens às terras e altos preços pelo uso da superfície. Tanto foram os males que a Revolução Francesa baniu tanto a enfiteuse quanto a superfície, restaurando a unidade do *ius proprietatis* na pessoa do *dominus soli.*[107]

[107] Segundo José Guilherme Braga Teixeira: "os abusos a que deram causa a superfície a enfiteuse tornaram-nas extremamente odiosas, pois escravizaram o homem à terra, em razão dos absurdamente altos preços dos censos que deveriam pagar os enfiteutas e superficiários e, principalmente, os inúmeros e incontáveis subenfiteutas e subsuperficiários. Esse ódio tornou-se uma bandeira dos revolucionários franceses, que foi desfraldada mesmo além das fronteiras gaulezas. A Revolução Francesa baniu tanto a enfiteuse quanto a superfície, restaurando a unidade do *us proprietatis* (*uti* + *frui* + *consummere*) na pessoa do *dominus soli*". (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 25). Com observação próxima: Rima Gorayb (*O direito de superfície*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51).

3 DO DIREITO ESTRANGEIRO

Depois da resenha histórica que trouxemos, é de suma relevância esquadrinhar o direito de superfície nos principais ordenamentos alienígenas. Isso porque, pela falta de cultura de nosso sistema sobre o instituto e pela acanhada regulação recebida no Brasil, o direito estrangeiro será – certamente – um importante apoio utilizado pela doutrina para os debates sobre as questões controversas da figura jurídica.

A análise do direito estrangeiro nos demonstra que o direito de superfície possui muitas variantes[108], não sendo regulado de forma uniforme nos países que o admitem, situação que merece ser ressaltada e aferida com muito zelo, dada a impossibilidade – em certos casos – de se remeter às experiências de regramentos de determinadas legislações exógenas as quais não se afinam com o nosso sistema jurídico, como, por exemplo, é a possibilidade de concessão perpétua admitida em algumas nações e aqui no Brasil rejeitada.

Outrossim, vale o registro que optamos trazer o direito comparado logo após a breve exposição sobre as raízes histórias do direito de superfície, tendo em vista que em seguida faremos toda a análise evolutiva do instituto em nossa nação, permitindo a sua compreensão dentro de nosso ordenamento, desnudando-se, desde logo, diferenças pulsantes com os paradigmas do direito estrangeiro.

---

[108] Como o direito estrangeiro será alvo de constante consulta e remessa durante nosso trabalho, boa parte dos dispositivos foram trazidos, estando transcritos em nota de rodapé.

Por fim, as informações trazidas sobre o direito estrangeiro que seguem têm o foco mais voltado para as codificações e as legislações mais recentes, com o destaque das questões que entendemos mais relevantes.

3.1 Áustria

O Código Civil Austríaco de 1811 é, segundo fonte doutrinária nacional[109], a primeira codificação moderna a prever o direito de superfície[110], sem – contudo – lhe fazer referência expressa.[111]

---

[109] Nesse sentido: Paulo Roberto Benasse (*O direito de superfície e o novo Código Civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 69) e José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 25).

[110] Há na doutrina autorizada que sustente que a codificação da Prússia de 1794 negava cabalmente o princípio *superfícies solo cedit*, criando ambiente para a interpretação de que se permitia o direito de superfície (dentro do âmbito das servidões), com a formação de *propriedades distintas.* Na linha, confira-se: Jerónimo González "*El Código prusiano, promulgado en 5 de Enero de 1794 (Allgemeine Landrecht fur die Preussischen Staaten) no reconocía el principio superficies solo cedit como una necesidad jurídica. Al contrario, admitía una propiedad sobre las cosas unidas al suelo, perfectamente separada del dominio del mismo. Al titular del uso o del disfrute que plantaba o construía, le correspondía la propiedad de los edificios y objetos: así, por lo tanto, al arrendatario, usufructuario y precarista. El derecho superficiario, en el citado Código, no tenía ninguna denominación especial. Figuraba incluido entre las servidumbres, y, como se ha dicho, producía dos propiedades separadas (la del suelo y la del vuelo), aunque una opinión contraria sostenía la aplicación de la doctrina romanista. El artículo 243 de la parte Iª, título 22, daba casi la razón a estos últimos, puesto que declaraba: "Quien está facultado para tener en suelo ajeno edificios, árboles o boques, puede disponer de ellos a modo de dueño (gleich einem Eigentumer). Sin embargo, el art. 200 principia: "Quien sea dueño de los árboles solamente...;" lo que prueba el quebrantamiento del principio de accesión. Los Motivos disipan toda duba al hacer notar que se crea una situación característica cuando, sin alteración en la propiedad del suelo, se concede a otro el poseer sobre la superficie edificios o bosques que por derecho de accesión pertenecerían al dueño del suelo. "En tal supuesto, si uno en virtud de un derecho particularmente adquirido tiene la propiedad de los objetos existentes sobre la superficie, mientras la propiedad del suelo corresponde a su propietario, con razón no se habla en el A. L. R. (Código prusiano) de un derecho del primero en cosa ajena" (I). Por lo demás, era considerado como Derecho real transmisible inter vivos y mortis causa, pudiendo el superficiario gravarlo con servidumbres y cargas*" (*El derecho real de superficie*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1922, p. 52-53). A posição acima transcrita não é isolada, colhendo-se fala próxima de Vicente Guilarte Zapatero (*El derecho de superfície*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 84-86) e Jose Luis de los Mozos (*El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanistica*. Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974, p. 86-87).

[111] O que, em certa medida, acontece na França, em que o direito de superfície é retirado de interpretação doutrinária no artigo 553 da codificação civil francesa, conforme trataremos adiante no seu tópico próprio.

A base legal para a aplicação do direito de superfície estaria nos artigos 1.125, 1.147, e 1.150[112-113], uma vez que tais dispositivos negam a aplicação da diretriz *superfícies solo cedit*.[114]

No Código Civil de 1811 o direito de superfície foi regulado como manifestação do domínio dividido. O superficiário tinha, na superfície, o gozo e o domínio útil, enquanto o proprietário tinha a disposição da substância do imóvel e também da superfície[115]. Permitia-se o direito de superfície quer sobre construções, quer sobre plantações. A destruição das plantas ou das construções não acarretava a extinção do direito de superfície, podendo o superficiário replantá-las ou reconstruí-las (artigo 1.150).

---

[112] "*§ 1125. Ist ein Eigentum dergestalt geteilt, daß einem Teile die Substanz des Grundes samt der Benützung der Unterfläche, dem andern Teile aber nur die Benützung der Oberfläche erblich gehört; so heißt die jährliche von diesem letztern Besitzer zu entrichtende Abgabe, Bodenzins. § 1147. Wer nichts als einen Bodenzins entrichtet, hat nur auf die Benutzung der Oberfläche, als: Bäume, Pflanzen und Gebäude, und auf einen Teil des auf derselben gefundenen Schatzes Anspruch. Vergrabene Schätze und andere unterirdische Nutzungen gehören dem Obereigentümer allein zu. § 1150. Durch Zerstörung der Pflanzen, Bäume und Gebäude geht das Nutzungseigentum der Oberfläche nicht verloren. Solange noch ein Teil des Grundes bleibt, kann ihn der Besitzer, wenn er anders seinen Zins abführt, mit neuen Pflanzen, Bäumen und Gebäuden besetzen*". (Disponível em: <http://www.ibiblio.org/ais/abgb3.htm>. Acesso em: 29 jul. 2007).

[113] Ricardo Pereira Lira fornece a tradução dos dispositivos transcritos na nota anterior. Confira-se: "Art. 1.125. Se uma propriedade está dividida de tal modo que a um tenha vindo hereditariamente a substância da coisa com o usufruto do subsolo, e a outra apenas o usufruto da superfície, a contribuição anual a ser paga por este último possuidor se chama "cens foncière" (renda predial)". "Art. 1.147. Aquele que não paga senão um 'cens foncière' (renda predial) tem apenas ao usufruto da superfície, árvores, plantas e construções, assim como uma parte do tesouro que aí se encontre. Os tesouros encravados e outros produtos subterrâneos pertencem ao proprietário direto". "Art. 1.150. A destruição das plantas, árvores e construções não determinam a perda do domínio útil sobre a superfície. Desde que subsista uma parte do imóvel, o possuidor pode novamente fazer plantações, cultivar árvores e realizar construções, desde que em dia com o pagamento da renda". (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 546).

[114] No sentido: Vicente Guilarte Zapatero (*El derecho de superfície*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 87) e Jose Luis de los Mozos (*El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanistica*. Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974, p. 88). De forma aproximada, Jerónimo González, ao fazer a análise do Código da Áustria (em especial dos artigos 1.125 e 1.147), afirma que: "*Aunque no con tanta energía con el Derecho prusiano, el austriaco niega valor decisivo a la máxima superficies solo cedit, sobre todo cuando se construye con permiso del dueño*" (*El derecho real de superficie*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1922, p. 53).

[115] Conforme Frederico Henrique Viegas de Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 90).

Além da regulamentação do Código Civil, mais tarde editou-se a Lei de 26 de abril de 1912, com influência do influxo das discussões doutrinárias travadas posteriormente ao advento das codificações alemã e suíça.[116]

O direito de superfície é tratado como um direito real, alienável e hereditário. Tem por objeto a construção de um edifício ou pode ser constituído sobre um imóvel já existente. Não se admite, contudo o direito sobre parte de uma edificação ou pavimento separado, e somente pode ser constituído sobre o solo do Estado, Províncias, Distritos, Comunas, ou em solo público.[117]

Os direitos do superficiário concernem tão somente ao uso da edificação ou do terreno. Sua concessão pode ser gratuita ou onerosa. São estipulados prazos mínimos e máximos de 30 e 80 anos, sendo passível de prorrogação ou renovação. Por ser um direito real deve ser inscrito no registro imobiliário. A construção é considerada um acessório e, durante a concessão, constitui um imóvel pertencente ao superficiário.

O termo do período pactuado, a renúncia, o confisco (na hipótese de não pagamento do cânon pelo período de dois anos), o mútuo dissenso, a prescrição ou a expropriação são formas de extinção do direito de superfície.

Quando da extinção, a construção passa a constituir propriedade do titular do solo. Nesta hipótese, caberá ao superficiário uma indenização, caso tenha sido pactuado. Não havendo tal pacto, deverá ser paga ao

---

[116] Conforme Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 45).
[117] Conforme Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 46).

superficiário uma quantia equivalente à quarta parte do valor da edificação.[118]

3.2 Alemanha

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)*, promulgado em 18 de agosto de 1896, entrou em vigor somente em 1º de janeiro de 1900. Este código foi o primeiro a regulamentar o direito de superfície de forma direta, dando-lhe tratamento separado como instituto próprio.

As críticas destinadas à regulamentação realizada pelo *BGB* tinham como foco a ausência de previsões sobre questões fundamentais do direito de superfície, tais como a falta de regulamentação das obrigações do superficiário, inexistia para este o dever de edificar ou mesmo o de conservar a edificação; não se indicava tampouco o destino da edificação e das hipotecas na extinção da concessão.[119]

Registre-se, contudo, que as disposições constantes no *BGB* referentes ao instituto (parágrafos 1.012 a 1.017[120]), foram revogadas pela

---

[118] As informações sobre a Lei de 26 de abril de 1912 constam no texto de Frederico Henrique Viegas de Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92).

[119] Conforme Martín Wolff (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 2), fala esta ratificada por Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 38).

[120] Novamente nos valemos da tradução de Ricardo Pereira Lira quanto aos dispositivos citados. Confira-se: "§ 1012. Um imóvel pode ser gravado, em favor de um terceiro, com o direito de ter uma construção sobre ou sob o solo, direito alienável e transmissível por sucessão (direito de superfície, Erbbaurecht); § 1013. O direito de superfície pode estender-se a uma parte do imóvel que não seja necessária à construção, mas ofereça utilidade ao uso dela; § 1014. O direito de superfície não pode ficar limitado a uma parte de uma construção, notadamente um pavimento; § 1015. O acordo de vontades do proprietário e do adquirente, exigido pelo § 873 para a constituição de um direito de superfície, se realiza pela declaração das duas partes presentes ao mesmo tempo à repartição imobiliária; § 1016. O direito de superfície não se extingue com o perecimento da construção; § 1017. O direito de superfície é regido pelas disposições relativas aos imóveis. São aplicáveis ao direito de superfície as disposições referentes à aquisição da propriedade e às ações fundadas na propriedade." (O direito de superfície e o novo Código Civil.

Ordenação de 15 de janeiro de 1919, confirmada pela Lei de 4 de março de 1919.[121]

Algumas características básicas das regulamentações constantes do *BGB* permaneceram na Ordenação de 1919, mantendo-se a diretriz, por exemplo, de que o direito de superfície somente admite concessão para as construções, estando excluídas as plantações de seu âmbito[122]. Ademais, o instituto não podia ser limitado a um pavimento ou a uma parte de determinada construção, regra que influenciou o direito austríaco, como já destacado. A destruição da construção não era causa da extinção do direito de superfície e, por fim, a este eram aplicadas as regras relativas aos bens imóveis.

Com a edição da *Ordenação*, o direito de superfície transformou-se em um direito real alienável, hereditário, restrito – ainda como no *BGB* – às edificações acima ou abaixo do solo, referente à totalidade da edificação.[123]

In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 545).

[121] Afirma a doutrina alemã que houve forte influência dos efeitos da Primeira Guerra Mundial, pois o direito de superfície poderia ser utilizado como instrumento para viabilizar a moradia dos combatentes. Tanto assim que J. W. Hedemann, catedrático da Universidade de Berlin, registrou sobre a questão: "*Durante la primera guerra mundial, el Gobierno adoptó el programa de los reformadores. (…) Se intentaba sobre todo facilitar a los excombatientes los medios de tener casa propia. Así se llegó a redactar, todavía en tiempo de guerra, una Novela al Código civil alemán, que es la primera modificación profunda de la gran codificación civil. Está cuidadosamente trabajada, y muy lograda en el aspecto técnico. No fue promulgada hasta después de la guerra como 'ordenanza acerca del derecho de superficie hereditario' de 15 de enero 1919 (RGBl, pág. 72). Al mismo tiempo se derogó la sección correspondiente del BGB (salvo en lo que concierne a los derechos ya existentes a la sazón)*" (*Tratado de derecho civil*: derechos reales. Versión española y notas de José Luiz Dies Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, v. 2, p. 311).

[122] Segundo anota Martín Wolff, a restrição legal não é recepcionada sem críticas, citando-se, no sentido, a repulsas de Dernburg e Dickel (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 2-3, nota 5).

[123] Conforme Martín Wolff: "*El contenido del derecho de superficie es el siguiente: (...) Un derecho de tener una edificación (no una plantación) sobre un fundo; pero solo puede referirse a una edificación en su totalidad, no estando permitido limitarlo a una parte de la misma, por ejemplo, a un piso de una casa (§ 1.014 C. c.; § 1 ap. 3., Reglamento d.º sup.)*" (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 2-3). Semelhante, confira-se: J. W. Hedemann (*Tratado de derecho civil*: derechos reales. Versión española y notas de José Luiz Dies Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, v. 2, p. 314-315).

Houve modificação no que tange à propriedade da edificação. O *BGB* distinguia a hipótese em que o superficiário realizava as obras, situação na qual era considerado proprietário, daquela em que o direito de superfície recaía sobre prédio pré-existente, situação na qual o prédio se tornava parte integrante do imóvel, pertencendo, portanto, ao proprietário do solo. De acordo com a *Ordenação*, nas duas hipóteses descritas, será o prédio parte integrante do direito de superfície, sendo desta maneira, *propriedade do superficiário*, deixando de ser parte integrante do imóvel, estando assim livre de toda hipoteca e cargas que sobre o solo recaiam.[124]

Poderia o direito de superfície ser adquirido por usucapião, na hipótese de existir um direito de superfície inscrito indevidamente por trinta anos ou mais, caso o titular que além da inscrição estiver na posse do imóvel pelo tempo mencionado, nos termos do § 900 do *BGB*[125].

Em síntese no Ordenamento alemão o direito de superfície é o direito de *ter* uma edificação sobre solo alheio, este *ter* engloba a construção, a posse do edificado e do solo sobre o qual foi realizada, seu gozo e a capacidade de reconstruir, em havendo destruição.[126]

3.3 Suíça

O Código Civil Suíço, em vigor desde 1º de janeiro de 1912, regulou a matéria referente ao direito de superfície nos artigos 675[127] e 779[128]. Da

---

[124] Com a mesma observação: Frederico Henrique Viegas de Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 75).

[125] No sentido, confira-se: Martín Wolff (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 8).

[126] Conforme boa síntese de Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 39).

[127] Artigo 675 (3. Direito de Superfície [Baurecht]). “Construções e outras obras que, escavadas ou elevadas ou de outro modo abaixo ou acima da superfície do solo ficarem permanentemente ligadas com o prédio, podem ter um proprietário diferente se a sua existência estiver inscrita como servidão no Livro de Imóveis. A instituição de um direito de superfície sobre andares de um prédio fica excluída”. (CÓDIGO Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações. Tradução do texto original alemão por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 106).

[128] Artigo 779 (C. Direito de superfície). “Um prédio pode estar onerado com a servidão pela qual alguém obtém o direito de levantar ou de manter, abaixo ou acima da superfície do solo, uma

simples análise dos dispositivos transcritos, vê-se que foi a superfície prevista como o direito de fazer ou de manter construções sobre o solo alheio, ou no subsolo, sendo a propriedade superficiária o resultado do exercício do referido direito. No que tange à natureza jurídica, este direito é qualificado como uma servidão. O direito de superfície, salvo disposição em contrário, é transmissível por ato *inter vivos* ou *mortis causa* a ser transmitido hereditariamente.

Hoje, contudo, à regulação prevista no artigo 779 foram acrescidas, pela Lei de federal de 19 de março de 1965 onze alíneas[129]. Estas visaram

---

edificação. Esse direito, é, se outra coisa não foi pactuada, transmissível e hereditário. Se o direito hereditário for distinto e permanente, poderá, como imóvel, ser inscrito no Livro de Imóveis." (CÓDIGO Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações. Tradução do texto original alemão por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 119.

[129] "*Art. 779 (C. Diritto di superficie). I. Oggetto e intavolazione nel registro fondiario. Il proprietario può costituire una servitù a favore di alcuno, consistente nel diritto di fare e mantenere una costruzione sul suo fondo, sopra o sotto la superficie del suolo. Questo diritto si può cedere e si trasmette per successione, salvo patto contrario. Trattandosi di un diritto di costruzione per sé stante e permanente, può essere iscritto nel registro come fondo. Art. 779a. II. Contratto. Il contratto di costituzione di un diritto di superficie per sé stante e permanente richiede per la sua validità l'atto pubblico. Art. 779b. III. Effetti ed estensione. Le disposizioni contrattuali sugli effetti e l'estensione del diritto di superficie, segnatamente circa la situazione, la struttura, il volume e la destinazione delle costruzioni, come anche l'uso delle superficie non costruite necessarie per l'esercizio del diritto sono vincolanti per qualsiasi acquirente del diritto di superficie e del fondo gravato. Art. 779c. IV. Conseguenze della scadenza. 1. Riversione. All'estinzione del diritto di superficie, le costruzioni sono devolute al proprietario del fondo, di cui diventano parti costitutive. Art. 779d. 2. Indennità. Il proprietario del fondo deve al superficiario una equa indennità per le costruzioni devolute; tuttavia, l'indennità garantisce i creditori, in favore dei quali il diritto di superficie era costituito in pegno, per il saldo dei loro crediti e non può essere pagata al superficiario senza il loro consenso. Se l'indennità non è pagata né garantita, il superficiario o un creditore, in favore del quale il diritto di superficie era costituito in pegno, può esigere che, in vece del diritto di superficie cancellato, un'ipoteca dello stesso grado sia iscritta in garanzia dell'indennità dovuta. L'iscrizione deve essere effettuata entro tre mesi dalla estinzione del diritto di superficie. Art. 779e. 3. Convenzioni. Su l'importo dell'indennità e la procedura per la sua determinazione, la soppressione dell'obbligo della medesima e il ripristino delle condizioni originali dell'immobile possono essere stipulate convenzioni nella forma prescritta per la costituzione del diritto di superficie e annotate nel registro fondiario. Art. 779f. V. Riversione anticipata. 1. Condizioni. Se il superficiario eccede gravemente nel suo diritto reale o viola gli obblighi contrattuali, il proprietario del fondo può provocare la riversione anticipata, domandando il trasferimento a sè del diritto di superficie, con tutti i diritti e gli oneri. Art. 779g. 2. Esercizio. Il diritto di riversione può essere esercitato solo se una equa indennità è pagata per le costruzioni devolute al proprietario del fondo; per il calcolo dell'indennità, la colpa del superficiario può essere considerata motivo di riduzione. Il diritto di superficie è trasferito al proprietario del fondo solo quando l'indennità è pagata o garantita. Art. 779h. 3. Altri casi di applicazione. Le disposizioni sull'esercizio del diritto di riversione sono applicabili a ogni diritto, che il proprietario del fondo si è riservato per lo scioglimento anticipato o la restituzione del diritto di superficie in caso di violazione di obblighi da parte del superficiario. Art. 779i. VI. Garanzia per il canone. 1. Diritto alla costituzione di un'ipoteca. Il proprietario del fondo può domandare a qualunque superficiario di garantire il canone del diritto di superficie mediante una ipoteca dell'importo massimo di tre prestazioni annue costituita sul diritto di superficie intavolato nel registro fondiario. Se il canone non consta di prestazioni annue uguali, l'ipoteca è iscritta per l'importo che,*

lhe fornecer maior aplicabilidade, permitindo um maior equilíbrio entre os interesses do concedente e do superficiário.

---

ripartendo uniformemente il canone, rappresenta tre prestazioni annue. Art. 779k. 2. Iscrizione. L'ipoteca può essere iscritta in ogni tempo durante l'esistenza del diritto di superficie e non è cancellata nel caso di realizzazione forzata. Nel rimanente, le disposizioni sulla costituzione dell'ipoteca degli artigiani e imprenditori sono applicabili per analogia. Art. 779l. VII. Durata massima. Il diritto di superficie, come diritto per sé stante, può essere costituito per cento anni al massimo. Esso può, in ogni tempo, essere prolungato, nella forma prescritta per la costituzione, per una nuova durata di cento anni al massimo, ma qualsiasi obbligo assunto prima a tale scopo non è vincolante." (Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/i/rs/210/index4.html>. Acesso em: 31 jul. 2007). Mais uma vez nos valemos da tradução de Ricardo Pereira Lira: "Art. 779. O proprietário pode constituir em favor de um terceiro uma servidão conferindo-lhe o direito de ter ou de fazer construções no solo ou subsolo do imóvel gravado. Salvo disposição em contrário, esse direito é cessível e se transfere aos herdeiros. Se esta servidão tem caráter de um direito distinto e permanente, ela pode ser registrada como imóvel no Registro Imobiliário. Art. 779a. O contrato constitutivo de um direito de superfície distinto e permanente não é válido senão quando formalizado em ato autêntico. Art. 779b. As disposições contratuais sobre os efeitos do direito de superfície, notadamente sobre a situação, a estrutura, o volume e a destinação das construções, bem como sobre a utilização das superfícies não construídas destinadas a facilitar o exercício do direito, são obrigatórias para qualquer adquirente do direito de superfície e do imóvel gravado. Art. 779c. Quando da expiração do direito de superfície, as construções reverterão ao proprietário do terreno e dele se tornarão parte integrante. Art. 779d. Pelas construções que lhe reverterão, o proprietário do terreno entregará ao superficiário uma indenização justa, que constitui, no entanto, para os credores em favor dos quais o direito de superfície tenha sido caucionado, uma garantia para a liquidação de seus créditos e que não pode ser dada ao superficiário senão com o consentimento deles. Se a indenização não tiver sido entregue, nem posta em garantia, o superficiário ou um credor em favor do qual o direito de superfície tenha sido caucionado pode exigir que em lugar do direito de superfície cancelado seja inscrita uma hipoteca do mesmo grau em garantia da indenização devida. Art. 779e. O montante da indenização, o procedimento para fixá-la, a sua inexistência e a devolução do terreno ao seu estado primitivo podem ser objeto de outras disposições, observada a forma prescrita para a constituição do direito de superfície e podendo ser anotadas no registro imobiliário. Art. 779f. Se o superficiário exorbita gravemente no exercício do seu direito real ou viola gravemente obrigações contratuais, o proprietário pode provocar a reversão antecipada solicitando a transferência para o seu nome do direito de superfície com todos os direitos e encargos a ele inerentes. Art. 779g. O direito de reversão não pode ser exercido senão mediante uma indenização justa pelas construções revertidas ao proprietário, podendo a culpa do superficiário justificar a redução da indenização. O direito de superfície não se transfere ao proprietário senão quando a indenização tenha sido entregue ou constituída em garantia. Art. 779h. As disposições referentes ao exercício do direito de reversão se aplicam em todos os casos em que o proprietário se tenha reservado se tenha reservado o direito de pôr fim prematuramente ao direito de superfície ou de demandar-lhe a retrocessão em caso de violação das obrigações pelo superficiário. Art. 779i. O proprietário pode exigir de todo aquele que esteja no exercício do direito de superfície que garanta o pagamento da renda superficiária por meio de uma hipoteca gravando por três anuidades, no máximo, o direito de superfície registrado no registro de imóveis. Se a renda não consiste em anuidades iguais, a inscrição da hipoteca pode ser requerida pelo montante que, sendo a renda uniformemente repartida, represente três anuidades. Art. 779j. A hipoteca pode ser inscrita a qualquer momento durante a existência do direito de superfície, e, em caso de excussão, ela não é cancelada. As disposições relativas a constituição da hipoteca dos artesãos e empreiteiros aplicam-se por analogia. Art. 779k. O direito de superfície não pode ser constituído por mais de cem anos como direito distinto. Ele pode a todo tempo ser prolongado, pela forma prescrita para sua constituição, por uma nova duração máxima de cem anos, mas toda obrigação previamente assumida quanto a essa matéria é nula." (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 547-548).

Como se nota pela regulamentação posta pela Lei de 1965, a servidão do direito de superfície confere ao superficiário o direito de fazer uma construção ou outra obra sobre o sob o solo.[130]

Nos termos do artigo 779b, quando da constituição do direito de superfície, deve ser previsto o conteúdo do direito, sua duração e extinção. O vencimento do prazo estipulado, que deve ser de no máximo cem anos (artigo 779l), implica na reversão da construção ao proprietário do imóvel (artigo 779c), neste momento, qual seja, da extinção do direito de superfície, impõe-se ao proprietário do imóvel a obrigação de indenizar o superficiário pela reversão da edificação (artigo 779d).

O superficiário que exceder gravemente suas obrigações contratuais poderá ser sancionado com a extinção antecipada da superfície, havendo a reversão da edificação (artigo 779f). Entretanto, ainda nesse caso será devida uma indenização ao superficiário, que poderá ser reduzida proporcionalmente à sua culpa (artigo 779g).

3.4 Bélgica

No ordenamento jurídico belga, a regulamentação do direito de superfície é feito pela Lei de 10 de janeiro de 1824.[131]

---

[130] Com visão aguda sobre os novos dispositivos, confira-se: Roland Ruedin (*Le droit réel de superficie*. Neuchâtel: Ides et Calendes, 1969, em especial, p. 24-27).

[131] José Guilherme Braga Teixeira nos fornece os artigos da citada Lei: "*Art. 1º Le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. 2. Celui qui a le droit de superficie peut l'aliéner et l'hipothéquer. Il peut grever de servitudes les biens qui sont l'objet de son droit, mais pour la durée de sa jouissance seulement. 3. Le titre constitutif du droit de superficie devra être transcrit dans les registres publics à ce destinés. 4. Le droit de superficie ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante annés, sauf la faculté de le renouveler. 5. Pendant la durée du droit de superficie, le propriétaire du fonds ne peut empêcher celui que a ce droit, de démolier les bâtiments et autres ouvrages, ni d'arracher les plantations et de les enlever, pourvu que ce dernier en ait payé la valeur lors de sons acquisition, ou que les bâtiments, ouvrages et plantations aient été construits ou faits par lui, et pourvu que le fonds soit remis dans l'état ou il se trouvait avant la construction ou la plantation. 6. A l'expiration du droit de superficie, la*

Pela análise dos dispositivos, vê-se que no sistema jurídico belga, o direito de superfície consiste em ter um edifício, obra ou plantação em solo pertencente a outro (artigo 1º). O direito de superfície engloba tanto o direito de construir em solo alheio, por meio da concessão *ad aedificandum*, bem como ao desfrute das construções realizadas ou já existentes.

Constitui particularidade da regulamentação belga, repetida pelo Código Civil holandês, como se demonstrará em seguida, a possibilidade de o superficiário demolir as construções pré-existentes no terreno e, após, edificar novas acessões. Ressalva-se, entretanto, que o imóvel deverá ser restituído tal como recebido (artigo 5º).

A propriedade das edificações realizadas passa ao proprietário do solo, quando do advento do termo do pactuado, nesta situação caberá ao superficiário uma indenização pelas obras (artigo 6º), podendo ele reter a edificação até o recebimento desta indenização (artigo 7º).

Fixa-se prazo máximo de cinqüenta anos, no direito belga, para o direito de superfície, sendo este passível de prorrogação (artigo 4º).

Quando a constituição é feita por meio de um título aquisitivo, faz-se necessária sua transcrição em Registro Público, nos termos do artigo 3º da Lei citada.

---

propriété dês bâtiments, ouvrages ou plantations, passe au propriétaire du fonds, à la charge pur lui de rembourser la valeur actuelle de ces objets au propriétaire du droit de superficie, qui, jusqu'au remboursement, aura lê droit de rétention. 7. Si le droit de superficie a été établi sur um fonds sur lequel se trouvaient déjà des bâtiments, ouvrages ou plantations dont la valeur n'a pas été payée par l'acquéreur, le propriétaire du fonds reprendra le tout à l'expiration du droit, sans être tenu à aucune indemnité pour ces bâtiments, ouvrages ou plantations. 8. Les dispositions du présent titre n'auront lieu que pour autant qu'il n'y aura pas été dérogé par les conventions des parties, sauf la disposition de l'article 4 du présent titre. 9. Le droit de superficie s'éteint, entre autres: 1º Par la confusion; 2º Par la destruction du fonds; 3º Par la prescription de trente ans." (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 29).

A extinção do direito de superfície ocorre, como prevê o artigo 9º nas hipóteses de confusão (artigo 9º, 1), quando há a reunião na mesma pessoa dos direitos do proprietário e do superficiário. A segunda hipótese seria a destruição do solo, (artigo 9º, 2), a doutrina entende que a destruição do solo a que o dispositivo se refere deve ser compreendido como a destruição da edificação, nesse sentido, compreende-se que não haveria direito à reconstrução. Por fim, (artigo 9º, 3) uma forma de prescrição pelo prazo de trinta anos implicaria na extinção do direito de superfície, o não uso da superfície por esse prazo conduz a sua extinção, situação na qual há entendimentos de que poderia esta ser também, por outrem, adquirida por prescrição.

3.5. Holanda

As disposições constantes no direito holandês são muito semelhantes às presentes no direito belga. A regulação da superfície no direito holandês foi feita inicialmente nos artigos 758 a 766 do seu Código Civil vestibular[132].

---

[132] José Guilherme Braga Teixeira nos fornece os artigos da citada Lei: "*758. Le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à d'autrui. 759. Celui qui a le droit de superficie peut l'aliéner et le greber d'hypothèque. Il peut grever de servitudes les biens, qui sont assujettis au droit de superficie, mais pour la durée de sa jouissance seulement. 760. Le titre constitutif du droit de superficie devra être transcrit sur les registres publics à ce destinés. 761. Pendant la durée du droit de superficie, le propriétaire du fonds ne peut empêcher celui qui a ce droit, de démolier lês bâtiments et autres ouvrages, ni d'arranher les plantations et de les enlever, pourvu que ce dernier en ait payé les prix lors de l'acquisition du droit de superficie, ou bien que les bâtiments, ouvrages et plantations aient été construits ou faits par lui, et pourvu que le fonds soit remis dans l'état où il se trouvait avant la construction ou la plantation. 762. À l'expiration du droit de superficie, la propriété dês bâtiments, ouvrages ou plantations passe au propriétaire du fonds, à charge para lui d'en rembourser la valeur actuelle au propriétaire du droit de superficie, qui jusqu'au remboursement, aura le droit de rétention. 763. Si le droit de superficie a été établ sur un fonds sur lequel se trouvaient déjà des bâtiments, ouvrages et plantations, dont la valeur n'a pas été payée par l'acquéreur, le propriétaire du fonds reprendra le tout à l'expiration du droit de superficie, sans être tenu à aucune indemnité pour ces bâtiments, ouvrages ou plantations. 764. Les dispositions du présent titre ne seront aplicables que pour autant qu'il n'y aura pas été dérogé par les conventions des parties. 765. Le droit de superficie s'éteint, entre autres: 1º Par la confusion; 2º Par la destruction du fonds; 3º Par la prescription de trente ans. 766. Sauf stipulations ou dispositions spéciales relativement à la cessation du droit, le propriétaire du fonds ne pourra le faire cesser avant trente ans révolus, à la condition qu'un moins un an avant il dénonce ans révolus, à la condition mettre fin à celui qui a le droit de superficie.*" (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 31).

Assim como no direito belga, no holandês o instituto em estudo é um direito real que consiste em ter um edifício, obra ou plantação em solo pertencente a outrem (artigo 758 do CC). Como disposto também no direito belga pode o superficiário destruir a edificação pré-existente e construir outras, entretanto, no advento do termo o imóvel deverá ser restituído no estado em que foi recebido (artigo 761).

Não há referência a prazos para concessão do direito de superfície nas disposições constantes no Código Civil da Holanda e terminado o prazo de concessão, as construções realizadas passam a ser do proprietário do solo, devendo este, contudo, indenizar o superficiário por estas obras (artigo 762). Ademais, nos termos do artigo 760, o título constitutivo do direito de superfície deve ser levado a registro. Outrossim, as causas de extinção arroladas quando tratamos do direito belga são aplicadas também ao direito holandês (artigo 765).

Nada obstante, a necessária análise dos artigos destacados (importantes para o estudo comparado até mesmo pela quantidade de referência que recebem da doutrina), registre-se que na Holanda há um novo Código Civil (1992), estando a matéria atrelada ao direito de superfície disposta no trecho ente os artigos 101 a 105[133], alargando-se o espectro do nosso estudo quanto a tal direito estrangeiro.

---

[133] Diana Coelho Barbosa nos traz a seguinte redação dos dispositivos: "*101. (5.8.6) – 1. Le droit de superficie est le droit réel d'avoir ou d'acquérir la propriété de constructions, d'ouvrages et de plantations qui se trouvent dans l'immeuble d'autrui, sur celui-ci ou au-dessus de celui-ci. 2. Le droit de superficie peut être accordé de manière autonome ou dépendente d'un autre droit réel ou d'um droit de bail sur l'immeuble. 3. Il peut être stipulé, dans l'acte constitutif, l'obligation pour le superficiaire de payer au propriétaire une redevance. La redevance peut être sipulée payable par versements qui pevent être périodiques ou non. 102 (5.8.1a) – Les droits du superficiaire d'utiliser, d'érigir et d'enlever des ouvrages, construtions et plantations peuvent être limités dans l'acte constitutif. 103(5.8.3) – À defaut de règles à ce sujet dans l'acte constitutif, lê superficiaire a, sur la chose grevée de son droit, lês pouvoirs nécessaires pour en tirer la pleine jouissance. 104. (5.8.4) – 1. Les articles 92 et 95 s'appliquent par analogie au droit de superficie. 2. Les articles 86, 87, 88, 91, 93, 97 et 98 s'appliquent par analogie au droit autonome de superficie. 105. (5.8.6) – 1. Â l'extinction du droit de superficie, la propriété dês construcions, ouvrages et plantations passe de plein droit au proprietáire de l'immeuble grevé. 2. Dans la mesure où il n'est pas stipulè autrement dans l'acte constitutif, le superficiaire a la faculté, à l'expiration de son droit, d'enlever les constructions, ouvrages et plantations que lui on un de ses auteurs a érigés sans y*

O quadro atual ratifica a possibilidade do objeto da concessão englobar tanto as construções como as plantações (artigo 101.1), com pequenas mudanças de sistematização, como é o caso do artigo 105, que trata da reversão.

3.6 Itália

O Código Civil italiano de 1865 não previa expressamente o direito de superfície, não obstante a doutrina defendia a sua existência por meio da interpretação do artigo 448[134], que estabelecia: "Toda construção, plantação ou obra existente acima ou abaixo do solo se presume feita pelo proprietário, ou às suas expensas, e a ele pertencer, desde que nada conste em contrário, e sem prejuízo dos direitos legitimamente adquiridos por terceiros".[135]

O Código Civil de 1942, posteriormente, regulou expressamente o direito de superfície no espaço dos seus artigos 952 a 956[136], não

---

être tenu ou qu'il a repris au propriétaire contre remboursement de la valeur, pourvu qu'il remette l'immeuble que grevait son droit en l'état d'origine. 3. Les articles 99 et 100 s'appliquent par analogie, étant entendu que le droit de rétention dont jouit le superficiaire ne s'étend qu'aux constructions, ouvrages et plantations" (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 47-48).

[134] Havia uma variação de posicionamentos sobre o direito de superfície, o que não impedia a sua análise diferenciada de outros institutos, como bem fez Emanule Gianturco (*Istitituzioni di dirrito civile italiano*. 5. ed. Firenze: G. Barbèra, 1899, p. 138). Alguns autores, no entanto, trataram o instituto, fazendo vinculação a servidão, como é o caso de Roberto de Ruggiero (*Instituições de direito civil.* Tradução da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 2, p. 476). Próximos: Mario Zaccagnini e Antonio Palatiello (*Enfiteuse. Superfície. Oneri reali*. Napoli: Jovene, 1984, p. 245). Confira-se ainda: Giovanni Giacobbe (*La superfície.* Milano: Giuffré, 2003, p. 34-35) e Alessandro Barca e Corrado Marvasi (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 42-45 – Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon).

[135] Redação segundo Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 41).

[136] "*TITOLO III, "DELLA SUPERFICIE"; Art. 952. Costituzione del diritto di superficie. Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri che ne acquista la proprietà (934, 1350, 2643). Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo. Art. 953. Costituzione a tempo determinato. Se la costituzione del diritto e stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione (2816). Art. 954. Estinzione del diritto di superficie. L'estinzione del diritto di superficie per scadenza del termine importa l'estinzione dei diritti reali imposti dal superficiario. I diritti*

dedicando no corpo da codificação um espaço merecido ao instituto, motivo de crítica pela doutrina.[137]

Podemos arriscar em dizer que duas são as faces do direito de superfície no ordenamento italiano, a primeira cinge-se ao direito em realizar ou de manter obra sobre o terreno alheio, direito este constituído pelo proprietário do imóvel (artigo 952, 1ª parte), em outra vertente o direito de superfície consiste no direito de incidente sobre a construção já existente, advindo este da alienação do implante para o fim previsto no instituto (artigo 952, 2ª parte).

Percebe-se pela leitura solitária do primeiro dispositivo tangente ao direito de superfície (artigo 952) que o legislador italiano o limitou às construções, postura esta que é ratificada de forma explícita pelo artigo

---

gravanti sul suolo si estendono alla costruzione, salvo, per le ipoteche, il disposto del primo comma dell'art. 2816. I contratti di locazione (1596), che hanno per oggetto la costruzione, non durano se non per l'anno in corso alla scadenza del termine (999). Il perimento della costruzione non importa, salvo patto contrario, l'estinzione del diritto di superficie. Il diritto di fare la costruzione sul suolo altrui si estingue per prescrizione per effetto del non uso protratto per venti anni (2934 e seguenti, 2816). Art. 955. Costruzioni al disotto del suolo. Le disposizioni precedenti si applicano anche nel caso in cui e concesso il diritto di fare e mantenere costruzioni al disotto del suolo altrui (840). Art. 956. Divieto di proprietà separata delle piantagioni Non può essere costituita o trasferita la proprietà delle piantagioni (821) separatamente dalla proprietà del suolo." (Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib3.htm>. Acesso em: 26 jul. 2007). A tradução destes dispositivos nos é fornecida por Souza Diniz: "Título III – DA SUPERFÍCIE. Art. 952. Constituição do direito de superfície. O proprietário pode constituir o direito de fazer e manter, acima do solo, uma construção a favor de outrem que não adquire a propriedade deste. Pode igualmente alienar a propriedade da construção já existente, separadamente da propriedade do solo. Art. 953. Constituição por tempo determinado. Se a constituição do direito for feito por um tempo determinado, extinguir-se-á, com o transcurso do termo, o direito de superfície, e o proprietário do solo torna-se proprietário da construção. Art. 954. Extinção do direito de superfície. A extinção do direito de superfície por transcorrência do termo, importa na extinção dos direitos reais impostos pelo superficiário. Os direitos que gravam o solo se estendem à construção, salvo, para as hipotecas, o disposto na alínea 1 do art. 2816. Os contratos de locação que têm por objeto a construção, só duram para o ano em curso por ocasião da transcorrência do termo. A destruição da construção não importa, salvo pacto em contrário, na extinção do direito de superfície. O direito de fazer construção em solo de outrem, se extingue, por prescrição, por efeito de não uso prolongado por vinte anos. Art. 955. Construção abaixo do solo. As disposições precedentes se aplicam também ao caso em que é concedido o direito de fazer e de manter construções abaixo do solo alheio. Art. 956. Direito de propriedade separado das plantações. Não pode ser constituída ou transferida a propriedade das plantações separadamente da propriedade do solo". (CÓDIGO Civil italiano. Traduzido diretamente do italiano por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 163).

[137] No sentido: Alessandro Barca e Corrado Marvasi (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 100-104 – Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon) e Giovanni Giacobbe (*La superfície.* Milano: Giuffré, 2003, p. 77-79).

956, que traz vedação à constituição de direito de superfície sobre plantações.[138]

Dentre outras características importantes, no Código Civil da Itália estão salientes e reguladas as seguintes situações:

a) a construção a ser realizada poderá ser feita quer sobre o solo quer no subsolo, nos termos do artigo 955;

b) o direito de superfície, nos termos do artigo 2.810, 3), do Código Civil é sujeito à hipoteca[139];

c) a constituição do direito de superfície se dá da mesma forma em que ocorre por ato *inter vivos*, ou *mortis causa*;

d) dada a natureza real, exige-se a transcrição (artigos 1.350, 2.[140] e 2.643[141]).

---

[138] Há crítica a respeito da opção, até mesmo diante da postura agrária que está acoplada a parte do território italiano. Por todos, confira-se: Paolo Vitucci (Contratti agari e dirriti reali. In: Irti, Natalino (Coord.). *Diritto agrario italiano*. Torino: UTET, 1980, p. 255-257). Próximo: Giovanni Pugliese (*Commentario del Codice Civile*: libro terzo: della proprietà (art. 810-956). 4. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1976, p. 566-567 e 626-628).

[139] "*Art. 2810 Oggetto dell'ipoteca. Sono capaci d'ipoteca: (...) 3) il diritto di superficie (...)*" (Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib6.htm>. Acesso em: 21 ago. 2007).

[140] "*Art. 1350 Atti che devono farsi per iscritto Devono farsi per atto pubblico (2699 e seguenti) o per scrittura privata (2702 e seguenti), sotto pena di nullità: (...) 2) i contratti che costituiscono, modificano o trasferiscono il diritto di usufrutto (978 e seguenti) su beni immobili, il diritto di superficie (952 e seguenti), il diritto del concedente e dell'enfiteuta (957 e seguenti); (...) 5) gli atti di rinunzia ai diritti indicati dai numeri precedenti; (...) 12) le transazioni (1965 e seguenti) che hanno per oggetto controversie relative ai rapporti giuridici menzionati nei numeri precedenti; (...)*" (Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 21 ago. 2007).

[141] "*Art. 2643 Atti soggetti a trascrizione. Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: (...) 2) i contratti (1350, 2651) che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto (978 e seguenti) su beni immobili, il diritto di superficie (952 e seguenti), i diritti del concedente e dell'enfiteuta (957 e seguenti); 3) i contratti che costituiscono la comunione (1100 e seguenti) dei diritti menzionati nei numeri precedenti; (...) 5) gli atti tra vivi di rinunzia ai diritti menzionati nei numeri precedenti; 6) i provvedimenti con i quali nell'esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari (Cod. Proc. Civ. 574, 586, 590), eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente (2896); (...) 13) le transazioni (1965 e seguenti) che hanno per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti; 4) le sentenze (1032, 2932) che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti (2932)*". (Disponível em: <http: // www.jus.unitn.it/ Cardozo/ Obiter_Dictum/ codciv/Lib6.htm>. Acesso em: 21 ago. 2007).

Destaque-se, ainda, que a extinção pode ocorrer no primeiro por decurso do tempo, caso tenha sido este acertado por tempo determinado, como prevê o artigo 953, nesta hipótese as obras realizadas tornam-se propriedade do concedente. A destruição da construção em regra não implica na extinção do direito de superfície, entretanto, pode haver pacto neste sentido (artigo 954). Por fim, entre as hipóteses de extinção do direito de superfície previstas expressamente, há a prescrição, que ocorrerá pelo não uso prolongado por vinte anos.

3.7 Espanha

Como ponto de partida para nossas considerações acerca do direito espanhol tomamos o Código Civil deste país de 1.889[142]. Este não admitiu o direito de superfície, entretanto, fez-lhe menção no artigo 1.611[143], o que demonstra que anteriormente ao Código havia no Ordenamento espanhol o instituto do direito de superfície.

Em 16 de maio de 1956, promulgou-se a intitulada *Ley del régimen del suelo y ordenación urbana*. Esta criou uma modalidade urbana do direito de superfície, prevista nos artigos 157 a 161.[144]

---

[142] Em ótima síntese sobre o direito comparado, em especial sobre o direito espanhol, destacamos o trabalho do professor Frederico Henrique Viegas de Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 108-130).

[143] "*Art. 1.611. Para la redención de los censos constituidos antes de la promulgación de este Código, si no fuere conocido el capital, se regulará éste por la cantidad que resulte, computada la pensión al 3 por 100. Si la pensión se paga en frutos, se estimarán éstos, para determinar el capital, por el precio medio que hubiesen tenido en el último quinquenio. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, derechos de superficie y a cualesquiera otros otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial*" (CÓDIGO Civil. Madrid: Civitas, 2002, p. 480).

[144] Tais artigos são trazidos por Frederico Henrique Viegas de Lima, a saber: "Art. 157 - 1. O Estado, as entidades locais e demais pessoas públicas, dentro do âmbito de sua competência, assim como os privados, poderão constituir o direito de superfície em solo de sua pertinência com destinação a construção de moradia ou outras edificações determinadas nos Planos de Ordenação, o domínio das quais corresponderá ao superficiário. 2. Será transmissível e suscetível de taxa, com as limitações que se tiverem designado ao concedê-lo. 3. Reger-se-á pelas disposições contidas nesta seção pelo título constitutivo do direito e subsidiariamente pelas normas do direito privado. Art. 158 - 1. A concessão do direito de superfície pelo Estado e

A referida lei foi reestruturada em 1975 (*Ley de 2 de mayo de 1975, de Régimen Del Suelo y Ordenación Urbana*). Posteriormente adveio a "Ley 8/1990, de 25 de julho, dispondo sobre "*Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*", seguida esta pelo "Real Decreto Legislativo 1/1992", de 26 de junho que aprovou o "Texto Refundido de la *Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*", este dispunha sobre o direito de superfície nos artigos 287 a 290.

Entretanto, grande parte da Lei dos Solos de 1992 foi declarada inconstitucional pela *Sentencia del Tribunal Constitucional* espanhol, de 27 de março de 1997[145]. Explica-nos Frederico Henrique Viegas de Lima que o

---

demais pessoas públicas se efetuará por leilão ou adjudicação direta, com relação aos preceitos da Seção segunda deste Capítulo. 2. Em todo caso, deverá ser formalizada em escritura pública e, como requisito constitutivo de sua eficácia, inscrever-se no Registro da propriedade. 3. Quando se constituir a título oneroso, a contraprestação do superficiário poderá consistir no pagamento de uma soma alcançada pela concessão, de um cânon periódico, na reversão gratuita ao dono do solo, chegando ao termo ajustado, da propriedade do edificado, ou em várias destas modalidades a sua vez. Art. 159 - 1. O superficiário deverá construir no prazo e do modo que se tenha assinalado, sem que aquele possa exceder de cinco anos nas concessões outorgadas pelo Estado e demais pessoas públicas. 2. A infração deste dever provocará sempre a extinção do direito de superfície, sem que o dono do solo seja obrigado a indenizar em quantia superior a dois terços do que represente a melhoria. 3. Até que não tenha edificado a metade, pelo menos, do ajustado, o superficiário não poderá alienar seu direito sem autorização do proprietário do solo, salvo pacto em contrário. Art. 160 - 1. Em toda alienação onerosa, o concedente terá direito de preferência e, a falta de aviso formal e expresso, de retrovenda, cujos prazos serão previstos pelos artigos 1637 e seguintes do Código Civil. 2. Nas alienações onerosas efetuadas pelo proprietário do terreno a favor de particulares, o superficiário ostentará os mesmos direitos de preferência e, em seu caso, preferência. Art. 161 - 1. O direito de superfície extinguir-se-á pelo transcurso do prazo que se tiver determinado ao constituí-lo, que não poderá exceder de cinqüenta anos no caso de concessão pelo Estado e demais pessoas públicas. 2. Quando ocorra a extinção do direito de superfície, o dono do solo adquirirá a propriedade da edificação e, à falta de pacto, deverá satisfazer ao superficiário uma indenização equivalente ao valor da construção, conforme o estado da mesma. 3. A extinção do direito de superfície por decurso do prazo provocará a extinção dos direitos reais impostos pelo superficiário, mas se o superficiário tiver direito de indenização, esta ficará sub rogada nas garantias. 4. Se por qualquer outra causa se reunirem na mesma pessoa os direitos de propriedade do solo e os do superficiário, os direitos reais que recaírem sobre um e outro direito continuarão gravando-os separadamente". (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 117-119). Roberto Blanquer Úberos aduz, em síntese, sobre a citada lei que: "*(...) se adopta en la Ley del Suelo la concepción del derecho de superficie como un derecho real sobre suelo ajeno, transmisible y susceptible de gravamen, que faculta al superficiario para construir y para adquirir el dominio de lo edificado, dominio que durará por el plazo de vigencia del derecho, y cuya propiedad será adquirida por el dueño del suelo cuando se extinga el derecho de superficie al vencimiento del transcurso del plazo*" (*Acerca del derecho de superficie.* Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, p. 47).

[145] No que tange ao direito de superfície, esta sentença declarou inconstitucionais os artigos 287.1, 288.1 e 290. Como informa Roberto Blanquer Úberos. Este autor indica o conteúdo dos dispositivos declarados inconstitucionais: "*Artículo 287.1. Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o*

"Tribunal Constitucional entendeu que pela Constituição Espanhola, o regime do direito de superfície é, primordialmente, de direito civil, cuja normativa é de competência exclusiva do Estado Espanhol"[146]. Isso, como informa o citado autor, afastou o direito de superfície das normativas urbanísticas, de competência residual das Comunidades Autônomas da Espanha. O vazio criado pela decisão mencionada do Tribunal Constitucional levou à edição da Lei n. 6, de 13 de 1998 que dispõe sobre o *Régimen Del Suelo y Valoraciones*, esta derrogou a Lei do Solo de 1992, excepcionando contudo os artigos que tratavam do direito de superfície.

---

integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiário". "Artículo 288.1. El procedimiento de constitución Del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos". Explica o citado autor que: "En el capítulo anterior, referido al Patrimonio municipal del suelo, se regulaba su "constitución, bienes integrantes y destino" y las "cesiones"; todos los preceptos rectores de esta última materia – las cesiones – han perdido vigencia en virtud de la citada Sentencia"). "Artículo 290. La concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella estabelecidos". (*Acerca del derecho de superficie.* Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, 52-53). Permanecem, contudo, em vigor os artigos 287.2, 287.3, 288.2, 289.1, 289.2, 289.3, 289.4, 289.5, a seguir transcritos: "*Artículo 287.2. El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior. Artículo 287.3. El derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubiesen fijado al constituirlo y se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado. Artículo 288.2. La constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad. Artículo 288.3. Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiário podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de una u otros, o en varias de estas modalidades a la vez sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie. Artículo 289.1. El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley. Artículo 289.2. El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares. Articulo 289.3. Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho. Artículo 289.4. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos al superficiario. Artículo 289.5. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente*" (Blanquer Úberos, Roberto. *Acerca del derecho de superficie.* Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, p. 79-133).

[146] *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116.

Em breve síntese sobre os artigos mantidos pela Lei n. 6 de 1998, destacamos:

(a) está prevista a transmissibilidade e possibilidade de gravames (artigo 287.3);
(b) a constituição deve ser formalizada por meio de escritura pública, sendo requisito de sua eficácia a inscrição no Registro de Imóveis. Pode ser fixado a título gratuito ou a título oneroso (artigo 288.3);
(c) a extinção poderá ocorrer pelo não uso pelo prazo estipulado (artigo 289.1);
(d) Fixa-se prazo máximo de 75 (setenta e cinco) anos caso a concessão seja realizada pelo Poder Público e de 99 (noventa e nove) anos em sendo constituída por particulares (artigo 289.2);
(e) quando do término do prazo estipulado as construções realizadas passam a ser de propriedade do concedente, sem que tenha este que indenizar ao superficiário (artigo 289.3);
(f) a extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo implica da extinção de toda espécie de direitos reais ou pessoais constituídos pelo superficiário (artigo 289.4);
(g) ainda na hipótese de se reunirem na mesma pessoa os direitos do proprietário do solo e os direitos do superficiário, os ônus que recaírem sobre um e outro continuarão a gravá-los separadamente (artigo 289.5).

3.8 Portugal

O Código Civil português de 1867 silenciou sobre o direito de superfície. Entretanto, no artigo 2.038 havia previsão de que o dono do prédio em que tivessem sido plantadas árvores alheias poderia se obrigar a conservá-las. Anota parcela representativa da doutrina lusa que foi a Lei

2.030, de 22 de junho de 1948, que nos artigos 21 a 29 introduziu o direito de superfície no direito português[147]. Entretanto, nessa lei o direito de superfície foi limitado tão somente a solos públicos[148]. Destinava-se a estimular a construção urbana para habitação, razão pela qual não englobava o direito de superfície para plantações.

Posteriormente veio o Código Civil português de 1.966 dar ampla regulamentação à matéria nos artigos 1.524 a 1.542.[149]

---

[147] Na parte da evolução histórica do direito de superfície no Brasil, pela influência do direito luso, há referências sobre o direito de superfície em Portugal, defluindo-se que há divergência em marcos históricos do instituto, pois há boa doutrina que sustenta que a figura jurídica esteve presente na Lei de 9 de julho de 1773. No sentido: Luiz da Cunha Gonçalves (*Princípios de direito civil luso-brasileiro*: parte geral. São Paulo: Max Limonad, 1951, v. 1, p. 341, e *Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 407); José Guilherme Braga Teixeira (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 259); Marise Pessoa Cavalcanti (*Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 29). Em Portugal, contudo a doutrina atual tem feito referência mais recente, apontando para a Lei n. 2.030, de 22 de junho de 1948. No sentido: Luís A Carvalho Fernandes (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 414); A. Santos Justo (*Direitos reais.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 389); Rui Pinto Duarte (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 170-171); e Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 587).

[148] Segundo Rui Pinto Duarte: "O respectivo art. 22, nº 1, dispunha: Só o Estado, as autarquias locais e as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa podem constituir, em terrenos do seu domínio privado, o direito de superfície." (*Curso de direito reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 171).

[149] "TÍTULO V – Do direito de superfície. CAPÍTULO I – Disposições gerais. Artigo 1524º (Noção) O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações. Artigo 1525º (Objecto) 1. Tendo por objecto a construção de uma obra, o direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra. 2. O direito de superfície não pode ter por objecto a construção de obra no subsolo, a menos que ela seja inerente à obra superficiária. Artigo 1526º (Direito de construir sobre edifício alheio) O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condómino das partes referidas no artigo 1421º. Artigo 1527º (Direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas) O direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas em terrenos do seu domínio privado fica sujeito a legislação especial e, subsidiariamente, às disposições deste código. CAPÍTULO II – Constituição do direito de superfície. Artigo 1528º (Princípio geral) O direito de superfície pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapião, e pode resultar da alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo. Artigo 1529º (Servidões) 1. A constituição do direito de superfície importa a constituição das servidões necessárias ao uso e fruição da obra ou das árvores; se no título não forem designados o local e as demais condições de exercício das servidões, serão fixados, na falta de acordo, pelo tribunal. 2. A constituição coerciva da servidão de passagem sobre prédio de terceiro só é possível se, à data da constituição do direito de superfície, já era encravado o prédio sobre que este direito recaía. CAPÍTULO III – Direitos e encargos do superficiário e do proprietário. Artigo 1530º (Preço) 1. No acto de constituição do direito de superfície, pode convencionar-se, a título de preço, que o superficiário pague uma

O hiato de dispositivos formados no trecho dos artigos 1.524 a 1.542 do Código Civil de Portugal é uma fonte importante do direito estrangeiro, pois regula nuances variadas do direito de superfície, muitas das quais, inclusive, sem correspondência no ordenamento nacional.

única prestação ou pague certa prestação anual, perpétua ou temporária. 2. O pagamento temporário de uma prestação anual é compatível com a constituição perpétua do direito de superfície. 3. As prestações são sempre em dinheiro. Artigo 1531º (Pagamento das prestações anuais) 1. Ao pagamento das prestações anuais é aplicável o disposto nos artigos 1505.º e 1506.º, com as necessárias adaptações. 2. Havendo mora no cumprimento, o proprietário do solo tem o direito de exigir o triplo das prestações em dívida. Artigo 1532º (Fruição do solo antes do início da obra) Enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação das árvores, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantação. Artigo 1533º (Fruição do subsolo) O uso e a fruição do subsolo pertencem ao proprietário; este é, porém, responsável pelo prejuízo causado ao superficiário em consequência da exploração que dele fizer. Artigo 1534º (Transmissibilidade dos direitos) O direito de superfície e o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte. Artigo 1535º (Direito de preferência) 1. O proprietário do solo goza do direito de preferência, em último lugar, na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície; sendo, porém, enfitêutico o prédio incorporado no solo, prevalece o direito de preferência do proprietário. 2. É aplicável ao direito de preferência o disposto nos artigos 416º a 418º e 1410º. CAPÍTULO IV – Extinção do direito de superfície. Artigo 1536º (Casos de extinção) 1. O direito de superfície extingue-se: - Se o superficiário não concluir a obra ou não fizer a plantação dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação, dentro do prazo de dez anos; - Se, destruída a obra ou as árvores, o superficiário não reconstruir a obra ou não renovar a plantação, dentro dos mesmos prazos a contar da destruição; - Pelo decurso do prazo, sendo constituído por certo tempo; - Pela reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade; - Pelo desaparecimento ou inutilização do solo; f) Pela expropriação por utilidade pública. 2. No título constitutivo pode também estipular-se a extinção do direito de superfície em consequência da destruição da obra ou das árvores, ou da verificação de qualquer condição resolutiva. 3. À extinção do direito de superfície, nos casos previstos nas alíneas a) e b) do nº 1, são aplicáveis as regras da prescrição. Artigo 1537º (Falta de pagamento das prestações anuais) 1. A falta de pagamento das prestações anuais durante vinte anos extingue a obrigação de as pagar, mas o superficiário não adquire a propriedade do solo, salvo se houver usucapião em seu benefício. 2. À extinção da obrigação de pagamento das prestações são aplicáveis as regras da prescrição. Artigo 1538º (Extinção pelo decurso do prazo) 1. Sendo o direito de superfície constituído por certo tempo, o proprietário do solo, logo que expire o prazo, adquire a propriedade da obra ou das árvores. 2. Salvo estipulação em contrário, o superficiário tem, nesse caso, direito a uma indemnização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa. 3. Não havendo lugar à indemnização, o superficiário responde pelas deteriorações da obra ou das plantações, quando haja culpa da sua parte. Artigo 1539º (Extinção de direitos reais constituídos sobre o direito de superfície) 1. A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro. 2. Se, porém, o superficiário tiver a receber alguma indemnização nos termos do artigo anterior, aqueles direitos transferem-se para a indemnização, conforme o disposto nos lugares respectivos. Artigo 1540º (Direitos reais constituídos pelo proprietário) Os direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo estendem-se à obra e às árvores adquiridas nos termos do artigo 1538º. Artigo 1541º (Permanência dos direitos reais) Extinguindo-se o direito de superfície perpétuo, ou o temporário antes do decurso do prazo, os direitos reais constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuam a onerar separadamente as duas parcelas, como se não tivesse havido extinção, sem prejuízo da aplicação das disposições dos artigos anteriores logo que o prazo decorra. Artigo 1542º (Extinção por expropriação) Extinguindo-se o direito de superfície em consequência de expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao valor do respectivo direito." (´Disponível em: <http:// www.pgdlisboa.pt/pgdl/ leis/ lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0688&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=#artigo>. Acesso em: 7 ago. 2007).

Registre-se que a previsão quanto ao cabimento da hipoteca sobre o direito de superfície se encontra em outro ponto da codificação lusa, qual seja a Secção em que é tratada a referida garantia real (artigo 668°[150]).

Em 1991 foi o Código Civil alterado pelo Decreto 257/91 de 18 de julho, a partir deste momento passou a ser permitida a concessão do direito de superfície também para a construção ou manutenção de obras no subsolo.[151-152]

---

[150] "*Artigo 668 (objecto). 1- Só podem ser hipotecados: (...) O direito de superfície (...).*"

[151] A redação atual do artigo 1.525 alterada é a seguinte: "Artigo 1525. (Objecto) 1. Tendo por objecto a construção de uma obra, o direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra. 2 - O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra sob solo alheio."

[152] Questões referentes ao urbanismo e ao tráfego de veículos foram fundamentais para motivar a alteração descrita, como se observa da exposição de motivos do referido Decreto-Lei: "O desenvolvimento equilibrado de uma política de solos constitui um dos pontos significativos do Programa do Governo. Essa política tem reflexos importantes no tocante a questões de urbanismo e de tráfego automóvel. Na verdade, é sabido que o progresso económico e social dos grandes centros implica a multiplicação dos veículos automóveis em circulação. Este fenómeno só parcialmente pode, no curto prazo, ser amenizado por adequada expansão dos transportes públicos. Há, assim, que encontrar soluções novas que permitam normalizar o tráfego automóvel, com relevo para o ponderoso problema do estacionamento nos grandes centros urbanos. Tais soluções deverão, contudo, salvaguardar em absoluto a integridade da paisagem urbana, sem adulterar a utilização dos edifícios nem pôr de algum modo em causa a existência de espaços verdes. A saída tecnicamente possível perante as coordenadas acima mencionadas reside na construção de parques de estacionamento subterrâneos, devidamente dimensionados, edificados de acordo com todas as normas de segurança e planeados por forma a não prejudicar a traça das cidades. Tais parques irão permitir remover da superfície todo um conjunto de automóveis estacionados pelos mais diversos locais, com ganhos claros para o trânsito de transportes públicos e de peões e, em geral, para a qualidade de vida urbana. Além disso, uma adequada implantação desses parques de estacionamento subterrâneos permitirá reanimar a vida nos centros históricos das cidades, prejudicadas por dificuldades conhecidas no estacionamento de veículos automóveis. A construção de parques de estacionamento subterrâneos exige, porém, grandes investimentos amortizáveis, apenas, a longo prazo. A captação dos necessários fundos só será possível fazendo apelo à poupança privada, que, assim, terá de ser incentivada. Ora, as entidades que mostrem disponibilidade para tal tipo de operação requerem garantias que lhes facultem o aproveitamento do local. As regras de direito em vigor, até hoje, apenas permitiriam, nesse campo, a aquisição do próprio local por essas entidades: solução nem sempre viável e que, além disso, iria encarecer ainda mais a construção dos parques em vista. Uma alternativa possível residiria na edificação de parques de estacionamento em regime de direito de superfície. Apesar de ter raízes que ascendem ao direito romano pós-clássico, o direito de superfície foi consagrado formalmente, na ordem jurídica portuguesa, apenas em data relativamente recente, através da Lei n. 2030, de 22 de Junho de 1948. Este diploma, que introduziu importantes medidas no tocante a expropriações por utilidade pública, à propriedade horizontal, a sociedades anónimas para construção de casas de renda económica e limitada e ao arrendamento, previa, no artigo 21º, n. 1, o direito de superfície como direito real consistente «na faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio, sem aplicação das regras sobre acessão imobiliária». Procedia, depois, à sua regulamentação. Fazia-o, porém, em termos restritivos; por exemplo, a sua constituição era reservada ao Estado, a autarquias locais e a pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, em terrenos do seu domínio privado (artigo 22º, n. 1). A experiência colhida nos

O direito de superfície adquiriu ainda maior significado com fins de urbanização de áreas cedidas pelo Estado quando do advento do Decreto-Lei 794/76 de 5 de novembro, Lei do Solo, o qual regulamenta a superfície nos artigos 19º a 21º.[153]

Finalizada a breve síntese da legislação lusa referente ao direito de superfície, passamos a analisar seus aspectos principais, com os olhos voltados principalmente para os dispositivos constantes no Código Civil lusitano, após as mudanças deflagradas pelo Decreto-Lei 794/76.

---

anos de vigência da Lei n. 2030, de 22 de Junho de 1948, permitiu ao legislador, através do Código Civil de 1966, ir mais longe e generalizar o direito de superfície a todos os particulares. No entanto, mantiveram-se alguns preceitos restritivos. Assim, segundo o artigo 1525º, n. 2, do Código Civil, «o direito de superfície não pode ter por objecto a construção de obra no subsolo, a menos que ela seja inerente à obra superficiária». Em boa verdade, a doutrina tem entendido que esse preceito visa apenas prevenir desvios às regras sobre propriedade horizontal - mormente no tocante às necessidades de autorização camarária - pela via oblíqua do direito de superfície; de todo o modo, ele poderia levantar dúvidas em relação ao recurso ao direito de superfície, quando se tratasse de edificar parques de estacionamento subterrâneos. O presente diploma visa remover tais dúvidas, facultando às diversas entidades, públicas ou privadas, o recurso ao direito de superfície para a construção de parques de estacionamento e, ainda, de outras obras similares. Na alteração do Código Civil, por estes motivos requerida, houve o maior cuidado em respeitar o estilo usado pelo legislador de 1966" (Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=797&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>. Acesso em 4 de agosto de 2007).

[153] "Constituição do direito de superfície – Art. 19º - 1. O direito de superfície, a que se refere o artigo 5º, será constituído por prazo não inferior a cinquenta anos, a estabelecer em função das características dos edifícios a erigir, do período necessário para a amortização do capital a investir neles e da sua adequada remuneração. 2. No caso de cedência de direito de superfície a cooperativas previstas no artigo 4º do Decreto n. 182/72, de 30 de Maio, ou para construção de habitação própria, ainda que em regime de propriedade horizontal, a prazo mínimo será de setenta anos. 3. O prazo do direito de superfície será fixado no acto de constituição, e pode ser prorrogado pelos períodos que forem convencionados, salvo nos casos em que o superficiário expressamente renuncie à prorrogação. 4. Na falta de convenção sobre o período de prorrogação, entende-se que ela se opera por um período igual a metade do prazo inicial, salvo nos casos em que a Administração findo o prazo, necessitar do terreno para obras de renovação urbana ou outro fim de interesse público. Art. 20º - 1. Na constituição do direito de superfície serão sempre fixados prazos para o início e a conclusão das construções a erigir e serão adoptadas as providências que se mostrem adequadas para evitar especulação na ali nação do direito. 2. Para os fins do disposto na última parte do número anterior poderá convencionar-se, designadamente, a proibição da alienação do direito durante certo prazo e a sujeição da mesma a autorização da Administração. 3. A Administração gozará sempre do direito de preferência em primeiro grau, na alienação do direito por acto inter vivos e na adjudicação em liquidação e partilha de sociedade, sendo esse direito de preferência exercido de harmonia com as normas regulamentares estabelecidas para o efeito. 4. São anuláveis os actos praticados sem que haja sido facultado o exercício do direito do preferência. Art. 21º - 1. O direito do superfície pode ser cedido contra o pagamento de uma quantia determinada ou do prestações periódicas. 2. No caso em que o preço for pago em prestações periódicas, será a mesmo revisto, salvo estipulação em contrário, sempre que se verifique alteração das condições de aproveitamento do terreno, por modificação das normas regulamentares do plano de ocupação do solo. 3. Os superficiários terão direito a indemnização pela extinção do direito de superfície, quando assim for convencionado no título da constituição."

Como se observa pelo artigo 1.524 do Código Civil, o direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter perpétua[154] ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações. Como destacado, a partir da alteração promovida pelo Decreto 257/91 passou a ser expressamente permitida a realização de obras no subsolo.

Nos termos do artigo 1.526, há o direito de *sobrelevação*, e, uma vez terminada a obra ou a plantação, passam a ser aplicáveis as regras da propriedade horizontal constantes no artigo 1.421 do Código Civil.

O artigo 1.527 privilegia o *diálogo das fontes*, uma vez que expressamente mencionou que as disposições especiais continuam a regular o direito de superfície quando este for concedido pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas, funcionando a codificação, nesses casos como norma a ser aplicada de forma subsidiária.[155]

Pode o direito de superfície ser constituído por meio de contrato, testamento ou usucapião[156]. Pode ainda resultar da alienação de obras ou árvores já existentes, alienadas separadamente do solo.

O direito de superfície é transmissível por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, nos termos do artigo 1.534. Na transferência deve ser observado o direito de preferência do proprietário do solo. Da mesma forma, este deverá, caso venha a alienar sua propriedade observar o direito de preferência do superficiário.

---

[154] Parte da doutrina portuguesa é severa na crítica sobre a possibilidade de ser constituído de forma perpétua o direito de superfície. No sentido, José de Oliveira Ascensão que entende que a propriedade de um solo onerada com um direito de superfície perpétuo conspira contra a função social da propriedade (*Direito civil*: reais. 5. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 533).

[155] Este dispositivo parece ter influenciado nosso legislador para a inclusão do disposto no artigo 1.377 do Código Civil.

[156] Sobre a usucapião, confira-se: A. Santos Justo (*Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 393-394).

As formas de extinção do direito de superfície são trazidas no artigo 1.536. Destacamos a primeira alínea deste artigo que arrola como causas de extinção do direito de superfície a não conclusão da obra ou a não realização da plantação no prazo estipulado ou em não havendo prazo estipulado pelo decurso de dez anos.

Na hipótese de ser o direito de superfície estipulado por tempo determinado, no advento do termo, as obras ou as plantações são adquiridas pelo proprietário do solo. Neste caso, salvo estipulação em contrário caberá ao superficiário indenização (artigo 1.538).

Nos termos do artigo 1.539 a extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo importa na extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro, entretanto caso tenha o superficiário recebido alguma indenização, nos termos do artigo 1.538, a esta se transferem os direitos de gozo e de fruição.

No que se refere à regulamentação promovida pelo Decreto-Lei 794/76 destacamos como principais características o seu prazo de duração que nunca poderá ser inferior a cinqüenta anos (artigo 19, 1), podendo ser prorrogado (artigo 19, 3). O artigo 20, 1 destaca a necessidade de estarem estabelecidos os prazos de início e de conclusão das construções. Caberá à Administração o direito de preferência (artigo 20, 3).

O direito de superfície poderá ser cedido contra o pagamento de uma quantia fixa ou por prestações periódicas. Neste caso o seu valor será revisto sempre que houver alteração nas condições de aproveitamento do terreno causada por modificação das normas regulamentares do plano de ocupação do solo (artigo 21, 2).

Quando no título de constituição tiver sido estipulado, ao superficiário caberá uma indenização ao término do prazo estipulado (artigo 21, 3).

3.9 França

O Código Civil dos franceses não previu expressamente o direito de superfície. Entretanto, através de interpretação doutrinária a contrario *sensu* do artigo 553 do Code[157], defende-se a existência do instituto no ventre da codificação.

Pela peculiaridade com que o direito de superfície é encontrado na França, a primeira vista imagina-se que a postura estaria destrilhada do sistema de *numerus clausus*[158]*.* Sem adentrar na discussão acerca da diretriz adotada pelos franceses, a linha doutrinária acima indicada não estaria violando a principiologia de *numerus clausus* nos direitos reais, pois ainda que o caminho seja o da interpretação extensiva do artigo 553 da

[157] "Artigo 553 – Todas as construções plantações e trabalhos sobre um terreno ou no seu interior, presume-se que foram feitas pelo proprietário, à sua custa, e que lhe pertencem, se o contrário não for provado; sem prejuízo da propriedade que um terceiro poderá ter adquirido ou poderá adquirir por prescrição seja de um subterrâneo sob a construção alheia, seja de qualquer outra parte do edifício" (CÓDIGO Napoleão ou Código Civil dos Franceses. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962, p.115).

[158] Frederico Henrique Viegas de Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 94) afirma que "não existe no direito francês o *numerus clausus* de direitos reais, mas, apenas, uma tendência jurisprudencial de pela admissão do *numerus apertus*, em virtude de conter o *Code Civil* uma regra meramente declarativa. Isto se pode comprovar por uma antiga sentença do Tribunal de Cassação de 13 de fevereiro de 1934, na qual os artigos 544 e 522 do *Code Civil* são declarativos de direito comum à natureza dos efeitos da propriedade, embora não sejam proibitivos. Por estes artigos, assim, como por qualquer outra lei, não podem ser excluídas as diversas modificações e decomposições, já que são suscetíveis ao direito de propriedade". A fala do Professor da Universidade de Brasília, faz alusão a Gabriel Marty ("El derecho de superfície em relación com la planificación urbana (Derecho francés). *Revista de derecho Urbanistico*, Madrid, n. 27, p. 30, 1972), que adotaria a mesma posição. Marcel Planiol e Georges Ripert indicam que a questão tem sido tratada com certa variação na França (*Tratado practico de derecho civil frances*. Traducción de Mario Dias Cruz. Habana: Cultural, 1946, p. 54-56). De fato, há quem sustente que na França prevalece o sistema de *numerus clausus*, como é o caso de Georges Ripert e Jean Boulanger: "*La ley, solamente puede determinar el poder jurídico contenido en el derecho real*" (Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol. Traducción de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1987, v. 6, p. 12).

codificação civil, o hermeneuta está retirando o *tipo* da norma, procedimento este que, *a priori*, sacia o princípio da taxatividade (= *o instituto está na lei*, criado pelo legislador).

Ultrapassada a questão, predomina a corrente favorável ao reconhecimento do direito de superfície no bojo da codificação francesa, entendendo-se o artigo 553 como o núcleo de previsão da figura jurídica, através da interpretação de sua parte final.[159-160]

---

[159] Marcel Planiol e Georges Ripert – a respeito – fazem o seguinte comentário: "*El derecho de superficie deroga esa regla, al separar la propiedad del suelo de lo que sobre él se halla (...) Si bien el Código Civil no menciona expresamente el derecho de superficie, su legalidad no puedo ser posta en duda. Resulta del art. 553, que declara que las construcciones, plantaciones y obras se presumen pertenecientes al propietario el suelo, salvo el caso contrario, admitiendo, por consiguiente, que el derecho sobre las construcciones o plantaciones superficiarias puede estar en manos distintas que el derecho sobre suelo; también puede apoyarse en el art. 684 que autoriza la división de la propiedad de una casa por pisos*" *(Tratado practico de derecho civil frances*. Traducción de Mario Dias Cruz. Habana: Cultural, 1946, p. 287). Georges Ripert e Jean Boulanger têm posição semelhante, mas, sem prejuízo da sua concepção, indicam que há posicionamento inverso, confira-se: "*El carácter del derecho de superficie es controvertido. Laurent se ha negado a ver en él un derecho de propiedad (t. II, num. 409 Y sig). Sin embargo, es fácil demostrar que la ley francesa admite la existencia de la propiedad de las superficies separadas de la propiedad del suelo. En efecto, el art. 553 dice: 'Todas las construcciones, plantaciones y obras sobre el terreno o en su interior se presumen hechas por el propietario y pertenecientes a él, si no se prueba lo contrario'. Lo contrario es, pues,, posible, es decir, que las construcciones pueden pertenecer a alguien que no sea el propietario del suelo o, por lo que viene a ser lo mismo, que el superficiario sea su propietario*" (*Tratado de derecho civil*: según el tratado de Planiol. Traducción de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1987, v. 6, p. 220-221).

[160] É intuitiva se pensar, então, se antes do Código Civil de 2002, poderíamos dizer que o direito de superfície estava previsto na codificação de 1916, fazendo-se tal leitura a partir de interpretação semelhante no disposto no artigo 545 do diploma revogado ("artigo 545 - Toda construção, ou plantação, existente em um terreno, se presume feita pelo proprietário e à sua custa, até que o contrário se prove"). Ricardo Pereira Lira sustenta a impossibilidade de emprestar o mesmo raciocínio da doutrina francesa, com a seguinte justificartiva: "Importa esclarecer que tal operação [*interpretação da doutrina francesa ao art.* 5*53 do Code*], não pode ter lugar no direito pátrio, em razão do disposto no art. 545 do CC brasilieiro (...) A questão da dominialidade da construção ou plantação, no nosso direito, está fora do âmbito do artigo 545, definindo-se claramente no art. 547, onde se institui o principio de que 'quem semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções (...) Contrariamente ao que fazem alguns estudiosos, não há como, em face do art. 545 do CC brasiliero, pretender praticar a mesma ilação que os juristas franceses fizeram no art. 553 do CC francês, para, com essa operação, afirmar a existência, no direito brasileiro, antes do advento do Estatuto da Cidade e da vigência no novo Código Civil, em vigência a partir de janeiro de 2003, do direito de superfície." (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 545).

Sem prejuízo da interpretação levada a cabo no artigo 553 do diploma codificado francês, com o avançar do tempo, houve a necessidade da criação de novas válvulas legais, mais especificas para a resolução dos problemas de construção e de urbanização em especial sentidos no pós-guerra, bem como o crescimento demográfico conduziram à necessidade de regulamentação capaz de possibilitar a obtenção a baixo custo de terrenos destinados a fomentar a construção de moradias, o que ocasionou a edição da Lei de 16 de dezembro de 1964 e, em seguida a Lei de 30 de dezembro de 1967, com situações muito aproximadas ao direito de superfície. Por tal passo, Frederico Henrique Viegas de Lima afirma que no direito francês há "dois matizes para enfocar o direito de superfície. Um é através das disposições contidas no *Code Civil* e outro, obtido a partir das leis urbanísticas e de construção".[161]

3.10 Inglaterra

Ricardo Pereira Lira informa que no Direito Inglês há um conjunto de contratos superficiários denominados de "*building lease*". Explica o citado professor que nesses contratos: "em termos genéricos há uma cessão, sob a forma de *lease*, mediante o pagamento de um cânon, com o prazo máximo de noventa e nove anos e especificação de classe e condições principais das edificações a serem levantadas. A eficácia do *lease* não tem começo senão com a construção das casas, de forma que, enquanto isso não ocorre, há uma posse precária (*tenancy at will*), mera expectativa de *lease*, gerando as obrigações de edificar e pagar o cânon, tuteladas por ação destinada à rescisão do contrato por inadimplemento. Completada a construção o direito real surge, e o *lease-holder* pode opô-lo eficazmente

[161] *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96.

contra terceiros, inclusive contra o novo adquirente do solo. Vencido o prazo, o imóvel com as construções reverte ao proprietário (*landlord*)".[162]

3.11 Canadá (Código de Quebec)

Quebec é a única província do Canadá em que se utiliza o direito continental codificado, o resto do país se rege pelo sistema da *common law*[163]*.* Em seu Código Civil vigente desde 1994 o direito de superfície foi regulado nos artigos 1.110 a 1.118.[164]

Embora não existam regras expressas acerca da constituição do direito de superfície no Código Civil de Quebec, o artigo 1.110 estabelece que a propriedade superficiária resulta da divisão do objeto do direito de

---

[162] *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 44.

[163] Conforme Ricardo J. Panaño, Cláudio M. Kipper, Gregório A. Dillon e Jorge R. Causse, (*Derechos reales*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004, v. 2, p. 271).

[164] "CHAPTER IV – SUPERFICIES. DIVISION I - ESTABLISHMENT OF SUPERFICIES. 1110. Superficies results from division of the object of the right of ownership of an immovable, transfer of the right of accession or renunciation of the benefit of accession. 1111. The right of the superficiary to use the subsoil is governed by an agreement. Failing agreement, the subsoil is charged with the servitudes necessary for the exercise of the right. These servitudes are extinguished upon termination of the right. 1112. The superficiary and the owner of the subsoil each bear the charges encumbering what constitutes the object of their respective rights of ownership. 1113. Superficies may be perpetual, but a term may be fixed by the agreement establishing its conditions. DIVISION II - TERMINATION OF SUPERFICIES. 1114. Superficies is terminated. 1) by the union of the qualities of subsoil owner and superficiary in the same person, subject to the rights of third persons; 2) by the fulfilment of a resolutive condition; 3) by the expiry of the term. 1115. The total loss of the constructions, works or plantations terminates superficies only if superficies is a result of the division of the object of the right of ownership.Expropriation of the constructions, works or plantations or expropriation of the subsoil does not terminate superficies. 1116. At the termination of superficies, the subsoil owner acquires by accession ownership of the constructions, works or plantations by paying their value to the superficiary.If, however, the constructions, works or plantations are equal in value to the subsoil or of greater value, the superficiary has a right to acquire ownership of the subsoil by paying its value to the subsoil owner, unless he prefers to remove, at his own expense, the constructions, works and plantations he has made and return the subsoil to its former condition. 1117. Where the superficiary fails to exercise his right to acquire ownership of the subsoil within 90 days from the end of the superficies, the owner of the subsoil retains ownership of the constructions, works and plantations. 1118. A subsoil owner and a superficiary who do not agree on the price and other terms and conditions of acquisition of the subsoil or of the constructions, works or plantations may apply to the court to fix the price and the terms and conditions of acquisition. The judgment is equivalent to a valid title and has all the effects thereof. They may also, if they fail to agree on the terms and conditions of removal of the constructions, works or plantations, apply to the court to fix them" (Disponível em: <http://www.canlii.org/qc/laws/sta/ccq/20070614/whole.html>. Acesso em: 03 ago. 2007).

propriedade referente a um imóvel, da cessão do direito, de acessão ou da renúncia ao benefício da acessão.[165]

Entre as disposições contidas no Código de Quebec, cremos que valem realçar as seguintes situações:

> (a) poderá o direito de superfície ser estipulado de modo perpétuo (artigo 1.113);
> (b) a concessão pode ter como objeto de plantações ou construções (artigo 1.115);
> (c) A extinção do direito de superfície ocorre, nos termos do artigo 1.114 nos casos de confusão (1); advento de uma condição resolutiva (2) e pelo advento do termo (3).

O artigo 1.116 merece destaque, pois prevê que ao fim do direito de superfície o proprietário do solo adquire as obras e plantações realizadas no terreno, pagando por elas ao superficiário. Entretanto, caso o valor destas seja igual ou superior ao do terreno poderá o superficiário adquiri-lo, pagando o seu preço. O superficiário poderá ainda, caso não queira adquirir o terreno, remover as construções e plantações realizadas.

3.12 Argentina

O Código Civil de 1869 traz em seu artigo 2.503 o rol dos direitos reais em *numerus clausus* e, desde a sua versão inicial, não havia previsão neste artigo sobre o direito de superfície, entendendo Vélez Sársfield, como condutor da codificação, que o instituto poderia causar grandes discussões e embaraços.

---

[165] Sobre os dispositivos do Código de Quebec, Lydia Esther Calegari de Grosso traz redações não exatas a que encontramos em nossas fontes (*El derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006, p. 19).

A exclusão do direito de superfície, contudo deu-se também de forma expressa na redação do artigo 2.614[166] que afastou terminantemente a possibilidade de constituição deste direito.

Entretanto, em 11 de dezembro de 2001 foi promulgada, na Argentina, a Lei n. 25.509 que em seu artigo 12 deu nova redação ao artigo 2.614, retirando a exclusão ao direito de superfície e em seu artigo 13 acresceu ao 2.503 do Código Civil o inciso 8º, passando a constar naquele rol taxativo dos direitos reais a previsão "*la superficie forestal*".[167]

---

[166] "*Art. 2.614 - Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendam a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición, ni hacer en ellos vinculación alguna*."

[167] "*FORESTACION - Ley 25.509 - Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura. Sancionada: Noviembre 14 de 2001. Promulgada de Hecho: Diciembre 11 de 2001. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley: ARTICULO 1º - Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la presente ley. ARTICULO 2º - El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía. ARTICULO 3º - El propietario del inmueble afectado a superficie forestal conserva el derecho de enajenar el mismo, debiendo el adquirente respetar el derecho real de superficie forestal constituido. ARTICULO 4º - El propietario del inmueble afectado a derecho real de superficie forestal no podrá constituir sobre él ningún otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato, ni perturbar los derechos del superficiario; si lo hace el superficiario puede exigir el cese de la turbación. ARTICULO 5º - El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión. Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente. ARTICULO 6º - El derecho real de superficie forestal tendrá un plazo máximo de duración por cincuenta años. En caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de esta ley. ARTICULO 7º - El derecho real de superficie forestal no se extingue por la destrucción total o parcial de lo plantado, cualquiera fuera su causa, siempre que el superficiario realice nuevas plantaciones dentro del plazo de tres años. ARTICULO 8º - El derecho real de superficie forestal se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo contractual, cumplimiento de una condición resolutoria pactada, por consolidación en una misma persona de las calidades de propietario y superficiario o por el no uso durante tres años. ARTICULO 9º - La renuncia del derecho por el superficiario, o su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones. ARTICULO 10 - En el supuesto de extinción del derecho real de superficie forestal por consolidación, los derechos y obligaciones del propietario y del superficiario continuarán con sus mismos alcances y efectos. ARTICULO 11 - Producida la extinción del derecho real de superficie forestal, el propietario del inmueble afectado, extiende su dominio a las plantaciones que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento. ARTICULO 12 - Modifícase el artículo 2614 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 2614: Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni imponerles censos ni*

Sobre o direito argentino, ainda é pertinente apresentar que está em tramitação projeto de Código Civil (1998) que prevê a inserção no corpo do *Codex* do instituto do direito de superfície nos artigos 2.018 a 2.028.[168-169]

---

rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna. ARTICULO 13 - Agrégase al artículo 2503 del Código Civil como inciso 8º "La Superficie Forestal". ARTICULO 14 - La presente ley es complementaria del Código Civil. ARTICULO 15 - Comuníquese al Poder Ejecutivo" (Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70786/norma.htm>. Acesso em 6 ago. 2007). Há provável influência da legislação uruguaia (Ley Forestal 15.695/84), que através de seus artigos 15-21, tratam de instituto nominado de *derecho de superficie*, mas que possui características de outros institutos, em especial o *usufruto*, aplicando-se, inclusive, seus regramentos (artigo 16). No tema, confira-se: Lydia Esther Calegari de Grosso (*El derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006, p. 28-29 e p. 256).

[168] "*PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE 1998 - TÍTULO VI. Del derecho de superficie. CAPÍTULO I. Disposiciones generales. ARTÍCULO 2018 - Definición. La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta (50) años. Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta (50) años contados desde su celebración. ARTÍCULO 2019 - Legitimación. Pueden constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal. ARTÍCULO 2020 - Derechos del propietario y prohibiciones. El propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar los derechos del superficiario. Si lo hace, el superficiario puede exigir el cese de la turbación. ARTÍCULO 2021 - Subsistencia y transmisión de las obligaciones. La renuncia por el superficiario del derecho de construir o de forestar, su desuso, o el abandono de la propiedad superficiaria, no lo liberan de sus obligaciones. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. ARTÍCULO 2022 - Extinción por consolidación. El derecho de superficie se extingue en todos los casos por su consolidación total con la propiedad. Los gravámenes constituidos por el propietario o el superficiario continúan con los alcances propios de cada gravamen. ARTÍCULO 2023 - Efectos de la extinción. En todos los casos, producida la extinción del derecho de superficie, el titular del emplazamiento extiende su derecho sobre las construcciones o forestaciones efectuadas que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida del enriquecimiento. CAPÍTULO II. Disposiciones particulares. ARTÍCULO 2024 - Normas aplicables al derecho de construir o forestar. El derecho de superficie se rige por las normas del derecho de construir o forestar si no se ejerce sobre una construcción o forestación concluida. ARTÍCULO 2025 - Emplazamiento y proyección. La construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. El derecho de superficie puede comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción, pero que sea útil para su aprovechamiento. ARTÍCULO 2026 - Facultades. Adquisición y extinción. El derecho de construir o de forestar otorga el uso, goce y disposición jurídica,sólo se origina por adquisición derivada y se extingue por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por el no uso durante diez (10) años. El derecho de construir o de forestar puede ser hipotecado. ARTÍCULO 2027 - Normas aplicables a la propiedad superficiaria. Si el derecho de superficie se ejerce sobre una propiedad superficiaria que consiste en una construcción o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria a la que se le aplican las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título. ARTÍCULO 2028 - Destrucción de la propiedad superficiaria. La propiedad superficiaria no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido o forestado, si el superficiario construye o foresta nuevamente en el plazo de diez (10) años, o en el menor que se determine*" (Disponível em: <http://www.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/libro5.htm>. Acesso em: 6 ago. 2007).

[169] Luis O. Andorno destaca que na regulamentação do Projeto "*se ha seguido los lineamientos básicos Del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 (hoy ley vetada) (artículo 2614) y los del Proyecto de la denominada Comisión Federal de la Cámara de*

Na regulamentação vigente, Lei 25.509, o direito de superfície somente pode ser instituído sobre imóveis rurais.

Segundo sua expressão literal (artigo 2º) seria um direito real sobre *'coisa própria temporária'*. Além de poder desenvolver a plantação, é possível adquirir-se a propriedade sobre o que no terreno já se encontra implantado, podendo inclusive gravá-lo com um direito real de garantia.

Ao proprietário do imóvel fica vedada a instituição de qualquer outro direito real seja de uso seja de garantia (artigo 4º).

Como prevê o artigo 5º pode ser o direito de superfície florestal adquirido por meio de contrato, oneroso ou gratuito, por meio de escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

O direito de superfície florestal está submetido a prazo máximo de cinqüenta anos como prevê o artigo 6º.

Dentre as hipóteses de extinção do direito são elencadas pelo artigo 8º a renúncia expressa, o advento do prazo ou a realização de uma condição resolutória pactuada, por confusão ou pelo não uso pelo prazo de três anos. A destruição da plantação não é uma causa de extinção visto que o artigo 7º permite ao superficiário que o replante, também no prazo de três anos.

Quando da extinção do direito o superficiário estenderá seu domínio sobre as plantações que subsistam devendo indenizar ao superficiário, exceto se houver acordo em sentido contrário.

Diputados de la Nación, aprobado por este cuerpo en su sesión del 3 de noviembre de 1993 (artículos 3153 a 3158)" (El derecho de supeficie en el proyecto de Código Civil de 1998. In: Brebbia, Roberto H., Dir. *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*. Buenos Aires: Zavalia, 2001, p. 225.

Por fim o artigo 14 declara sua complementaridade ao Código Civil.

No Projeto a definição do direito real de superfície é semelhante à da Lei n. 25.509, acrescentando-se a possibilidade de constituição da superfície também para a construção ou sobre construção já realizada (artigo 2.028). Mantém-se também o aspecto da temporalidade, fixado no mesmo prazo, cinqüenta anos, podendo haver renovação, desde que superado tal prazo.

O artigo 2.023 do Projeto conserva a previsão constante do artigo 11 da Lei n. 25.509.

O artigo 2.025 do projeto estabelece a possibilidade de uma área não utilizada para a construção venha a ser também objeto do direito de superfície desde que seja útil ao seu aproveitamento. Este artigo prevê ainda a possibilidade de ser utilizado o subsolo.

Note-se que há regramento diverso no artigo 2.024 com o artigo 2.027, fazendo o legislador uma divisão entre facetas diversas do direito de superfície. Em suma, para o *direito de implantar*, aplicam-se as regras do direito de construir ou de plantar, conforme a concessão (artigo 2.024), enquanto no que se refere ao implante já feito, o legislador remete a problemática "*as normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles*" (artigo 2.027).

3.13. Bolívia

Na Bolívia o direito de superfície é regido pelo Código Civil de 1976 (artigos 201 a 209).[170]

[170] "*CAPITULO V - DE LA PROPIEDAD DEL SOBRESUELO Y DE LA PROPIEDAD SEPARADA DEL SUBSUELO. SECCION I - DEL DERECHO A CONSTRUIR. Art. 201 - (CONSTITUCION). I. El propietario de un terreno puede conceder a una persona el derecho a construir sobre el suelo, adquiriendo así el concesionario, la propiedad de la construcción. El acto de concesión puede hacerse en testamento o en contrato oneroso o gratuito celebrado en forma escrita. II.El derecho a construir es un derecho real inmobiliario Art. 202 - (PLAZO PARA LA CONSTRUCCION; EXTINCION DEL DERECHO). Si el título no ha fijado un plazo para realizar la construcción, el concesionario debe levantarla en el término de cinco años desde la fecha en que se abrió la sucesión o se hizo el contrato. Vencido el término, se extingue el derecho a construir sin obligación ninguna para el concedente quien recupera la plenitud de su derecho propietario. SECCION II - DE LA SUPERFICIE. Art. 203 - (CONSTITUCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. El derecho de propiedad del sobresuelo puede constituirse: 1) Por efecto del derecho a construir. 2) Por legado o transferencia de una construcción ya hecha que constituirá una propiedad separada del suelo y subsuelo. 3) Por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno. II. Los contratos respectivos para constituir el derecho de superficie deberán necesariamente celebrarse por eserito. Art. 204 - (DURACION DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. El derecho de superficie es temporal y no puede durar más de treinta años. II. Cuando el derecho de superficie es accesorio a un contrato de arrendamiento de un terreno, sólo dura por el plazo de dicho arrendamiento. Art. 205 - (OBJETO Y EXTENSION DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. Pueden ser objeto del derecho de superficie sólo las construcciones en su integridad y que representen un todo independiente. II. El derecho de superficie se extiende a todo el subsuelo en que se apoya y sustenta la construcción. Se extiende también a otras partes del suelo que impliquen una ventaja para el uso y goce de la construcción, a menos que el título constitutivo disponga otra cosa. III. En caso de enajenación del suelo o de la superficie, el superficiario o el propietario del suelo, tiene derecho de preferencia en igualdad de condiciones frente a terceros interesados. Art. 206 - (CONTENIDO DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. El contenido del derecho de superficie puede ampliarse o reducirse mediante contrato escrito especialmente celebrado para el efecto. En caso de reducción deberán necesariamente concurrir al acto y dar su asentimiento las personas que tengan un derecho cualquiera sobre el derecho de superficie. II. En caso de demolición o ruina, el superficiario puede reconstruir lo edificado. (Art. 204, 519 Código Civil). Art. 207 - (EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. El derecho de superficie se extingue: 1) Por los modos ordinarios de extinción de la propiedad compatibles con la naturaleza del derecho de superficie. 2) Por vencerse el término, caso en el cual el propietario del suelo deviene propietario de la construcción pagando previamente el valor de ella apreciado al hacerse el pago, salvo pacto o disposición contraria II. Si el superficiario tiene derecho a una indemnización por hipotecas y anticresis que tenga la propiedad del sobreprecio que pasan al valor o precio de la indemnización, con el mismo rango de preferencia que los derechos gravantes. Art. 208 - (REGLAS DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA APLICABLES). Son aplicables al derecho de superficie las normas de la propiedad inmobiliaria en todo lo compatible con su naturaleza. a menos que la ley disponga otra cosa. SECCION III - De la propiedad separada del subsuelo. Art. 209 - (NORMAS DEL DERECHO DE SUPERFICIE APLICABLES). I.El propietario de un terreno puede ceder a cualquier persona la propiedad del subsuelo para hacer construcciones. (Art. 111 del Código Civil). II. Las normas del derecho de superficie serán aplicadas al derecho de propiedad en todo cuanto no se oponga a su naturaleza.*" (Disponível em: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>. Acesso em: 06 ago. 2007).

Há neste país regulamentação separada do direito de construir e da propriedade superficiária. Sobre o direito de construir, estabelece o artigo 201 que o proprietário de um terreno pode, por meio de contrato (oneroso ou gratuito) ou por testamento, conceder a outrem o direito de construir hipótese na qual será este proprietário do implantado. Este direito é qualificado como um direito real imobiliário, nos termos do artigo 201, II.

Impõe-se prazo para que o superficiário realize a construção, sendo este prazo, caso não tenha sido acordado pelas partes, de cinco anos. Ao termo do tempo estabelecido, extingue-se o direito de construir, sem que haja qualquer obrigação para o concedente, que recupera a plenitude de seu direito de propriedade (artigo 202).

Por sua vez, a propriedade superficiária, ou o direito de superfície, está relacionado tanto a ter como própria a coisa edificada em terreno alheio, quanto adquiri-lo por legado ou transferência de uma construção já existente. O direito de superfície é também considerado um direito real.

O prazo máximo para o direito de superfície é de trinta anos.

É possível que o direito se estenda sobre outras partes do solo que impliquem vantagem ao uso e gozo da construção, exceto se o título constitutivo dispuser de modo contrário.

A destruição não é arrolada como causa de extinção do direito de superfície, sendo permitida a reconstrução.

Ao fim do prazo estipulado o proprietário do solo recupera seu domínio pleno, devendo pagar ao superficiário uma indenização.

3.14 Peru

No Código Civil Peruano de 14 de novembro de 1984 o direito de superfície é tratado nos artigos 1.030 a 1.034.[171]

Destaca a doutrina que a tendência é se considerar existentes dois direitos de propriedade diferentes[172]. Esse entendimento seria corroborado pelo disposto no artigo 955 do mesmo Código que admite a existência de um proprietário para o solo e outros para o subsolo e para o sobresolo.[173]

Fixa-se como prazo máximo para o direito de superfície noventa e nove anos. Ao final deste prazo, o proprietário do solo adquire a propriedade da construção, devendo indenizar seu valor ao superficiário, salvo se houver acordo em sentido contrário (artigo 1.030).

Pode ser constituído por ato entre vivos ou por testamento, sendo transmissível, salvo vedação expressa (artigo 1031). Tal como previsto no direito boliviano é possível que o direito de superfície recaia sobre parte do terreno não necessária à construção, desde que esta parte ofereça vantagem ao aproveitamento da construção (artigo 1.032).

---

[171] "*TITULO V – Superficie. Artículo 1030.- Superficie: Noción y plazo. Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventinueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto. Artículo 1031 - Constitución o transmisibilidad. El derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. Este derecho es trasmisible, salvo prohibición expresa. Artículo 1032 - Extensión del derecho de superficie. El derecho de superficie puede extenderse al aprovechamiento de una parte del suelo, no necesaria para la construcción, si dicha parte ofrece ventaja para su mejor utilización. Artículo 1033 – Pervivencia. El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido. Artículo 1034 - Extinción del derecho de superficie. La extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos concedidos por el superficiario en favor de tercero*" (Disponível em: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/codciv.htm>. Acesso em: 06 ago. 2007).

[172] Conforme Ricardo J. Panaño, Cláudio M. Kipper, Gregório A. Dillon e Jorge R. Causse, (*Derechos reales*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004, v. 2, p. 275).

[173] "*Artículo 955 - Propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.(*) (*) Rectificado por Fe de Erratas publicado el 24-07-84"* (Disponível em: <http:// www.cajpe.org.pe/ rij/bases/legisla/peru/codciv.htm>. Acesso em: 09 ago. 2007).

Não é arrolada como causa de extinção do direto de superfície a destruição do que foi construído (artigo 1.034).

3.15 Macau

Entreposto comercial de Portugal na Ásia desde 1557, tornada província ultramarina deste país em 1951, Macau foi transferido à China, pacificamente, em 19 de dezembro de 1999. Atualmente é uma Região Administrativa Especial com autonomia parcial, salvo nos assuntos relacionados à defesa e à política externa. Seu Código Civil regulou o direito de superfície nos artigos 1.417º a 1433º.[174]

Da mesma forma que a codificação lusa, deve se destacar que a possibilidade quanto ao cabimento da hipoteca sobre o direito de superfície se encontra na parte em que a referida garantia real é regulada (artigo 684°[175]).

Como se verifica, a semelhança com a regulamentação constante do Código Civil português é evidente. Razão pela qual às considerações tecidas sobre o direto português (Código Civil de 1968), aplicando-se – em praticamente tudo – as idéias da doutrina lusitana e nos comentários sobre o direito de superfície em Portugal.

De toda sorte, para facilitar a visualização da grande quantidade de convergências e do pouco espaço de dissidência, confira-se o quadro comparativo ente as codificações civis de Portugal e Macau:

---

[174] Os dispositivos estão adiante trazidos em grade de comparação com os dispositivos do Código Civil luso.

[175] "*Artigo 684° (objecto). 1- Só podem ser hipotecados: (...) O direito de superfície (...)*".

PORTUGAL	MACAU[176]
Artigo 1524º (Noção) O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações.	Artigo 1417º (Noção) O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio.
Artigo 1525º (Objecto) 1. Tendo por objecto a construção de uma obra, o direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra. 2. O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra sob solo alheio.”	Artigo 1418º (Objecto) 1. O direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à implantação da construção, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra. 2. O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra quer no solo quer no subsolo.
Artigo 1526º (Direito de construir sobre edifício alheio) O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condómino das partes referidas no artigo 1421º.	Artigo 1420º (Direito de construir sobre edifício alheio) O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito, com as necessárias adaptações, ao disposto no artigo anterior, e, em geral, às disposições deste título. Artigo 1419º (Construção de obra em propriedade horizontal) 1. O direito de superfície pode ter por objecto a construção de edifício ou conjunto de edifícios em regime de propriedade horizontal, contanto que se preencham as condições próprias para a constituição deste direito. 2. Neste caso, o direito de superfície tem de ser constituído com carácter perpétuo e não pode ser sujeito à estipulação prevista no n. 2 do artigo 1427º. 3. Efectuada a construção, aplica-se às relações entre os condóminos e entre estes e terceiros o regime da propriedade horizontal, sendo, no entanto, nas relações entre condóminos e proprietário do solo aplicável o

[176] Os artigos do Código Civil de Macau, que seguem abaixo, estão disponíveis em: <http://www.imprensa.macau.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/codciv1401.asp#l3t4>. Acesso em: 07 ago. 2007).

	regime do direito de superfície, com as especificidades constantes do número anterior. 4. Sendo devida uma prestação anual ao dono do solo, compete à administração do condomínio cobrar de cada condómino a parte correspondente à sua fracção autónoma e proceder ao seu pagamento.
Artigo 1527º (Direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas) O direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas em terrenos do seu domínio privado fica sujeito a legislação especial e, subsidiariamente, às disposições deste código.	
Artigo 1528º (Princípio geral) O direito de superfície pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapião, e pode resultar da alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo.	Artigo 1421º (Princípio geral) O direito de superfície pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapião, e pode resultar da alienação de obra já existente, separadamente da propriedade do solo.
Artigo 1529º (Servidões) 1. A constituição do direito de superfície importa a constituição das servidões necessárias ao uso e fruição da obra ou das árvores; se no título não forem designados o local e as demais condições de exercício das servidões, serão fixados, na falta de acordo, pelo tribunal. 2. A constituição coerciva da servidão de passagem sobre prédio de terceiro só é possível se, à data da constituição do direito de superfície, já era encravado o prédio sobre que este direito recaía.	Artigo 1422º (Servidões) 1. A constituição do direito de superfície importa a constituição das servidões necessárias ao uso e fruição da obra; se no título não forem designados o local e as demais condições de exercício das servidões, serão fixados, na falta de acordo, pelo tribunal. 2. A constituição coerciva da servidão de passagem sobre prédio de terceiro só é possível se, à data da constituição do direito de superfície, já era encravado o prédio sobre que este direito recaía.
Artigo 1530º (Preço) 1. No acto de constituição do direito de superfície, pode convencionar-se, a título de preço, que o superficiário pague uma única prestação ou pague certa prestação anual, perpétua ou temporária.	Artigo 1423º (Preço) 1. No acto de constituição do direito de superfície pode convencionar-se, a título de preço, que o superficiário pague uma única prestação ou pague certa prestação anual, perpétua ou temporária.

2. O pagamento temporário de uma prestação anual é compatível com a constituição perpétua do direito de superfície. 3. As prestações são sempre em dinheiro.	2. O pagamento temporário de uma prestação anual é compatível com a constituição perpétua do direito de superfície. 3. As prestações são sempre em dinheiro.
Artigo 1531º (Pagamento das prestações anuais) 1. Ao pagamento das prestações anuais é aplicável o disposto nos artigos 1505º e 1506º, com as necessárias adaptações. 2. Havendo mora no cumprimento, o proprietário do solo tem o direito de exigir o triplo das prestações em dívida.	Artigo 1424º (Pagamento das prestações anuais) 1. Ao pagamento das prestações anuais é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.os 1 a 4 do artigo 1379º. 2. Sendo dois ou mais os superficiários, exceptuados os casos referidos nos artigos 1419º e 1420º, ou sendo dois ou mais os proprietários do solo, é aplicável ao pagamento da prestação anual o regime das obrigações solidárias, enquanto durar a comunhão.
Artigo 1532º (Fruição do solo antes do início da obra) Enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação das árvores, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantação.	Artigo 1425º (Fruição do prédio) 1. Enquanto não se iniciar a construção da obra, o uso e fruição de todo o prédio pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção. 2. Mesmo após a construção, o uso e fruição do subsolo ou do solo pertencem ao proprietário, consoante o direito de superfície haja sido constituído para construção no solo ou no subsolo; o proprietário é, porém, responsável pelos prejuízos causados ao superficiário em consequência da exploração que fizer.
Artigo 1533º (Fruição do subsolo) O uso e a fruição do subsolo pertencem ao proprietário; este é, porém, responsável pelo prejuízo causado ao superficiário em consequência da exploração que dele fizer.	
Artigo 1534º (Transmissibilidade dos direitos) O direito de superfície e o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte.	Artigo 1426º (Transmissibilidade dos direitos) O direito de superfície e o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte.

Artigo 1535º (Direito de preferência) O proprietário do solo goza do direito de preferência, em último lugar, na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície; sendo, porém, enfitêutico o prédio incorporado no solo, prevalece o direito de preferência do proprietário. 2. É aplicável ao direito de preferência o disposto nos artigos 416.º a 418.º e 1410.º	
Artigo 1536º (Casos de extinção) 1. O direito de superfície extingue-se: a) Se o superficiário não concluir a obra ou não fizer a plantação dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação, dentro do prazo de dez anos; b) Se, destruída a obra ou as árvores, o superficiário não reconstruir a obra ou não renovar a plantação, dentro dos mesmos prazos a contar da destruição; c) Pelo decurso do prazo, sendo constituído por certo tempo; d) Pela reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade; e) Pelo desaparecimento ou inutilização do solo; f) Pela expropriação por utilidade pública. 2. No título constitutivo pode também estipular-se a extinção do direito de superfície em consequência da destruição da obra ou das árvores, ou da verificação de qualquer condição resolutiva. 3. À extinção do direito de superfície, nos casos previstos nas alíneas a) e b) do n. 1, são aplicáveis as regras da prescrição.	Artigo 1427º (Casos de extinção) 1. O direito de superfície extingue-se: a) Se o superficiário não concluir a obra dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação, dentro do prazo de 7 anos; b) Se, destruída a obra, o superficiário não reconstruir a obra, dentro dos mesmos prazos a contar da destruição; c) Pelo decurso do prazo, sendo constituído por certo tempo; d) Pela reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade; e) Pela aquisição, por usucapião, da liberdade do prédio; f) Pelo desaparecimento ou inutilização do solo; ou g) Pela expropriação por utilidade pública. 2. No título constitutivo pode também estipular-se a extinção do direito de superfície em consequência da destruição da obra, ou da verificação de qualquer condição resolutiva. 3. À extinção do direito de superfície nos casos previstos nas alíneas a) e b) do n. 1 são aplicáveis as regras da prescrição. 4. À extinção do direito de superfície no caso previsto na alínea e) do n. 1 é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 1405º.
Artigo 1537º (Falta de pagamento das prestações anuais) 1. A falta de pagamento das prestações	Artigo 1428º (Falta de pagamento das prestações anuais) 1. A falta de pagamento das prestações anuais

anuais durante vinte anos extingue a obrigação de as pagar, mas o superficiário não adquire a propriedade do solo, salvo se houver usucapião em seu benefício. 2. À extinção da obrigação de pagamento das prestações são aplicáveis as regras da prescrição.	durante 15 anos extingue a obrigação de as pagar, mas o superficiário não adquire a propriedade do solo, salvo se houver usucapião em seu benefício. 2. À extinção da obrigação de pagamento das prestações são aplicáveis as regras da prescrição.
Artigo 1538º (Extinção pelo decurso do prazo) 1. Sendo o direito de superfície constituído por certo tempo, o proprietário do solo, logo que expire o prazo, adquire a propriedade da obra ou das árvores. 2. Salvo estipulação em contrário, o superficiário tem, nesse caso, direito a uma indemnização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa. 3. Não havendo lugar à indemnização, o superficiário responde pelas deteriorações da obra ou das plantações, quando haja culpa da sua parte.	Artigo 1429º (Extinção pelo decurso do prazo) 1. Sendo o direito de superfície constituído por certo tempo, o proprietário do solo, logo que expire o prazo, adquire a propriedade da obra. 2. Salvo estipulação em contrário, o superficiário tem, nesse caso, direito a uma indemnização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa. 3. O superficiário responde pelas deteriorações que haja causado dolosamente na obra e, não havendo lugar a qualquer indemnização pela restituição da obra, igualmente pelas que haja causado culposamente.
Artigo 1539º (Extinção de direitos reais constituídos sobre o direito de superfície) 1. A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro. 2. Se, porém, o superficiário tiver a receber alguma indemnização nos termos do artigo anterior, aqueles direitos transferem-se para a indemnização, conforme o disposto nos lugares respectivos.	Artigo 1430º (Extinção de direitos reais constituídos sobre o direito de superfície) 1. A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro. 2. Se, porém, o superficiário tiver a receber alguma indemnização nos termos do artigo anterior, aqueles direitos transferem-se para a indemnização, conforme o disposto nos lugares respectivos.
Artigo 1540º (Direitos reais constituídos pelo proprietário) Os direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo estendem-se à obra e às árvores adquiridas nos termos do artigo 1538º.	Artigo 1431º (Direitos reais constituídos pelo proprietário) Os direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo estendem-se à obra adquirida nos termos do artigo 1429º.
Artigo 1541º (Permanência dos direitos reais) Extinguindo-se o direito de superfície	Artigo 1432º (Permanência dos direitos reais) Extinguindo-se o direito de superfície

perpétuo, ou o temporário antes do decurso do prazo, os direitos reais constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuam a onerar separadamente as duas parcelas, como se não tivesse havido extinção, sem prejuízo da aplicação das disposições dos artigos anteriores logo que o prazo decorra.	perpétuo, ou o temporário antes do decurso do prazo, os direitos reais constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuam a onerar separadamente as duas parcelas, como se não tivesse havido extinção, sem prejuízo da aplicação das disposições dos artigos anteriores logo que o prazo decorra.
Artigo 1542º (Extinção por expropriação) Extinguindo-se o direito de superfície em consequência de expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao valor do respectivo direito.	Artigo 1433º (Extinção por expropriação) Extinguindo-se o direito de superfície em consequência de expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao valor do respectivo direito.

Da análise em confronto, vale ressaltar que a diferença mais relevante, ao nosso sentir, está no fato de que o Código Civil de Macau prevê que direito de superfície somente atinge as construções (construir ou manter uma obra em terreno alheio), não havendo previsão sobre plantações (artigo 1.417º), ao contrário do disposto no artigo 1.524º da codificação portuguesa.

Merece nota também, de outra banda, a divergência nos prazos para a extinção do direito de superfície em decorrência da não realização da obra, pois este é de sete anos em Macau [artigo 1.427º, 1, a)] e a mesma situação possui o prazo de dez anos Código Civil de Portugal [(artigo 1.536º, 1, a)]. Ademais, o artigo 1.427º, 1, e) da codificação de Macau prevê extinção do direito de superfície pela aquisição, por usucapião, da liberdade do prédio, situação não contemplada de forma expressa no artigo paradigma no Código Civil de Portugal (artigo 1.536º).

Note-se, ainda, que a sobrelevação possui regulação mais longa no diploma de Macau, constando em dois dispositivos (artigos 1.419º e

1.420º), ao passo que o Código Civil de Portugal somente trata da questão no seu artigo 1.526º.

3.16 Japão

A regulamentação do direito de superfície no Japão encontra-se em seu Código Civil, nos artigos 265 a 269.[177]

Diana Coelho Barbosa, informa que a regulamentação do Código Civil japonês é basicamente igual à regulamentação sul-coreana. Conforme a mesma autora, quando o direito de superfície for constituído de forma

[177] "*TÍTULO IV: DEL DERECHO DE SUPERFICIE. Artículo 265. Contenido del derecho de superficie: El superficiario tiene la facultad de aprovechar el suelo ajeno apropiándose de las obras construidas y de los árboles o bambúes plantados. Artículo 266. Obligación de pagar la renta: 1. Cuando el superficiario deba pagar periódicamente una renta al propietario del terreno, se aplicarán con las debidas modificaciones las disposiciones de los artículos 274 a 276. 2. Con respecto a la renta, se aplicarán además con las debidas con las debidas modificaciones las disposiciones de este Código en materia de arrendamientos. Artículo 267. Remisión a las relaciones de vecindad: Las disposiciones comprendidas entre los artículos 209 a 238 se aplicarán con las debidas modificaciones tanto a las relaciones entre superficiarios como a las relaciones entre el propietario del terreno y el superficiario. La presunción del artículo 229 sólo se aplicará con las debidas modificaciones respecto de lo construido después de la constitución del derecho de superficie. Artículo 268. Duración del derecho de superficie: 1. Si la duración del derecho de superficie no ha sido determinada en el título de constitución y tampoco existe costumbre al respecto, el superficiario podrá renunciar a su derecho en cualquier momento. No obstante, si estuviere obligado a pagar una renta, deberá ponerlo en conocimiento del propietario del terreno, con al menos un año de antelación, o pagar la renta correspondiente a un año. 2. Si el superficiario no renuncia a su derecho de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior, el Tribunal determinará, a instancia de parte, la duración del derecho, que no podrá ser ni inferior a veinte años ni superior a cincuenta. La duración se determinará teniendo en cuenta la naturaleza y el estado de la construcción, de los bambúes o de árboles así como otras circunstancias relevantes en el momento de constitución del derecho. Artículo 269. Derecho de quita y compra: 1. Al término de su derecho de superficie, el superficiario podrá restablecer el suelo a su situación originaria removiendo o trasladando las construcciones, los árboles o los bambúes. Pero si el propietario del terreno manifiesta su voluntad de adquirir lo edificado o plantado al precio actual de los bienes en el mercado, el superficiario no podrá oponerse sin justa causa. 2. Si existe costumbre contraria a lo dispuesto en el párrafo anterior, se estará a lo que ésta disponga. Artículo 269-2 (Añadido por Ley 93/1966, de 30 de junio) 1. El subsuelo y el vuelo, cuando así lo requiera lo que vaya a constituirse, podrán ser objeto del derecho de superficie, siempre que se determine su alcance. En este caso, el aprovechamiento del fundo quedará limitado por el título de constitución del derecho de superficie. 2. Aunque se haya cedido el uso y el disfrute del terreno, se podrá constituir un derecho de superficie conforme al párrafo anterior con el consentimiento de los titulares de este derecho similar. En este caso, los titulares de los derechos de uso y disfrute no podrán impedir el ejercicio del derecho de superficie*" (CÓDIGO Civil Japonês. Tradución y notas por Rafael Domingo; Nobuo Hayashi. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 120-122).

onerosa, aplicar-se-ão alguns dispositivos referentes à enfiteuse (artigo 266).[178]

Nos termos do artigo 268, vê-se que no caso de a concessão ter sido estipulada sem previsão de prazo, e se tampouco houver costume a respeito, pode o superficiário renunciar a seu direito em qualquer momento, devendo, no caso de a concessão ser onerosa, o superficiário notificar o proprietário com antecedência de um ano.

Ao fim da concessão, o superficiário deverá restituir o terreno em sua condição original. Entretanto, se o proprietário do terreno manifestar interesse em adquirir o edificado ou o plantado ao preço de mercado, o superficiário não poderá se opor sem justa causa (artigo 269).

3.17 República da Coréia

O Código Civil da República da Coréia (Lei 471, de 22 de fevereiro de 1958) regula o direito de superfície nos artigos 279 a 290.

Segundo Diana Coelho Barbosa: “O conteúdo do direito vem definido no artigo 279; estatui esse dispositivo, que ‘ao superficiário é concedido o direito de utilizar terreno de outra pessoa com o propósito de, sobre ele, possuir edifícios, estruturas ou árvores’. A duração da superfície não pode ser pactuada por período inferior a: 30 anos, caso recaía sobre construções feitas de pedra, cal, tijolos ou outro material resistente, ou sobre árvores (artigo 280, 1.1); 15 anos, se recair sobre construções feitas com outros materiais que não os anteriormente especificados (artigo 280, 1.2) e 5 anos, se tiver como objeto outras estruturas que não edifícios

[178] Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfíicie à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 58).

(artigo 280, 1.3). Ao término da superfície, o superficiário deve restituir o terreno à condição original, removendo as construções, outras estruturas ou árvores (artigo 285, 1). Entretanto, se o proprietário do terreno fizer uma proposta para aquisição das obras ou árvores por preço razoável, o superficiário não poderá recusá-la sem um motivo justificável (artigo 285, 2)".[179]

3.18 China

No direito chinês, a superfície é regulada pelo Código Civil de 1929, em vigor desde 5 de maio de 1930. As disposições dos artigos 832 a 841 estão contidas no Livro III, regulador dos direitos reais.[180]

---

[179] Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfíicie à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 57).

[180] José Guilherme Braga Teixeira nos fornece a redação dos referidos artigos: *"Chapitre troisième – De la superficie. Art. 832. On appelle superficie le droit de se servir du fonds d'autrui pour y être propriétáire de constructions ou autres ouvrages, ou de bambous, ou d'arbres. Art. 833. Les dispositions des articles 774 à 798 reçoivent aplication correspondante entre superficiaires, et entre superficiaires et propriétaires du fonds. Art. 834. Si la durée de la superficie n'a pas été fixée, le superficiaire peut renoncer à tout moment à son droit, à moins qu'il n'existe une coutume différente. La renonciation prévue au paragraphe précédent s'opère par une déclaration de volonté (adressée) au proprietáire du fonds. Art. 835. Si le loyer de la superficie a été convenu, le superficiaire que renonce à son droit doit donner un an de préavis au propriétaire du fonds, ou payer un an de loyer no échu. Art. 836. Lorsque le superficiaire ne paie pas le loyer, et que les arriérés acumulés représentent le loyer total de deux années, le propriétaire du fonds a le droit de dénoncer la superficie, à moins qu'il n'existe une coutume diferente. La dénonciation prévue au paragraphe precedente s'opère par une déclaration de volonté (addressée) au superficiaire. Art. 837. Le superficiaire ne peut pas demander la remise ou la reduction du loyer, même s'il est empêché par force majeure de faire usage du fonds. Art. 838. Le superficiaire peut transférer ses droit à un tiers a moins qu'il n'ne soit disposé autrement par contrat ou qu'il n'existe une coutume différente. Art. 839. À l'extinction de la superficie, le superficiaire peut enlever ses ouvrages, bambous ou arbres, pourvru qu'il rétablisse le fonds dans son état antérieur. Dans le cas prévu au paragraphe précédent, si le propriétaire veut acheter les dits ouvrages, bambous ou arbres à leur prix courant, le superficiaire ne peut pas refuser (de vendre). Art. 840. Lorsque l'ourvrage du superficiaire est une construction et que la superficie s'éteint par expiration de sa durée, le propriétaire du fonds doit rembourser au superficiaire la valeur courante de la construction. Mais s'il en est autrement disposé par contrat, on applique cette disposition. Avant l'expiration de la durée de la superficie, le proprietáire du fonds peut demander au superficiaire de prolonger la durée de la superficie pour tout lê temps où l'on peut faire usage de la construction. Si le superficiaire refuse, il ne peut plus demanderr le remboursement prévu au paragraphe précédent. Art. 841. La superficie ne s'éteint pas par la perte des constructions, bambous ou arbres*" (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 31-32).

4 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO BRASIL

O escorço histórico do direito de superfície no Brasil acaba por demonstrar que há alguma sintonia com a evolução da idéia de função social da propriedade, ratificando a idéia de vários autores de que a figura jurídica em estudo é uma das manifestações da diretriz social abrigada no ventre do Código Civil, recebendo direta radiação da Constituição Federal 1988.

Por tal passo, cremos ser interessante apresentar a síntese progressiva do direito de superfície no Brasil para, somente depois, em seqüência, traçar também algumas linhas sobre o gradual desenvolvimento da concepção de função social da propriedade que, como é curial, adveio das Cartas Magnas de nossa nação, passando antes por uma célere análise da estrutura no nosso atual Código Civil.

4.1 O direito de superfície no Brasil: do descobrimento ao Código Civil de 2002

Até chegarmos ao contemporâneo mapa legal do direito de superfície, o instituto passou por diversas fases, chegando a ser banido do sistema jurídico nacional.

4.1.1 Ordenações

Em razão da dependência do Brasil em relação a Portugal, logo após o descobrimento, aplicaram-se aqui, em nossa terra, as leis lusitanas,

conferindo-se, sem prejuízo destas, poderes afins ao de legislador para os donatários das capitanias hereditárias, em seus respectivos limites.[181-182]

Com o insucesso das capitanias hereditárias, o direito luso ocupou alta plataforma, passando a nortear as relações jurídicas do *Brasil Colônia*, e posteriormente, o *Brasil Reino*, destacando-se, no sentido, as Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas).[183-184-185]

---

[181] Como bem lembra Cláudio Valentim Cristiani: "(...) cada donatário possuía, analogicamente, poderes assemelhados aos senhores feudais, pois, além do papel de administrador, competia-lhe, também, o papel de legislador e juiz" (O direito no Brasil colonial. In: Wolkmer, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos e história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 337).

[182] Por tal passo Paulo Roberto Benasse lembra que nesta fase vestibular criou-se ambiente não totalmente uniforme ao ordenamento luso, alcançando questões, inclusive, próximas ao direito de superfície. Segundo o autor citado: "No Brasil, nos tempos de colônia, aplicava-se o direito português existente, mais aqueles editados nas respectivas capitanias hereditárias. Como exemplo e vê do regimento de Tomé de Souza, onde se aplicava o *foral* português, com a cobrança de *foro*, e visava conceder a terra por tempo determinado, para fins de povoação da Bahia, bem como em Lei de Don Eduarte, sob o título XXXV, das Ordenações Alfonsinas, Livro II, dado em Cintra, aos 19 de julho de 1436, referindo-se à Vila de Santarém, determinava a cobrança de *jugada*, além do *oitavo* (do que fosse produzido, a título de tributo), uma espécie de tributo pela ocupação da terra, se não lhe fosse pago foro estipulado pelo foral, direito superficiário, dado a terra jugadeira, que dele tivesse sido escusado por decisão dos Desembargadores da época, por serem Cavalheiros, cujo privilégio, assim, ficaria suspenso, por ser a *jugada* decorrente da posse e o oitavo da produção sobre a área possuída" (*O direito de superfície e o novo Código civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 33-35).

[183] Ratificando nossa fala, Cláudio Valentim Cristiani apontou que "o sistema de capitanias hereditárias não logrou êxito esperado por Portugal. Por tal razão houve centralização administrativa da Colônia, ao se nomear um governador-geral. Assim, o poder local dos donatários foi excluído e tomaram força as ordenações do reino, ordenações essas que correspondiam a grandes compilações de leis gerais existentes" (O direito no Brasil colonial. In: Wolkmer, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos e história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 337). Igualmente: Antonio Carlos Wolkmer (*História do Direito no Brasil.* 3ª. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 47-48).

[184] As Ordenações do Reino: Afonsinas (Afonso V, menor), Manuelinas (Manuel I) e Filipinas (Felipe II de Espanha e Felipe I de Portugal), compõem-se de cinco livros, tendo uma divisão de matérias, podendo se apontar, grosso modo, a seguinte divisão: Livro I – administrativo; Livro II – rei e canônico; Livro III – processo civil; Livro IV – civil (e comercial); Livro V – penal e processo penal. Há, certamente, algumas variações nas estruturas em relação das duas primeiras em confronto com as Ordenações Filipinas, como bem lembrado por Alexandre Augusto de Castro Corrêa (História do direito nacional desde a antiguidade até o Código Civil de 1916. In: Bittar, Eduardo Carlos Bianca (Org.). *História do direito Brasileiro*: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 82-83), contudo o Direito Civil é encontrado sempre no Livro IV em quaisquer das Ordenações do Reino. Com divisão próxima à lançada, confira-se: Walter Vieira do Nascimento (*Lições de história do direito.* 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 193).

[185] Com boa síntese do sistema legal aplicado no *'Brasil Colônia'* e no *'Brasil Reino'*, confira-se: Walter Vieira do Nascimento (*Lições de história do direito*, 15. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 199-210).

Fazendo breve sinopse quanto à vigência das Ordenações do Reino no Brasil, tem-se que as Ordenações Afonsinas – datadas de 1446 – foram aplicadas até 1521, enquanto as Ordenações Manuelinas tiveram seu período de vigência entre 1521 e 1603 e, por derradeiro, as Ordenações Filipinas conseguiram se manter de 1603 até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, em pleno século XX, pois, a Consolidação das Leis Civis orquestrada por Teixeira de Freitas aproveitou, em parte, esse último diploma.[186]

4.1.1.1 Ordenações Afonsinas

A legislação civil portuguesa não possui matriz única, tendo raízes no direito canônico, germânico, com fortíssima influência do direito romano[187]. As Ordenações Afonsinas não se distanciam deste quadro, pois além de agasalharem concepções nacionais, marcadas pelos costumes e ideários do povo luso, o direito romano tinha projeção subsidiária para diversas questões.[188]

---

[186] É interessante notar que, apesar das Ordenações Filipinas tenham sido aplicadas, ao menos em parte, no Brasil até o Código Civil de 1916, em Portugal tiveram duração mais limitada, findando-se sua vigência quando o anteprojeto do Visconde de Seabra em 1867 foi transformado no Código Civil luso, e, por conseguinte, ocupar o espaço antes preenchido pelas Ordenações Filipinas.

[187] Sobre a evolução histórica do direito luso, vale conferir obra de Mário Julio de Almeida Costa (*História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002).

[188] Ainda que passíveis de críticas diversas, as Ordenações Afonsinas tiveram importante papel de saneamento legislativo em Portugal, pois, em vários momentos, notava-se o confronto em alguns diplomas. Com esta motivação principal, a *compilação* levada a efeito – por ordem de D. João I –, redundando nas Ordenações Afonsinas, criou ambiente mais seguro que o quadro legal anterior. No sentido, colhe-se lição de Luiz Carlos de Azevedo (*Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 190-204), ao afirmar também que as Ordenações Afonsinas serviram "de apoio para as ordenações seguintes e para a consolidação do direito lusitano, o qual o acompanhou, em suas linhas gerais, aquele adotado em grande número de nações do continente europeu, a partir do século XII" (Ibidem, p. 204). Mário Julio de Almeida Costa, por sua vez, indo mais além, entende que as Ordenações Afonsinas "representam o suporte de evolução subseqüente do direito português. (...) as Ordenações posteriores, cabem dizer, pouco mais fizeram do que, em momentos sucessivos, actualizar a colectânea afonsina" (*História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 278-279).

Com tal visão, os pesquisadores têm afirmado que em tal ciclo legal, o direito de superfície não possuía uma autonomia como instituto, sendo tratado, de forma anexa, a outras figuras (enfiteuse e arrendamento), raciocínio este que parece correto a partir do que pode ser aferido em alguns momentos do diploma, como é o caso do Livro IV, Títulos LXXIV (Em que casos poderá o Senhor da casa lançar fora della o alugador, durante o tempo do aluguer) e LXXVIX (Do foreiro, que vedeo o foro per autoridade do Senhorio, ou sem seu outorgamento).[189-190]

Assim, não há nas Ordenações Afonsinas nítida configuração do direito de superfície como espécie autônoma, sendo envolvido e absorvido por outros institutos mais tradicionais (enfiteuse e arredamento).[191]

---

[189] Redação segundo Ordenações Afonsinas reprodução fac-simile da edição feita na Real Imprensa da universidade de Coimbra, no ano de 1992. 2. edição. Livro IV. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1999, p. 261 e 276, respectivamente. Registre-se que, na versão citada, há a repetição do Título LXXIII, sendo este empregado, ao que parece, por equívoco, também no Título LXXIV, transcrito, conforme p. 258-264, ocorrendo situação próxima no que tange ao Título LXXVIII, suprimindo-se o Título LXXIX, consoante p. 273-278.

[190] Frederico Henrique Viegas de Lima dá amparo a nossa fala, ao consignar que: "As Ordenações Afonsinas, assim como o direito civil de todas as Ordenações, contém dois elementos principais. Um é a legislação nacional, concebida a partir de idéias, opiniões e costumes da população e outro, é o direito romano, considerado como direito comum, que era aplicado subsidiariamente. Como direito subsidiário, destinado a preencher lacunas do direito privado, que não eram poucas, eram utilizadas as glosas de ACÚRIO E BARTOLO, e também as *Siete Partidas*, das quais as Ordenações eram uma transcrição quase fiel. Ao ter como fonte mais próxima as *Siete Partidas*, nas Ordenações Afonsinas, não encontramos uma autonomia do direito de superfície, como direito definido e caracterizado, estando este, á semelhança das *Partidas*, absorvido entre outros regulamentos da enfiteuse e do arrendamento" (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 58-59). Mais adiante o mesmo autor, faz ótima abordagem nos exemplos acima postos (Livro IV, Títulos LXXIV e LXXIX), indicando ser a primeira situação "um caso de arrendamento a longo prazo, onde vigora o princípio *emptio não tollit locatum*, porque o arrendamento é contratado por mais de dez anos" (Ibidem, p. 59), sendo a segunda hipótese "censo enfitêutico, constituído para toda a vida, no qual se dá ao enfiteuta a faculdade de alienar seu direito ao domínio útil. Porém, sempre para isto ofereça o imóvel ao senhorio do domínio direto, que tem direito de aquisição preferente, pelo mesmo valor oferecido a uma outra pessoa" (Ibidem, p. 60).

[191] Novamente, a pesquisa Frederico Henrique Viegas Lima nos socorre, trazendo o jurista a explicação histórica: "Nas Ordenações Afonsinas, em virtude da grande influência recebida do direito romano dos glosadores, desconhecia-se o direito de superfície. Este se encontra assimilado pela enfiteuse e pelos arrendamentos, não tendo uma autonomia própria" (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 60).

4.1.1.2 Ordenações Manuelinas

As Ordenações Manuelinas, em razão da grande recepção das diretrizes das Ordenações Afonsinas[192], não avança em relação ao direito de superfície a ponto de tecer regramentos próprios[193], passíveis de fomentar o seu estudo de forma independente às figuras da enfiteuse e do arrendamento.[194-195]

4.1.1.3 Ordenações Filipinas

Em razão das poucas mudanças ocorridas nas Ordenações Manuelinas em relação às antecessoras, fluindo na vigência de ambas bom período temporal, houve quantitativa edição de leis especiais e extravagantes à margem daquelas, o que justificou que Felipe II da Espanha (também Felipe I de Portugal, desde 1580) determinasse a

---

[192] Alexandre Augusto de Castro Corrêa chega a afirmar sobre as Ordenações Manuelinas que: "A não ser pelo título e na disposição de certas matérias, elas em nada diferem das Afonsinas" (História do direito nacional desde a antiguidade até o Código Civil de 1916. In: Bittar, Eduardo Carlos Bianca (Org.). *História do direito Brasileiro*: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 83). Arthur Viermond de Lacerda, sem discrepar, com olhos nas mudanças introduzidas pelas Ordenações Manuelinas, afirma que: "Conserva sua estrutura a dos livros afonsinos, oferecendo parcas embora assinaláveis diferenças, quais a supressão dos preceitos relativos aos judeus e mouros, expulsos em 1496; a atribuição de efeito vinculante á exegese da casa da Suplicação e ainda a exclusão das regras pertinentes à fazenda que passaram a constituir uma coleção legislativa autônoma. Sob o aspecto formal, inova ao preceituar sistematicamente em estilo decretório, como se cuidassem de leis novas". (*História breve das codificações jurídicas*. Curitiba: Juruá, 1997, p 49). Concordando acerca do perfil formal implementado pelas Ordenações Manuelinas, confira-se: Mário Julio de Almeida Costa (*História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 284).

[193] Em exemplo, o disposto no Livro IV, Títulos LXXIV e LXXIX, das Ordenações Afonsinas possui previsão – ainda que com alguma variação - nas Ordenações Manuelinas no Livro IV, Títulos LVIII e LXIV, respectivamente.

[194] No sentido, Frederico Henrique Viegas Lima cita que os novos preceitos implementados nas Ordenações Manuelinas acabam por ter clara influência dos glosadores, citando o Livro IV, Título LXI, a regra de que o arrendatário não terá que satisfazer o pagamento da renda se o imóvel for destruído nas situações ali previstas. Como bem observa o autor; "este título não existia nas Ordenações Afonsivas, incorporado, presumivelmente, a parir das glosas romanas, e à semelhança das *siete Partidas*. Na *Partida* 5,5,14, GREGORIO LOPES fazia esta mesma previsão sobre pagamento de renda" (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61).

[195] As principais alterações no Livro IV das Ordenações, mantida a regulação do Direito Civil em tal compartimento, estão ligadas aos contratos e as sucessões, conforme Luiz Carlos de Azevedo (*Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 212-213).

revisão das ordenações, labuta esta ocorrida entre 1593 e 1595, com aprovação em 1595 e vigência a partir de 1603, ou seja, em período em que Portugal ainda se encontrava sob dominação da Espanha.

No que tange ao direito de superfície, não se verifica a inclusão de Título novo no Livro IV capaz de alterar substancialmente o núcleo do instituto, optando-se inserção de normas com intimidade à enfiteuse e o arrendamento.[196]

4.1.2 Lei de 9 de julho de 1773

Diante da submissão que recebíamos do direito luso, no Brasil se estendeu a aplicação da Lei de 9 de julho de 1773[197] que – segundo referência doutrinária – contemplava o direito de superfície nos parágrafos 11, 17 e 26.[198]

---

[196] Frederico Henrique Viegas Lima, com mira nas Ordenações Filipinas indica, citando alguns exemplos do Livro IV das Ordenações Filipinas (como é o caso dos Títulos XXXVI, XXXVIII) reconhecem "apenas e enfiteuse e os censos como forma de domínio dividido, sem considerar as outras formas de concessão a longo prazo" (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 62-65, p. 65). Entretanto, o atento autor indica que nas "Ord. Fil. Liv. 4., título 43 aparece a definição de Sesmarias (...) pelas Sesmarias, a coroa obrigava a quem tivesse alguma terra já explorada em algum tempo a que volta-se a cultivá-la ou realizasse uma concessão para deixar que a outra pessoa fizesse o cultivo". E continua, fazendo interessante observação: "Para MENDES DE ALMEIDA, o conceito de sesmarias não podia ser aplicado ao Brasil, porque naquela época só existiam terras que nunca tinha sido cultivadas. O nome veio por analogia e como não fosse adequado a este preceito, editaram-se várias leis posteriores no sentido de ampliar o título 43 das Ordenações para as terras do Brasil. Pelo *Alvará* de 5 de dezembro de 1785, as concessões de sesmarias eram realizadas em terras da coroa portuguesa e tinha o caráter de 'essencialismo' do cultivo. Para isto, era possível seu arrendamento ou concessão enfitêuticas, não fazendo previsão do direito de superfície que se encontrava absorvido por estas duas primeiras concessões. Pela concessão de sesmarias era obrigatório o pagamento de um *cânon* ou pensão equivalente a uma sexta parte dos frutos percebidos no terreno. No Brasil a finalidade era essencialmente agrícola" (Ibidem, p. 64).

[197] Mário Julio de Almeida Costa lembra que as leis naquele momento eram identificadas apenas pela sua data. Dá como exemplo a "Lei da Boa Razão", adiante comentada em nota de rodapé, que apesar de datada de 18 de agosto de 1.769, somente recebeu o nome que a consagrou no século XIX (*História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 366).

[198] No sentido, fazendo referência à Lei de 9 de julho de 1773, como marco legal do direito de superfície, confira-se: Luiz da Cunha Gonçalves (*Princípios de direito civil luso-brasileiro*: parte geral. São Paulo: Max Limonad, 1951, v. 1, p. 341, e *Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 407). Há autores nacionais fazem a mesma indicação

Note-se que a Lei de 9 de julho de 1773 tem estaca vinculada ao panorama introduzido em Portugal por Sebastião José de Carvalho e Melo (Marquês de Pombal), no período de 1750-1777, em que este foi 'chefe do governo' no reinado de João I, dando novos horizontes ao sistema legal daquele país e, conseqüentemente, com reflexos importantes no Brasil.[199]

(alguns, inclusive, citando o autor luso acima indicado como fonte), a saber: Wilson de Souza Campos Batalha (*Loteamentos e condomínios*: sistema jurídico da propriedade fracionada. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 2, p. 19); José Guilherme Braga Teixeira (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 259); Marise Pessoa Cavalcanti (*Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 29). Em Portugal, no entanto, a maioria dos autores que não fazem referência à Lei 9 de julho de 1773 como baliza da introdução do instituto com feição de direito real no ordenamento luso, apontando, para tal, à Lei n. 2.030, de 22 de junho de 1948 (em seus artigos 21 a 29), como a base de partida da figura jurídica. No sentido: Luís A Carvalho Fernandes "O *direito de superfície* é um dos tipos mais recentes na *galeria* dos direitos reais do sistema jurídico português. (...) A primeira configuração da superfície, como direito real típico, surge na Lei n. 2030, de 22 de junho de 1948, embora com um muito restrito campo de aplicação e com um regime limitativo, que, nessa parte, e mantém ainda em vigor (...)" (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 414). Seguindo a mesma linha histórica do instituto, confira-se ainda: A. Santos Justo (*Direitos reais.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 389); Rui Pinto Duarte (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 170-171); e Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 587). No Brasil, Silvio de Salvo Venosa também indica a Lei n. 2.030, de 22 de junho de 1948 (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 391) para o mesmo fim. De todo modo, deve se salientar que mesmo para a doutrina que indica a Lei 9 de julho de 1773 como marco para o aparecimento do direito de superfície em Portugal, há o reconhecimento de que - ainda naquele momento – o instituto não possuía as exatas feições que – com o passar do tempo – foram fixadas. Os parágrafos têm a seguinte redação: § 11: "Mando, que todas as Arvores de frutos, ou silvestres, que estiverem dentro em Propriedades alheias, causando prejuízos, e embaraços, que a todos são notórios, sejão avaliadas, e pagas aos Possuidores dellas de qualquer estado, ou condição que sejão, pelo justo preço, que for arbitrado pelo Offício dos Juizes das respectivas Terras."; § 17: "Mando, que o mesmo se observe respectivamente pelo que toca ás Arvores possuidas em terrenos alheios; e as servidões de caminhos particulares; e de atravessadouros pelos Prédios particulares sem legítimo título"; § 21: "Mando, que a respeito das Arvores possuidas em Prédios alheios se observem também o que deixo estabelecido no Parágrafo Doze". O § 12. referido no § 21, tem a seguinte redação: "Mando, que todos os caminhos, e atravessadouros particulares feitos pelas Propriedades também particulares que se não dirigem a Fontes,ou Pontes como manifesta utilidade pública, ou Fazendas, que não possam ter outra alguma serventia, sejão vedados, e abolidos por Officio dos Juízes; posto que de taes servidões se alleguem as Posses imemoriaes, que são repugnantes á liberdade natural, quando não consta que para ellas precederão titulos legítimos, que, conforme o Direito, excluão a Acção Negatória." (Disponível em: <http:// www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/ verlivro.php?id_parte=114&id_obra=74&pagina=370>. Acesso em: 24 jul. 2007).

[199] Com efeito, o Marquês de Pombal é apontado como o mentor da Lei da Boa Razão, datada de 18 de agosto 1769, que fixou limites na aplicação subsidiária do direito romano em Portugal, para o fim de só admitir tal direito se fundado na "boa razão", situação esta que afastou sua aplicação purista, se desapegando das glosas de Acúcio e Bartolo que, em grande medida, eram absorvidas de maneira literal, o que, nem sempre era adequado, dada as diferenças de realidades. Segundo Mário Júlio de Almeida da Costa ao se referir a Lei da Boa Razão: "Representava ela o dogma supremo da actividade interpretativa e integrativa, estivesse cristalizada nos textos romanos, no direito das gentes ou nas obras jurídicas e leis positivas das nações estrangeiras. O referido diploma prosseguiu objectivos amplos. Visou, não apenas impedir irregularidades em matéria de assentos e quanto à utilização do direito subsidiário, mas

A Lei de 9 de julho de 1773, segundo registro doutrinário que seguimos, foi importante para manutenção da figura no Direito luso, pois, ao contrário do que ocorreu em distintas nações, a norma coibiu os abusos dos proprietários das terras na imposição de altos preços junto a aqueles que a exploravam (sejam superficiários ou enfiteutas), providência esta não adotada em outros países, que optaram por repelir a figura jurídica[200].

---

também fixar normas precisas sobre a validade do costume e os elementos a que o interprete podia recorrer para o preenchimento das lacunas (...)". O mesmo autor, mais adiante, conclui: "Numa palavra: apresentar-se conforme à boa razão equivalia a corresponder aos princípios do direito natural ou do direito das gentes. Deste modo, era fonte subsidiária, ao lado do direito romano seleccionado delo jusracionalismo, o sistema de direito internacional resultante da mesma orientação" (*História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 366 e 370, respectivamente). Orlando Gomes destaca que a Lei da Boa Razão foi fundamental para a longevidade das Ordenações Filipinas, em vigor a época de sua publicação, pois segundo o autor baiano: "A Lei da Boa Razão constitui verdadeiro 'marco miliário' na evolução do Direito português, e, portanto, do Direito brasileiro. Nenhuma reforma pombaliana no campo da legislação teve alcance maior, por seu sentido autenticamente revolucionário. Ao impor novos critérios de interpretação e de integração das lacunas da lei, determinou-lhes radical mudança, justo porque as Ordenações eram uma compilação repleta de lacunas. A *racta ratio* dos jusnaturalistas, erigida em forte preexcelente de interpretação legislativa, deu ensejo não só a floração de numerosos preceitos marginais, que, todavia, passaram a integrar o novo Direito vigente sob forma consuetudinária, mas também, estimulou favorecer o labor doutrinário que influiria fortemente sobre os aplicadores da lei. A essa imposição de uma fonte subsidiária tão flexível deve-se, possivelmente, a extraordinária vitalidade das Ordenações Filipinas. Um de seus principais defeitos, consistente, como tem sido assinalado e se percebe à primeira leitura, na abundância de omissões, foi, quiçá, o segredo de sua longevidade em Portugal e, mas do que lá, no Brasil". (*Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-6). Há, em trabalho de Pontes de Miranda, registros importantes sobre a Lei da Boa Razão, com os indicativos das suas reações contrárias, enfatizando, nessa linha, a contrariedade de José Homem Correia Teles, assim como a absorção pelo sistema de importantes costumes (*Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 44-47). Em desfecho, as intervenções do Marquês de Pombal não ficaram apenas no plano legislativo, pois, dado ao novo quadro implantado, se fez necessária o realinhamento no estudo do Direito, redundando na reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra. Assim, consoante anota Walter Vieira do Nascimento, "novas disciplinas foram introduzidas no currículo da Faculdade das Leis, como as do Direito natural, de História do Direito e de Direito Pátrio. Ao mesmo tempo, o estudo do direito romano passava a ser orientado no sentido do *usus modernus pandectarum*" (*Lições de história do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 195).

[200] Nos baseamos aqui, na dicção autorizada de José Guilherme Braga Teixeira: "Tornadas odiosas por terem escravizado o homem à terra, em razão dos absurdamente altos preços dos censos que os superficiários e enfiteutas (e, principalmente, os inúmeros e incontáveis subsuperficiários e subenfiteutas) estavam obrigados a pagar a título de foros, laudêmios, etc., superfície e enfiteuse foram banidas pela Revolução Francesa, cujos efeitos se estenderam além das fronteiras gaulesas, promovendo a restauração da unidade na pessoa do senhor do solo. Em Portugal, porém, nem a enfiteuse nem a superfície apresentaram características que as tornassem odiosas, uma vez que haviam sido restringidos pelo Marquês de Pombal os excessos dos senhorios diretos, desafogando, em conseqüência, os superficiários e enfiteutas das influências feudais e costumeiras que complicavam e sobrecarregavam esses institutos jurídicos de inúmeras e variadas obrigações, de exigências muito onerosas, de prestação de serviços pessoais e outros abusos. Efetivamente, ocorreu que o citado Marquês, procurando abater a aristocracia, quer secular, quer eclesiástica, passou a regular os mesmo institutos pela Lei (pombaliana, obviamente) de 9 julho de 1773, cujos §§ 11, 17 e 26 respeitavam as construções,

Assim, tal legislação detém significância para o direito de superfície, não apenas por mantê-lo no sistema legal lusitano (embora, repita-se, ainda sem a específica denominação e desprovido de contornos exatos ao instituto atual), mas também para que pudesse ser desenvolvida relação mais equilibrada entre o proprietário do solo e o superficiário.

Por derradeiro, ainda sobre a Lei de 9 de julho de 1773, mister consignar que, não obstante a declaração de independência, por força de Lei imperial de 20 de outubro de 1.823, a referida norma continuou sendo empregada no Brasil, uma vez que não houve o rompimento abrupto da aplicação do direito português.

4.1.3 A Consolidação das Leis Civis e a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864

Após árduo trabalho de depuração do direito vigente no Brasil pelo notável Teixeira de Freitas, observa-se na Consolidação das Leis Civis, que entrou em vigor em 1.858, indicativos para a aplicação do direito de superfície.[201]

árvores e plantações (isto é, à superfície, embora a dita lei não se referisse por esta denominação). Assim, a superfície não foi abolida em Portugal e nas suas colônias, dentre elas o Brasil, apesar de tê-lo sido em grande parte do continente europeu". (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 12, p. 259).

[201] Com efeito, analisando a Consolidação das Leis Civis, tem-se que a nota (21), lançada ao artigo 52, § 2º (que travava de bens pertencentes ao *domínio nacional*), traz a seguinte indicação: "Regim. De 12 de Dezembro de 1605, lei n. 242 de 30 de Novembro de 1841, Art. 11, e Regul. de 11 de janeiro de 1842. E' um *direito real de superfície*" (Freitas, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 1, p. 55). Mais adiante, na nota (1) do art. 884, referente ao dispositivo que travada do *domínio*, há a seguinte consideração: "Ao *domínio* com aplicação extensiva ao alto e baixo do solo o Direito Francez --- *droit de dessus* --- *droit de dessous*, e que bem chamaremos – *direito sobre*, como no *direito de superfície* da Not. 2º ao mesmo art. 52, § 2º *supra*. *Direito de sob*, como nos casos da Not. 20 ao mesmo Art. 52 § 2º *supra*; e maus nos direitos sobre cisternas, poços e algibes, etc.." (Freitas, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 2, p. 525). Estes dispositivos, na forma tratada por Teixeira de Freitas, demonstravam – segundo Frederico Henrique Viegas Lima – que em se tratando da "exploração do pau-brasil, assim como em outras espécies de madeiras, o Estado detinha o direito real de superfície, em qualquer imóvel, destinado à sua extração.

Contudo, o mapa legal foi alterado logo adiante, pois em 1864, a Lei n. 1.237 não previu o direito de superfície no seu artigo 6º, que tratava do rol dos Direitos Reais[202], opção legislativa que, considerando os princípios da taxatividade e da tipicidade que regem a categoria, implicou eliminar o instituto de nosso sistema.

Porque estas madeiras, apesar de poderem estar localizadas em imóveis particulares, constituíam propriedade do Estado e a ele competia realizar aa sua extração e comercialização, possuindo, assim, seu monopólio. Findo o monopólio, O Estado perdia o direito de superfície, como um *ius in re aliena*, nos terrenos dos particulares. Contudo, continuava mantendo, como um domínio pleno, a exploração de tais madeiras nos imóveis de domínio nacional" (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 67). Em outro ponto da Consolidação, agora no ambiente do artigo 1.322 (que trata da prescrição das *'cousas do uso publico'* e das *'publicas servidões*', há a menção do direito de superfície na nota (14), *verbis*: "Cit. Ord. L. 1º. T. 68 § 32 – *porque por tempo algum nunca poderá adquirir posse em o dito balcão, como o ar de cima, fica do Conselho* – costumão os Praxistas inferir o direito de superfície que é inherente ao domínio das cousas immoveis, e que compreende o respectivo espaço aéreo. E' importante a distinção entre *cousas do uso publico*, e as do *dominio do Estado*, porque as primeiras são imprescptiveis, o que não acontece com as segundas" (Freitas, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 2, p. 772-773). Semelhante aferição e pesquisa na Consolidação das leis Civis foi feita por Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 87). As referências de Teixeira de Freitas ao arquitetar (e concluir) a Consolidação das Leis Civis estavam muito além do corpo das Ordenações, buscando conciliar todas as fontes que eram usadas na aplicação do Direito naquele momento. Isso porque a empreitada assumida, em 1.855, por Teixeira de Freitas perante o Governo Imperial, objetivou reunir de forma sistemática as normas vigentes, permitindo alijar do ordenamento jurídico regras não mais aplicáveis. Tanto assim que, como bem ressalta Geraldo de Oliveira Santos Neves, "as normas que vigoravam no Brasil independente estavam emaranhadas de tal modo que os juízes já não estavam aplicando diretamente, mas através das opiniões dos doutrinadores" (*Código Civil brasileiro de 2002*: principais alterações, Curitiba: Juruá, 2003, p.15-16). E, na utilização da doutrina, os julgadores acabavam por beber nas fontes do Direito Romano, na legislação canônica (especialmente em razão do Direito de Família e as questões de Estado), na legislação portuguesa e nas Ordenações Filipinas. Portanto, o trabalho de consolidação era extremamente relevante no contexto da segurança e uniformização legal, pois, dentro de linhas traçadas em contexto sistemático, seria declarada a correta vigência do quadro legislativo civil. Este contexto bem complexo talvez explique a referência expressa ao *direito real de superfície* na Consolidação das Leis Civis, de forma não uniforme a seqüência de tratamento que foi dado no bojo da trinca das Ordenações do Reino, conforme antes demonstrado.

[202] Dispunha a referida norma: "Art. 6º Sómente se considerão onus reaes: A servidão; O uso; A habitação; O antichrese; O usofructo; O fôro; O legado de prestações ou alimentos expressamente consignado no immovel. § 1º Os outros onus que os proprietarios impuzerem aos seus predios se haveráõ como pessoaes, e não podem prejudicar aos credores hypothecarios. § 2º Os referidos onus reaes não podem ser oppostos aos credores hypothecarios, se os titulos respectivos não tiverem sido transcriptos antes das hypothecas. § 3º Os onus reaes passão com o immovel para o dominio do comprador ou successor. § 4º Ficão salvos, independentemente de transcripção e inscripção e considerados como onus reaes, a decima e outros impostos respectivos aos immoveis. § 5º A disposição do § 2º só comprehende os onus reaes instituidos por actos intervivos, assim como as servidões adquiridas por prescritação sendo a transcripção neste caso por meio de justificação julgada por sentença ou qualquer outro acto judicial declaratorio. § 6º O penhor de escravos pertencentes ás propriedades agricolas, celebrado com a clausula constituti, tambem não poderá valer contra os credores hypothecarios, se o titulo respectivo não fôr transcripto antes da hypotheca." A Lei n. 1237 de 1864, mais tarde, foi alvo do Decreto n. 3453 – de 26 de abril de 1865, que a regulamentou, sem, contudo, alterar os tipos do artigo 6º, mantendo, sim, a *superfície*, excluída do rol dos direitos reais.

Sem rebuços, no pequeno hiato em ocorrido entre o início de vigência da Consolidação das Leis Civis (1.858) e Lei n. 1.234/64 que, repita-se, não arrolou o direito de superfície no seu gabarito, não se formaram bases sólidas para aplicação e colheitas de experiências com o instituto em nosso ordenamento[203], não sendo sequer conjeturado nos trabalhos para a formação de nossa primeira codificação civil.[204-205-206]

Dessa forma, com a ruptura do vínculo político que os unia, os rumos do direito de superfície no Brasil e em Portugal não foram simétricos, pois, enquanto aqui se afastou o instituto do sistema legal, naquele país a

---

[203] Situação que pode ter contribuído, ainda que involuntariamente, para que o instituto fosse considerado de pouca utilização. Em termos, Dídimo Agapito da Veiga, ao comentar a não inclusão do direito de superfície no Código Civil de 1916, consignou: "A exclusão da *superfície* da relação dos *direitos reaes* obedeceu a motivos de ponderação justificada, perante as difficuldades a que tem dado a causa, na doutrina e na prática, o reconhecimento da *servidão da superfície* na sua índole essencial em seus effeitos sobre a hypotheca" (*Manual do Código civil Brasileiro*. Coordenação de Paulo Lacerda. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1925, v. 9 - primeira parte, p. 27).

[204] José Guilherme Braga Teixeira, sintetiza, a derrocada: "(...) enquanto o país era colônia portuguesa, aplicava-se aqui a legislação da metrópole. Independente o Brasil, a Lei imperial de 20 de outubro de 1823 determinou continua-se a vigorar aqui a legislação do reino de Portugal, por isso que o instituto manteve sua existência no Direito pátrio. Com o passar do tempo, contanto cada vez mais com opositores de renome, a superfície nem sequer constou do rol dos direitos reais do Projeto ('Esboço') de Código Civil de Teixeira de Freitas, de 1860. Quatro anos depois, a superfície não constou no elenco dos direitos reais da Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, artigo 6º, razão pela qual perdeu seu caráter real, porquanto o seu banimento de tal categoria, por exclusão do rol respectivo, é uma das aplicações do sistema de direitos reais constituem número taxativo, da competência do legislador (...). Banida do elenco dos direitos reais da legislação vigente no País, reduziu-se a superfície a uma mera modalidade de arrendamento, deixando ter maior importância na ocasião" (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 12, p. 260).

[205] Vê-se, no pormenor, deslize na indicação de Silvio Rodrigues, quando afirma que o instituto foi eliminado pelo Código Civil de 1916 (*Direito civil*: direito das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 275).

[206] Há forte silêncio de Teixeira de Freitas no *Esboço*, não tratando do direito de superfície, apesar de seguir a bússola dos princípios da taxatividade e tipicidade dos Direitos Reais (artigos 3.703-3.706), e cuidar da enfiteuse longamente (artigos 4.423-4.529). Também nada se cogitou acerca da figura nos trabalhos de Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, não se avistando também abertura na Consolidação arquitetada por Carlos de Carvalho. Muito pelo contrário, como bem anotado por José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 46-47) e Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 60-61) há registros de repulsas expressas dos juristas quanto à presença do direito de superfície, destacando-se, no particular, as reprimendas de Coelho Rodrigues e Carlos Augusto de Carvalho, tendo o último cravado no artigo 404 da *'Nova Consolidação das Leis Civis'*: "Entre os direitos reais não se considerão a superfície e o laudêmio" (*Nova Consolidação das Leis Civis*: vigentes em 11 de agosto de 1899. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. 130).

figura foi abraçada como instrumento para resolver problemas de habitação urbana, primeiramente através da inserção do artigo 2.028 no Código Civil de 1.867, e, em momento posterior pela Lei n. 2.030, de 22 de junho de 1.948 (arts. 21-29).[207]

4.1.4 Código Civil de 1916: descarte do Projeto Revisto

Sem prestígio perante os estudiosos (e o legislador) de nossa terra, o Código Civil de Clóvis Bevilacqua não contemplou o direito de superfície, pois, embora inserto no Projeto de Código Civil Revisto[208-209], foi eliminado

---

[207] No sentido, Luiz da Cunha Gonçalves faz o seguinte comentário: "Em Portugal e no Brasil, porém, o direito de superfície, embora não com esta designação, era regulado pelo direito antigo, ou seja, pela Lei pombaliana de 9 de julho de 1777, §§ 11, 17 e 26, em relação a construções, árvores e plantações, e situação análoga pode ter-se como prevista na segunda parte do artigo 2.308 do Cód. Civil português, embora designada como acessão imobiliária. Mas em Portugal, o intuito de estimular construções urbanas para habitação, levou o respectivo Govêrno a introduzir, na já citada Lei n. 2.030, de 22 de junho de 1948, um capítulo relativo ao direito de superfície, arts. 21 a 29, capítulo que ficou sendo a lei mais extensa que sobre tal matéria existe" (*Princípios de direito civil luso-brasileiro*: parte geral. São Paulo: Max Limonad, 1951, v. 1, p. 341). Com linha semelhante: Marise Pessoa Cavalcanti (*Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 29). Note-se, no particular, que por não ter sido o instituto repelido em Portugal, muito pelo contrário aceito através de interpretação ampla do artigo 2.038 do Código de Seabra, o direito de superfície se moldou para ser peça útil de fomento à construção para habitação urbana, destino diferenciado em nossa nação que, pela expulsão da figura do sistema jurídico, optou por introduzir outro instrumento para fim próximo, qual seja a "concessão de uso", (Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967), também voltado ao espaço urbano.

[208] Vale salientar, como bem fez Washington Rocha de Carvalho, que a inclusão do instituto não foi feita por Clóvis Bevilacqua, mas sim pela Comissão Revisora, composta pelos juristas Aquino e Castro, Costa Barradas, Bulhões Carvalho, Freire de Carvalho e Lacerda de Almeida (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 69). José Guilherme Braga Teixeira concorda, afirmando que Clóvis "manteve-se fiel à velha e clássica regra romana de que *superfícies solo cedit"* (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 47-48).

[209] No Projeto Revisto, o direito de superfície estava previsto como direito real, no art. 802, b) "Art. 802. Somente se consideram direitos reaes, além da propriedade: b) a superfície], com regulação nos artigos 826 a 832 (Art. 826. O proprietário de um immovel ode conceder a terceiro, por título oneroso ou gratuito, o direito de plantar, edificar ou assentar qualquer obra ou usar qualquer modo de superfície do solo. Paragrapho unico. O direito de superfície póde ser completo e auctorisa o superficiario a exercel-o nos termos deste artigo, ou póde ser limitado a certo uso; constitue-se tanto por acto entre vivos como por disposição de última vontade, mas depende de inscripção no registro predial; Art. 827. O direito de superfície não pode durar mais de cicoenta annos, e si tiver sido estipulado prazo maior; será reduzido no máximo fixado; mas, pode ser renovado; Art. 828 Os direitos do superficiário e do proprietário do solo são regulados pelo que tiver sido estipulado; Art. 829. Na hypothese da letra *b* do § 2º do artigo antecedente, o superficiário goza do direito de retenção das bemfeitorias até ser pago pelo respectivo valor; Art.

quando de sua tramitação no Congresso Nacional, pois a Comissão Especial da Câmara dos Deputados que o examinou não vislumbrou utilidade em sua restauração.[210-211-212]

---

830. Os Credores de hypotheca ou de servidão constituida pelo superficiário não ficam prejudicados com a transferencia do direito e superfície ou com a mudança na pessoa do superficiario. A hypotheca ou servidão transmitte-se com direito de superfície, e somente extingue-se com a extinção do mesmo direito; Art. 831. Os credores de hipotheca constituída pelo proprietário do solo não podem excutir as edificações anteriores à constituição do direito de superfície, si seus títulos não tiverem sido previamente inscriptos no registro predial; Art. 132. Estingue-se o direito de superfície pelas mesmas causas por que se extingue a emphypreuse, menos o commisso)" (redação conforme *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Trabalhos da Comissão Especial. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1902, p. 218). Saliente-se que na fonte utilizada há evidente erro material na numeração do art. 832, constando no original – na forma transcrita – art. 182. Outro detalhe, os parágrafo do art. 828 não estão no texto consultado, com a remessa respectivas para o art. 838 (Capitulo IV – Das servidões prediais), tendo o atento José Guilherme Braga Teixeira verificado a segunda situação (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 47). A redação dos parágrafos do art. 838 (também com erro material, pois estampa a indicação de art. 938) é a seguinte: "§ 1º. Compete a superficiario o direito: *a)* de usufruir todas as utilidades de superfície; *b)* tramitti-a aos seus herdeiros; *c)* de alienal-a, hypothecal-a ou graval-a com servidão ou outro onus real; *d)* de edificar ou plantar; *e)* de demolir as edificações e destruir as plantações que acharam, si não lho tiver prohibido o proprietário do solo e si tiver pago o valor dessas bemfeitorias. § 2º Compete ao proprietário do solo o direito: *a)* de perceber a pensão annual que tiver sido estipulada; *b)* de se apropriar, findo o direito de superfície, das edificações, plantações e demais bemfeitorias feitas pelo superficiario, pagando este o valor actual dellas. Este pagamento entende-se renunciado quando se convencionar que o superficiario não pagará pensão; neste caso, os seus direitos são equiparados aos do usofructuario. § 3º Não é permitido, porém, ao proprietário do solo fazer obras ou escavações que impeçam ou prejudiquem o direito do superficiario, nem a este usar seu direito de modo que deteriores ou inutilize o solo" (redação segundo *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Trabalhos da Comissão Especial. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1902, p. 249).

[210] No sentido, entre os vários pareceres colhidos para a análise ao Projeto do Código Civil, encontra-se dicção do Supremo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, datada de 4 de junho de 1901, encaminhada ao 1º Secretário da Câmara de Deputados (Carlos de Novaes), que afirma tratar-se de instituto em desuso, não se justificando a sua inclusão na codificação: "(...) a superfície, que foi sempre pouco freqüente, cahiu depois inteiramente em desuso, como attesta F. Perna – L'enfiteusi nel diritto antico e moderno, n. 104. No Brazil ella foi abolida pela lei n. 1237, de 24 de setembro de 1864, que deixou de enumera-la entre os direitos reaes. 9..) O decreto n. 169 A, de 19 de janeiro de 1899, manteve a exclusão da superfície do rol dos direitos reaes; e o projecto primitivo do Dr. Clóvis não deu a este instituto collocação a parte alguma. Que interesse jurídico ou prático há em faze-lo ressurgir?". (*Projeto do Código Civil Brasileiro*. Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Rio de janeiro: Imprensa Oficial, 1902, p. 31).

[211] Dídimo Agapito da Veiga chegou a firmar que eventual concessão superficiária seria totalmente absorvida pela enfiteuse, nada se justificando a incorporação da figura no Código Civil, confira-se: "Pela sua analogia com a emphyteuse, instituto que preenche os fins da superfície, e absorve em sua comprehensão, mais ampla os contractos superficiários, que, por ventura, possam ter a existência ao tempo da promulgação do Código Civil, regem-se em sua construcção e nos seus effeitos pelo direito então em vigor, o qual lhe reconhecia os attibutos e effetitos (*Dout. Das Acç.*, n. 422, ediç. De T. de Freitas; Lobão, *Dir Emph.*, §§ 95 e 209; Val., *Dier Emph*, n. 33) e só por esta razão fizemos esta exposição rápida sobre o direito *real de superfície* aliás reconhecido no direito portuguez – que regia, antes do Código" (*Manual do Código civil Brasileiro*. Coordenação de Paulo Lacerda. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1925, v. 9 - primeira parte, p. 27).

[212] Poucos criticaram a posição do legislador, destacando-se Pontes de Miranda que bradou: "Excluiu-se o direito de superfície, protegido, em direito romano, pelo interdito de *superficiebus*,

Vale dizer que o Projeto Revisto se preocupara em regular algumas questões da relação superficiária que não foram abordadas no atual Código Civil e que, em nossa opinião, poderiam estar previstas na codificação vigente, em vista dos embaraços que o vácuo legislativo pode causar. Nesse sentido, no artigo 827, havia a limitação do prazo de cinqüenta anos para a concessão (com renovação de igual prazo); e, nos artigos 830 e 831, fazia previsão quanto aos credores de hipoteca e aos efeitos da servidão.

4.1.5 A tentativa de codificação sob a batuta de Orlando Gomes

Descartado do Código Civil de Clóvis Beviláqua[213], o direito de superfície não foi incluído nas tentativas de substituição da codificação de 1916, à exceção da empreitada dirigida por Orlando Gomes, consoante previsão expressa nos artigos 524 a 531 do Anteprojeto apresentado a

---

quando se tratava de concessão perpétua, ou de longo prazo, mas deixou-se de providenciar quanto a certas relações, que estão na vida econômica do Brasil e exigem solução jurídica legal, se bem que a tenham, costumeiramente, desde muito (...) Uma das mais importantes e promissoras produções do norte do Brasil é a do coco, que – por antigo costume – pode ser plantado em terreno próprio ou alheio." Ao individuo A é possível ser proprietário (note-se bem: proprietário) de milhares de *coqueiros*" (*Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 385-386).

[213] Sem a inclusão do direito de superfície como Direito Real, houve discussão sobre a possibilidade de se considerar este como tal, debate este que passou pelo exame da natureza do rol dos Direitos Reais (*numerus clausus* ou *numerus apertus*?). A posição majoritária foi no sentido de que o silêncio legislativo encerrou o ciclo, naquele momento, do direito de superfície como *tipo* de Direito Real, prestigiando-se, assim, a concepção de rol com *numerus clausus*. Com boa pesquisa sobre o assunto, confira-se: Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 88-90); José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 48-49); Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 62-67); Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 69). Com abordagem sobre a matéria de fundo, confira-se, entre vários: José de Oliveira Ascensão (*A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1968); Antonio Román García (*La tipicidad em los derechos reales*. Madrid: Montecorvo, 1994); Gabriel de Reina Tartière (*Sistema de derechos reales*: parte general. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005); André Pinto da Rocha Osório Gondinho (*Direitos reais e autonomia da vontade*: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 200); Álvaro Moreira e Carlos Fraga (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 114-119); Edmundo Gatti (*Teoria gerenal de los derechos reales.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d., p. 66).

João Mangabeira, em 31 de março de 1963[214], sendo, todavia, mais tarde retirado.[215-216-217]

[214] A redação era a seguinte: 'CAPÍTULO III - DO DIREITO DE SUPERFÍCIE. Art. 524. Constituição do Direito de Superfície – O proprietário pode conceder a outra pessoa o direito de construir ou plantar no seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no registro imobiliário; Art. 525. Transferência do Direito de Superfície – O titular do direito de superfície pode tranferi-lo por negócio entre vivos, a título oneroso ou gratuito, bem como, por disposição de ultima vontade. Art. 526. O objeto do Direito de Superfície – O direito de superfície pode recair sobre qualquer construção, ou plantação, suscetível de ser adquirida, por acessão, pelo dono do solo; Art. 527. Concessão gratuita ou onerosa – A concessão do direito de superfície será gratuita ou onerosa; §1°. A remuneração do concedente pode ser estipulada para ser paga de uma só vez, ou em prestações periódicas; § 2°. Na falta de pagamento, o concedente não tem outro direito, ainda que o estipule, senão o de haver as prestações devidas e juros da mora; Art. 528. Reversão ao Concedente – Se for estipulado que a construção passará para o domínio do concedente após o decurso de certo prazo, não inferior a vinte e cinco anos, nenhuma indenização ou compensação lhe poderá ser exigida pelo superficiário, salvo estipulação em contrário; Art. 529. Tributos e Encargos – O titular do direito de superfície responde pelos encargos e tributos que recaírem sobre o prédio; Art. 530. Direito de Preferência – Se o concedente quiser alienar o imóvel, o superficiário tem direito de preferência em igualdade de condições; o mesmo direito é assegurado ao concedente, na hipótese inversa; Parágrafo único. Se a construção, plantação, for penhorada, o concedente, sob pena de nulidade, deverá ser intimado para exercer seu direito de preferência na hasta pública; Art. 531. Proibição de Cobrar Taxa de Transferência – Não poderá ser estipulado, a nenhum títlulo, o pagamento de qualquer quantia pela transferência da acessão (Gomes, Orlando. *Código Civil*: projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 193-194).

[215] Orlando Gomes deixou clara a vinculação que fazia do direito de superfície com a função social da propriedade, bastando observar passagens do jurista ao abordar a importância do instituto em seu projeto: "A restauração do direito de superfície pode parecer um contra-senso num anteprojeto de Código Civil que propõe a extinção da enfiteuse. Muitos Códigos conservaram o censo enfitêutico repelira, como o nosso, o direito de superfície. Assim, não se pode compreender, à primeira vista, a reconstituição de uma figura jurídica que desaparecera nas legislações. No entanto, Códigos recentes retomam-na, dando-lhe novos traços, admitindo a sua utilidade para certos fins, dentre os quais, como se reconhece na Alemanha, o de facilitar as construções, principalmente nos terrenos de domínio do Estado, concorrendo para a solução do problema da habitação. Volta, assim, a ter aplicação, sob forma nova e em outra perspectiva, um direito de fora condenado e caíra em desuso" (Gomes, Orlando. *Código Civil*: projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 67). Afirmação supra encontra recepção em trecho antecedente, em que o mesmo jurista ressalta a necessidade de que a propriedade tratada no Código Civil tenha olhos para a sua função social (Ibidem, p. 47-50). Confira-se, ainda, em igual sentido: Orlando Gomes (Anteprojeto do Código Civil (1963. In: CÓDIGO Civil: anteprojetos. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1995, v. 2, p. 181-182).

[216] O descarte, segundo Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 92), ocorreu pela Comissão Revisora, integrada pelo próprio Orlando Gomes, Orozimbo Nonato e Caio Mario da Silva Pereira. José Guilherme Braga Teixeira, ao analisar a situação, credita a retirada do instituto a "opinião de Caio Mario, que sempre foi e se mantém contrário a admissão da superfície" (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 50).

[217] Rubens Limongi França, ao que parece, não aprovou a retirada do direito de superfície do material apresentado, eis que o instituto é indicado em sua doutrina, ainda que de forma sucinta, como item dos "Novos rumos dos desmembramentos da propriedade" (*Manual de direito civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 3, p. 267-269).

4.1.6 Código Civil de 2002: do anteprojeto, passando pelo Estatuto da Cidade, ao texto atual

Sem o aproveitamento do trabalho conduzido por Orlando Gomes, optando-se pelo arquivamento do Projeto em 1966, no ano subseqüente, volta-se a carga para a feitura de Código Civil, visando à substituição do diploma de 1916. Para tanto, já em 1967, foi feita a nomeação de Miguel Reale para coordenar a labuta de comissão de juristas[218] para a edificação do atual Código Civil.

Inicialmente, o direito de superfície não constava do anteprojeto, não tendo sido incluso no cardápio de novidades dos Direitos Reais, o que somente ocorreu de forma oficial em 1975, quando da transformação em Projeto de Código Civil que, na ocasião, recebeu o n. 634.[219]

Com raízes na Constituição Federal (artigos 182 e 183[220]), o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) entra no cenário nacional antes do nosso segundo Código Civil, trazendo, entre vários institutos, no seu artigo 4º, V, alínea l)[221], o direito de superfície, razão pela qual o renascimento da dita figura jurídica no ordenamento pátrio deve ser creditado à referida

---

[218] As tarefas foram divididas observando os temários principais: Parte Geral – José Carlos Moreira Alves; Direito de Família – Clóvis do Couto e Silva; Direito das Coisas – Ebert Vianna Chamoun; Direito das Obrigações – Agostinho de Arruda Alvim; Direito das Sucessões – Torquarto Castro; Sylvio Marcondes -Atividade Negocial (atual Direito de Empresa).

[219] Com anotação próxima: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito de superfície. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio (Coords.). *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem, São Paulo; Malheiros, 2003, p. 180); José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 51); Marise Pessoa Cavalcanti (*Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 33). O registro, na nossa visão, detém um colorido especial na medida em que o Professor Ebert Chámoun (condutor do Livro de Direito das coisas) era, reconhecidamente, um grande estudioso do direito romano, considerado como raiz para o direito de superfície. O jurista em questão publicou, inclusive, obra de fôlego sobre o direito romano, com expressa alusão ao direito de superfície. No sentido, confira-se: *Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, em especial p. 280-283.

[220] Outros dispositivos demonstram a importância da moradia e da habitação para o legislador constitucional, bastando, pois, consultar os artigos 2º, XV; 3º, III e IV; 4º, V, "h", "j" e "q"; 9º, *caput*, 26, I e II; 35, III; e 48.

[221] "Artigo 4º - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) V – institutos jurídicos e políticos: l) direito de superfície".

legislação federal que regula o instituto naquele ambiente legal (artigos. 21-24).[222 -223-224-225]

Em seqüência, o novo Código Civil ratifica a importância do instituto, incluindo-o no rol dos direitos reais (artigo 1.255) e passando a dispor sobre a matéria, conforme se verifica nos artigos 1.369 a 1.377[226], ainda que com divergências em relação ao Estatuto da Cidade[227].

---

[222] Merece ser salientado que, muito antes do Estatuto da Cidade e da Constituição de 1998, a saudosa Professora Maria Magnólia Lima Guerra já vaticinava a importância do direito de superfície para o uso adequado do solo urbano. No sentido, confira-se: "(...) a Municipalidade, quando urbaniza novas áreas que não são de sua propriedade dominial, poderá fazer uso do direito de superfície para transferir o uso do solo àqueles que ali queiram edificar, evidentemente que cumprindo as destinações do planejamento urbano. É que, além de vantagens com as de evitar a especulação imobiliária e da acessibilidade de edificação de suas habitações para um maior número de pessoas, o direito e superfície possibilita melhor racionalização do solo urbano. Manter a propriedade pública de determinados solos urbanos é política de grande relevância, por permitir à Municipalidade atualizar sempre a sua utilização do solo que for sendo sentida pela comunidade, na projeção espaço-temporal" (*Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade do Ceará, 1981, p. 93-94). É de autoria da citada jurista dissertação de mestrado apresentada junto á Universidade Federal do Ceará, tendo como orientador Eros Roberto Grau.

[223] José Guilherme Braga Teixeira afirma que o Estatuto da Cidade não conferiu ao direito de superfície a categoria de direito real, pois não teria o incluído no sistema de *numerus clausus* (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 12, p 256 e 261).

[224] É interessante notar, que o disposto no § 1º do art. 4º do Estatuto da Cidade indica que aquele diploma necessita ser alimentado por outras normas, ao dispor que: "os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhe é própria, observado o disposto nessa Lei". No caso do direito de superfície não havia, até a edição do Estatuto da Cidade, corpo legislativo em vigor vinculado ao instituto, sendo, àquela época, a legislação urbana o único manancial normativo, ao nosso sentir, com previsão expressa à figura em comento.

[225] O texto final do Estatuto da Cidade foi muito criticado por setores da doutrina, como é o caso de Marcelo Terra (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu – PR, de 17 a 21 de setembro de 2001, p. 26 – texto cedido gentilmente pelo autor). O trecho com a condenação doutrinária está transcrita adiante no capítulo 7, em que comparamos do Estatuto da Cidade e o Código Civil.

[226] O texto aprovado para o Código Civil está longe de agradar a toda comunidade jurídica, havendo críticas severas, como é o caso de José Guilherme Braga Teixeira, que entende que a disciplina utilizada é tímida, falha, insuficiente e insatisfatória (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 52), posição semelhante adotada por Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 555). Ainda na fase de tramitação legislativa, José de Oliveira Ascensão também censurou o texto pela sua grande quantidade de vácuos (Breve confronto do Livro III, direito das coisas: do Anteprojeto do Código Civil brasileiro com o Código Civil português. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra: Atlântida, ano 20, ns. 2-4, p. 300-301, abr./dez. 1973). Algumas das críticas aqui citadas foram destacadas adiante no capítulo que examinamos em conjunto o Estatuto da Cidade e o Código Civil.

[227] Criando, inclusive, a dúvida se o Código Civil revogou (ou não) o Estatuto da Cidade, o tema foi tratado em capítulo posterior. De toda sorte, apenas para fincar, desde logo, a importância do

Compete dizer que – na análise efetuada para a inclusão do direito de superfície no bojo da codificação civil – o legislador se valeu do processo de recodificação[228], ainda que de forma parcial, aproveitando a base instituto próximo (concessão de uso, constante do Decreto-lei 271/1967), muito embora existam diferenças entre ambos[229]. A nossa observação pode ser ratificada a partir da fala de Miguel Reale na Exposição de Motivos do Código Civil em vigor, consoante consignado na letra (h) do seu item 27:

> "h) Tendo sido firmando o princípio da enumeração taxativa dos direitos reais foi mister atender à chamada 'concessão de uso', tal como se acha em vigor, ex vi do Decreto-lei 271, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre loteamento urbano. Trata-se de inovação recente da legislação pátria, mas com larga e benéfica aplicação. Como a lei estende a 'concessão de uso' às relações entre os particulares, não pode o Projeto deixar de contemplar a espécie. Consoante justa ponderação de José Carlos Moreira Alves, a 'migração' desse modelo jurídico, que passou da esfera do Direito Administrativo para o Direito Privado, veio a restabelecer, sob novo enfoque, o antigo instituto da superfície."

---

debate, registre-se, que as vozes da doutrina não são pacíficas. Por exemplo, Washington Rocha de Carvalho segue a posição de que não houve derrogação (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 70-76), ao contrário de Joel Dias Figueira que adota a postura de superação dos arts. 21-24 do Estatuto da Cidade pelo Código Civil (*Novo Código Civil comentado*. 4. ed. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.254-1.255).

[228] Entenda-se *recodificação,* consoante alerta Francisco Amaral, como a "ressistematização da matéria de direito privado, preservando, no possível, as disposições do Código vigente, e a ele incorporando as contribuições legais, jurisprudenciais e doutrinárias que têm cercado a evolução do direito civil brasileiro na segunda metade do século XX. (O novo Código Civil brasileiro. In: ESTUDOS em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2003, p. 9). Antecipando o que será tratado com mais vagar adiante, há diferenças substanciais ente o Código Civil de 1916 com o atual, divergências estas que são encontradas mais facilmente no exame da motivação para sua confecção e na técnica legislativa utilizada. No primeiro diploma, tem-se a intenção de criar um *direito novo*, desapegando-se da legislação pretérita que mantinha as vísceras atreladas ao direito lusitano. Nos trabalhos relativos ao Código de 1916 não se verifica extrema preocupação de *purificação* da legislação vigente, tendo em vista que tal trabalho já havia sido feito com êxito, por Teixeira de Freitas, quando apresentou a Consolidação das Leis Civis. No entanto, já no Código Civil de 2002, pela opção da *recodificação*, tem-se que houve preocupação explícita com a legislação que circundava o Código, tendo o legislador não só revogado disposições legais, como também trouxe para o ventre da codificação soluções e institutos que eram anteriormente só eram previstos em legislação especial. Um bom exemplo no campo dos Direitos Reais se finca na *propriedade fiduciária*, prevista nos artigos 1.361-1.368, com raízes no Decreto-Lei n. 911/1969.

[229] Bem próximo, entendendo não serem institutos iguais, entre vários: Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 66), Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 69-70). Adiante, traçaremos capítulo específico que compara o direito de superfície com as peças mais próximas.

Nada obstante a similaridade em alguns contornos, o direito de superfície se diferencia da concessão de uso, não podendo com este ser confundido. Tanto assim que a Lei n 11.481, de 31 de maio de 2007, ao alterar o rol do artigo 1.225 do Código Civil, faz alusão às duas figuras como tipos diferentes de Direitos Reais.

No entanto, a Lei n. 11.491/2007, como derradeira norma que dispôs sobre direito de superfície até a entrega do presente trabalho, foi mais longe e, com a introdução do inciso X, no artigo 1.473 do Código Civil[230], passou a admitir a hipoteca no direito de superfície, utilizando-se, para tal, da noviça expressão 'propriedade fiduciária', até então não manejada na codificação.

4.1.7 Projeto de Lei n. 6.960/2002

Não podemos deixar de consignar que alguns dispositivos podem ser alterados, a partir dos projetos legislativos já apresentados, destacando-se o Projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que pretende dar nova redação aos artigos 1.369, 1.371 e 1.374.[231]

---

[230] A Lei n. 11.491/07 também inseriu os incisos VIII e IX no art. 1.473, de modo a estampar o direito de uso especial para fins de moradia e o direito real de uso, respectivamente, como passíveis de hipoteca.

[231] Os textos propostos são os seguintes: "Art. 1.369 – O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno ou o direito de executar benfeitorias em sua edificação, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único – O direito de superfície abrange o direito de utilizar o imóvel pronto ou em fase de construção, o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao mesmo, na forma estabelecida no contrato, atendida a legislação urbanística"; "Art. 1.371 O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente á sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo"; "Art. 1.374 – Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida bem como se descumprir qualquer outra obrigação assumida no contrato".

Da leitura das alterações propostas, percebe-se que o Projeto de Lei n. 6.960/2002 visa aproximar o Código Civil do Estatuto da Cidade, deixando alguns dispositivos mais afinados com as previsões da Lei n. 10.257/2001, afastando algumas contradições entre os dois diplomas.[232]

[232] As mudanças pretendidas no Projeto de Lei n 6.960/2002 serão examinadas ao longo do trabalho, quando focarmos cada um dos artigos que se pretende alterar e o alcance das propostas.

5 O CÓDIGO CIVIL DE 2002: EVIDÊNCIAS DA SUPERAÇÃO DO MODELO DE 1916

O Código de 1916 – considerado como um exemplo positivo na definição de conceitos – estava alicerçado nas concepções então reinantes no fim do século XIX e no despontar do século XX, em que se destacava o individualismo, bastando, para tal constatação, a breve análise do seu alcance no campo da liberdade de contratar e do seu enunciado de propriedade (quase absoluta), desenhada para atender ao capital produtivo da época.[233]

Desse modo, é correta a afirmação de que o Código Civil de 1916 recebe grande irradiação do *Código Civil dos Franceses*[234] e dos ideais emergentes da Revolução Francesa, fixados na tríade liberdade, igualdade e fraternidade, que acabam culminando na natural idéia de que o homem pode contratar com quem e na forma que deseja (*liberdade de contratar*)[235]

---

[233] Como bem lembra Mário Reis Marques: "O código exprime um desígnio de homogeneização e não de tendências pluridireccionais. O direito codificado enfrenta o Antigo Regime e a sua atmosfera jurídico-contextual (costumes, privilégios, legitimidades, etc.), procurando conciliar os desejos de estabilidade, de certeza, de credibilidade e de adaptabilidade a novas condições da vida. A unidade legislativa é o caminho que os Estados percorrem no encalço da unidade nacional. A codificação do direito é a forma técnica encontrada para a introdução na sociedade de uma ordem justa. Assente a idéia de que as diferenças são irracionais, há que superá-las através de uma ordem uniforme e racional" (*Codificação e Paradigmas da Modernidade*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-filosóficas) – Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.Coimbra, 2003, p. 14).

[234] Com ótimo panorama sobre a elaboração do *Code Civil*, vale a consulta do artigo de Jorge Guillermo Portela (Algunos apuntes sobre el método en el Código de Napoleón. In: LA CODIFICACIÓN: raíces y prospectivas. Buenos Aires: Educa, 2005, v. 3, p. 115-129).

[235] Salutar a observação de Renan Lotufo: "Tal estrutura do Código foi extremamente criticada no curso do tempo, pois é exatamente a liberdade dada ao contratante que levou o fraco a ser submetido ao forte, de onde se chegou a célebre frase de Lacordaire 'entre o fraco e o forte a liberdade escraviza e a lei liberta'" (Da oportunidade da codificação civil, In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32). Apesar da pertinência da crítica, não podemos olvidar que a liberdade de contratar protegida a época residia em uma necessidade no momento em que foi consagrada pelo Código de Napoleão, até porque tinha, no limiar do século XIX, conteúdo *revolucionário*.

e de que o direito de propriedade seria exercido dentro do arbítrio de seu titular.[236]

A influência francesa sobre o Código de 1916 é notada, sobretudo na grande carga de *dispositivos detalhados* (chamados comumente de *regras casuísticas*[237]). Tais dispositivos remetiam a pouca liberdade de interpretação concedida ao julgador. Nesse ponto, residia a maior distinção entre técnica legislativa adotada pela codificação brasileira ab-rogada e a adotada pelo BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil alemão), em que há superfície hermenêutica mais ampla.

No *Código Civil dos Franceses*, os dispositivos semanticamente fechados tinham o fito de garantir os direitos alcançados pela burguesia com a Revolução Francesa, uma vez que a análise dos precedentes históricos demonstra que o Poder Judiciário francês serviu de instrumento para a prevalência da vontade dos nobres, não sendo seguro correr o risco de que tal fato pudesse vir a se repetir. O uso de dispositivos que permitiam interpretação limitada, difundindo-se a *Escola da Exegese*, serviu para a burguesia assegurar o *status* que alcançara.[238]

---

[236] Cremos que não é um sacrilégio afirmar que o Código Civil de 1916 surge em momento histórico de passagem e simbiose entre o Estado Liberal e o Estado Social, ocasionando tensão refletida no Projeto de Clóvis e no texto final aprovado. Para tanto, conferir Celso Fernandes Campilongo, em seu obrigatório: *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

[237] A expressão *'dispositivo casuístico'* gera, em certa extensão, uma contradição, pois o segundo termo (*casuístico*) nos remete também a idéia de decisão conforme o caso concreto, premissa que leva a uma interpretação mais complexa (e ao mesmo tempo peculiar à hipótese examinada). Assim para se evitar *perplexidade 'dispositivo casuístico'* no texto representa a colocação de uma regra mais detalhada, com a fixação de praticamente todos os seus contornos e conseqüências jurídicas, o que ocasiona a limitação dos horizontes do 'aplicador da lei'.

[238] Neste sentido, colhe-se de Arruda Alvim detalhada visão crítica sobre a Revolução Francesa e a postura da burguesia: "Toda disciplina do século XIX gravitou, fundamentalmente, em torno de duas realidades: a liberdade e, nesse espaço de liberdade, o exercício da atividade econômica através dos contratos e, paralelamente, a garantia do direito de propriedade. Isto é, foi a maneira através da qual a burguesia assumiu o domínio da sociedade e a continuação desse domínio na sociedade se deu justamente através do domínio dos corpos legislativos; e, mais ainda, em seqüência a isto, com o domínio da ordem jurídica, tal como ela resolveu moldar essa ordem jurídica para que esse ordenamento viesse a assegurar continuadamente o prevalecimento dos seus interesses. É claro que aqui estou utilizando-me de uma linguagem crítica, uma vez que a linguagem historicamente usada na Revolução Francesa e depois, foi uma linguagem laudatória da liberdade, da igualdade, mas que se despreocupava com diferenças substanciais – que não

No Brasil, o apego a tal tipo de técnica legislativa tinha como objetivo a *segurança jurídica* direcionada a manter uma sociedade marcada pelo predomínio da burguesia mercantil e dos proprietários rurais, que se contrapunham à enorme massa composta pelo proletariado rural.[239]

Insta destacar também que o Código Civil de 1916 – além de ampla utilização de artigos *casuísticos* (especialmente em pontos chaves) – intentou, da mesma forma que a codificação civil francesa, dispor sobre todas as hipóteses possíveis de conflito social[240], buscando a impossível pretensão de alcançar a *completude.*

---

tinham espaço para serem corrigidas em face, apenas, da igualdade formal –, e, que se acentuaram no século XIX, exatamente o que não ocorre hoje, em que a igualdade formal subsiste, mas deixa em inúmeros pontos de prevalecer cegamente, assumindo o seu lugar a tentativa de lograr uma igualdade substancial. Falava-se, também, em fraternidade, quer dizer, a mensagem emblemática, bonita, humanitária, da Revolução Francesa, e que, na realidade, não se realizou no plano histórico. Em verdade, essa Revolução, se teve aspectos positivos, e que se agregaram definitivamente à civilização contemporânea, teve também efeitos negativos profundos. Chega-se a um ponto na exposição que, a meu ver, é sobremaneira importante sublinhar: ela influenciou não só na estrutura do Direito Privado, como também influenciou na estrutura do Direito Processual Civil. Como é que a burguesia dominou, ou, mais precisamente, como manteve o seu domínio, ao longo ou verticalmente sobre todo o organismo público? A burguesia tinha profunda desconfiança dos juízes, uma vez que os juízes eram egressos da antiga nobreza; teve ela, então, que conviver com uma magistratura oriunda, em boa parte, da antiga classe dominante. A forma através da qual a burguesia conseguiu dominar foi exatamente através do instrumento da lei, e, dentro do sistema jurídico, criando a noção de que a lei não podia sequer ser interpretada, num primeiro momento, ou, então, sucessivamente, que havia de comportar, apenas, interpretação literal. Não havia espaço ou liberdade de atuação maior para os magistrados. De outra parte, como expressão do espaço deferido à vontade dos sujeitos na ordem jurídica e o papel exercitado por essa vontade, no campo dos contratos, nós encontramos, no artigo 1.134 do Código Civil francês, o mandamento de que o contrato é lei entre as partes. Isto teve um significado – o mais importante, talvez, ao lado do direito de propriedade –, tal como se encontra definido no Código Civil francês. É preciso ter presente que a burguesia não deixou espaço maior para a magistratura e, paralelamente, predominou de forma absoluta na feitura das leis. Este é um ponto muito importante para se entender bem as mutações que vieram a ocorrer no mundo, durante o século XIX, e, especialmente, tendo como momentos sucessivos de cristalização as referências à primeira e à segunda guerras mundiais, mercê de cujos impactos alteraram-se os valores do individualismo que, em largo espaço, resultou substituído pelo valor do social" (A função social dos contratos no novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 19-20, set. 2003).

[239] Nesse contexto, não se identificava no Brasil, a época do Código de 1916, uma classe intermediária, até porque, como denuncia Francisco dos Santos Amaral Neto: "A classe média era incipiente e parasitária do emprego público, às ordens da oligarquia dominante" (Evolução do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, v. 7, n. 24, p. 81, abr./jun. 1983).

[240] Segundo Gregório Assagra de Almeida: "o *positivismo jurídico* do século XIX tinha o sistema jurídico como manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada. O sistema jurídico era concebido como uma *ordem jurídica fechada*, que se pautava pela *ausência de lacunas*, pela idéia de *sistema como método*, como *procedimento formal* construtivo, por força da qual as regras jurídicas referiam-se a um princípio ou a um número pequeno de princípios, sendo daí

Assim, as soluções para as questões da vida civil estariam todas em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura[241]. Nesse passo, sobressai o apego aos ditames da *escola da exegese* para o fortalecimento da importância do Código Civil como fonte máxima do direito privado, determinando a prevalência deste sobre qualquer outra norma jurídica.

Nota-se, no entanto, que Código Civil de 1916 foi arquitetado sob a bandeira do liberalismo, prestigiando o direito individual inspirado pela Revolução Francesa e pelo Código Napoleônico, mas em verdade funcionou muito mais para acomodar a situação que interessava à classe social dominante, que, a todo custo, pretendia conservar a situação em que se encontrava por meio do apoio legislativo[242]. Sobre a situação narrada, em síntese, afirmou Orlando Gomes que "os grupos dominantes da classe dirigente – a burguesia agrária e a burguesia mercantil – mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era a condição de sobrevivência de seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio que viviam. (...). Por esse interesse fundamental explicam-se as suas inclinações ideológicas. Para defendê-lo encontram no liberalismo econômico sua mais adequada racionalização".[243]

---

deduzidas, caracterizando-se também pelo *dogma da subsunção*, em que o raciocínio jurídico era estabelecido, por intermédio de uma premissa maior (diretiva legal genérica) e de uma premissa menor (caso concreto), resultando na conclusão (manifestação do juízo concreto)" (*Codificação do direito processual brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 16 – grifos no original).

[241] Conforme Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco (*Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116).

[242] Neste sentido, Francisco dos Santos Amaral Neto leciona com vigor: "É um código que consagrava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, e que se traduzia no absolutismo do poder marital e no pátrio poder. Tímido no reconhecimento dos direitos da filiação ilegítima, preocupava-se com a falsa moral de seu tempo, hipócrita nas suas manifestações e reacionária nas concepções. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade correspondente à estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico" (Evolução do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, v. 7, n. 24, abr./jun. 1983, p. 80).

[243] *Razões históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 26-27.

Dessa forma, apesar da estrutural inspiração *orgânica* no BGB, já que nossa codificação – em semelhança do diploma alemão – foi iniciada por uma Parte Geral que se aplicava ao restante de seu corpo normativo, fica evidente a influência dos cânones da Revolução Francesa no Código Civil de 1916.

O modelo de "codificação liberal" adotado criou no país (assim como ocorreu no exterior) um diploma legal máximo paralelo à Constituição da República, de forma que esta última ficou relegada à regência apenas das relações de direito público enquanto o Código Civil foi erigido a uma espécie de "Constituição das relações privadas e da sociedade civil".

Em suma, portanto, o "antigo" Código Civil Brasileiro, promulgado no ano de 1916, arraigado em concepções individualistas do século que o precedeu, tentou assumir o papel de estatuto único das relações privadas brasileiras[244], recheado de dispositivos bem fechados e de interpretação limitada nos pontos principais do diploma.

5.1 O surgimento dos microssistemas

Com o passar do tempo a sociedade evoluiu, as relações sociais multiplicaram-se, tornando-se não só mais numerosas, mas também mais complexas, e, o modelo liberal de codificação não mais se mostrava capaz de reger absolutamente todas as relações jurídicas privadas existentes. A onipotência do legislador, antes considerada arma importante para a manutenção da ordem imposta pela classe mais favorecida, passa a se mostrar insuficiente para resolver a gama de conflitos sociais que surge.

[244] Com exceção à regulação de algumas matérias que já se encontravam albergadas pelo Código Comercial em vigor desde 1850.

Ademais, diante da nova estruturação da ordem mundial e do crescimento dos movimentos sociais que deram início à fase do Welfare State e da intervenção estatal nas relações privadas, a imutabilidade da codificação civil liberal passa a ser questionada. Mostrou-se necessária maior intervenção do Estado-Legislativo e do Estado-Judiciário na produção jurídica a fim de providenciar a regulamentação das relações sociais antes olvidadas pelo Poder Público e que agora passam a ter suma importância.[245-246]

Com efeito, Gustavo Tepedino[247], analisando o processo histórico de intervenção estatal nas relações privadas, sistematiza pelo menos três fases intervencionistas do Estado brasileiro, vejamos.

A *primeira fase* é iniciada logo após a promulgação do Código Civil de 1916, quando os movimentos sociais se intensificam especialmente após a Primeira Guerra Mundial e levam o Estado a agir em favor daqueles considerados, em termos sócio-econômicos, hipossuficientes.

A manifestação infraconstitucional desta intervenção é representada pela edição de leis esparsas no intuito de reequilibrar o quadro social e econômico, com regramentos que começavam a se distanciar dos princípios dominantes da codificação existente. Nesta fase o Código Civil

---

[245] Analisando um dos motivos para os fracassos do sistema fechado, ao abordar a Revolução Industrial e o Código dos Franceses, bem salienta Roberto Senise Lisboa: "Os fatores socioeconômicos supervenientes desmistificaram a idéia de completude que se tinha sobre o macrossistema em questão, destacando-se especialmente a maior participação popular, conseqüência das pressões das massas e do surgimento dos movimentos sindicais e associativos, como reação à inércia do poder público". (Novo Código Civil brasileiro e suas perspectivas perante a constitucionalização dos direitos. In: Bittar, Eduardo Carlos Bianca (Org.). *História do direito brasileiro*: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 434).

[246] No mesmo sentido, como bem ressalta Arruda Alvim, não se esperava (nem se poderia imaginar) que no início do século XX, mais precisamente na década de 1920, surgisse na Europa a chamada "ascensão de massas". Tal fato demonstrou a ineficácia de vários sistemas jurídicos que, pela impossibilidade de antevisão do fenômeno, não tinham como resolver satisfatoriamente a questão com o ferramental existente (*A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 1-2).

[247] Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-22.

mantém substancialmente a sua centralidade e exclusividade na disciplina das relações privadas, sendo a legislação especial instrumento utilizado apenas excepcionalmente pelo Estado, para complementação daquelas regras. Entretanto, diante da multiplicidade de relações jurídicas desencadeadas pela nova estrutura mundial gerada após as Grandes Guerras Mundiais, cresceu vertiginosamente o número de leis *especiais* criadas pelo Estado e o seu caráter de *excepcionalidade* foi abandonado.

A nova realidade, que busca assegurar os direitos de segunda geração (os direitos sociais), não mais é compatível com o individualismo de outrora garantido nas codificações. Nessas condições é que Gustavo Tepedino afirma que "pode-se registrar assim uma segunda fase no percurso interpretativo do Código Civil, em que se revela a perda do seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas. A disciplina codificada deixa de representar o direito exclusivo, tornando-se o direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral. A seu lado situava-se a legislação extravagante que, por ser destinada a regular novos institutos, surgidos com a evolução econômica, apresentava característica de especialização, formando, por isso mesmo, um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil".[248]

Na *segunda fase*, a intervenção estatal se torna mais aparente, pois a atividade do legislador especial não possui mais o caráter de excepcionalidade, afinal, a evolução econômica e social faz surgir diversos novos institutos que não podiam ficar à margem do direito, exigindo regulamentação imediata. Ademais, a política do *welfare state* determina a introdução, nas Constituições, de dispositivos veiculadores da ação positiva do Estado, ou seja, de dispositivos que alcancem também as relações

[248] Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 5-6).

privadas, como, especialmente, o direito de propriedade e de empresa[249]. Dessa forma, retira-se do Código Civil a função de centralizador único das relações privadas, pois ele agora é "podado" pela Constituição e é circundado pela legislação especial.

Com o passar do tempo, a intensificação da atividade legislativa não foi detida, especialmente com a evolução das relações transindividuais, ultrassubjetivas, relações estas que não possuíam o mínimo espaço dentro da codificação civil existente, ainda baseada no individualismo da Era Liberal. Fez-se necessária, portanto, a edição de *legislação de índole especial* (= *leis marginais à codificação*) que não se limitam apenas à complementação das regras gerais impostas no Código, mas sim regulam plenamente setores da sociedade não abarcados pela codificação.

Surge, dessa forma, a *terceira fase* de intervenção estatal, a chamada "era dos estatutos", em que leis especiais disciplinam inteiramente matérias que não são tratadas pelo Código[250] e este último perde, definitivamente, o papel de "Constituição do Direito Privado". A legislação especial agora não disciplina apenas aspectos relevantes das relações que tratam, mas no presente estágio de desenvolvimento

---

[249] Nesse sentido, Renan Lotufo leciona: "Com o advento da nossa Constituição de 1988, ocorreu um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência, por passar a lei maior a disciplinar diretamente matéria que, até então, era de exclusivo tratamento pela lei ordinária, muito particularmente por tratar de matéria objeto de regulação exclusiva do Código Civil. É óbvio que a superveniência do texto constitucional, dentro do estudo da hierarquia das normas, implicará em que ela sempre será o facho, a fonte de iluminação do sistema, e ela que deverá dar valores fundamentais do nosso sistema, por ser refletidora de princípios estruturais" (Da oportunidade da codificação civil. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32). Nesse sentido, em termos: José Augusto Delgado, O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1998: cláusulas gerais e conceitos indeterminados, In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Pontes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 393

[250] Este tipo de *lei especial qualificada,* pois regula inteiramente a matéria, em forma de Estatuto, é comummente chamada de *lei extravagante*, caracterizando-se pelo caráter multidisciplinar que faz com que, em regra, tenha pelo menos a previsão conjunta de direito material e direito processual, conforme pode se notar dos exemplos mais comuns, ainda que com variações da complexidade das matérias tratadas. Há no CDC, em exemplo, um feixe legal mais complexo do que o presente na Lei 8.245/91 (lei de Locações), nada obstante ambos diplomas se notabilizarem como leis extravagantes.

legislativo, acabam por criar verdadeiros microssistemas paralelos ao sistema do Código Civil.[251]

Em síntese, verificou-se que a rigidez do antigo Código gradativamente o tornou um instrumento obsoleto: o paradigma de totalidade da codificação não pôde resistir às rápidas e constantes transformações sociais. O modelo de código então vigente acabou por servir de estímulo ao surgimento dos microssistemas destinados a regular com muito maior dinamismo as diversas (e novas) relações jurídicas que surgiam à sua margem[252-253]. Nesse sentido, conforme anotação de Ricardo Luis Lorenzetti, o nosso "sistema jurídico atual não se funda em uma só lei codificadora; ao contrário, há muitas leis para distintos setores da atividade e dos cidadãos. (...). A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giraram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles".[254]

---

[251] Vale ressaltar que a sistematização exposta, tracejada por Gustavo Tepedino, foi lançada pelo Professor da UERJ ainda na vigência do Código Civil de 1916, sendo este, portanto, o panorama da codificação civilista brasileira observado nos momentos que antecederam a publicação do Código Civil de 2002, havendo, na presente data, alguma evolução, que permite aferir o *status* da codificação nos dias atuais.

[252] Próximo, Celso Fernandes Campilongo lciona que: "O individualismo do século XIX – que, do prisma jurídico, tem contraponto na imagem de um Judiciário que decide com base num ordenamento completo, produzido por um legislador racional que tem suas decisões estabilizadas com base na 'coisa julgada' – vai ceder espaço, gradativamente, ao coletivismo do Estado Social. O ordenamento vai sendo substituído por uma legislação 'descodificada', que rompe com as noções de unidade formal do ordenamento e aponta na direção de múltiplos sistemas normativos" (*Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39).

[253] Complementando essa idéia, Rosa Maria de Andrade Nery*:* "Essa realidade apreendida pelo renomeado Prof. San Tiago Dantas, hoje encontraria, por certo, panorama ainda mais convulso em virtude da multiplicidade de novos fatores que exigiram e autorizaram o surgimento necessário de novos pequenos sistemas para a organização disciplinar de temas que passaram a ter importância tal na sociedade que exigiram providências normativas específicas" (*Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 110).

[254] A descodificação e a possibilidade de ressistematização do direito civil. In: Fiúza, César; Sá, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 221-222.

5.2 A função *participativa* do Código Civil de 2002

Diante de toda a situação explanada, a doutrina de escol postou-se a reprimir a idéia de nova codificação, sustentando que as diretrizes constitucionais e a existência de microssistemas – por si só – eram suficientes para a regular o Direito Privado, postura esta que redundaria, no Brasil, no descarte da idéia de substituir o Código Civil de 1916 por outro diploma codificador.

Com efeito, os estatutos (ou microssistemas) criados pelo legislador interveniente cuidam de disciplinar com alto espaço e calibre as matérias não albergadas pela codificação civil[255], não se limitando na veiculação de regras de direito material, mas também normas processuais, e até mesmo tipos penais e sanções administrativas. Esta atividade legislativa é expressamente pretendida pela Constituição da República, que assume compromissos com a seara privada que somente podem ser regulamentados através da legislação especial, fora da incidência do lugar-comum do Código Civil.[256]

Diante de tal quadro, doutrina de escol, em que o italiano Natalino Irti foi um dos pioneiros, sustenta a existência da chamada "era da descodificação", em substituição ao monossistema do Código Civil, apontando como os dois pilares do ordenamento apenas a Constituição e

[255] Há, em certa medida, a intenção contingencial de que o estatuto cubra os pontos capitais sobre o tema que versa, buscando ser praticamente ser completo, ainda que este use técnica legislativa mais complexa, notadamente se valendo de aberturas propositais no bojo da norma, como acontece no CDC.

[256] Exemplificativamente, destacamos que a própria Constituição de 1988, além de tratar de matérias de cunho privado, favoreceu (ou melhor, determinou) o surgimento dos microssistemas tal como ocorre com o CDC (artigo 48 do ADCT) e com o Estatuto da Cidade (artigo 182), diplomas com índole extravagante, em que há regulação não apenas de regras de direito material, mas também alta gama de dispositivos processuais, com a simbiose entre o direito privado e o direito público.

as leis especiais. Vale conferir o raciocínio desenvolvido pelo referido jurista:[257-258]

> "El ordenamiento jurídico ya no coincide con un solo conjunto de normas, con la antigua y decimonónica constelación que tenía en el centro el Código civil y sobre éste gravitaba el movimiento de las leyes especiales. El Código civil es ahora uno de los sistemas, de que se compone el gran universo del Derecho privado. Otros núcleos de normas, roto cualquier nexo con el Código civil, se constituyen en sistema y se desarrollan según lógicas de sector. La Constitución, puesta al vértice de la pirámide normativa, garantiza la unidad del poli-sistema, vincula a uno y otro núcleo de leyes, expresa una lógica común y general."

No entanto, o legislador brasileiro não abraçou a postura da *descodificação*, e a pretensão de um segundo Código Civil não foi afastada[259]. Diante desse quadro, indaga-se: Qual a função do Código Civil de 2002 em nosso sistema?

---

[257] Fundamental anotar que os estudos de Natalino Irti foram essenciais para as conclusões aqui postas e hoje consagradas na doutrina nacional, destacando-se o clássico trabalho: *L'età della descodificazione*, Milano: Giuffrè, 1989 (que recebeu versão em espanhol: *La edad de la descodificación*, Barcelona: Bosch, 1992). No Brasil, destaca-se o clássico texto de Orlando Gomes (A caminho dos micro-sistemas. In: *Novos temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983), antecipando-se a autorizada dicção de Gustavo Tepedino (com ótimos textos, como por exemplo: O velho projeto do revelho Código Civil. In: *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; Gustavo Tepedino, Editoriais da *Revista Trimestral de Direito Civil,* volumes 7, 10, 13, 14 e 15). Conferir ainda, entre vários, com outras críticas: Antonio Junqueira de Azevedo (Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000); Carlos David Santos Aarão Reis (Da desnecessidade de novo Código Civil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 11, n. 39, p. 68-81, jan./mar. 1987); Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, p. 243-263, out./dez. 2000); Luís Edson Fachin (A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 757, p. 64-69, nov. 1998).

[258] *La edad de la descodificacion*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 63-64.

[259] Vários são os fundamentos que a doutrina apresenta para a defesa da manutenção da codificação civil. Para os defensores da manutenção da codificação, ainda que o modelo de legislação fechada seja insuficiente para abarcar a multiplicidade das relações sociais, não há outras soluções mais viáveis ao Direito, sendo certo que uma codificação aberta – ou seja, com maior mobilidade interpretativa e operativa – seria capaz de veicular as regras de maior estabilidade na prática privada, relegando para a legislação especial a regulamentação das categorias diferenciadas e a posição do Código Civil como eixo central do sistema privado estaria preservada. Entre os estudos sobre o tema, vale conferir alguns textos publicados na coletânea *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado (Organização de Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002), destacando-se os trabalhos de José Levi Mello do Amaral Júnior, Ronaldo Gatti de Albuquerque e Carin Prediger.

A pergunta é justificada pela aferição de duas premissas, quais sejam: (1) o próprio Código Civil de 2002, em decorrência da técnica legislativa em que foi elaborado reconhece a importância dos microssistemas[260-261]; (2) a Constituição Federal de 1988, diante do seu caráter social, com grande interferência nas relações do indivíduo, atraiu para si papel de distribuição de bases ao Direito Privado.

Primeiramente, deve ser destacado que o fato de a Constituição Federal passar a dispor sobre matérias até então consideradas de abrangência exclusiva do Direito Privado (à luz da ultrapassada dicotomia Direito Público – Direito Privado) não implica o entendimento de que houve o esvaziamento do Código Civil, pois as matérias tratadas em nível constitucional são de *natureza ultrassubjetiva*, ou seja, ainda que com apego social, não há descarte na própria relação subjetiva.

A par dessa idéia, a Carta Política de 1988 influenciou a arquitetura da codificação, de modo que, na relação subjetiva que irá o Código tratar, fique preservado o conteúdo social ditado constitucionalmente.

Contudo, em momento algum, os ditames constitucionais retiraram do Código Civil o *status* de diploma básico das relações privadas. Muito pelo contrário, propiciaram ao Código Civil de 2002 não só a possibilidade de *recodificar* o Direito Privado de acordo com a ordem constitucional, mas também permitiram a fixação de elementos de orientação para os

---

[260] A importância conferida pelo legislador aos microssistemas pode ser, exemplificativamente e num primeiro momento, demonstrada por meio de uma simples comparação entre o artigo 1.807 do Código Civil de 1916 com o seu "equivalente" da atual codificação, artigo 2.045 do Código de 2002. Aquele indicava a revogação de das Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil pelo Código reguladas, este, por sua vez, indica revogação tímida no sistema.

[261] Para efeito da presente dissertação, tal análise é fundamental, diante da aferição que se terá que fazer na relação do Código Civil com o Estatuto da Cidade. Mais ainda, o disposto no artigo 1.377 do Código Civil deixa claro que parte da regulação do direito de superfície será feito por lei especial ("artigo 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial").

microssistemas e, por fim, o mais interessante, o uso da codificação para dar efetividade às diretrizes estampadas na Carta Magna.[262]

Dessa feita, o atual Código Civil tem função *participativa* nas questões constitucionalmente tratadas, servindo de vetor direto ou de instrumento de ligação com os microssistemas para a efetividade constitucional. Nesse ponto, a novidade legislativa de modelo estrutural móvel permite o transporte dos valores constitucionais, para a legislação infraconstitucional, efetivando-os a partir do preenchimento de *dispositivos vagos* (isto é, com *abertura proposital*) constantes da codificação, com a valoração almejada na nossa Carta Maior[263-264]. Nessa missão, o legislador muito se valeu das chamadas *clausulas gerais*[265]

---

[262] No mesmo sentido: Renan Lotufo (Da oportunidade da codificação civil. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32, p. 28). "(...) não há como negar a importância do Código na vida do cidadão comum, pois só ele será capaz de dar efetividade às regras consubstanciadas na Constituição Democrática". Como exemplo evidente, da efetivação de princípios constitucionais efetuados pelo Código Civil, destacamos a atual previsão do artigo 57 (com redação dada pela Lei 11.127/2005), que estabelece que: "A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto." Destacamos que além de representar efetivação dos princípio constitucional da ampla defesa (artigo 5º, LV – "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"), a atual previsão do artigo 57 representa também exemplo de recodificação, uma vez que tal postura já havia sido estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 158.215 / RS - Rio Grande do Sul).

[263] Nessa linha, com o abono de Ronaldo Gatti de Albuquerque e Judith Martins-Costa: "Outro aspecto de extrema importância no que diz respeito ao papel das cláusulas gerais no sistema está na sua relação com a Constituição, porquanto elas seriam os instrumentos aptos a dar fluidez aos valores constitucionais, iluminando as demais normatizações e dando-lhes a necessária unidade. No dizer de Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais constituem janelas, porta e avenidas que ligam os modernos códigos civis a outros corpos normativos – mesmo extra jurídicos –, vinculando-os, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais" (Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: Martins-Costa, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-173, p. 81).

[264] Próximo: André Osório Gondinho (Codificação e cláusulas gerais, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, p. 12, jan./mar. 2000).

[265] Cláusulas gerais, em apertada síntese, são normas lançadas em forma de diretrizes, dirigidas ao Estado-Juiz, que deverá – dentro do que foi previamente traçado pelo legislador – dar a solução mais perfeita, observando, para a concretização da atuação judicial, não só o critério objetivo, mas também situações particulares que envolvem cada caso. Registre-se que qualquer estudo a ser efetuado sobre o tema reclama a leitura do material produzido por Judith Martins-Costa, entre os quais destacamos: O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 24-48, jul. 1998; *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional, São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999; As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v.

Como exemplo claro, e fundamental para o desenvolvimento de nossa dissertação, basta examinar o parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil[266] que, através de abertura proposital, permite que

28, v. 112, p. 13-32, out./dez. 1991; O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Síntese, v. 17, p. 189-204, 1999; Judith Martins-Costa; Gerson Luiz Carlos Branco (*Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002). Com boa abordagem sobre o tema, confira-se ainda: José Augusto Delgado (O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1998: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: *aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Pontes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 395-396); André Osório Gondinho (Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 1,v. 1, p. 3-25, jan./mar. 2000). Da possibilidade de existência de cláusulas gerais com técnicas diferenciadas na sua tipologia, a doutrina tem classificado tal instituto, quanto à sua estrutura, em três espécies, a saber: (a) *restritivas* → as cláusulas gerais surgem para delimitar ou restringir determinadas situações que decorrem de regra ou de princípio jurídico. A função social da propriedade, nos termos do parágrafo 1° do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, é um exemplo de cláusula geral restritiva, na medida em que afeta as faculdades inerentes ao proprietário, previstas no *caput* (usar, gozar, dispor e reaver); (b) *regulativas* → são utilizadas como princípio para regular situações fáticas sem desenho acabado na legislação, como é o caso do da responsabilidade civil por culpa (artigo 186 do Código Civil de 2002); (c) *extensivas* → permitem o alargamento da regulação jurídica, através do uso de regras e princípios de outros textos legais, como ocorre na parte final do parágrafo 1° do artigo 1.228, ao remeter à conformidade do uso da propriedade "com o estabelecido na lei especial". Essa classificação é também adotada também por Judith Martins-Costa (O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 38, jul. 1998) e André Osório Gondinho (Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, p. 3-25, jan./mar. 2000.). Na verdade, trata-se de sistematização consagrada em doutrina estrangeira, conforme anota António de Menezes Cordeiro: *"(...) indique-se os três grandes tipos de cláusulas gerais: restritivo, extensivo e regulativo"* (*Da boa-fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.184). Registre-se que os *dispositivos com vagueza proposital* já estavam presentes no Código Civil de 1916, entretanto, como destaca Ruy Rosado de Aguiar Júnior, esse código usou pouco das cláusulas gerais. Como exemplos no Código de 1916 os artigos 159, 924, 964, 1.056 (O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 48, p. 55-68, out./dez. 2003). Cabe destacar, entretanto, que na Parte Geral, diante da necessidade de fixação de conceitos com aplicação em todo sistema, o legislador optou por critérios objetivos mais fechados. Justificando a postura, conferir: José Carlos Moreira Alves (*A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 27). Nesse sentido também, Judith Martins-Costa: "As cláusulas gerais não estão uniformemente dispersas no Projeto, e nem poderiam estar, pois é da natureza do Direito Civil conter campos que requerem maior ou menor ductilidade. A Parte Geral, destinando-se a 'fixar parâmetros de todo sistema' – como afirmou José Carlos Moreira Alves – vem marcada com o 'máximo rigor conceitual'. Abriga, mesmo assim, ponderável número de normas abertas ou semanticamente vagas, inclusive fazendo remissão a princípios ou direcionando o juiz à pesquisa de elementos econômicos e sociais". (O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 38, jul. 1998).

[266] "Artigo 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas."

Constituição Federal, através do artigo 5º, XXIII[267], interaja não só com disposto no Código Civil, mas também com toda a legislação que apresente laços para a observância da finalidade social da propriedade.[268]

Desse modo, a codificação ora em vigor apresenta desenho mais móvel, para ter *função participativa*, reconhecendo expressamente: (1) a importância dos microssistemas e das leis especiais; (2) a existência de diretrizes constitucionais que devem ser seguidas pelo Direito Privado[269]. A aferição que ora fazemos não é absolutamente original, colhendo-se do professor Renan Lotufo lições próximas à nossa posição:

> "O Código Civil, como já dissemos repetidas vezes, não é mais o centro. A Constituição passou a ser o foco de informação. Mas nunca podemos deixar de lado que o Código também tem uma função participativa, intermediária entre a Constituição e os microssistemas. Esta tendência do direito em criar microssistemas não pode deixar de lado regras gerais, que nem sempre são reguladas por estas leis especiais, as quais, em geral, se amparam nos Códigos para regular situações específicas".[270]

---

[267] "Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social".

[268] Há, em volta da função social da propriedade, a formação de um grande microssistema *multidisciplinar*, agregando diplomas variados, caracterizando-o como *'legalmente complexo*', isto é formado pela união *comunicante* e *subsidiária* de diversos corpos legais. A assertiva, para nós, é imune de dúvidas, até mesmo porque, como bem anota Diana Coelho Barbosa, a análise da função social da propriedade envolve "aspectos não só de Direito Privado, mas também de Direito Constitucional, Administrativo, Urbanístico e Agrário" (Função social da propriedade. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito, PUC-SP*, São Paulo, n. 2, p. 111, 1995). Em certa medida (e com as devidas adaptações), o mesmo fenômeno ocorre com a tutela coletiva, que é regulada por uma larga quantidade de diplomas legais. Confira-se, no sentido: "A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, *compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se* (...)". (STJ, REsp. 510.150/MA, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, *DJU*, de 29.3.2004, p. 173).

[269] Nesse direcionamento, Gustavo Tepedino: *"*O Texto Constitucional, como já insistentemente sublinhado, foi o responsável pela transformação valorativa do direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, ao qual funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais" (A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: Fiúza, César; Sá, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 128).

[270] Da oportunidade da codificação civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 22, n. 68, p. 25, dez. 2002.

Assim, ratificando a idéia de que há utilidade na existência de um Código, mas visando não cometer os erros do passado, o legislador pátrio concebeu o novo diploma para ser instrumento de *ressistematização*, resgatando a importância da codificação, sem, entretanto, deixar de buscar a mobilidade do sistema, tomando assim, atitude diametralmente oposta à do legislador de 1916.[271]

A pretensão de ser o eixo central, como se sozinho regulasse toda a matéria privada[272], desprezando a Constituição Federal e os microssistemas, não se confunde, *data maxima venia*, com idéia de codificação com postura central (*com entradas e saídas*) para regulação dos institutos privados (gerais) em conformidade com a Constituição. A segunda via é que foi abraçada pelo Código Civil de 2002, conforme muito bem esclareceu Clóvis do Couto e Silva que, certamente, foi um dos grandes responsáveis pela nova estrutura codificante. Confira-se:

> "O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto do Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País. A importância está

[271] Sem a estrutura móvel propiciada pela técnica legislativa das cláusulas gerais, não é possível a interação que é necessária para que o Código Civil seja instrumento de grande utilidade. Orlando Gomes chegou a defender que a codificação de 1916 poderia sobreviver se fosse atualizada *"mediante processos técnicos"*, através de *"instrumentos de sincronização",* com a *"incorporação de conceitos amortecedores".* Confira-se: "Não se trata, pois, de rever o Código Civil para mudar o substrato das instituições jurídicas que abriga –, mas, tão-somente, de atualizá-lo mediante a incorporação de instrumentos que possibilitem sincronizá-lo ao espírito da época, facilitando a tarefa do aplicador através da adoção de princípios flexíveis que se ajustem a fatos novos e a comportamentos diferentes, que neutralizem, na prática, a aplicação das regras que a realidade subverte. É possível que, durante algum tempo, a adequação da lei aos fatos possa ser realizada mediante a incorporação aos Códigos de conceitos amortecedores" (O Código Civil e sua reforma, In: *Direito privado*: novos aspectos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 115-127, p. 126). A delimitação para a reforma conceitual sugerida pelo jurista baiano está bem próxima do que foi introduzido como estrutura orgânica do Código Civil de 2002. Destaque-se, ainda que, embasado em estudo de Natalino Irti, Orlando Gomes, posteriormente, apresentou excelente trabalho sobre a *descodificação* (A caminho dos microssistemas, In: Barros, Hamilton de Moraes e. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984).

[272] Correta, ao nosso ver, a anotação de Fábio Siebneichler de Andrade: "(...) o modelo oitocentista de código revela uma incompatibilidade com as exigências de uma sociedade dia-a-dia mais complexa. A intenção totalizante da codificação poderia funcionar adequadamente em um período como o século XIX, em que se predominava uma sociedade liberal-burguesa, e cujas demandas em relação ao Estado ainda eram incipientes" (*Da codificação*: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 157).

> em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de modo aberto. Não se trata, a toda evidência, de um modelo sistemático, ao estilo das Ciências Exatas: porém, a concepção oposta tornaria incompreensível o Direito, pois ele exige um núcleo valorativo e uma técnica comum no Código Civil e nas leis especiais. Não se pode, portanto, dizer que o grande número de leis se oponha à idéia de código. Isto significaria, em última análise, a recusa absoluta à idéia de sistema. (...) O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contêm 'cláusulas gerais', um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o corpus juris vigente com novos princípios e normas".[273]

Por tudo, a unidade que o Código Civil de 2002 representa no campo legislativo não se finca na completude desejada nos códigos construídos a partir do modelo francês, pois a pretensão participativa do Código Civil está muito mais em dar efetividade às regras constitucionais e em manter a coerência do sistema[274-275]. Essa missão – fique bem claro –

---

[273] O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. In: Fradera, Vera Maria Jacob de (Org.). O *Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 30-31.

[274] Neste sentido Fábio Siebeneichler de Andrade (*Da Codificação*: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 147): "A tese no sentido de a codificação ser um elemento superado parece, a olhos apressados, consolidada. No entanto, assim não sucede. Uma análise mais aprofundada das situações, bem como um exame da doutrina jurídica revelam que o fenômeno da codificação ainda granjeia adeptos e alcança novas finalidades. Entre elas, podemos destacar, inicialmente, que o código ainda é uma forma de legislação que está associada à modernidade. De outro lado, o código não é mais percebido na mesma acepção global e totalizante do século passado. Surge a tendência de pensar o código como um elemento central do sistema jurídico. Por fim, caberia ao código uma derradeira atribuição: facilitar a harmonização do Direito, especialmente do direito privado. Ao contrário do que se poderia pensar, a idéia de Código não se tornou uma forma superada de legislação".

[275] Admitir função diferente para o Código Civil de 2002 evitará que ele perca o predicado de unificador do sistema, mesmo que com *natureza participativa*, nos termos em que destacamos no corpo do texto. O que ocorreu na Itália, ainda que em contexto diferente ao nosso panorama, pode ser aproveitado como lição, a fim de que a utilização da codificação – como *link* com os microssistemas e a Constituição Federal – contribua para a unificação sistemática, necessária em qualquer modelo a ser adotado. Oportunas, pois, as lições de Pietro Perlingieri para as nossas adaptações: "Ao lado do Código Civil de 1942, ainda em vigor com algumas modificações, cabe considerar o notável peso da legislação emanada, posteriormente. Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente em perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microssistemas, com a ausência de um desenho global" (*Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed.

só será possível pelo uso de sistema móvel que permita a comunicação com outros diplomas, situação que não ocorria no Código Civil de 1916.[276]

5.3. Os princípios do Código Civil de 2002

Às claras, quando o legislador optou por edificar um Código Civil que recebe forte influência do Direito Constitucional, comunica-se com os microssistemas e prestigia *dispositivos vagos* em pontos chaves do diploma, há alteração, evidente, nas diretrizes que deverão ser seguidas pelo intérprete da codificação de 2002, uma vez que bem distanciadas do modelo de 1916. Não é á toa, portanto, que o Professor Miguel Reale defendeu que o Código Civil de 2002 está calcado em três princípios básicos (*socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*), servindo estes como as linhas de orientação na hermenêutica e aplicação do atual diploma, não sendo, assim diverso, em se tratando do direito de superfície.[277]

Rio de Janeiro; Renovar, 2002, p. 5-6). Pensamos que a adoção de esquema móvel que propicie a permeabilidade do Código Civil de 2002 com outros diplomas, em especial para alcançar a fluidez e efetividade constitucional, consagrará a codificação como elemento de utilidade à estabilidade do sistema.

[276] Corroborando nosso entendimento exposto ao longo do texto, José Levi de Mello do Amaral Júnior destaca: *"(*...) não há mais espaço para codificações legislativas com a pretensão de – em um todo normativo pleno de si mesmo – prever e solucionar todas as situações e conflitos possíveis na sociedade, seja no presente, seja no futuro. É neste contexto que ganham espaço as chamadas 'claúsulas gerais', espécie normativa apta a oxigenar o paradigma oitocentista de código, dotando-o de mecanismos flexíveis, facilmente adaptáveis às novas situações da vida contemporânea. Substitui-se, assim, o modelo de sistema – pretensamente – fechado e totalizante dos códigos oitocentistas por um modelo de sistema relativamente aberto, no qual um código rico em cláusulas gerais – e animado pela axiologia constitucional –, interage, constantemente, com novas realidades concretas." (Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: Martins-Costa, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69).

[277] O apego aos princípios é fundamental para a resolução de algumas questões que adiante abordaremos, eis que o intérprete não pode desprezar a trinca principiológica ao encarar às normas atinentes a qualquer instituto, mormente o direito de superfície que possui vínculo íntimo com o princípio da socialidade, a se considerar como sendo a figura um dos vetores para a efetivação da função social da propriedade, consoante veremos em capítulo a seguir, ainda que de forma panorâmica.

Assim, traçadas as premissas principais que demonstram que o Código Civil de 2002 possui perfil diferenciado à pretérita codificação, trilha semelhante irá desvendar as bases que se encontram alicerçados os princípios do diploma que, repita-se, não podem ser desprezados no manejo dos seus dispositivos.

5.3.1 Princípio da socialidade

O princípio da socialidade altera a visão individualista constante no Código Civil de 1916, a fim de que os institutos e as relações privadas não possam ser desvinculados de um sentido social, com a prevalência de valores fundamentais da pessoa humana. Há, aqui, grande influxo das diretrizes constitucionais no âmbito do Direito Privado e, o contrário de um raciocínio apressado, a *socialidade* não veio surgir em detrimento do direito individual, perdendo este espaço para o Poder Público, como se em verdadeira "reforma marxista". Na realidade, o proprietário que usa e abusa de sua propriedade causando danos ao meio ambiente, assim como o empresário que se utiliza da pessoa jurídica da qual participa para burlar ao mercado, acabam por criar um ambiente que transbordará o (seu) arbítrio individual, justificando a limitação da (sua) soberania em razão de sentimentos individuais que se aglutinam em sociedade.[278]

Sendo assim, o princípio da socialidade e o individualismo hão sempre de ser confrontados em ângulos mais extensos, "impondo a relação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a

[278] Com a evolução da sociedade houve a preocupação na revisão dos conceitos dos principais personagens da vida privada (o contratante, o proprietário, o *pai* de família, o testador e o empresário). Por exemplo, a mudança de *pátrio poder* para o *poder familiar* (em decorrência da própria alteração social, com a emancipação da mulher).

pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação".[279]

A aplicação do princípio da socialidade permitiu o encravamento de novas situações no Código Civil, entre as quais, podemos tirar o exemplo da *posse qualificada* que*,* pelo resultado em benefício à sociedade, importa em análise que extrapola a relação puramente intersubjetiva do *proprietário* e do *possuidor*. Resumidamente, se as acessões e/ou benfeitorias introduzidas pelo possuidor criarem *bônus social* (*=resultado positivo à sociedade*), a posse respectiva se *qualificará*, gerando *situação de vantagem* em benefício do possuidor[280]. Tanto assim que, configurando-se a *posse qualificada*, poderá surgir – entre outros efeitos – a diminuição dos prazos da prescrição aquisitiva (usucapião), consoante disposto ao longo dos artigos 1.238 e 1.242[281]. A mesma *posse qualificada* cria a inédita (e controvertida) figura prevista nos parágrafo 4º e 5º do artigo 1.228[282], permitindo que grupo de possuidores tenham acesso a excepcional forma de aquisição onerosa da (extensa) área, compelindo, portanto, o

---

[279] Conforme Miguel Reale (*O Projeto do novo Código Civil*: situação após aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7-12).

[280] Teori Albino Zavascki afirma que a posse qualificada é "marcada por elemento fático caracterizador da função social: é a posse exercida a título de moradia e enriquecida pelo trabalho ou por investimentos" (A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: Martins-Costa, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 844).

[281] "Artigo 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. *O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo*". "Artigo 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único**.** *Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo* se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, *desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico*". (destacamos).

[282] "Artigo 1.228. (...) § 4º *O proprietário também pode ser privado da coisa* se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, *em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.* § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores" (destacamos).

proprietário a vendê-la em valor justo, capaz de representar a área em testilha.[283]

Da correta leitura do princípio da socialidade, facilitada pelo uso dos exemplos apresentados, é possível se afirmar que Código Civil de 2002 enalteceu a importância dos institutos de direito privado para a sociedade.

Quando se cogita em *funcionalização* de figuras como o contrato e a propriedade, há evidente preocupação na proteção de tais institutos pela relevância que possuem para toda a sociedade. Por exemplo, ao se evitar a onerosidade excessiva (com o afastamento do locupletamento ilícito), em influência do *princípio da socialidade*, enaltece-se a importância da manutenção do contrato sempre em *condições de equilíbrio mínimo*, pois assim haverá a correta circulação de riquezas que é vital para a sociedade, coibindo o enriquecimento (sem causa) de um contratante em detrimento do empobrecimento (injustificado) do outro, uma vez que o resultado de tal situação se refletirá nocivamente em toda a sociedade.

---

[283] Observe-se no sentido que, se o proprietário já estiver explorando a propriedade (isto é, exercendo seu direito individual de propriedade), afasta-se a possibilidade de terceiro, que se diz possuidor, de adquiri-la. Contudo, se por atitude negativa do proprietário, o exercício de seus poderes forem exercidos por terceiro (possuidor qualificado) que – dentro de contexto desejado pela sociedade – passa a encaixar a propriedade na ciranda social, permite-se não só a *inversão* na proteção, mas também a consolidação da propriedade em favor do segundo. De todo modo, fique bem claro que *função social da propriedade* não se confunde com a chamada *função social da posse* (que dá ensejo ao que chamamos antes de *posse qualificada*). A conjugação inteligente dos artigos. 1.196 e 1.228 do Código Civil nos permite verificar a existência de pontos comuns, inclusive em disputa de espaço, já que a *função social da posse* permite ao possuidor (que não é *dono*) posição privilegiada em pendenga com o proprietário. Sobre a tensão entre a *função social da posse* e a propriedade, colhe-se o estudo: Ana Rita Vieira Albuquerque (*Da função social da posse e a sua conseqüência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002). Conferir, ainda, sobre a dicotomia: Luiz Edson Luiz Fachin (*A função social da posse e a propriedade contemporânea*: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988). Todavia, certo é que se o proprietário der *função social* ao bem, nosso sistema lhe dá potentes instrumentos de proteção, pois interessa não só ao direito individual a manutenção da situação (=*propriedade com função social*), mas a todo um quadro de interesse difuso que se beneficia com a postura exercida pelo proprietário. É correto, assim, dizer que pelo o Código Civil de 2002 propicia mais proteção ao proprietário que exerce seus poderes nos meandros da *função social*.

Portanto, o princípio da socialidade não retira do indivíduo seu total arbítrio. Coloca-o, em razão bem diversa, numa zona gabaritada, fixada por linha de controle (*com normas de ordem pública*), para que não ocorra o uso destrilhado de institutos privados, eis que os reflexos da conduta poderão ser sentidos não apenas pelos partícipes da relação, mas por espectro mais amplo, disseminado em sociedade.

A partir dessa visão, com leitura do princípio da socialidade, fica mais clara, inclusive, a interpretação do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil[284] que, como *cláusula geral restritiva*, é vetor de controle nas relações que envolvam figuras de Direito Privado relevantíssimas para a sociedade, permitindo a intervenção judicial na relação quando ocorrer o abuso na utilização e disposição atreladas às figuras privadas *funcionalizadas*, justamente em razão da importância social destas.

5.3.2 Princípio da eticidade

O princípio da eticidade, por sua vez, privilegia os critérios éticos (p. exemplo: boa-fé, justa causa, equilíbrio da relação jurídica). Trabalha com a idéia de que as relações privadas não podem ser concebidas para causar prejuízo alheio.

A inserção da *boa fé objetiva* retrata, às claras, a grande influência do *princípio da eticidade* em diversos pontos da codificação, notadamente no campo negocial[285]. Assim, em homenagem à diretriz, por exemplo, o

---

[284] "Artigo 2.035 (...) Parágrafo único **-** Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

[285] A boa-fé objetiva ilumina todo o direito obrigacional, conforme pode se aferir dos arts. 421 e 422: (artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato; artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé).

contratante deve esperar do antagônico conduta semelhante a sua, ou seja, aquela que emprega na própria relação firmada.

Não suficiente, em influência do princípio da eticidade (e fora do campo negocial), no Código Civil em vigor, mais do que nunca, o legislador premiou aquele que está de boa-fé, criando-lhe várias situações de *bônus*, com forte penalização ao que age de má-fé, aplicando-lhe revés.[286]

Desse modo, com o princípio da eticidade critérios como a confiança, a probidade, o equilíbrio, a cooperação e a lealdade passaram a ter relevância maior, pois tais valores são essenciais para a sociedade, merecendo, via de talante, prestígio no momento da aplicação da norma[287], até mesmo porque acabam por valorizar o ser humano dentro da sociedade. E, neste passo, devemos lembrar que a Constituição Federal de 1988, como luz do Código Civil de 2002, preza a dignidade humana, sendo fundamental que a codificação auxilie na instalação de ambiente favorável para tanto.[288]

---

[286] No direito das coisas a situação fica evidente após a leitura do artigo 1.222 (O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual). Outro bom exemplo do bônus ao possuidor de boa fé está no parágrafo único do artigo 1.255: (Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Parágrafo único**.** *Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo* – destacamos).

[287] Há interseção entre os princípios da eticidade e socialidade, o que não importa em superação ou prevalência desses dois princípios Nesse sentido, Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco lecionam: "Ambas – eticidade e socialidade – constituem perspectivas reservadamente conexas, pois as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade. A distinção ora procedida, de cunho meramente pedagógico, não faz mais do que assinalar ênfases, ora pendendo para o fundamento axiológico das normas, para inclinando-se às suas características numa sociedade que tenta ultrapassar o individualismo, não significando, de modo algum, que uma regra ética não se ponha, também, na dimensão da socialidade, e vice-versa".(*Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131).

[288] Próximo, José Augusto Delgado arremata: "Concluímos com o pronunciamento de que a eticidade no Novo Código Civil visa imprimir eficácia e efetividade aos princípios constitucionais da valoração da dignidade humana, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade, da boa-fé, da honestidade nas relações jurídicas de direito privado" (A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, p. 203). Em termos: Maria Celina Bodin de Moraes (Constituição de direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano

5.3.3 Princípio da operabilidade

O princípio da operabilidade manifesta-se de diversas formas no Código Civil de 2002, demandando análise mais alongada.

Primeiramente, tencionou-se com tal diretriz que as matérias dispostas no Código Civil fossem postas para fácil aplicação, não causando embaraço na sua execução. No detalhe, a *operabilidade* pode ser vista sobre dois enfoques: material (i)→ decorrente da enunciação da norma, e (ii) processual → aplicação concreta da norma, conforme interpretação intuitiva das palavras do condutor do noviço diploma codificado, Prof. Miguel Reale: "(...) o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão os elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na *enunciação* e na *aplicação* da norma".[289]

Na simplificação dos dispositivos, segundo parte da doutrina[290], um dos exemplos em que aflora o princípio da operabilidade está na adoção de critério mais seguro no Código Civil atual, em relação à codificação anterior, quanto à distinção da prescrição e da decadência, seguindo linha legal que - apesar de sujeita às criticas científicas[291] – já vinha sendo adotado no

---

89, v. 779, p. 57, set. 2000). Segundo a lição de Jacy de Souza Mendonça: "Quando os autores do projeto se referem à eticidade, à boa-fé, aos bons costumes, não estão falando, pois, em Ética ou Moral, mas empregando uma qualificação do elemento subjetivo, variável, mutável, que deve presidir a conduta humana. Esta parece ser a melhor forma de recortar a idéia que está por baixo do termo eticidade, por eles utilizado*"* (Princípios e diretrizes do novo Código Civil. In: Malheiros, Antonio Carlos et al. *Inovações do novo Código Civil*, São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 19).

[289] Visão geral do novo Código Civil. In: Tapai, Giselle de Melo Braga (Coord.). *Novo Código Civil brasileiro*: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 16.

[290] No sentido, entre vários: Milton Paulo de Carvalho Filho (*Indenização por equidade no novo Código Civil.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 56) e Carlos Roberto Gonçalves (*Principais inovações no Código Civil de 2002*: breves comentários. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5).

[291] Adotou-se a fórmula defendida por Agnelo Amorim Filho (causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado em lei), em detrimento da formula defendida por Câmara Leal (a decadência extingue o direito e a prescrição extingue a ação). Explicando bem a dicotomia e a adoção 'operativa', confira-se: Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 219-269).

Código de Defesa do Consumidor (arts. 25 a 27 do CDC), tendo o legislador civil o zelo de estampar rol respectivo no novel (arts. 205 e 206 do CC), o que sem dúvida cria ambiente mais seguro ao jurisdicionado.[292]

Ademais, com o olhar no princípio da operabilidade, não parece ter ocorrido sacrilégio na inclusão de algumas normas com índole heterotópica ou bifronte no Código Civil, no que se refere especificamente aos *pedidos contrapostos*, pois tal técnica permite a agilização do resultado útil da pendenga. Assim, em questões eleitas previamente pelo legislador, não há necessidade da formalização (*física*) de dois processos, podendo o réu formular pedido se houver identidade na causa de pedir das pretensões dos litigantes (representada pelos mesmos fatos)[293-294]. Basta, pois, verificar os artigos 157, parágrafo 2º; 479; e 1.241[295] da nova codificação que não encontram precedente no diploma de 1916.

---

[292] Outro interessante exemplo também está no artigo 1.417 do Código Civil, quando o legislador fez o divisor das situações em que a promessa de compra e venda será direito real, sobre coisa alheia, de aquisição, fixando seus pressupostos.

[293] Às claras, com dispositivos mais simples no Código Civil em pontos nucleares e com a inserção de regulações que visam implementar manejo mais útil das ações judiciais, há uma tendência de justiça mais célere, na medida que são evitadas discussões de natureza acadêmica sobre as normas simplificadas, permitindo, de outro lado, que apenas uma sentença resolva toda a relação controvertida, evitando-se o ajuizamento de outras ações. Este paralelo faz com que seja permitido dizer que o *princípio da operabilidade* é aliado para que seja alcançada a *duração razoável do processo*, diretriz hoje encravada em nosso ordenamento constitucional (artigo 5º, LXXVIII), após a EC 45/04. No sentido, lançamos breve abordagem no seguinte artigo: Aspectos panorâmicos do "tempo" na "realização do direito". In: Silva, Bruno Freire e; Mazzei, Rodrigo (Coords.). *Reforma do Judiciário*: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006.

[294] Sobre as boas e más relações do Código Civil de 2002 com o Direito Processual Civil recomendamos a leitura dos textos que formam a coletânea Reflexos no Novo Código Civil no Direito Processual (Didier Junior, Fredie; Mazzei, Rodrigo (Coords). Salvador: Juspodivm, 2006), em especial os estudos *O novo Código Civil e o direito processual* de autoria de José Carlos Barbosa Moreira, *Das relações entre o Código Civil e o direito processual civil* de lavra de Alexandre Freitas Câmara, e *O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual* escrito por Humberto Theodoro Júnior.

[295] "Artigo 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. (...) § 2º Não se decretará a anulação do negócio, *se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito*". "Artigo 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação." Artigo 479**.** *A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato*". "Artigo 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel". (destacamos).

Em outra faceta do princípio da operabilidade, o legislador pretendeu evitar que o diploma codificado fosse rapidamente corroído pela ineficiência na sua aplicação, seja no plano *temporal*, como também no *plano espacial*. Com efeito, iluminado pela diretriz, o legislador fez o uso de *conceitos (dispositivos) vagos* que permitem o melhor ajuste das concepções extraídas da sociedade, sempre em intenso movimento (*fator tempo*) e que, em razão na grande extensão de uma nação de dimensões continentais, demonstram peculiaridades inevitáveis (*fator espacial*).[296]

Assim, com a inserção em pontos importantes de *dispositivos abertos* (em forma de *conceitos vagos*), fez-se a proteção contra os naturais efeitos do *tempo* (*moldando-se a interpretação da norma à evolução da sociedade*). Ademais, as normas com tecido aberto criaram *efeito imunizante* contra possíveis contradições na aplicação de código com espectro de *espa*ço tão amplo (*ao premiar soluções para casos concretos com apego às concepções locais, num país de dimensão magnífica*). O artigo 113 do Código Civil é exemplo didático do escudo lançado pelo legislador para amortecer os efeitos do *tempo* e do *espaço* no aplicar direito civil codificado.[297]

Em reforço protetivo às nuances do *tempo* e do *espaço*, além dos *conceitos vagos*, o legislador foi atento à necessidade de comunicação constante da codificação com os *microssistemas*, remetendo para leis especiais ou extravagantes certos regramentos ainda não maduros ou de grande instabilidade.

---

[296] Tire como exemplo a seguinte situação: a expressão *extensa área* do § 4º do artigo 1.228 poderá ser aplicada uniformemente em todos os estados federados, ou terá que sofrer análise própria a cada região. Será a *extensa área,* para fins do dispositivo em voga, *igual* no Pará e no Espírito Santo? E o resultado do julgamento, quando a dimensão da área, se enquadraria necessariamente em ação originária de São Paulo ou do Maranhão?

[297] Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e *os usos do lugar de sua celebração* – destacamos. Observe-se que a primeira parte do dispositivo aponta para a influência do princípio da *eticidade*, sofrendo efeitos na segunda parte do princípio da *operabilidade*,

Note-se, pois, que a manifestação do princípio da operabilidade acima examinada está intimamente ligada à *função participativa* do Código Civil de 2002, já que não esgota todas as relações privadas, reconhecendo, portanto, a importância dos microssistemas, que, por sua vez, recebem os ditames gerais da codificação, naquilo que a especialidade da matéria regulada não criar incompatibilidade.

Sem rebuços, um diploma em que há preocupação com os efeitos do *tempo* e do *espaço* (e que ainda *reconhece a necessidade de intercâmbio com os microssistemas*) tem natureza muito mais *operativa* do que o modelo anteriormente seguido, primado pela rigidez de conceitos, pelo detalhamento das normas e pelo ideário da *completude* (= *desnecessidade de qualquer comunicação com outro corpo legislativo*).

Como se percebe o espectro do princípio da operabilidade é bem amplo, não se limitando apenas na orientação para a inserção de dispositivos mais simples no ventre do Código Civil 2002, enfoque da diretriz mais realçada pela doutrina.

6 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO BRASIL

O escorço histórico do direito de superfície e a narrativa sobre a mudança de perfil do Código Civil acabam por nos dar fortes sinais de que as duas situações não desprezam a evolução da concepção de função social da propriedade, ratificando a idéia de vários autores de que a figura jurídica em estudo está atrelada com a diretriz social abrigada no ventre da codificação, recebendo direta radiação da Constituição Federal 1988.

6.1 Da *propriedade* do Código Civil de 1916 *à função social da propriedade* do Código Civil de 2002

Dentro dos trilhos do presente estudo, nos parece relevante apresentar curto roteiro que permita se ter uma noção básica do processo evolutivo que foi encartado à propriedade (e sua função social) dentro do Código Civil, pois, repita-se, para nós, o direito de superfície é, sem dúvidas, uma das manifestações mais claras da necessidade de entender a propriedade a partir não apenas de um *direito individual*, mas também de sua *função*.

6.1.1 Código Civil de 1916: a propriedade tratada sem olhos à sua função social (León Duguit e a Constituição de Weimar)

Na forma já realçada, o Código Civil de 1916 se notabilizou pela ampla utilização de artigos *casuísticos* (especialmente nos pontos chaves), assim como tentou dispor sobre todas as hipóteses possíveis de conflito social, buscando a impossível pretensão de alcançar a *completude*, ou seja, a pretérita codificação tinha a idéia de que se *bastava em si mesma*, em herança muito forte da concepção do Código Napoleônico.

Nestas condições, o enunciado que tratava do direito de propriedade (artigo 524[298]), na codificação pretérita, reproduzia o entendimento tradicional e individualista sobre aquele instituto jurídico[299] e, por isso, não refletia qualquer risco de alteração das linhas traçadas no artigo 72, § 17, da Constituição de 1891 ("O direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salvo desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia").[300-301]

Assim, as influências histórico-sociais que deram origem à ordem constitucional de 1.891, quanto à propriedade, também acabaram por interferir na redação do artigo 524 do Código Civil de 1916, sendo a propriedade sempre tratada como instituto com índole estrita de direito individual[302], sem despontar no referido direito subjetivo a existência de um quadrante *social*.

---

[298] Confira-se: "Art. 524 - A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Parágrafo único - A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do Capítulo VI deste Título". Sem prejuízo da redação estampada, é interessante observar que o subsequente artigo 525 do Código Civil de 1916 ratifica a idéia do artigo 524 ("Art. 525 - É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel").

[299] Sobre a visão do direito de propriedade da época, León Duguit afirmava: "*El derecho de propriedad es absoluto. Absoluto com relación al poder público, que únicamente puede realizar algunas restricciones por interés de policía, pero que no puede tocar en el más que habiendo pagado una justa y previa indemnización. Es absoluto en sus efectos con relación a los indivíduos y, según la fórmula de Baudry-Lacantinerie, el proprietário 'puede legítimamente realizar sobre la cosa actos aunque no tenga ningún interés confesable em realizarlos' y si, al realizarlos causa um dano a outro 'no es responsable, porque no hace más que usar de su derecho*'". (La propriedad función social. In: *Las transformaciones generales del derecho público y privado.* Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 238).

[300] Redação já de acordo com as emendas ocorridas em setembro de 1926, na Presidência (em exercício) de Estácio de Albuquerque Coimbra (Estácio Coimbra foi Vice-Presidente da República, no governo de Artur Bernardes, 1922-1926). Na verdade, a emenda teve caráter de correção, sem alteração legislativa, já que o texto original de 1891 era o seguinte: "O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia".

[301] Não se nota avanço no diploma de 1891 em razão do disposto na Constituição do Império de 1824, que já permitia a desapropriação, conforme consta previsto no inciso XXII do artigo 179 da nossa primeira Carta Magna: "É garantido o Direito de Propriedade em toda sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado exigir o uso ou emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará regras para se determinar indenização".

[302] Há aqui a potente influência do *Código de Napoleão* (o 'Código da Propriedade'): "*La propriéte est le droit et disposer des choses de la maniére plus absolue*" (artigo 544, primeira parte). No sentido: Luiz Edson Fachin (A *função social da posse e a propriedade contemporânea*: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 16).

De outra banda, não podemos nos esquecer que o processo de confecção do nosso antigo Código Civil foi extremamente lento, até mesmo porque, antes de sua aprovação em 1916, ocorreram várias tentativas anteriores, que se iniciaram em janeiro de 1859, com a contratação do jurista Teixeira de Freitas (logo após o êxito que teve no trabalho desenvolvido na Consolidação).[303-304]

Era natural que as concepções do Código de Napoleão já não fossem tão atuais, pois quando da vigência do nosso primogênito Código Civil, o modelo francês já tinha mais de cem anos, eis que entrou em vigor logo no início do século XIX. Mais ainda, consoante já ressaltamos no Capítulo 05 da presente dissertação, o modelo seguido – que conjugava a *completude* com o *casuísmo* dos dispositivos – já se tinha demonstrado falível, aferindo-se que o Código Napoleônico não era dotado da abrangência alardeada no passado. Com efeito, a codificação francesa viu-se vulnerável diante das situações que surgiram com a Revolução Industrial, uma vez que ocorreu o inesperado êxodo dos habitantes do território rural para os centros urbanos, ocasionando também imprevisto

---

[303] Frustrada a tentativa de nossa primeira codificação civil através das mãos de Teixeira de Freitas, em 1873 firmou-se nova empreitada, recaindo a escolha em Nabuco de Araújo, que também fracassou na missão, vindo a falecer na vacância de prorrogação do prazo original. Em 1881 o então Deputado Felício dos Santos ofereceu-se, sem custo para o Erário Imperial, para o labor, com rejeição do texto que foi apresentado no ano de 1882. Os sinais de que a matéria seria deslocada para os Estados Federados, passando cada qual a legislar sobre a matéria civil, motivou nova tentativa na tarefa codificadora, ficando a responsabilidade nas mãos do senador e professor da Faculdade de Recife, Coelho Rodrigues, mas seu texto foi descartado em 1893. Após os fracassos sistemáticos, em 1899 Clóvis Beviláqua é nomeado para preencher a lacuna codificadora, e já no ano de 1900 apresentou seu projeto, nomeando-se comissão para seu exame, o que possibilitou a exibição do mesmo no Congresso ainda no ano de 1900. Com idas e vindas do Senado a Câmara, acertos e desacertos (muito mais ligados à forma escrita que ao conteúdo), finalmente, em 1916 conseguia-se a aprovação de nosso Código Civil, que, através da *vacatio legis* de um ano, entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917. O escorço histórico ora descrito demonstra o hiato temporal entre o Esboço de Teixeira de Freitas e o Código Civil de 1916. No entanto, vale destacar ainda dois detalhes da história: a) Teixeira de Freitas foi contratado no mesmo ano de nascimento de Clóvis Beviláqua (1859); b) O autor do Esboço nasceu no ano de 1816, ou seja, em data secular à nossa primeira codificação.

[304] Costuma-se afirmar que as codificações surgidas a partir do século XX são *tardias*. Registre-se que outras codificações surgiram após o Código Civil de 1916, podendo-se citar: Egito (1948), Síria (1949), Iraque (1951) e Líbia (1953). No sentido: Fábio Siebeneichler de Andrade. (*Da codificação*: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 147-148).

crescimento populacional nas cidades que iniciavam a formação de parques industriais.[305]

O longo tempo para a promulgação de nosso Código Civil não só demonstrou que o modelo a ser adotado poderia falhar como também sinalizou que alguns institutos deveriam ser reavaliados, pois demonstravam-se firmados em conceitos que já não mais atendiam à sociedade pulsante.

Neste passo, no período entre a apresentação e aprovação do Projeto do Código Civil (1900-1916), acentuou-se a discussão sobre a função social da propriedade, com destaque para a dicção vigorosa de León Duguit, a quem se atribui a *concepção embrionária* da função social da propriedade[306]. Segundo o ilustre jurista francês, a propriedade deveria ser vista nela mesma, *como função social*[307], não havendo direito subjetivo

---

[305] Sobre o tema, consignou Roberto Senise Lisboa: "A lei francesa não se achava devidamente preparada para resistir às profundas transformações decorrentes da Revolução Industrial. Voltada para a sociedade rural e a defesa do direito da propriedade individual, deparou-se com realidades perante as quais era incapaz de conferir solução jurídica satisfatória. Poderiam seus forjadores ter a antevisão do futuro, que apontava em direção oposta ao individualismo e na direção da coletivização dos direitos, como os relacionados aos interesses difusos do meio ambiente, ou mesmo aos interesses transindividuais de consumidores e empregados? Certamente não, já que os movimentos sociais e econômicos que posteriormente ocorreram no velho continente não tinham ainda ganhado as dimensões narradas pela história" (Novo Código Civil brasileiro e suas perspectivas perante a constitucionalização dos direitos. In: Bittar, Eduardo Carlos Bianca, Org. *História do direito brasileiro*: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 434).

[306] No sentido: Guilhermo L. Allende (*Panorama de derechos reales*. Buenos Aires: La Ley, 1967, p. 772) e Carlos Lasarte Álvarez (*Principios de derecho civil*: propiedad y derechos reales – primera parte. 3. ed. Madrid: Trivium, 2000, v. 4). Lino de Morais Leme faz referência, além de Duguit, a Hauriou para formação do conceito atual de função social da propriedade (*Direito civil comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 333).

[307] Segundo Duguit: "*Si la propriedad es un Derecho exclusivo sobre la cosa, el proprietário tiene el derecho de impedir que un tercero realice sobre esta cosa, objeto del derecho de propriedad, un acto cualquiera, incluso un acto que no le ocasione ningún perjuicio, um acto que no le disminuya en nada su goce. Ahora bien, en los diversos países, y especialmente en Francia, leyes recientes deciden, por el contrario, que, incluso por un interés privado y si que esto constituya una desposesión, una expropriación y por consiguiente sin que se deba indemnización alguna, se pueden colocar hilos telegráficos y telefônicos, y conductores de energía eléctrica sobre las propriedades privadas, y que no se debe la indemnización más que en el caso de ocasionar desperfectos. (...) son muy características en este respecto y muestran bien como los progresos de la ciência hacen más fuertes todavia los lazos de solidaridad social y dan origen a instituiciones jurídicas nuevas*" (La propriedad función social. In: *Las transformaciones generales del derecho público y privado.* Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 244).

do proprietário, que, certamente, deveria ser visto como o detentor da riqueza, gerindo um bem socialmente útil.

Em verdade, a tese desenvolvida por Duguit acaba por cometer certo exagero, pois como bem destacado por Moacyr Lobo da Costa: "Atribuir-se uma função social à propriedade não importa em transformá-la ou confundi-la com essa função"[308]. Contudo, ainda que a idéia de León Duguit de que a propriedade deveria ser vista exclusivamente como uma função social, ou seja, como um bem coletivo sobre a apropriação individual, não tenha vingado no seu desenho original, certamente suas lições foram fundamentais para que se abandonasse – paulatinamente – a concepção da propriedade apenas como direito individual desapegada de uma *função à sociedade*.

A concepção que vinculava a propriedade á sua função social acaba por se consolidar através da Constituição de Weimar de 1919[309], que

---

[308] A propriedade na doutrina de Duguit. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 153, fascs. 611-612, p. 39, maio/jun. 1954.

[309] Não podemos esquecer da Constituição Mexicana de 1917 que tratou especificamente sobre o tema sem, entretanto, ter o mesmo efeito influenciador do diploma de Weimar, diante da própria tradição do direito alemão e da ascensão marcante dos europeus nos povos ocidentais. Sobre o tema: Roberto Wagner Marquesi (*Direitos reais agrários e função social.* Curitiba: Juruá, 2001, p. 91-92). Confira-se o artigo 27 da Constituição Mexicana: "*La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas previsiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación; para la creación de nuevos centros de población agrícola con tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los núcleos de población que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en explotación. (...).*"

pretendia servir à reconstrução da Alemanha pós-guerra, ao dispor seu artigo 153: “A propriedade obriga. O seu exercício deve ser também um serviço prestado ao bem comum”.

No entanto, nosso Código Civil que entrou em vigor em janeiro de 1917, pelos motivos já expostos, não trouxe para seu corpo a moderna estrutura do direito de propriedade que se formara, indicando apenas como direito individual desapegado de função social.[310]

Dessa forma, quase que simultaneamente, enquanto nas ordenações mais modernas era reconhecida a função social da propriedade, o Código Civil de 1916 desprezava tal faceta, sendo impossível qualquer ajuste, diante do desenho fechado do artigo 524 da codificação que, repita-se, era marcada pela pretensão de ser completa.

6.1.2 Tratamento constitucional da função social da propriedade: da Constituição de 1934 à Carta Magna de 1988

A Constituição de Weimar fez alterar a concepção de propriedade nos ordenamentos jurídicos, e no Brasil não foi diferente. Já a partir da Carta de 1934, a segunda Constituição republicana, inicia-se um processo de reconhecimento da função social do instituto, reconhecimento este que

[310] Há registro doutrinário que estampa a posição de Clóvis Beviláqua acerca da influência da Carta Magna de 1934 sobre as regulações constantes na codificação de 1916. Em tal estudo, o afamado jurista reconhece a importância do legislador de 1934 ter fixado diretriz constitucional da função social da propriedade (afetando a concepção individual constante do Código Civil de 1916 e *que já se encontrava descompassado com as leis especiais*), ao afirmar: “O conceito de propriedade se apresentava no Código Civil sob um cunho algum um tanto rígido, apesar da tentativa de o adaptar às exigências da vida social, que propuzera o Projeto primitivo. *Havia, assim, em certa desconveniência entre a definição legal (Código Civil, 524)* e as restrições desse mesmo corpo de leis *e de outros diplomas legislativos.* A Constituição porém, fixou verdadeira doutrina social da propriedade (...). É uma formula feliz, porque attende, na propriedade, ao elemento individual, de cujos estímulos depende a prosperidade do agrupamento humano; ao elemento social, que é a razão de ser e a finalidade transcendente do direito; e, finalmente, às mudanças, que a evolução cultural impõe à ordem jurídica” (A Constituição e o Código Civil. In: *Opúsculos*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1940, v. 2, p. 33 – destaques não originais).

se vai processando dentro do ambiente constitucional, afetando a arquitetura do artigo 524 do Código Civil, que teve de ser reinterpretado, diante dos novos comandos magnos.

Sem rebuços, no período entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, a situação se alterou, e, de forma progressiva, o legislador constitucional passou a se preocupar com a natureza social da figura jurídica[311], reconhecendo que não bastava garantir ao individuo o direito de propriedade, sendo necessário, também, que do uso daqueles poderes resultassem alguns deveres inerentes à vida em sociedade.[312]

Seguindo tal linha, na Constituição Federal de 1934 é "garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar" (artigo 113, 17.), criando inédito *limite negativo* no ordenamento constitucional[313-314]. Apesar de a

---

[311] A evolução não foi estampada apenas nas Cartas Políticas, mas também nas tentativas fracassadas de substituição ao Código Civil de 1916. Com exemplo, confira o Anteprojeto de relatoria de Orlando Gomes: Art. 358. Conteúdo do Direito - "O proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa nos limites da lei, reivindicá-la do poder de quem injustamente a detenha e repelir toda a intromissão indevida."; art. 359. Exercício do Direito de Propriedade - "O proprietário não pode exercer o seu direito em desacordo com o fim econômico e social para o qual é protegido" (*Código Civil*: Projeto Orlando Gomes, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 168-169).

[312] A passagem para o Estado Social afeta sobremaneira a postura do legislador constitucional, conforme destaca Rafael Colina Garea: "*Ya desde meados del presente siglo, los textos constitucionales dejan de aparecer como un sencillo y breve catálogo o declaración de derechos, para desarrollar su contenido mediante un amplio y minucioso articulado. En este sentido, es como la doctrina comienza a calificar a los Textos Constitucionales como 'Constituciones extensas'*" (*La función social de la propriedad privada en la Constituición española de 1978*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997, p. 48). Com tal panorama, a *função social da propriedade* é comando consolidado nas Constituições desde a primeira metade do século XX, conforme anota Lino de Morais Leme: "A função social da propriedade está consignada em várias Constituições: do Peru, de 1933, art. 34; da Colômbia, de 1936, art. 10; da Lituânia de 1933; do México, de 1917, reformado em 1948, art. 1º, no. 29; da Itália de 1947, art. 42; a de Weimar, de 1919, (...)" (*Direito civil comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 334).

[313] Segundo Moacyr Lobo da Costa, com a Constituição de 1934 estava "reconhecida e facultada a intervenção do legislador nos 'domínios' do proprietário para assegurar o bem-estar social" (A propriedade na doutrina de Duguit. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 153, fascs. 611-612, p. 38, maio/jun. 1954). Próximo*:* José Diniz de Moraes (*A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38).

[314] Registre-se que o texto de 1934 poderia ter sido bem diferente, caso tivesse a Assembléia Nacional Constituinte adotado o "Projeto Itamarati", remetido à mesma em novembro de 1933 pelo Governo Provisório. No projeto que foi rejeitado, há flagrante influência das idéias defendidas por León Duguit, com radical postura de adoção à concepção de função social da propriedade, conforme se verifica do seu artigo 144 ("Artigo 144. É garantido o direito de

Carta Maior de 1937 só admitir o intervencionismo estatal de forma excepcional, tendo o artigo 122 garantido o direto à propriedade, avançando um pouco mais do que o diploma de 1934, o legislador constitucional na parte final do n. 14 do indicado dispositivo afirmou que o "conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que regularem seu exercício", ou seja, projetou para a lei ordinária o encargo de definir conteúdo e limites do direito de propriedade.

Na escala de nossos Diplomas Constitucionais, a função social da propriedade é destacada na Constituição Federal de 1946, pois, enquanto o artigo 141, parágrafo 16, mantém uma forma próxima aos dispositivos anteriores, o artigo 147 da Carta Política anuncia que o "uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância, do disposto no artigo 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos".

Na Constituição de 1967, que não deixa de garantir o direito individual à propriedade (artigo 153, § 22), solidifica-se, de uma vez por todas, a necessidade de se encarar a propriedade sob um vetor social, já que o artigo 160, III, textualmente, dispõe que "a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade", texto este mantido em 1969.

---

propriedade, com conteúdo e os limites que a lei determinar. § 1º A propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo"*).* O Projeto Itamarati – provavelmente – foi idealizado por existir momento propício a se digerir as idéias de Duguit que, àquela altura, mesmo após sua morte em 1928, tinham grandes repercussões no Brasil (várias conferências proferidas pelo doutrinador na Argentina no ano de 1911 foram registradas em publicações). Nossa Nação, em 1933, tinha ambiente diferente quando da passagem e do início do século XX, pois, como bem asseverou Moacyr Lobo da Costa: "A guerra de 18 e a revolução de 30, com todas as suas conseqüências, contribuíram, decisivamente, para colocar o problema 'social' no campo das relações jurídicas, até então dominado, exclusivamente, pela idéia dos direitos individuais" (A propriedade na doutrina de Duguit. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 153, fascs. 611-612, p. 38, maio/jun. 1954).

Finalmente, na Constituição Federal de 1988 a propriedade recebe tratamento constitucional de grande monta, estando regulada, com destaque, na parte "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" (artigo 5º, XXII e XXIII), no capítulo "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica" (artigo 170, III), e em vários outros dispositivos (mais casuísticos), como por exemplo, os artigos 156, parágrafo 1º, 182, parágrafo 2º e 4º, 184, *caput*, 185 e 186.[315]

6.1.3 O Código Civil de 2002 e a função social da propriedade

Seguindo os ditames constitucionais, não houve mais espaço para que o direito de propriedade fosse disposto no novo Código Civil sem a expressa previsão de sua *função social*, justificando-se a regulação do § 1º do artigo 1.228.

Pelo reconhecimento de sua *função social,* fica claro que o *absolutismo* – como característica da propriedade – recebe tratamento diferenciado do que era previsto na codificação revogada. O *absolutismo* individual, que representava o arbítrio do proprietário[316] de fazer do bem tudo aquilo que desejava e que já vinha recebendo mitigações[317], acaba por

---

[315] Oportuna observação de José Diniz de Moraes, com mira na CF/88: "Outras vezes vem o princípio da função social compreendido em expressões mais abrangentes ou equivalentes, como interesse público, interesse social e interesse coletivo. Como exemplos temos a desapropriação por interesse social (artigo 5º, XXIV) e a intervenção estatal do domínio econômico por relevante interesse coletivo (artigo 173, *caput)*. Tanto a desapropriação quanto a intervenção estatal da economia não se confundem com a função social, mas são instrumentos idôneos a torná-la efetiva. São instrumentos vocacionados a atendê-la, mesmo no silêncio do legislador" (*A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 42).

[316] Discorrendo a respeito da importância da função social da propriedade, Jose Antonio Alvarez Caperochipi pontua que a teoria "*viene a subrayar el aspecto social del hombre por encima del egoísmo abusivo e inhumano de um individualismo económico y jurídico*" (*Curso de derechos reales: propiedad y posesión*. Madrid: Civitas, 1986, p. 40).

[317] Basta lembrar que já existiam regras de ocupação urbana, prevendo afastamentos, gabaritos e zonas para determinado tipo de atividade ou residência bem antes da Carta Constitucional de 1988.

curvar-se ante a visão da utilização da propriedade sempre em consonância com a finalidade social.[318]

Por tal passo, o Código Civil de 2002 é um diploma com perfil bem diferenciado do seu antecessor, pois, como já realçamos em capítulo anterior, a atual codificação, além de receber forte influxo constitucional, abandonou a pretensão da *completude*, razão pela qual não vê as leis especiais ou extravagantes como elementos de corrosão, mas sim de *diálogo*. Mas ainda, a tríade de princípios que hoje dá direção ao Código Civil implica em interpretação compulsória dos dispositivos (muitas vez com *grande vagueza*), levando-se – *sempre* – em conta a *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade.*

Com tais orientações, o Código Civil traz o artigo 1.228, parágrafo 1º, como *cláusula geral* com *dupla função*.

6.1.3.1 O artigo 1.228, parágrafo 1º: *cláusula geral extensiva*

No exame da sua primeira faceta, o artigo 1.228, parágrafo 1º do Código Civil é uma *cláusula geral extensiva*[319], inserida no seu ventre para permitir a entrada (e saída) da codificação dos conceitos firmados na legislação especial acerca da função social da propriedade, sempre com a iluminação dos ditames constitucionais que albergam o Direito Privado, pois nada pode ser recepcionado que conspire contra o *princípio da socialidade.*

---

[318] Especificamente sobre o direito italiano, confira-se: Ludovico Barassi (*Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 257-460), Giovanni Silvio Coco (*Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*. Milano: Giuffrè, 1965) e Antonio Gambaro (*La proprietà*: beni, proprietà, comunione, Milano: Giuffrè, 1990, p. 103-110).

[319] A sistematização das cláusulas gerais, embora de forma bem abreviada, foi estampada em nota de rodapé no capítulo 5 da dissertação (confira-se item 5.2).

Assim, o parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil permite que o intérprete navegue, para alcançar a concepção de função social da propriedade, em toda a legislação especial que trate da temática. O vácuo proposital deixado – já que é impossível *'casuisticamente'* fixar em um só dispositivo todas as hipóteses em que há função social na propriedade – permite a complementação com os ditames de outra legislação, propiciando opções variadas, diante das múltiplas regulações que a propriedade recebe. Resumidamente, através de um único dispositivo, o legislador trouxe para as relações privadas todo o manancial de diplomas especiais que regulam a matéria, cabendo ao receptor a aplicação do texto mais afim à hipótese sob julgamento.

Na temática estudada, o artigo 1.228, parágrafo 1º do Código Civil permitirá a comunicação sadia do Código Civil com vários diplomas, alguns, inclusive, com raízes no Direito Público, como é o caso das normas ligadas ao Plano Diretor Urbano dos Municípios[320]. De forma mais clara ainda, a relação entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade pode ocorrer, desde que regida pela diretriz da função social da propriedade, permitindo, ao nosso sentir, a retirada de eventuais omissões, e até mesmo de aparentes conflitos que surgem entre os dois diplomas.[321]

Os artigos do Código Civil sobre direito de superfície (artigos 1.369 a 1.377), portanto, não serão aplicados isoladamente, pois, o artigo 1.228, parágrafo 1º, do mesmo diploma tem função de cláusula geral extensiva,

---

[320] Com trabalho específico sobre o tema, confira-se: Priscila Ferreira Blanc (*Plano Diretor Urbano & Função social da propriedade*. Curitiba: Juruá, 2004). O assunto desperta forte interesse na doutrina, localizando-o em diversas obras, podendo-se citar entre vários: Liana Portilho Mattos (*Efetividade da função social da propriedade à luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: temas e Idéias, 2003, p. 104-114); Luiz Portella Perreira (*Função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.183-198); Rogério Gesta Leal (*Direito urbanístico*: condições e possibilidades do espaço urbano. Rio de Janeiro: Revonar, 2003, p. 143-182); e Rogério Gesta Leal (*A função social da propriedade e da cidade no Brasil*: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 131-138).

[321] A questão será tratada, mais adiante, em capítulo próprio.

sendo, assim, plataforma de pouso e decolagem para a comunicação com a legislação especial que tratar da função social da propriedade.[322-323]

6.1.3.2 O artigo 1.228, parágrafo 1º: *cláusula geral restritiva*

É possível que o mesmo dispositivo tenha características de mais de um tipo de cláusula geral, sendo, pois o parágrafo 1º do artigo 1228 do Código Civil exemplo no sentido. Com efeito, enquanto a parte final da norma em foco detém natureza de *cláusula geral extensiva*, a sua redação inicial se caracteriza como *cláusula geral restritiva*, já que a *vagueza legal* ali contida -- sem conseqüência jurídica fixa – tem o escopo de restringir e delimitar as faculdades inerentes do proprietário previstas no *caput* (*usar, gozar, dispor e reave*r), casos estas sejam exercidas em confronto com a função social.

A opção de vincular a função social da propriedade à técnica legislativa de *cláusula geral restritiva* propiciou a inserção no Código Civil de situação que não se cogitava (ao menos expressamente) na codificação revogada. Isso porque através da leitura do parágrafo único do artigo 2.035, tem-se que a *função social da propriedade* tem tratamento de *preceito de ordem pública*, limitando o arbítrio do proprietário, bem assim a todo aquele que venha convencionar sobre o tema.[324]

---

[322] Ademais, as concessões urbanas tratadas pelo Estatuto da Cidade receberão aplicação do Código Civil quanto à parte ligada à teoria geral dos negócios jurídicos, com recepção da idéia, inclusive, da função social do contrato (artigo 421) e da boa-fé objetiva (artigos 422 e 113). Próximo: J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p.104-105, out./dez. 2004).

[323] Recorde-se, em outro giro, que o artigo 1.377 do Código Civil cria ambiente para sua aplicação em lei especial no caso de direito de se superfície instituído por pessoa jurídica de direito interno, simbiose esta que estará sujeita a observância da função social da propriedade, enquanto *cláusula geral restritiva*, consoante tópico seguinte.

[324] Em Portugal, em que o Código Civil não detém dispositivo semelhante à *cláusula geral restritiva* constante do § 1º do artigo 1228 de nossa codificação, o direito de propriedade está previsto no artigo 1305º (O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das

Fica clara a intenção do legislador em seguir a diretriz da Carta Magna, criando fórmula para dar efetividade ao comando constitucional e adotando-a explicitamente em todas as relações privadas. A função social da propriedade, com sua previsão na codificação, não poderá ser afastada, pois está inclusa no regime jurídico do instituto.

Dessa forma, elimina-se qualquer obstáculo na aplicação cotidiana da função social da propriedade e demonstra-se que o Código Civil tem função relevante, pois afasta do sistema privado qualquer eventual tentativa de burla[325]. Seria uma contradição admitir no Direito Privado a subsistência de convenções que viessem a contrariar um dos faróis do nosso Texto Maior[326], daí porque importante a explicitação efetuada no corpo da codificação, através de vetor com força de *cláusula geral restritiva.*

---

restrições por ela impostas). Nestas condições, no código luso as questões que envolvem a função social da propriedade recebem análise a partir do disposto no artigo 334º que regula o *abuso do direito* (É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico deste direito*)*. Aplicando o dito dispositivo, que também é uma *cláusula geral*, naquela nação é pacífico que o abuso de direito é matéria que pode ser conhecida de ofício pelo Judiciário. A confirmar nossa assertiva, confira-se alguns julgados selecionados por Abílio Neto: "Para que se verifique abuso de direito, exige o artigo 334º do Código Civil que tenha havido excesso no exercício de um direito em relação à sua função social e ainda que tal excesso seja manifesto' (STJ, 8-4-1997: BMJ, 366º -432); 'O abuso do direito previsto no art. 334º do Cód. Civil é de conhecimento oficioso, já que ofensivo ao princípio de interesse e da ordem pública, e não se restringe ao âmbito dos direitos substantivos, relevando também ao direito de acção, sempre que conforme o disposto naquele artigo o respectivo titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico do direito' (RL, 15-12-1994: BMJ, 442º.-244); 'O tribunal pode/deve conhecer oficiosamente do abuso do direito' (RC 23-11-1993,: BMJ 431º.-552)". (*Código Civil anotado*. 11. ed. refun. e actual. Lisboa: Ediforum, 1997, p. 210-222).

[325] Jorge Franklin Alves Felipe e Geraldo Magela Alves, ao comentar o parágrafo único do artigo 2035, dispararam: "A propriedade tem, segundo a Constituição Federal, uma função social (artigo 5º, inciso XXIII). (...) Todo o Código se inspira nesse basilar constitucional. Daí a razão do dispositivo que veda sejam burladas as regras que atribuem a função social à propriedade e o contrato" (*O novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 397).

[326] Nada obstante a diferença orgânica das codificações italiana e brasileira, não se pode deixar de registrar que o artigo 833 do Código Civil italiano – mais afeto à redação do revogado artigo 524 do Código Civil de 1916 – passou a ter interpretação diferente da inicial, após a edição da nova Carta Constitucional naquela nação. Em síntese, o dito dispositivo infraconstitucional (artigo 883) recebeu uma (re)leitura constitucional, para se conformar com a concepção da função social da propriedade. No sentido, confira-se a lição de Salvatore Patti: "*Non è possibile in questa sede trattare il tema della efficacia dei diritti fondamentali nel diritto privato, ma in ogni caso può dirsi che le norme della Costituzione sono servite ad affermare nuove posizione soggettive giuridicamente tutelate e a dare un significato diverso a molte norme contenute nel codice civile. Un esempio forse basta a far capire le caratteristiche della vicenda: in materia di proprietà, l'art. 833 sanziona il divieto degli atti emulativi, però la stessa norma stabilisce che è sufficiente una utilità del proprietario per salvare la legittimità dell'atto. Si trata in effetti di una norma di tipo egoista perché – in base ad una interpretazione letterale – un'utilità anche minima*

Saliente-se, para fins de nosso trabalho, que em se tratando de direito de superfície, o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil irá permitir o controle não apenas da função social da propriedade (§ 1º do art. 1.228), mas também do contrato, dada à íntima ligação que haverá da figura jurídica, ao se examinar as concessões superficiárias, com o artigo 421 do Código Civil[327-328], também exemplo de *cláusula geral restritiva*.[329-330-331]

---

basta per rendere legittimo un atto di esercizio del diritto di proprietà che danneggia (a volte gravemente) un altro soggetto. L'art. 833, letto alla luce della norma della Costituzione sulla funzione sociale (art. 42), acquista un diverso significato: la giurisprudenza comincia a ritenere necessario un bilanciamento degli interessi, quelli del proprietario e quelli del terzo danneggiato. Si procede in tal modo ad una rilettura delle norme del codice, ad una interpretazione attenta ai valori della Costituzione. Nel linguaggio dei civilisti il riferimento ai valori della Costituzione diviene sempre più frequente. D'atra parte, Ludwig Raiser ha scritto che il Grundgesetz si può considerare come una cassaforte di valori e questa idea in una certa misura si ritrova tra i civilisti italiani che hanno proceduto alla rilettura delle norme del codice civile." (*Codificazione ed evoluzione del diritto privato*. Roma: Laterza, 1999, p. 19).

[327] Artigo 421**.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato

[328] Também defendendo a aplicação do artigo 421 nas concessões superficiária, confira-se: J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p.104-105, out./dez. 2004). Parecendo concordar: Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 5, p. 221).

[329] No sentido: André Osório Gondinho que, fazendo leitura ao artigo 421 do Código Civil, pontifica: "É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual" (Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, p, 17, jan./mar. 2000).

[330] A função social do contrato, fique claro, não esvazia a autonomia privada, pois, conforme lição de Mariana Santiago: "O desafio para o legislador, o doutrinador e o aplicador do direito é exatamente conciliar essas dias forças, liberalismos e intervencionismo, em prol de uma sociedade justa. Coexistem, hoje, assim, no nosso ordenamento, em matéria contratual, a função individual e social do contrato, devendo haver, entre essas funções, um equilíbrio." (*O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 100).

[331] Segundo José Oliveira Ascensão: "O art. 2035/§ único ilustra os princípios de ordem pública com uma referência aos estabelecidos no Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. Ora, a nosso conhecimento, nenhuma constituição do mundo dá tanto relevo como a brasileira ao princípio da função social. Seria contraditório que, sob a égide duma constituição tão decididamente impulsionadora da função social, se fosse permitir, por invocação da mesma constituição, a subsistência de efeitos pactuados entre as partes que infringissem esse princípio. Permitir-se-ia subsistência de situações passadas que contrariam uma das diretrizes fundamentais da carta maior" (Prefácio. In: Delgado, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*: doutrina e jurisprudência: São Paulo: Saraiva, 2004, p. XVII) Próximos, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam: "Função social da propriedade. Natureza jurídica. É princípio de ordem pública, que não pode ser derrogado por vontade das partes. O CC 2035 par. un. é expresso nesse sentido, ao dizer que nenhuma convenção pode prevalecer se contrariar os preceitos de ordem pública, como é o caso da função social da propriedade e dos contratos" (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 591. No texto original o enunciado *'Função social da propriedade. Natureza jurídica'* está em negrito).

Observe-se, por fim, que no preenchimento das *cláusulas gerais restritivas em questão* (art. 1.228, § 1º, e 421 do CC), cujas redações são bem vagas, se fará obrigatório o respeito aos princípios norteadores da codificação (*socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*).[332]

A premissa traçada é relevante, pois boa parte dos dispositivos que tratam do direito de superfície no Código Civil – apesar de não se notabilizarem como *cláusulas gerais* – possuem espaços de *vagueza*, reclamando, na sua aplicação concreta, que sejam *completados* com inspiração na trinca de princípios da codificação, sob pena de receberem reprimenda pelas *cláusulas gerais restritivas*, devidamente postadas para a censura, através do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil.

6.2 Do direito de superfície e a sua vinculação à concepção de função social da propriedade

Em conclusão quase que forçosa tem-se retorno do direito de superfície no Brasil, com o novo gabarito, tem paralelismo ao impulso que foi dado ao caráter social da propriedade, perseguido pelo legislador nacional, sendo a figura em comento, nesse ponto, instituto mais adequado e dinâmico que a enfiteuse, reduzida sobremaneira em prol da inovação.

Desse modo, a inserção do direito de superfície no bojo do Código Civil atual é uma influência perceptível do crédito que o legislador conferiu à *função social da propriedade*[333-334]*,* uma vez que poderá propiciar melhor exploração do solo, diante da sua adequação aos problemas atuais.[335]

---

[332] Parecendo concordar: André Osório Gondinho (Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, p, 23-25, jan./mar. 2000).

[333] Há quem afirme que a inclusão da superfície no Código Civil de 2002 foi a mais importante postura do legislador. No sentido, Juarez Costa de Andrade dispara: "Seguramente a mais contundente inovação instituída no novo Código Civil, no âmbito dos direitos reais, foi o direito de superfície. O insigne Professor Ricardo Pereira Lira, que entre nós, sem favor, é o mais profundo

Às claras, o instituto se mostra de grande utilidade, dinamizando a propriedade (seja por entes públicos ou privados)[336], para lhe dar maior proveito na cadeia produtivo-social[337], bem como para sanear situações

---

conhecedor dos direitos reais e o maior divulgador e entusiasta do direito de superfície, eis que convencido há muito, que a sua inserção no ordenamento jurídico pátrio de modo expresso e adequado seria a grande contribuição do direito para a solução de alguns dos nossos mais angustiantes problemas sociais contemporâneos, vale dizer, o problema da ocupação do solo, pois o Código de 1916, a par de lastreado nos direitos reais romanos, não estipulou o direito de superfície, que deles já conhecia, e daí proliferou-se para o direito alemão, italiano, português, etc." (*O novo Código Civil comentado*: doutrina, jurisprudência, direito comparado. Coordenação de Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. 2, p. 1.271). Respeitosamente, não concordamos *in totum* com a afirmação. Muito mais importante foi consolidar a idéia da função social da propriedade dentro do Código Civil de 2002, que irradiou em diversos institutos, culminando inclusive com a adição do direito de superfície ao ordenamento codificado.

[334] O comando de função social da propriedade, por certo, não se manifesta no Código Civil de 2002 apenas através do direito de superfície, mas, de forma múltipla ao longo da codificação, também em outros institutos, como é o caso da noviça figura do parágrafo 4º, do artigo 1.228, já rotulada de espécie de *desapropriação judicial*. Sem esgotar os exemplos, é possível afirmar que a diminuição dos prazos da usucapião (artigos 1.238 e 1.242) e a inserção da opção de compra do imóvel em favor daquele que de boa-fé planta ou edifica no terreno alheio (parágrafo único, do artigo 1.255) são influências diretas da idéia da função social, de modo a prestigiar o bom uso do bem, encadeando-o no sadio contexto econômico ou social.

[335] A reforçar a assertiva, Ricardo Pereira Lira, entre outros, já defendia o retorno do direito de superfície ao ordenamento jurídico como instrumento de utilidade em uma política de ocupação razoável e justa do espaço urbano, citando exemplos variados no sentido, ao prefaciar obra de Rogério Gesta Leal (*A função social da propriedade e da cidade no Brasil*: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 5-19).

[336] Apesar de se pensar mais no direito de superfície para aplicação urbana, não podemos descartar a sua utilidade nos campos, mormente pela vocação brasileira de produção rural. Por isso, sua aplicação deve ser ampla, podendo ser prejudicial a limitação. Próximos: Paulo Roberto Benasse (*O direito de superfície e o novo Código Civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 158) e Maria Magnólia Lima Guerra (*Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade do Ceará, 1981, p. 93). Assim, ousamos discordar da a crítica feita pelo mestre Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que deveríamos ter seguido o sistema italiano, de modo a não incluir na codificação o direito de superfície vinculado às plantações, pelos inconvenientes que gera tal atividade, que acaba por facilitar os litígios (*Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 244). Nossa nação tem vocação para a cultura da terra e o direito de superfície rejeitado pelo ilustre jurista não só pode ser útil na busca da função social da propriedade, como também pode servir de instrumento para acumulação de divisas e riquezas para toda a sociedade.

[337] Marise Pessoa Cavalcanti, em capítulo com boa abordagem sobre a co-relação com a função social da propriedade, aponta uso do direito de superfície como vetor de instrumento para a administração pública, sugerindo o uso do instituto – no âmbito rural – para a Reforma Agrária e – no espectro urbano – para o melhor controle do uso do solo nas cidades, capaz até mesmo a autorizar a superfície compulsória, em casos mais extremados (*Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 39-81). O texto da autora segue a linha dos trabalhos precedentes de José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, em especial p. 89-91) e Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 111-116). Os dois últimos autores apresentam para debate, inclusive, bases para projetos legislativos (José Guilherme Braga Teixeira, assim procede no mesmo texto antes citado, p. 118-121, e, Ricardo Pereira Lira, por sua vez, no seguinte ensaio: O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 555-556).

concretas que vêm sendo sedimentadas irregularmente[338], hoje ocorrentes praticamente ao longo de toda nação, notadamente nos grandes centros urbanos.[339-340]

Há, sem embargo, também a possibilidade de vincular o instituto a uma política de revitalização da habitação, em postura próxima ao que já foi utilizado em outros países.

Os horizontes são tão amplos que, indo um pouco mais além, cremos que a figura não se limita apenas às situações de assentamentos urbanos e rurais ou da exploração imobiliária (hipóteses em que o direito de superfície é mais lembrado), podendo se cogitar em utilizar o instituto em situações mais singelas, mas que não são desconhecidas de nossa sociedade, cada vez mais conflituosa e sedenta de instrumentos que

---

[338] Segundo José Rogério Cruz e Tucci: "Não resta menor dúvida de que, nas organizações sociais modernas, a nossa em particular, o instituto da superfície se mostra de grande utilidade para que haja maior dinamização do domínio, resultando, por via de conseqüência, em maior proveito do solo improdutivo ou inculto, e, no plano técnico-jurídico, para atender a situações concretas que vêm sendo consolidadas de modo totalmente irregular" (A superfície no novo Código Civil, *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 22, n. 68, p. 158, dez. 2002).

[339] No sentido, entre vários, confira-se: Frederico Henrique Viegas Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 191-220); Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 109-116); José Afonso da Silva (*Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 395-399), Márcia Alvarenga de Oliveira Sobrane (A cidade e sua normatização constitucional urbanística. In: Garcia, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 223).

[340] Traçando situação hipotética, o professor Miguel Reale crê que o direito de superfície "vem propiciar ao proprietário a possibilidade de fazer acordos com grandes empresas para que sua propriedade seja usada; ele cede o uso da superfície para que seja construído, por exemplo, um conjunto que, passados anos, reverterá ao seu patrimônio. A mesma coisa acontecerá no relacionamento do proprietário com o Poder Público para realizações de equipamentos urbanos reclamados pela coletividade. De maneira que é um instrumento do direito romano que, modernizado e atualizado, é trazido para o nosso tempo como um instrumento de ação, ao mesmo tempo benéfico para o proprietário e para a coletividade" (*O Projeto do novo Código Civil*: situação após aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 157). José Guilherme Braga Teixeira também traz exemplos em que o direito de superfície é poderia ser de grande valia: "A superfície pode, outrossim, ter aplicações outras, tais como a construção de fábricas, armazéns, hospitais, teatros, museus, policlínicas, sanatórios, conjuntos poliesportrivos, hotéis, etc. No que tange á atividade hoteleira, é de alvitrar grande incentivo a que empresas explorem essa atividade comercial no âmbito internacional aqui construam inúmeros e moderníssimos hotéis, resultando na ampliação do turismo no País, no crescimento das cidades e de empregos. A desnecessidade de aquisição de terrenos, em geral altamente custosos, deverá incentivar os empreendedores do ramo da construção civil e os das demais atividades mencionadas". (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 91).

possam ser utilizados para impulsionar relações que envolvam o direito de propriedade.[341]

Portanto, o direito de superfície, uma das novidades em Direito das Coisas da codificação de 2002, que outrora foi tachado de ultrapassado e sem aplicação, foi *recodificado*, a partir da análise de que poderá ser uma ferramenta útil, com aplicação bem elástica. A constatação não se deu apenas pelo legislador responsável pelo Código Civil, mas também por aquele que participou do processo legislativo da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), eis que ambos receberam a mesma iluminação constitucional acerca da função social da propriedade.

[341] José Carlos Moreira Alves, com olhos em outros espaços que poderão ser preenchidos pelo direito de superfície, e dentro da configuração que traça para o instituto, sugere que este poderá ser aplicado nas concessões de cadeiras cativas dos estádios esportivos. Confira-se: "Muitas vezes, no mundo moderno, socorremo-nos dos velhos institutos oriundos do Direito Romano, por exemplo, ainda hoje, no novo Código Civil 'reinclui-se' o Direito de Superfície – é preciso salientar que esse Direito foi considerado, na época de Clóvis Beviláqua e inclusive por ele, um fóssil jurídico, porque não teria nenhuma validade. Hoje retorna até para resolver problemas cuja solução, sem ele, seria difícil, como é o caso das cadeiras cativas em estádios de futebol, em que se pergunta: que direito é esse? Direito real não pode ser, porque se refere a número fechado, e não temos nenhuma previsão, ou não tínhamos nenhuma normatividade com relação ao Direito de Superfície, senão com referência ao problema da concessão de uso para efeito de Direito Público. O Direito de Superfície resolve perfeitamente – nesse caso, não estamos com fatos provenientes da velha Roma, porque nos estádios, não havia cadeira cativa –, e nos valemos dele para explicar a natureza jurídica desse direito, que é oponível a todos, não se confunde com direito de propriedade, nem é acessório do solo e, em conseqüência, é autônomo em si mesmo" (Conferência inaugural. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 11 a 13, set. 2002, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 22-23). Paulo Roberto Benasse traz exemplificação variada para a incidência do instituto, aceitando também a hipótese da cadeira cativa e afins (camarores) no seu espectro (*O direito de superfície e o novo Código Civil brasileiro*, Campinas: Bookseller, 2002, p. 83-94). A posição dos autores citados pode ser arrimada na doutrina estrangeira, como é o caso de Luiz da Cunha Gonçalves, que admite o direito de superfície incidindo sobre *'monumentos funerários e jazigos*, *bancos de ingreja*, *camarotes, cadeiras de teatro*, *vias ferréas de viação elétrica urbana*, *fábricas e armazéns'*, entre outros (*Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 416-419). Próximo: Francesco Messineo *(Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: AJEA, 1979, v. 3, p. 420).

7 O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CIDADE (LEI N. 10.275/2001): BREVE ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DO NOSSO ORDENAMENTO

A partir deste ponto do texto, haverá grande quantidade de questões em que será necessário se enfrentar os regramentos de nosso atual sistema legal. Neste diapasão, nos parece adequado apresentar pequeno quadro comparativo com as regulações que tratam do direito de superfície no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Cidade, tendo em vista que ao longo do estudo se notará que em algumas questões os diplomas se perfilam, mas em outros adotam caminhos distintos.[342-343]

A aferição comparativa nos deixará claro, desde já, que o legislador nacional adotou postura muito limitada na inserção de regramentos vinculados ao instituto, tanto no Estatuto da Cidade, como no Código Civil, recebendo críticas justificadas nas duas ocasiões[344], pois remeteu o direito de superfície para ambiente com certa insegurança, uma vez que florescem

---

[342] Em alguns casos se perceberá que a divergência de tratamentos não causa estragos tão amplos quanto aparenta, eis que as soluções previstas tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Cidade são aproximadas ou, pelo menos, acabam por resolver os principais problemas enfrentados.

[343] Sem prejuízo de termos efetuado algumas citações advindas do direito estrangeiro, optamos nesta parte do texto trabalhar com a doutrina nacional, eis que boa parte do foco do capítulo está na interpretação pontual de alguns dispositivos do Código Civil e Estatuto da Cidade.

[344] Com olhos na Lei n. 10.257/2001, Marcelo Terra dispara que: "(...) peca o Estatuto da Cidade ora por não disciplinar não utilizar adequadamente a terminologia jurídica, ora por desnecessariamente repetir preceitos de leis genéricas e, absurdamente, reiterar disposições constantes de outros artigos do próprio Estatuto da Cidade" (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu - PR, de 17 a 21 de setembro de 2.001, p. 26 – texto cedido gentilmente pelo autor). Crítica também feita por Ricardo Pereira Lira: "Os textos do Estatuto da Cidade, já vigente, e do novo Código Civil que entrará em vigor em 11 de janeiro de 2002, em matéria de direito de superfície, se relevam a nosso ver demasiadamente singelos, sem aproveitar, em toda a sua extensão, sugestões que nos são oferecidas pelos ordenamentos estrangeiros." (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 555). Próximo, confira-se ainda: José Guilherme Braga Teixeira (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 12, p. 269).

interpretações variadas à mingua de catalogação legal mais ampla e clara, que poderia ter sido feita com amparo no direito estrangeiro com mais tradição. Sem dúvida, com a adoção de diferente postura da que foi seguida em algumas nações, em que destacamos Portugal e Macau, a economia de nosso legislador poderá custar caro para a aplicação hígida da figura jurídica em debate.[345]

Neste passo, este capítulo tem o escopo de apresentar os principais dispositivos que versam sobre o direito de superfície, sendo a empreitada levada a cabo neste momento de modo superficial, pois os principais temas serão enfrentados adiante, ao longo do estudo, com exames mais agudos sobre as questões que os envolvem.

Em suma, fazendo-se um comparativo entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade, trouxemos os dispositivos que cuidam da figura, facilitando o desenvolvimento do trabalho doravante, eis que será constante a análise das normas que estão encravadas na nossa legislação sobre a figura jurídica.

---

[345] José de Oliveira Ascensão, ao fazer comparação das codificações – então 'Anteprojeto Brasileiro (*AB*) e o Código Português (*CPI)* alertou sobre a questão, ao afirmar que: '(...) a regulamentação do *AB* é extremamente rarefeita, contraste com a do *CP.* Faltam previsões importantes, como as relativas ao objeto (art. 1525º), ao direito de construir em edifício alheio (art. 1526º), aos modos de constituição (art. 1528º), à constituição de servidões (art. 1529º), ao pagamento das prestações (art. 1531), a fruição do solo e do subsolo (arts. 1532º e 1533º, todos do *CP*, bem como a maior parte das disposições que este dedica à extinção da superfície (art.s 1536º e seguintes). A falta é particularmente importante por seu um direito sem tradições, que é difícil de entrar nos seus hábitos, como resulta até da experiência portuguesa. Parece conveniente fornecer à prática um modelo legal bem definido, que facilite a contratação e evite dúvidas e litígios, desde logo quanto às conseqüências normais do direito". (Breve confronto do Livro III, direito das coisas: do Anteprojeto do Código Civil brasileiro com o Código Civil português. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra: Atlântida, ano 20, ns. 2-4, p. 300-301, abr./dez. 1973).

7.1 Direito real em qualquer dos corpos legislativos

O direito de superfície tem *status* de direito real, não existindo qualquer diferença se estiverem sendo aplicados os regramentos do Código Civil ou do Estatuto da Cidade.

Sem rebuços, o artigo 1.225, II do Código Civil afasta qualquer dúvida em relação a qualquer argumento contrário, pois como já examinamos em capítulo antecedente, seus ditames, com muito mais razão agora pelo perfil *participativo,* se projetam para as leis especiais, aproveitando-se estas das diretrizes da codificação. Nessa linha, o dispositivo em tela, garante a natureza real do instituto, qualquer que seja a lei especial que venha a tratar do direito de superfície, não sendo diferente quanto ao Estatuto da Cidade.[346]

Todavia, não podemos nos esquecer que o Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001) antecede o Código Civil de 2002, podendo surgir dúvida quanto a natureza real do direito de superfície da legislação urbanística em razão de tal hiato temporal. Nada obstante existir respeitável posição em contrário[347], não é possível se descartar tal predicado do instituto na esfera do Estatuto da Cidade, havendo dois motivos básicos para tanto (e que se conjugam).

Sem temor de causar qualquer estrago ao *princípio da taxatividade*, não é apenas o Código Civil que pode indicar os *tipos* de direito real no sistema, eis que se permite que a legislação especial, com observância nos critérios de competência fixados pela Constituição Federal, venha criar

---

[346] No sentido: Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 33).

[347] Como é o caso de José Guilherme Braga Teixeira (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 12, p. 266-268).

novos modelos de direito real[348]. Não vemos vício formal da edição do Estatuto da Cidade, muito menos da vinculação por este do direito de superfície capaz de embaraçá-lo como *tipo real*, e, tanto assim, que o legislador foi zeloso em determinar – no próprio ventre da Lei n. 10.257/2001, alteração de dispositivos relativos aos Registros Públicos.

Com efeito, os artigos 56 e 57 do Estatuto da Cidade determinaram a retificação no artigo 167 da Lei 6.015/73, com o fim específico de incluir no rol do último a possibilidade (= *necessidade*) de *registro* para a *constituição* e a *averbação* para a *extinção* do direito de superfície urbana[349]. Esta medida se dá justamente pela intimidade do instituto e direito real com o direito registral, a fim de que tenha a *publicidade* seja saciada.

Ademais, é de bom alvitre observar que existem poucas diferenças formais entre as normas do Código Civil e do Estatuto da Cidade, enquadrando-se ambas em esquadros formais que se atrelam aos direitos reais imobiliários, destacando-se a necessidade de escritura pública a ser submetida ao registro público[350-351], a possibilidade de transferência do direito para que aquele que o detiver também possuir direitos imobiliários

---

[348] Correto Orlando Gomes quando se diz que "não há direito real senão quando a lei o declara, não está a se afirmar que sejam direitos reais tão-somente os que estão discriminados no Código. Podem estar previstos em outras leis" (*Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 1, p. 19).

[349] Confira-se o dispositivo da Lei 6.015/73: "Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I-o registro (...) 39 – da constituição do direito de superfície de imóvel urbano; (...) II – averbação: (...) 20) da extinção do direito de superfície do imóvel urbano". Observe-se que apesar do Código Civil estar em vigor desde janeiro de 2003, sendo permitida a feitura de direito de superfície em imóvel de índole rural, até a presente data não foi feita alteração legislativa para retificar o esquadro que o instituto em questão alcança, pois como se verifica do artigo 167 da Lei de Registros Públicos a alusão é feita tão somente ao imóvel de natureza urbana.

[350] Conforme artigo 21 do Estatuto da Cidade e artigos 1.369 e 1.227 do Código Civil.

[351] Sem tal providência, não se poderá, em exemplo, formalizar hipoteca da *propriedade superficiária,* que hoje é admitida no Código Civil, pois inclusa no rol do artigo 1.473. Note-se, por tal passo, o vínculo de direito real imobiliário, pois este sempre reclama o registro para os seus plenos efeitos, consoante leciona Darcy Bessone (*Direitos reais*. São Paulo; Saraiva, 1988, p. 10-11).

sobre *a coisa* (na forma da concessão[352]), e, por fim, a necessidade de *averbação* da extinção do direito de superfície.[353-354]

Dessa forma, não há qualquer justificativa vencedora que implique em diferenciação de tratamento entre o direito de superfície previsto no Código Civil quanto o que resultar da aplicação do Estatuto da Cidade, pois, frise-se, o último está acobertado pela codificação civil que lhe projeta seus comandos gerais e, sem afastar tal premissa, o Estatuto da Cidade poderia perfeitamente criar novo direito real, pois se trata de legislação federal, sem obstáculo intransponível na Carta Magna, notadamente se verificarmos que os artigos 56 e 57 do Estatuto da Cidade indicam a clara pretensão legislativa de formatação de um tipo real.[355]

7.2 Aspectos objetivos da concessão

Atentando-se aos limites objetivos do instituto, verifica-se que o Estatuto facultou ao superficiário – de forma expressa – a utilização não só do solo, mas também do subsolo e do espaço aéreo relativo ao imóvel objeto da concessão do direito de superfície (artigo 21, §1º da Lei n. 10.275/2001). A redação do Código Civil/2002 abrange apenas o direito de construir e plantar, silenciando a respeito do espaço aéreo e vedando expressamente quanto ao subsolo, salvo se sua utilização for inerente ao

---

[352] Conforme artigos 21, § 4º e § 5º, do Estatuto da Cidade e 1.372 do Código Civil.
[353] Conforme artigo 24, § 2º, do Estatuto da Cidade.
[354] Com a mesma linha: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito de superfície. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio, Coords. *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo; Malheiros, 2003, p. 182).
[355] No sentido, confira-se: Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 25-33). Igualmente: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito de superfície. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio, Coords. *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo; Malheiros, 2003, p. 182) e Maria Helena Diniz (A Lei de Registros Públicos e o Estatuto da Cidade. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio (Coords.). *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 407-408).

objeto da concessão (art. 1.369, parágrafo único)[356]. Há, neste ponto, diferenciação quanto ao *plano vertical* da concessão superficiária nos dois diplomas.

Outrossim, merece a aferição a possibilidade de efetuar concessão superficiária tendo como base imóvel que já possuí implante pronto ou, de outro modo, com acessão inacabada (ou mesmo necessitando de benfeitorias), uma vez que a leitura gramatical dos artigos 1.369 e 21 do Estatuto da Cidade, em primeira análise, levam a interpretação de que somente seria permitida a pactuação do direito de superfície se a acessão for introduzida pelo superficiário, esculpindo-se, assim, hipótese que não se aglutina com os ordenamentos forasteiros mais modernos sobre a temática.

Em razão da importância de tais questões que, inclusive, demandam abordagem de pontos prévios, os assuntos envolvendo o objeto da concessão superficiária foram tratados em tópicos próprios adiante, em especial nos capítulos 12, 13 e 14.

7.3 Aspectos subjetivos da concessão

Não se nota no Código Civil e no Estatuto da Cidade, em seus respectivos dispositivos, diferença substancial na órbita dos elementos subjetivos, aplicando-se as regras gerais do Código Civil e algumas específicas em leis especiais.

---

[356] A diferenciação poderá ser dissipada, pois o Projeto de Lei n. 6.960/02 (de autoria do Deputado Ricardo Fiúza), através de modificação no parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil, inclui o subsolo e o espaço aéreo como passíveis de concessão, em redação próxima ao Estatuto da Cidade.

Apesar de inexistir diferenças, as questões que gravitam sobre os elementos subjetivos são muitas, sendo abordadas também em trecho específico no estudo (Capítulo 11).

7.4 Aspectos formais da concessão: formas de constituição do direito de superfície

Os dois diplomas reclamam que a concessão deverá ser feita por *escritura pública* devidamente *registrada no Cartório de Registro de Imóveis*, conforme se depreende da parte final dos artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade, conformando-se as regras gerais dos direitos reais imobiliários, previstos no artigo 1.227 do Código Civil.[357]

Assinala-se, desde já, que a alteração legislativa efetuada pelos artigos 56 e 57 do Estatuto da Cidade – ao incluir o direito de superfície no âmbito do rol do artigo 167 da Lei 6.015/73 (Lei de Registro Públicos) para fim de *registro* (quando da sua constituição) e *averbação* (quando da sua extinção) – não traz alusão expressa a feitura (ou não) de matrícula própria para a concessão superficiária, o que causa dúvida na boa doutrina quanto ao procedimento.[358]

---

[357] Com olhos no artigo 1.369 do Código Civil, a Comissão de Direito das Coisas do VI Seminário de estudos sobre o novo Código Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais aprovou o seguinte verbete: "O contrato que der origem ao direito de superfície somente gera efeitos pessoais entre as partes. A eficácia de direito real só é obtida com o registro imobiliário" (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Seminário de estudos sobre o Novo Código Civil*: informativo especial. Belo Horizonte, 2002, p. 335).

[358] Marcelo Terra, renomado especialista no tema, a demonstrar que o direito registral não está claro quanto à superfície, faz as seguintes indagações: "Exige-se a forma solene da escritura pública, qualquer que seja seu valor (art. 21), e, segundo a regra geral do Código Civil, a escritura de constituição do direito de superfície se registrará no cartório de registro de imóveis (art. 21). Qual a melhor técnica registrária? Sem dúvida alguma, a natureza do ato é a de registro em sentido estrito, até mesmo força da inclusão (art. 56) no rol dos atos registrários previstos no inciso I, do art. 167, da Lei n. 6.015/73, mais precisamente na alínea n. 39, específica quanto à "constituição do direito de superfície de imóvel urbano". Em qual matrícula? Certamente, inclinar-se-á a doutrina e a jurisprudência pelo registro na matrícula do imóvel devedor da superfície. Será aberta matrícula para o imóvel objeto da superfície? Se o direito de superfície for caracterizado como direito real sobre coisa alheia, seu registro há de ser na matrícula do imóvel por ele gravado. Porém, se como direito de propriedade for tido, poder-se-ia cogitar de uma

Dada a redação do artigo 167 da Lei 6.015/73, parece prevalecer a idéia de que o direito de superfície não possuirá matrícula autônoma, sujeitando-se a circunscrição do *fólio* referente à propriedade[359], o que pode causar alguns embaraços práticos em algumas situações, como é o caso das garantias reais incidentes sobre a propriedade e/ou o direito de superfície, a fim de ficar evidenciado o seu respectivo campo de incidência.

Até que venha o legislador tratar da questão registral do direito de superfície como mais limpidez, cremos que serão aproveitadas as experiências e trilhas registrais que são aplicáveis a enfiteuse, ainda que não se tratem de institutos idênticos, fazendo-se algumas adaptações. O ideal seria a edição de normas específicas, ou a adoção de um sistema mais detalhado para criar uma *'submatrícula'*, com as anotações efetuadas de forma detalhada, ainda que com manejo do *livro auxiliar* (livro nº 3 – artigo 177 da Lei 6.015/73).[360-361]

---

matrícula autônoma" (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu – PR, de 17 a 21 de setembro de 2.001, p. 27 – texto cedido gentilmente pelo autor).

[359] No tema, Frederico Henrique Viegas de Lima entende que: "De acordo com a prescrição contida na Lei n. 6.015 dos registros Públicos, implantou-se no Brasil o sistema de 'fólio' ou ficha real. O sistema brasileiro seguiu as diretrizes ditadas no item X da carta de Buenos Aires 1972, elaborada no 1º Congresso Internacional de Direito Registral. Desta forma, o imóvel ou a unidade imóvel é a realidade física ou o objetivo do direito de propriedade. O imóvel praticamente não sofre mutações, porque as alterações introduzidas são relativas aos titulares da coisa alheia. Isto não quer dizer que pela adoção deste sistema, não se tenha um sistema complementar de um repertório com os nomes das pessoas, mas que cada imóvel tenha um 'fólio' registral complementar de um repertório cujos nomes das pessoas, que coexiste com um livro pessoal auxiliar" (...) Estabelecendo uma analogia com a situação do direito de superfície, sua inscrição e demais direitos concernentes a ele deverão ser realizados no mesmo 'fólio' registral do imóvel, porque o sistema de fólio' real utilizado no registro imobiliário brasileiro se refere ao imóvel e todas as inscrições referentes a ele devem ser efetivadas no mesmo 'fólio'. No entanto, seria melhor a utilização de um 'fólio' registral separado para a inscrição do direito de superfície, á semelhança do direito alemão, do direito suíço e da tendência existente na doutrina espanhola. Com isto, o direito de superfície aproximar-se-ia de um efetivo imóvel. A possibilidade existe, sobretudo, a partir da proposta de Emenda do então Projeto do Código Civil apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil (...) A aprovação desta emenda não foi possível e, consequentemente, a curto prazo não cremos que se possa pensar num 'fólio' registral autônomo para o direito de superfície" (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 335-337).

[360] A questão passa ter relevância especial, no caso de constituição de outros direitos reais a partir do direito de superfície. Confira-se, adiante, o item 7.12 quando tratamos da hipoteca e das situações afins.

[361] Washington Rocha de Carvalho cogita na criação de uma matricula auxiliar (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 110-111).

De outro giro, é interessante também notar que como o legislador não criou contornos específicos sobre que tipo de negócio jurídico pode dar ensejo a concessão superficiária, aduzindo apenas a expressão genérica (de conteúdo formal) *escritura pública*, cremos ser possível adotar a mesma interpretação efetuada em Portugal que admite a pactuação do direito de superfície no bojo de cardápio variado de tipos contratuais (como é o caso da doação, dação em pagamento, compra e venda, etc.)[362], desde que haja o perfeito amoldamento da relação superficiária no instrumento, notadamente respeitando aquelas regras de caráter impositivo que permeiam o instituto.

Como o legislador não deixou qualquer abertura nos dois dispositivos em questão, entendemos que é inaplicável a exceção do artigo 108 do Código Civil, no sentido de dispensa da escritura pública para fins de concessão superficiária, pouco importando o valor do negócio jurídico[363]. No entanto, não será necessária a escritura pública para fins de ato de *transferência, modificação, renúncia ou de extinção do direito de superfície*, pois nos artigos que tratam do direito de superfície no Código Civil e Estatuto da Cidade apenas se exigiu a escritura para a *concessão superficiária*, nada mais regulando sobre os demais atos acima destacados. Note-se, inclusive, que o artigo 24, parágrafo 2º, do Estatuto da Cidade, não exige escritura pública para a extinção do direito real, limitando-se a rogar pela *averbação* da extinção na Serventia Imobiliária.

Dessa forma, os atos ou negócios jurídicos que importem em *transferência, modificação, renúncia ou de extinção do direito de superfície*, se tiverem objeto imóvel de valor igual ou inferior a 30 (trinta) salários mínimos, aplica-se o disposto no artigo 108 do Código Civil, pois a única

---

[362] Bem próximo: A. Santos Justo (*Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 393-394).
[363] No mesmo sentido: Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 277).

exigência expressa nos dois diplomas está no ato de *concessão do direito de superfície pelo proprietário ao concessionário*.[364]

Note-se, ainda, que a escritura pública, apesar de ser o modo mais trivial, não afasta a possibilidade de concessão por outras formas, como é o caso da usucapião[365] e do testamento.[366-367]

No que tange a usucapião é importante destacar as duas e distintas situações tratadas pela doutrina que aparentemente foram reguladas de uma mesma forma pelo Código, neste sentido destaca-se o entendimento doutrinário de que tal situação poderá se ocorrer em duas situações distintas. A primeira incidiria na hipótese em que já existe concessão superficiária e um terceiro acaba por ocupar - com posse em nome próprio - a posição do concessionário. Admite-se, sem prejuízo, a usucapião para situações em que não foi formalizada a concessão superficiária, mas determinada pessoa passe a adotar a postura de superficiário (efetuando

---

[364] Regra que pode ser alterada – *lege ferenda* - por lei especial, o que pode ser interessante para concessões superficiária, tendo como concessionários as pessoas de baixa renda.

[365] Há autores que não concordam com a possibilidade do direito de superfície ser obtido por usucapião, como é o caso de Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 70). A posição majoritária, escorada inclusive em alguns ordenamentos estrangeiros, é pela admissão da usucapião como forma de constituição não consensual do direito de superfície. No sentido, entre vários, confira-se: José Guilherme Braga Teixeira (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 275-276); Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 278-279); Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 415-416); e Pablo Stolze Gagliano (Da superfície. In: Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 13, p. 29-30). Na doutrina estrangeira há estudos recentes em Portugal, sendo o trabalho do italiano Francesco Messineo citado com freqüência pelas fontes nacionais *(Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: AJEA, 1979, v. 3, p. 426).

[366] No sentido, confira-se o Código Civil de Portugal: "Artigo 1528º (Princípio geral) O direito de superfície pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapião, e pode resultar da alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo'" Há dispositivo praticamente idêntico na codificação civil de Macau (Artigo 1421º). Confira-se o capítulo 3 (item 3.15) do presente texto.

[367] Existem registros da doutrina que entende ser possível a concessão do direito de superfície por *determinação judicial.* Trazendo tal posição, confira-se Jerónimo González (*El derecho real de superficie*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1922, p. 28-29).

e/ou mantendo os implantes) sem perder de vista o direito de propriedade do solo que é alheio.[368-369]

Em relação à constituição do direito de superfície por testamento, omissão legislativa não implica em restrição a tal forma de concessão do direito de superfície, pois tal possibilidade está afinada com uma característica marcante do instituto, qual seja: *transmissibilidade causa mortis*.

O artigo 1.372 do Código Civil não cria exceção à regra da *saisine*, de modo que a morte do titular já induz a transmissão da superfície para os herdeiros. O posterior registro da ordem de partilha[370] possuirá carga

---

[368] A. Santos Justo: "A doutrina chama a atenção para duas hipóteses. Se a propriedade superficiária já estiver constituída a favor de alguém, não há dificuldade sobre a possibilidade de um terceiro a adquirir por usucapião: basta que tenha a posse com os necessários requisitos. Mas se o direito de superfície ainda não estiver constituído, em causa está a aquisição do direito de construir ou plantar apenas em relação ao futuro e, por isso, não falta quem recuse a possibilidade de se adquirir por usucapião. Todavia, a lei admite a usucapião sem nenhuma limitação e, como a doutrina observa, bem pode suceder que a pessoa construa ou plante, na convicção simultânea de ter o direito de fazê-lo e de respeitar o direito de propriedade de outrem sobre o terreno (*Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 393-394). Confira-se, ainda, e Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 596).

[369] Assinala-se que a usucapião do direito de superfície não é uma situação comum. Tanto assim que Gabriel de Reina Tartière entende que os casos que envolverão o direito de superfície e a usucapião, em boa monta, poderão alcançar o proprietário, ou seja, a usucapião poderá ser não apenas do direito real ora estudo, mas também em relação à propriedade do solo. Confira-se: "*Específicamente, con respecto a la usucapión larga, el amplio contenido de facultades que distingue al derecho de superficie prácticamente impediría que quien viniera usando de la finca con tal alcance opusiera su adquisición por este medio. En primer lugar, porque, sin duda, le convendría mucho más alegar su dominio sobre el inmueble; en segundo, porque difícilmente cabe pensar que el dueño verdadero del suelo consienta la invasión de su terreno durante el largo tiempo necesario para usucapir, mientras ejercita su derecho sobre el resto de utilidades que le proporcione el fundo. En cambio, la usucapión breve si parece viable, fundamentalmente por la función convalidatoria con la que cumple. En su régimen, recuérdese, se requiere un título suficiente para la transmisión cuya adquisición se reclame o excepcione, de haber tenido el transmítete capacidad para hacerlo o la cualidad de verdadero propietario. De ahí que no pueda calificarse este medio de adquisición como meramente originario, ni se contradiga, consecuentemente , lo afirmado acerca de la exigencia de un título voluntario para la exigencia de un título voluntario para la efectiva constitución del derecho de superficie*" (*Derecho real de superficie forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 74-75).

[370] José Guilherme Braga Teixeira faz pertinente anotação: "(...) a superfície pode ser adquirida por ato de última vontade, cujo título é o testamento. (...) Contudo, o registro do formal de partilha deve ser efetuado na matrícula do imóvel, em atendimento ao art. 1.277 do novo Código Civil" (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 275).

eminentemente *declarativa*, não obstante ser necessário o ato registral para dar publicidade e permitir eventual disposição do direito preteritamente transmitido por *causa mortis*.[371]

Assim, *a priori*, não existe óbice para a concessão testamentária, apesar de não estar expressa no Código Civil ou no Estatuto da Cidade[372], com variações de acordo com o caso concreto, pois como lembra A. Santos Justo o "testamento permite que o direito de superfície nasça de várias combinações: legado a certa pessoa do direito e construir ou plantar e legado do solo a outra; legado a alguém do direito de construir e devolução do direito sobre o solo aos herdeiros, etc."[373]

7.5 Fixação do prazo da concessão

Existe diferença significativa entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil relativamente ao direito de superfície quanto ao limite temporal da concessão. É que pelo primeiro a concessão poderia ser feita por tempo determinado ou indeterminado (art. 21 da Lei 10.275/01), enquanto que o segundo prevê expressamente (art. 1.369, *caput* do CC) que essa deve ser por tempo determinado.

Observe-se que, embora ocorra diferença entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade no particular, o legislador não permitiu nos dois

---

[371] Em sentido próximo: Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 278).

[372] Analisando a omissão legislativa, Marcelo Terra fez a seguinte consideração: "Nada obsta, porém, que o proprietário disponha em testamento sobre a constituição do direito de superfície em favor de um herdeiro ou de um legatário, tal como se dá, por exemplo, na instituição da propriedade horizontal por testamento (Lei n. 4591/64, art. 7º)" (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu - PR, de 17 a 21 de setembro de 2.001, p. 29 – texto cedido gentilmente pelo autor).

[373] *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 393. A posição supra segue a mesma linha de Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 595).

ambientes legais a constituição de direito de superfície *perpétuo*. A leitura de qualquer dos diplomas informará que o direito de superfície em nosso ordenamento será sempre *temporário*[374]*.* Pensar em contrário, com todo respeito, significa criar ambiente propício para a violação da função social da propriedade e reavivar um dos pontos mais embaraçosos da enfiteuse.[375]

De toda sorte, não podemos fechar nossos olhos e negar que há uma incompatibilidade e alguns problemas que advém das redações dos artigos 1.369 da codificação e do artigo 21 da norma estatutária. Com efeito, o Código Civil de 2002 – ao contrário de alguns ordenamentos estrangeiros[376] – não estipulou um prazo máximo para a duração do direito de superfície, e tampouco um prazo padrão, na ausência de estipulação no contrato, em evidente contramão ao princípio da operabilidade. Igual situação é observada no Estatuto da Cidade que também não traça elementos a respeito de duração da concessão por prazo determinado.

Ademais, como já gizado, no Estatuto da Cidade há a autorização de feitura de concessão por prazo indeterminado, o que, não só caminha na contramão da operabilidade, mas, involuntariamente, permite burla ao princípio da eticidade. Na ausência de prévio ajuste contratual quanto ao prazo, a resolução poderá se efetuar de forma unilateral, com o risco de ser

---

[374] Parecendo concordar, confira-se: Melhim Namen Chalhub (*Curso de direito civil*: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 159); Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 412), Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 279-280), e Marco Aurélio S. Viana (*Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 547).

[375] Há quem defenda que o nosso sistema admite o direito de superfície perpétuo, o que absolutamente não aceitamos. Sobre o caráter temporário do direito de superfície remetemos o leitor ao capítulo 9 (item 9.2), trecho do estudo em que examinamos com mais detalhe o tema. Sem prejuízo, a questão também foi interpretada sob o foco do aparente conflito entre o artigo 1.369 do Código Civil e o artigo 21 do Estatuto da Cidade ao final do presente capítulo, fazendo-se a análise apegados à função social da propriedade (itens 7.14, 7.15 e 7.16).

[376] Em exemplo, o Código Civil do Peru fixa o prazo máximo de noventa anos (artigo 1.030) e a legislação argentina o de cinqüenta anos (artigo 6º - Lei 25.509/01). Confira-se a temática nos Capítulos 3 e 9.

altamente nociva a uma das partes e à própria função social da propriedade (e do contrato). Sem termo final, não havendo inadimplemento contratual, o destino para a resolução do contrato estaria no uso da válvula do artigo 473 do Código Civil[377] a fim de que a regra protetiva do parágrafo único possa ser aplicada, evitando que algum dos contratantes (normalmente o superficiário) seja prejudicado com a resolução antes de transcorrido prazo compatível com os investimentos efetuados[378]. Diferente não poderia ser, pois permitir resolução por denúncia vazia (sem inadimplemento da outra parte) conspiraria contra a cláusula geral de *função social dos contratos*, que na espécie tem relação também com a *função social da propriedade*, podendo colocar em jogo os conceitos éticos e de equilíbrio insertos em toda codificação, especialmente na parte contratual e no direito de propriedade.

Portanto, sem distinção quanto à fonte legal, o intérprete, ao analisar o tempo contratual, precisa considerar o valor agregado no imóvel pelas implantações, as condições contratuais, os investimentos efetuados pelas partes, assim como a boa-fé (art. 422 do CC) aplicando-se regras de equilíbrio e eticidade.

Por fim, merece consignar que uma das alterações introduzidas pela Lei 11.481/07 pode levar o interprete do Código Civil a uma situação

---

[377] "Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos."

[378] Não se trata, portanto, de hipótese vinculada ao artigo 397 do Código Civil ("Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial"), pois esse dispositivo está vinculado à mora, e a resolução do contrato de superfície pode ocorrer por *denúncia vazia*, ou seja, sem qualquer motivação de inadimplemento. No sentido, também entendendo pela aplicação do artigo 473 do Código Civil: Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 392). Contra, entendendo pela aplicação do dispositivo que descartamos (artigo 397): Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 225).

conflitante. Com efeito, a lei em destaque incluiu o parágrafo 2º no artigo 1.473 do Código Civil, para afirmar que a duração do gravame real que tem como objeto o direito de superfície e o direito real de uso não poderá ter prazo superior ao fixado na concessão, caso este seja "*determinado",* admitindo-se, via de talante, a pactuação *indeterminada*.[379]

Pela rápida leitura do parágrafo 2º do artigo 1.473 do Código Civil, verifica-se descompasso do dito disposto com o estampado no artigo 1.369 da codificação, pois como já visto, o legislador fixou no último que as concessões superficiárias serão sempre por prazo determinado. Dessa forma, há um cochilo do legislativo que coloca em jogo a própria coerência interna do Código Civil, não existindo outro caminho senão a aplicação restritiva do parágrafo 2º do artigo 1.473 do Código Civil. A solução apontada é perfeitamente possível na hipótese, já que a interpretação restritiva, segundo Francesco Ferrara, é viável nas seguintes situações: "1º) se o texto, entendido no modo tão geral como está redigido, viria a contradizer outro texto de lei; 2º) se a lei contém em si uma contradição íntima (é o chamado argumento *'ad absurdeum';* 3º) se o princípio, aplicado sem restrições, ultrapassa o fim que foi ordenado."[380-381]

No caso em tela, ocorre a primeira situação, pois a aplicação geral da norma (§ 2º do art. 1.473) conduz a revogação tácita de outro dispositivo do mesmo diploma, sendo o último (o artigo 1.369) regra diretriz do direito de superfície, não podendo ser afastada por um artigo que regula (apenas) um dos desdobramentos do instituto.

---

[379] Art. 1.473 – "Art. 1.473 (...) IX - o direito real de uso; X- a propriedade superficiária (...) § 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do *caput* deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado."

[380] Conf. *Como aplicar e interpretar as leis* (tradução do *Tratatto de dirrito civille italiano.* Roma, 1921, do Professor Francesco Ferrara, por Joaquim Campos de Miranda) Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 43.

[381] Adotando a mesma posição do professor italiano, confira-se Jose Antonio Ninõ (*La interpretación de las Leyes*. 2. ed., México: Porrúa, 1979, p. 55-56).

A interpretação restritiva, no entanto, somente irá ocorrer quanto ao direito de superfície, pois o direito de uso admite a concessão por prazo determinado e indeterminado[382]. Em suma, a concessão por prazo indeterminado cogitada no parágrafo 2º no artigo 1.473 do Código Civil está somente vinculada ao *direito real de uso*, modalidade que foi inserida pela Lei 11.481/2007 no rol dos direitos reais do diploma codificado, consoante se vê do atual inciso XII do artigo 1.225.[383]

Toda a matéria que envolve a questão temporal do direito de superfície será cuidada de forma mais minuciosa no curso do texto, demonstrando-se que a divergência legal acaba por criar ambiente inseguro, com teses sobre a possibilidade (ou não) de regimes de prazos diferenciados nas concessões.[384]

7.6 Possibilidade de concessão gratuita ou onerosa

Não há distanciamento entre os dois corpos legislativos no que se refere a possibilidade de concessão gratuita ou onerosa, conforme disposto de forma uniforme no artigo 21, parágrafo 2º, do Estatuto da Cidade e a parte inicial do artigo 1.370 do Código Civil.[385]

---

[382] Diferente do Código Civil, o direito real de uso admite a pactuação tanto por prazo determinado como indeterminado, bastando verificar a atual roupagem do instituto, revitalizado pela Lei 11.481 de 31 de maio de 2007: Art. 7º do Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967 – "É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, *por tempo certo ou indeterminado* (...)" – destacamos.

[383] Semelhante problema ocorre no § 2º do artigo 22 da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, também inserido pela Lei 11.481 de 31 de maio de 2007, merecendo igual solução, qual seja: interpretação restritiva quanto ao direito de superfície.

[384] A temática será tratada ainda no presente capítulo, com a utilização da diretriz da função social da propriedade como vetor para afastar divergências entre os dispositivos dos diplomas.

[385] Concordamos com Ricardo Pereira Lira: "na não previsão de pagamento presente na concessão, ela é gratuita" (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 543). Contra, entendendo se presumir onerosa, confira-se: Caramuru Afonso Francisco (*Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 179).

Quando a concessão for onerosa o superficiário deverá pagar ao concedente prestação que é chamada de *cânon* ou *solarium*, tendo as partes ampla liberdade para fixação desta. Tanto assim que o artigo 1.370, *in fine*, do Código Civil prevê a possibilidade de pagamento de uma só vez ou de forma parcelada, questão não tratada no artigo 21, § 2º da lei estatutária.

Sem qualquer prejuízo da omissão que se verifica na Lei 10.275/01, a parte final do artigo 1.370 do Código Civil também se aplica nas concessões firmadas com base no Estatuto da Cidade, eis que a *autonomia da vontade* está presente em toda pactuação superficiária.[386]

No caso de pagamento parcelado, parece ser relevante a indicação o *preço global* da concessão. Com efeito, só se *parcela* valor previamente constituído e representando por um *preço*, sob pena de caracterizar outra forma de pagamento diferente do *preço parcelado*, passível de desvirtuar a própria concessão.

Quando falamos em *preço global* da concessão não estamos descartando a possibilidade de *preço estimativo*, até porque, dentro da pretensão de usar o direito de superfície como vetor facilitador para atingir a função social da propriedade, não vemos óbice em que o preço (ou parte do mesmo) seja pago através de participação do proprietário nos frutos (naturais ou civis) que o superficiário colha a partir da implantação do direito de superfície.[387]

---

[386] Confira-se, no sentido, a parte final do capítulo 6.

[387] No tema, Caio Mario da Silva Pereira admite o pagamento mediante participação nos frutos (*Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 244). Concordando com a posição, J. Miguel Lobato Gómez ressalta que "O Código Civil não exige que a contraprestação pactuada tenha caráter pecuniário" (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 86, out./dez. 2004).

Por fim, registre-se que nenhum dos dois dispositivos aqui analisados indicou quem será o beneficiário do pagamento (no caso de concessão onerosa), sendo intuitivo que será o superficiário a processar prestação em favor do proprietário, que está *concedendo* ao primeiro a possibilidade de erigir acessão na sua propriedade imóvel.

7.7 Responsabilidade pelo pagamento dos encargos e tributos

Outro ponto de divergência redacional destaca-se entre os diplomas: pelo Estatuto da Cidade, ao superficiário incumbe o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre a obra superficiária e sobre a área objeto da concessão de modo proporcional à sua efetiva ocupação, se não for ajustado de forma contrária (artigo 21, § 3º da Lei 10.275/01). O Código Civil a seu turno, atribui ao superficiário o ônus de arcar com o pagamento dos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel em sua integralidade (artigo 1.371 do Código Civil).

Na realidade, esta diferença de redação não passa de um falso problema, eis que são normas de caráter dispositivo, podendo ser alterado o rateio por convenção das partes[388]. Ademais, o artigo 1.371 merece leitura com esteio no *princípio da eticidade*, de modo que a exigência de tributos e encargos sobre todo o imóvel e não apenas o objeto da

[388] No sentido (entre vários): Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 413); Marco Aurélio S. Viana (*Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 551); e Pablo Stolze Gagliano (Da superfície. In: Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 13, p. 31-32). Contra: J. Miguel Lobato Gómez afirma que "se trata de uma disposição normativa imperativa, que as partes não podem trocar, e assim sendo fica excluída a possibilidade de distribuição dos tributos entre concedente e superficiário (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 87, out./dez. 2004).

concessão, sendo o primeiro mais abrangente que a última, se caracteriza como hipótese desabrigada da diretriz, devendo, pois, ser corrigida.[389-390]

7.8 Transmissibilidade ampla

Quanto à transmissibilidade, tanto o Código Civil (artigo 1.372) quanto o Estatuto da Cidade (artigo 21, § 4º e § 5º) admitem a ampla transmissibilidade, alcançando as transmissões *inter vivos* e hereditária.

Observe-se que Código Civil veda expressamente que o concedente do direito de superfície estipule, a qualquer título, pagamento pela transferência do direito (artigo 1.372, parágrafo único) o que não é vedado pelo Estatuto da Cidade. Apesar da omissão na Lei 10.257/01, entendemos que esta se aplica a toda e qualquer concessão superficiária, pois se trata de comando que visa inibir o enriquecimento sem causa e eventual obstáculo para a melhor circulação do imóvel, cerceando a função social da propriedade, aplicando-se, em conseqüência, a *cláusula geral restritiva* do artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil.[391]

---

[389] A questão está tratada no Enunciado 94 da I Jornada de Direito Civil sobre o Código Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície".

[390] A divergência no desenho legal poderá não mais subsistir, pois o já citado Projeto de Lei n. 6.960/2002 pretende também a modificação do artigo 1.371 do Código Civil, a fim de que os encargos e tributos sejam devidos pelo superficiário nos limites da concessão, em comando que é parelho ao atual do Estatuto da Cidade. A alteração atende aos anseios da doutrina que crítica atual redação. Entre vários, confira-se, Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie (*Novo Código Civil comparado e comentado*: posse e direitos reais, Curitiba: Juruá, 2003, v. 5, p. 149) e Pablo Stolze Gagliano (Da superfície. In: Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 13, p.31-32).

[391] José Guilherme Braga Teixeira lembra que o parágrafo único do artigo 1.372 do Código Civil reflete uma tendência mundial, pois o moderno direito estrangeiro não contempla mais a possibilidade de cobrança de verbas para a transferência de direitos reais sobre coisa alheia, exigência esta que sequer é encontrada, segundo a boa pesquisa do autor, na enfiteuse nas nações forasteiras que a adotam (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 281-282).

O que importa para o legislador é inserir (ou manter) a propriedade dentro de contexto de *bônus* social, não se justificando, pois, a permissão de exigência pecuniária individual sem causa por parte do proprietário como obstáculo à função social da propriedade. Em suma: o que se destaca não é o ganho do proprietário como indivíduo, mas a manutenção de quadro *meta-individual* que não limite a função social da propriedade.[392-393]

Observe-se, no entanto, que a vedação expressa de cobrança pelo proprietário de qualquer rubrica do superficiário e/ou terceiro com base na transferência do direito de superfície, nos termos do parágrafo único do art. 1.372 do Código Civil, não significa dizer que o proprietário não pode se opor a transferência, já que tal raciocínio seria contrário ao direito de preferência inserto nos artigos 1.373 do Código Civil e 22 do Estatuto da Cidade, assim como da regra de proteção do artigo 130 do Código Civil[394] que se estende ao proprietário, já que este terá direito a *futura reversão*.[395]

Assim, há certo espaço para que o proprietário não permita a transferência do direito de superfície a terceiro, notadamente se ficar demonstrado que tal procedimento poderá ocasionar embaraço no deslinde da concessão, como na hipótese de transferência da concessão para pessoa insolvente, havendo, pois, risco claro, de não cumprimento das obrigações pactuadas.[396]

---

[392] Em sentido próximo: Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 228-229).

[393] Ao fim do presente capítulo, retornaremos ao tema, fixando nossos olhos na função social da propriedade como instrumento de eliminação das divergências entre os diplomas. Nada obstante, a questão será aprofundada no capítulo 9 (item 9.3).

[394] "Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo". Note-se da norma em destaque que se há proteção para aquele que possui direito eventual nos casos de condição, com mais razão ainda, deve ser permitido todo o cardápio de posturas protetivas ao contratante que se sujeita a termo, se beneficiando-se com a ocorrência deste.

[395] Luiz Guilherme Loureiro admite que nos contratos de superfície gratuita seja possível crvar cláusula que impede a transferência para terceiros (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 280).

[396] O exemplo não é único. Pensamos que o artigo 130 do Código Civil deve ser interpretado como vetor que permite medidas protetivas para que se evite transferências que coloquem em jogo não só o adimplemento das condições contratuais, mas também a funcionalização do imóvel

Não se pode confundir, portanto, a vedação de cobrança de verba para a transferência do direito de superfície, como a impossibilidade de pactuação no bojo da concessão de restrições e/ou condições para que esta ocorra, pois tais situações estão no âmbito da autonomia das partes.[397]

7.9 Direito de preferência

Adotou-se no Código Civil (artigo 1.373) e no Estatuto da Cidade (artigo 22) a regra de *preferência recíproca*[398], de modo que em caso de alienação dos respectivos direitos reais, a outra parte terá o direito de, em igualdades de condições, fazer a aquisição do direito da contraparte da concessão.

Não há, contudo, qualquer delineamento do procedimento a ser adotado, causando embaraços e interpretações distintas, sendo oportuno que tal situação esteja fixada em cláusula constante da concessão superficiária.[399]

---

objeto do direito de superfície. Na realidade não se pode limitar a aplicação do art. 130 do Código Civil, pois se trata de dispositivo que deve ser utilizado em qualquer situação onde se verifique o chamado *direito eventual* (ou seja, aquele sujeito *à condição* ou *termo*), como é o caso do direito de superfície, dada a expectativa de *reversão*, pois esta estará marcada por *termo* (caso a concessão seja pactuada por prazo determinado, – *como defendemos que deve ser sempre*) ou por *condição* (caso a concessão tenha sido feita por prazo indeterminado). Outro exemplo interessante da aplicação do artigo 130 do Código Civil, pouco explorado pela doutrina, está nas medidas protetivas que podem ser feitas em favor do credor, caso o devedor se valha do *favor legal* do artigo 745-A do Código de Processo Civil.

[397] No tema, Marcelo Terra defende que: "No silêncio do contrato, o direito de superfície pode ser livremente transferido a terceiros (art. 21, § 4º). Porém, as partes podem estabelecer em contrato as condições dessa transferência, eventualmente exigindo a anuência do proprietário ou a concessão a este do direito de preferência" (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu – PR, de 17 a 21 de setembro de 2.001, p. 28 – texto cedido gentilmente pelo autor).

[398] Nosso sistema é interessante, e mais equânime, pois em alguns ordenamentos este direito não está previsto expressamente e em outros apenas o proprietário que detém a preferência legal (como é o caso de Portugal, artigo 1.535º, do Código Civil).

[399] Como o direito de preferência é recíproco, não vemos óbice para que na concessão superficiária, em razão da autonomia da vontade de vige, sejam fixadas desde logo as condições para a aquisição do imóvel pelo superficiário.

Na falta de pactuação a respeito, a doutrina diverge no regramento a ser aplicável:

a) *preempção da compra e venda* (artigos 513-520 do Código Civil[400]);

b) *preferência prevista na Lei do Inquilinato* (artigos 27-34 da Lei 8.245/91[401]);

---

[400] "Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto. Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel. Art. 514. O vendedor pode também exercer o seu direito de prelação, intimando o comprador, quando lhe constar que este vai vender a coisa. Art. 515. Aquele que exerce a preferência está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o ajustado. Art. 516. Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subseqüentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor. Art. 517. Quando o direito de preempção for estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só pode ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem ele toque, perder ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita. Art. 518. Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé. Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa. Art. 520. O direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros." No sentido: Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 396) e Luciano de Souza Godoy (O direito de superfície: uma alavanca para os negócios imobiliários. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Novo Código Civil*: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 237). J. Miguel Lobato Gómez, após fazer grande crítica ao legislador por construir "norma tão parca", que "sequer determina os requisitos do direito de preferência", adere à posição do Professor Silvio Salvo de Venosa por entender ser "a única possibilidade lógica de preencher o vazio deixado pelo legislador" (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p.88-89, out./dez. 2004).

[401] "Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar - lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca. Parágrafo único. A comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a documentação pertinente. Art. 28. O direito de preferência do locatário caducará se não manifestada, de maneira inequívoca, sua aceitação integral à proposta, no prazo de trinta dias. Art. 29. Ocorrendo aceitação da proposta, pelo locatário, a posterior desistência do negócio pelo locador acarreta, a este, responsabilidade pelos prejuízos ocasionados, inclusive lucros cessantes. Art. 30. Estando o imóvel sublocado em sua totalidade, caberá a preferência ao sublocatário e, em seguida, ao locatário. Se forem vários os sublocatários, a preferência caberá a todos, em comum, ou a qualquer deles, se um só for o interessado. Parágrafo único. Havendo pluralidade de pretendentes, caberá a preferência ao locatário mais antigo, e, se da mesma data, ao mais idoso. Art. 31. Em se tratando de alienação de mais de uma unidade imobiliária, o direito

c) preferência legal aplicável ao condomínio de coisa indivisível (artigo 504 do Código Civil[402])

De plano, cremos que a primeira posição deve ser descartada, de plano, em razão da incompatibilidade do artigo 520 do Código Civil com o artigo 1.372, pois se o direito de superfície se transmite aos herdeiros, lógico é que o direito de preferência também se transmita a estes, situação trancada pelo artigo 520. Pensar diferente ferirá uma das células do direito de superfície, uma vez que estará se excluindo um predicado (preferência) em caso de transmissão causa mortis.[403]

---

de preferência incidirá sobre a totalidade dos bens objeto da alienação. Art. 32. O direito de preferência não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação. Parágrafo único. Nos contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, o direito de preferência de que trata este artigo não alcançará também os casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização de garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel. Parágrafo único. A averbação far-se-á à vista de qualquer das vias do contrato de locação desde que subscrito também por duas testemunhas. Art. 34. Havendo condomínio no imóvel, a preferência do condômino terá prioridade sobre a do locatário". No sentido: Luiz Ricardo Guimarães (O direito de superfície e o instituto da enfiteuse na transição legislativa civil brasileira. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, Coord. *Novo Código Civil*: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 250-251); Marcelo Terra (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu - PR, de 17 a 21 de setembro de 2.001, p. 30 – texto cedido gentilmente pelo autor); e Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 230).

[402] "Art. 504. 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 estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência. Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço." No sentido: Caramuru Afonso Francisco (*Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 181); Flávio Tartuce (Questões polêmicas quanto ao direito das coisas no novo Código Civil: visão crítica sobre a codificação. In: Barroso, Lucas Abreu (Coord.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 378-379); e Marco Aurélio S. Viana (*Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 554).

[403] Flávio Tartuce afirma ainda que: "Para nós, não se justifica a aplicação dos arts. 513 a 520 do novo Código Civil. Isso porque tais dispositivos trazem uma prelação de origem convencional, fixada entre as partes, que somente gera a obrigação de pagar perdas e danos no caso de a pessoa ser preterida em tal direito de preferência, conforme art. 518 do CC/02. (Questões

Entre a aplicação da Lei n. 8.245/91 e o artigo 504 do Código Civil, nos inclinamos a adotar a última posição, tendo em vista a natureza real do direito de superfície, com alta intimidade com o direito de propriedade. Não se justifica, ao nosso sentir, adotar um procedimento que se afina com direito pessoal (ainda que de eficácia real), eis que a relação entre proprietário e superficiário se calca em direito real.[404]

Ademais, no eventual embate entre o direito de preferência advindo de direito real e o proveniente de direito pessoal (mesmo com eficácia real) há prevalência do primeiro, conforme pode se notar do disposto no artigo 34 da Lei 8.245/91, potência esta que ratifica a opção pelo artigo 504 do Código Civil como solução não só mais adequada no plano técnico, mas também mais protetiva para os interesses dos pactuantes da concessão superficiária.

7.10 Extinção do direito de superfície

Neste ponto verificam-se diferenças no desenho legislativo quanto ao tratamento da extinção do direito de superfície. O Estatuto da Cidade preconiza que se extingue o direito de superfície pelo (1) advento do termo (artigo 23, I), (2) pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário (artigo 23, II) e (3) pelo desvio da destinação (artigo 24, § 1º). Já o Código Civil (artigo 1.374) estabelece apenas que, antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida, conforme previsão idêntica no Estatuto da Cidade.

---

polêmicas quanto ao direito das coisas no novo Código Civil: visão crítica sobre a codificação. In: Barroso, Lucas Abreu (Coord.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 378).

[404] Igualmente: Flávio Tartuce (Questões polêmicas quanto ao direito das coisas no novo Código Civil: visão crítica sobre a codificação. In: Barroso, Lucas Abreu (Coord.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 378).

O fato de o Código Civil ter previsto apenas a mencionada forma de extinção da superfície não significa, em absoluto, que as outras hipóteses previstas no Estatuto da Cidade foram afastadas. Isso porque tais situações apresentam entre si uma inequívoca harmonia, o que leva à hialina conclusão de que elas compatibilizam-se e completam-se, portanto devem ser aplicadas ao direito de superfície relativo a imóveis urbanos e rurais.

Na realidade, as hipóteses de extinção do direito de superfície previstas no Código Civil e no Estatuto da Cidade não devem ser tidas como exaustivas[405], já que outras causas extintivas vinculadas aos direitos reais são admitidas, como *verbi gratia*, a confusão[406], a renúncia, e o abandono.[407-408]

---

[405] Igualmente: J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 84, out./dez. 2004).

[406] A *confusão* como causa de extinção do direito de superfície (isto é, a impossibilidade de manutenção do direito de superfície se o concessionário for a mesma pessoa que o proprietário), demonstra, ao menos para nós, uma faceta característica de direitos reais sobre coisa alheia (confira-se o capítulo 8 adiante sobre a natureza jurídica do instituto). Ainda que a lição não seja exata a nossa fala, Marcelo Terra faz interessante constatação: "(...) se o direito de superfície for, a qualquer título, adquirido pelo proprietário, extinguir-se-á automaticamente o direito pela ocorrência da confusão (Código Civil, art. 1.049 e, por analogia, art. 710, inciso I, quanto às servidões prediais, e art. 739, inciso V, quanto ao usufruto)" (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu - PR, de 17 a 21 de setembro de 2.001, p. 30 – texto cedido gentilmente pelo autor). A *confusão* como causa extintiva do direito de superfície está devidamente tratada em alguns diplomas do direito estrangeiro, como é o caso do Código Civil de Portugal – artigo 1.536º, 1.,d), da legislação de superfície florestal argentina (artigo 8º da Lei 25.509/01), do Código Civil da Holanda – artigo 795, 1º, do Direito Belga (artigo 9º, 1º, da Lei de 10 de janeiro de 1.824), e o Código Civil de Macau - artigo 1.427º, 1.,d).

[407] O Projeto de Lei n. 6.960/02 busca modificar o artigo 1.374 do Código Civil, a fim de prever de forma mais genérica que serão motivos para a extinção da concessão a destinação indevida pelo superficiário, assim como o descumprimento de "qualquer outra obrigação assumida no contrato".

[408] Parecendo concordar com a existência de esquadro enunciativo, José Guilherme Braga Teixeira traçou didaticamente – em rol de 'anteprojeto de lei' por ele idealizado – as causas de extinção da concessão superficiária que entende serem as mais comuns (apesar de não esgotar as questões): "a) decurso de prazo por que foi constituída; b) pela confusão; c) pela falta de início da construção ou da plantação no prazo previsto no título aquisitivo, ou faltando este, no prazo correspondente à decima parte da duração da superfície; d) pela falta de conclusão da construção ou plantação dentro do prazo fixado; e) por dar o superficiário à superfície destinação diversa daquela para qual foi constituída, ainda a que o faça apenas construindo ou plantando em desacordo com que alude o art. 6. desta lei; f) pela destruição da construção ou plantação ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo; g) pelo implemento de qualquer condição resolutiva constante do instrumento de sua constituição; h) pelo falecimento do superficiário sem deixar herdeiros; i) pelo desaparecimento ou inutilização do solo; j) pela desapropriação. Parágrafo único – Estipulado no título aquisitivo da superfície que esta não extinguirá pela destruição da construção ou plantação, sua extinção ocorrerá, porém, se o superficiário não reconstruir aquela ou não fizer esta em prazo idêntico ao que tinha para construir ou para

Demais disso, é importante que se opere hermenêutica mais elástica ao artigo 1.374 do Código Civil, pois a concessão poderá se encerrar não apenas em caso de *"destinação diversa"*. Na realidade, a expressão (*"destinação diversa"*) não pode ser vista tão-somente como o deslize quanto ao uso do implante, mas, em interpretação mais espaçosa para abrigar toda e qualquer situação que o concessionário cabule a *funcionalização* do imóvel, como, por exemplo, a conduta omissiva na implantação de construções, plantações ou benfeitorias, ou da desídia total na manutenção da(s) acessão(ões).[409-410-411]

Apesar de algumas nações adotarem a *destruição dos implantes* como hipótese de extinção do direito de superfície[412], pensamos que tal situação é incompatível com atual estrutura social do instituto em estudo, notadamente se a destruição foi involuntária ou mesmo efetuada com objetivo de propiciar novo implante, mais adequado a finalidade da concessão.[413]

---

plantar, contado a partir da destruição" (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 286). Conforme se verifica do nosso estudo adiante, em especial no capítulo 9 (item 9.4),não concordamos com a extinção automática (ou até fixada na convenção) do direito de superfície por destruição involuntária da plantação ou construção, situação que retifica pontualmente o quadro acima estampado.

[409] No particular, há previsão no direito estrangeiro fixando prazos para que os implantes sejam efetuados, como é o caso, por exemplo, do Código Civil da Bolívia (artigo 202) e do Código Civil de Portugal (1.536º, 1., a).

[410] O tema em debate (*destinação da concessão superficiária*) é de alta relevância, tendo sido debatido ao logo do capítulo 9 (item 9.4), em que fazemos, inclusive, uma maior incursão no direito alienígena, pelo que remetemos o leitor a tal passagem do presente estudo.

[411] Pela importância da questão, correta, para nós, a conclusão de Marco Aurélio S. Viana de que, pelo teor do artigo 1.374 do Código Civil, "há em favor do concedente, um *direito de fiscalização*" (*Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 555).

[412] Confira-se, no sentido, o Código Civil da Itália em seu artigo 954. A disposição não é isolada, havendo disposição semelhante no Direito Belga (artigo 9º, 2º, Lei 10/01/1824) e no Código Civil da Holanda (artigo 765, 2º).

[413] Próximo de nossa posição: Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 277).

Solução interessante pode ser colhida do Código Civil luso (artigo 1.536º[414]), que fixa prazo para que o superficiário faça nova construção ou renove a plantação, sob pena de extinção do direito de superfície, seguindo-se o prazo que fora fixado inicialmente na concessão superficiária para a feitura do implante. No caso da *superfície por cisão*, ou seja, nos casos em que o superficiário não foi o responsável por cravar o implante, o prazo para a renovação da acessão deve ser convencionado pelas partes, levando-se em conta a natureza da construção e/ou plantação destruída.[415]

O que não nos parece possível é aceitar que a destruição do implante – sem que tenha ocorrido ato ilícito por parte do superficiário para o desfecho[416] – gere automática extinção da concessão superficiária. Qualquer disposição (legal ou contratual) no sentido colocará em jogo a *funcionalização* do direito de superfície, estando, pois fora da órbita do *microssistema da função social da propriedade* que, como já anunciamos, é regido pela Carta Maior.[417]

Por fim, como já vimos na parte comparativa sobre os requisitos formais, prevê o Estatuto da Cidade (§ 2º do art. 24) que a extinção do direito de superfície deverá ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis, previsão inexistente no Código Civil. A omissão que se verifica no Código Civil não causa qualquer contradição ou tratamento diferenciado,

---

[414] Artigo 1.536 – Casos de extinção. O direto de superfície se extingue: (...) b) Se destruída a obra ou as árvores, o superficiário não reconstruir a obra ou não renovar a plantação, dentros dos mesmo prazos a contra da destruição. Anote-se, outrossim, que há dispositivo próximo no Código Civil de Macau (artigo 1.427º, 2.)

[415] Sem a existência de pactuação prévia na concessão ou de posterior acordo sobre o prazo que o superficiário terá direito da renovar a acessão, pensamos ser viável uma ação autônoma de produção de provas, com o intuito de fixar os contornos e prazos para a renovação do implante.

[416] É óbvio que se a destruição foi caracterizada por ato ilícito do superficiário (ainda que fruto do abuso do direito – artigo 187 do Código Civil) será perfeitamente cabível a extinção do direito de superfície. Estamos, pois, tratando no corpo do texto de situações em que a destruição não se configura como decorrente de ato ilícito envolvendo o concessionário.

[417] Como já alertamos, o tema (destruição dos implantes como causa de extinção do direito de superfície) será exposto novamente, como outras cores, no capítulo 9 (item 9.4), nos reportando aos fundamentos lá lançados.

eis que, em razão da natureza real do direito de superfície, a referida providência se aplicará a qualquer concessão superficiária.[418]

7.10.1 Extinção da concessão superficiária por desapropriação judicial

No que se refere especificamente à questão da extinção do direito de superfície em razão de expropriação, tem-se que apenas o Código Civil (artigo 1.376) contemplou a hipótese, determinando que a indenização deverá ser partilhada entre o proprietário e o superficiário, na correspondência do direito de cada um. A omissão no Estatuto da Cidade não implica, em não aplicação deste, nas concessões que estejam reguladas pela lei urbanística, pois se trata de uma regra geral, devidamente recepcionada pela Lei 10.257/2001.

De todo modo, a redação singela do artigo 1.376 do Código Civil nos leva a crer que devermos analisar apenas o valor dos implantes e o do solo, a fim de que obtenhamos proporcionalmente o *quantum* do direito real de cada um. Ao que parece, o dispositivo aponta para um ponto neutro da concessão, ou seja, em determinado ponto temporal, as partes encontram-se em pé de igualdade. Entretanto, nada obsta que a desapropriação venha a ocorrer logo ao fim do contrato, quando o proprietário estiver prestes a incorporar ao seu patrimônio os implantes. No inverso, imagine situação inicial da concessão em que o superficiário já tenha resgatado integralmente o *solarium* ao proprietário, mas tinha apenas parcialmente iniciado o implante de uma obra.

---

[418] No sentido: Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 412).

Nestas condições, a interpretação do artigo 1.376 do Código Civil é mais intrincada do que parece, devendo ser relevante também o fator temporal, assim como circunstâncias peculiares de cada contrato (por exemplo: pagamento de *solarium*, previsão de indenização para o superficiário ao fim da concessão) para se aferir o direito real de cada um[419]. Assim, dada a complexidade da questão[420], a solução extratizada no Enunciado n. 322 da IV Jornada de estudos sobre o Código Civil, deflagrada pelo Conselho da Justiça Federal, nos afigura como adequada:

> Enunciado 322: "Art. 1.376. O momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório (art. 1.376), constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário".

7.11 Reversão

Como conseqüência da extinção do direito de superfície, conforme se verifica dos artigos 1.375 do Código Civil e 24 *caput* do Estatuto da Cidade, os dois diplomas adotam o sistema de *reversão*, isto é a cessão da suspensão do princípio *superficie solo cedit*, não só a recuperação da base do imóvel que deu sustentação ao implante, mas também a absorção no patrimônio do proprietário do material que foi introduzido pelo superficiário,

---

[419] Em termos: J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 90-91, out./dez. 2004); Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 283-284); Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 232); e Luiz Ricardo Guimarães (O direito de superfície e o instituto da enfiteuse na transição legislativa civil brasileira. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, Coord. *Novo Código Civil*: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 251).

[420] O problema não passou desapercebido dos olhos do professor Flávio Tartuce, que consignou: "Prevê o art. 1.376 do novo Código Civil que, em caso de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito de cada um. Resta dúvida pela leitura do dispositivo, em relação ao cálculo desses valores. Quanto a esse ponto, entendemos que a resposta será dada pela jurisprudência ou por lei específica que no futuro venha regulamentar a matéria" (Questões polêmicas quanto ao direito das coisas no novo Código Civil: visão crítica sobre a codificação. In: Barroso, Lucas Abreu (Coord.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 379).

independentemente de indenização, caso esta não tenha sido prevista na concessão.[421]

A leitura mais cuidadosa dos artigos em questão demonstrará Estatuto da Cidade, o legislador inclui as benfeitorias como objeto da reversão, situação que apesar de não prevista no Código Civil, também se integra a este.[422-423]

7.12 Hipoteca (e situações afins)

Apenas o Código Civil traz referência a possibilidade da *propriedade superficiária* ser alvo de hipoteca, nos termos do artigo 1.473, inciso X[424], não existindo dispositivo semelhante no Estatuto da Cidade. Pelo caráter geral da norma, bem assim a sua posição geográfica[425], mesmo para os que defendem um tratamento seccionado do direito de superfície, não haverá problema em se transportar o dispositivo para concessões urbanas com esteio na Lei 11.257/01.

Saliente-se que mesmo antes da alteração legislativa, já havia na doutrina nacional quem defendesse a possibilidade de feitura de hipoteca tendo como base o direito de superfície[426], utilizando-se, muitas das vezes,

---

[421] No sentido, entre vários, Melhim Namen Chalhub (*Curso de direito civil*: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 165-166).

[422] A situação constante no artigo 24 *caput* do Estatuto da Cidade, conjugada com a interpretação do artigo 21 da mesma lei, abre interpretação de que a Lei n. 10.257/01 admite a concessão superficiária por *cisão*, isto é com implante já constante da superfície para que o superficiário venha introduzir *benfeitorias*, tema que tratamos adiante.

[423] No Projeto de Lei n. 6.960/2002 há previsão da concessão superficiária para o fim exclusivo de inserção de benfeitorias nas acessões já existentes, de modo a deixar límpida a possibilidade de *superfície por cisão* também no Código Civil, conforme se depreende da nova redação pretendida para o artigo 1.369.

[424] Alteração introduzida pela Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007.

[425] O artigo 1.473, X, não está situado no Título em que está regulado o direito de superfície no Código Civil, estando, pois, estampado no Capítulo referente a hipoteca.

[426] No sentido (entre vários): Melhim Namen Chalhub (*Curso de direito civil*: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 165); Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no*

de bandeja que advém, principalmente, do direito estrangeiro, pois em algumas nações a matéria detém previsão legislativa, como é o caso de Portugal, Argentina e Itália.[427-428]

Não obstante a inserção do inciso X no rol do artigo 1.473 do Código Civil, cremos que tal medida legislativa foi muito tímida e, isoladamente, não teve o condão de afastar as principais dúvidas quanto à formalização da hipoteca sobre o direito de superfície.

De plano, como já alertamos anteriormente (item 7.4), não há na Lei 6.015/73 (Lei de Registro Públicos) qualquer indicativo de como deverá ser efetuada a matrícula referente ao direito de superfície, pois seu artigo 167 apenas dita que haverá o *registro* da constituição do direito de superfície (inciso I, n. 39) e a *averbação* da extinção da concessão (inciso II, n. 20). Esta situação acaba por gerar ambiente inseguro acerca do registro da hipoteca (ou de outras situações afins).

Caso se admita a matrícula autônoma do direito de superfície bastará que aplique o artigo 167 da Lei 6.015/73, fazendo-se o registro do direito real de garantia na matrícula específica da superfície quando da sua constituição e a averbação ao ocorrer a extinção. No caso específico da hipoteca, há previsão no artigo 167, inciso I, 2), para o seu registro, assim como no inciso II, 2) do mesmo dispositivo para o seu cancelamento. Entretanto, pelo sistema que adotamos no direito registral, a tendência

---

Código Civil e no Estatuto da Cidade. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 182-185); e Silvio de Salvo Venosa também indica a Lei n. 2.030, de 22 de junho de 1948 (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 519).

[427] Confira-se: Código Civil da Itália (artigo 2.810, 3), Código Civil de Portugal (artigo 688°) e Lei 25.509/01 na Argentina (artigo 2°).

[428] Sem prejuízo da previsão em outros países, conforme indicamos no capítulo 3 do presente estudo, como é o caso da Suíça e Macau. De toda sorte, até mesmo pela importância histórica, há destaque para estudos com os olhos no ordenamento alemão (confira-se: Martín Wolff (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 2).

estará na adoção de rumo em que o direito de superfície dependerá da matrícula original do imóvel base da concessão, fazendo-se não só o registro da superfície no *fólio* respectivo daquele, bem assim todas as demais inscrições, incluindo-se, neste espectro o registro da hipoteca sobre a *propriedade superficiária*[429] (seguindo a dicção literal do artigo 1.473, inciso X, do Código Civil).

Assim, não havendo uma sinalização mais clara na legislação, a interpretação do disposto no artigo 167 da Lei de Registros Públicos nos induz a conclusão de que não haverá uma matrícula autônoma para o direito de superfície, sendo as anotações referentes á concessão feitas no *fólio* da propriedade imóvel do concedente original (isto é, o proprietário do imóvel).

A situação repercutirá, por cento, nos registros e averbações acerca da hipoteca e institutos afins, que estarão cravamos no mesmo *fólio*[430], ainda que aponte a incidência apenas sobre o direito de superfície. Importante que, apesar de escorados na mesma matrícula, o ideal será que os registros que incidirem sobre o direito de superficie e a propriedade do solo devem ser efetuados em *submatrículas*, mesmo que lançados em *livro auxiliar*[431], pois a medida dará mais visibilidade aos eventuais gravames,

---

[429] No sentido, Frederico Henrique Viegas de Lima leciona: "(...) cada imóvel tem um fólio especial no livro n° 2 dos Registros, em que inscritas todas as modificações e alterações relativas a ele. Para todos os direitos reais que possam recair sobre o imóvel, as inscrições e assentos se realizam no mesmo 'fólio', uma seguida da outra, ainda no caso de domínio dividido, como acontece atualmente com a enfiteuse. Para CARVALHO, esta forma é a mais acertada, e as possíveis hipotecas que possam existir em bem de domínio dividido, não são fatores suficientes para a existência de dois 'fólios' registrais distintos. A hipoteca do domínio direto, que para este autor raramente existe na prática, deve ser realizada no mesmo fólio, coexistindo com a hipoteca e demais inscrições referentes ao domínio útil. Estabelecendo uma analogia com a situação do direito de superfície, sua inscrição e demais direitos concernentes a lê deverão ser realizados no mesmo 'folio' registral do imóvel, porque o sistema de 'folio' real utilizado no registro imobiliário brasileiro refere-se ao imóvel e doas as inscrições referentes a ele devem ser efetivadas no mesmo 'folio'." (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 336).

[430] Esta tem sido a posição vencedora na Argentina, conforme anota Marina Mariani de Vidal (*Derechos reales*. 7. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2004, v. 3, p. 133).

[431] No livro *auxiliar* (ou Livro n. 3) serão registrados os atos que não estão diretamente vinculados ao imóvel base da matrícula, conforme disposto no artigo 177 da Lei 6.015/73 ("Art. 177. O Livro

evitando também uma indevida comunicação na esfera patrimonial do superficiário e/ou do proprietário.[432]

Em última análise, pensamos ser possível aproveitar no particular, com os devidos ajustes, semelhantes procedimentos adotados na enfiteuse, tendo em vista a existência de pontos comuns entre as figuras jurídicas em destaque[433], embora se verifiquem algumas diferenças.[434]

No entanto, a insegurança não se sitia apenas no espaço registral em que se alocará a hipoteca incidente sobre o direito de superfície, surgindo outra questão a partir da fala gramatical do inciso X do artigo 1.473 do Código Civil, que usa a expressão *propriedade superficiária.*

Observe-se que a inserção no rol do artigo 1.473 se efetuou por força da Lei 11.481/07, que implementou mudanças além das fronteiras do Código Civil quanto o direito de superfície como objeto apto à garantia real. Com efeito, além do artigo 1.473 do Código Civil, a Lei 11.481/07 – através de seu artigo 11 – alterou o artigo 22 da Lei 9.514/97, passando a veicular o

---

nº 3 – *Registro Auxiliar* – será destinado ao registro dos atos que, sendo atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, não digam diretamente a imóvel matriculado"). Maria Helena Diniz, examinando tal livro, faz comentário sobre o *livro auxiliar* (Livro n. 3) que pode ser adaptado para a questão em exame: "Se adotar o sistema do 'fólio' real, será recomendável que se faça seu arquivamento, segundo a ordem numérica dos próprios registros (TJ-CGJ, Prov. 2/83, n. 72, 58/89, n. 71)" (*Sistemas de registros de imóveis.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 520).

[432] Ao analisar a questão, dentro do ambiente registral da Argentina Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón fazem as seguintes considerações: *"(...) nos parece insuficiente reflejar en un único folio todas as mutaciones reales acaecibles. También parece extremadamente dificultoso que en un solo folio se anoten diversos derechos de superficie. De ahí que propiciaremos un sistema semejante al de la propiedad horizontal; es decir, un folio con diversas submatrículas, lo que no altera la naturaza de folio real, ya facilita y clarifica la situación del inmueble. Esta es solución que propiciaron las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Corrientes, en 1985, cuja conclusión nº 14 dispone: 'Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio real separado, pero correlacionado con la inscripción dominial'. Es también la del derecho alemán, en cual se practica una doble inscripción, en primer término, se inscribe en el folio correspondiente a la afinca concedente, como gravamen; en segundo lugar, como entidad hipotecaria independiente tiene folio aparte, donde se hacen constar sus propios gravámenes; en suma, como dice Wolf, el derecho de superficie tratado como una cosa inmueble*" (*Derecho real de superficie*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 34-35).

[433] Inclusive para os casos de *subenfiteuse* ou *superfície por cisão*, temas tratados nos capítulos 13 e 14 do presente estudo.

[434] Confira-se o capítulo 10 (item 10.1).

direito se superfície como objeto de alienação fiduciária, que poderá ser firmada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema Financeiro[435]. Esta alteração merece destaque, pois o artigo 22 da Lei 9.514/97 se refere a outras formas de garantia que não a *propriedade plena*, incluindo no seu inciso IV a expressão *propriedade superficiária*.

Mais do que uma discussão apenas gramatical, o uso da expressão *'propriedade superficiária'* pode conduzir ao raciocínio de que somente será possível a hipoteca ou a alienação fiduciária se o implante já estiver devidamente acabado, isto é, alcançará situação em que o direito de superfície já suplantou sua *primeira fase*, qual seja da feitura da construção e/ou plantação[436]. A problemática se torna mais aguda, ao lembrarmos que o parágrafo 1º do artigo 22 da Lei 9.514/97 já possuiu redação anterior (hoje revogada) que permitia a alienação fiduciária de *imóvel em construção*, situação que não está mais açambarcada (ao menos expressamente) naquele dispositivo.[437]

---

[435] "Art. 11. O art. 22 da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 22. (...) § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; II - o direito de uso especial para fins de moradia; III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; *IV - a propriedade superficiária. § 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado*'". (destaques não originais).

[436] Sobre a dinâmica superficiária e suas fases, confira-se os capítulos 8 e 13 da dissertação.

[437] Na realidade até a Lei 11.481/07, a redação original do artigo 22 contemplava um parágrafo único, em que estava a permissão destacada no texto (alienação fiduciária de imóveis em construção). Confira-se: "Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI". Tal redação foi alterada inicialmente pela Lei 10.931/04, e posteriormente pela Lei 11.07604. Confira-se: "Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário" (redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004); "Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário". (redação dada pela Lei n. 11.076, de 2004). É importante frisar que sobre a redação original do artigo 22 da Lei 11.481/07 a doutrina efetuava interpretações que não eram simétricas. Em suma, uma corrente defendia que o parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 11.481/2007 permitia interpretação bem ampla para admitir a alienação fiduciária tendo como objeto "bens imóveis futuros" (Cf. Saad, Renan Miguel. *A alienação*

Dessa forma, a expressão *propriedade superficiária* acaba por gerar situação – em certa medida – enigmática, uma vez que, pelo contexto que a Lei n. 11.481/07 inseriu o termo no Código Civil e na Lei n. 9.514/97, há indícios de que a formalização da garantia demandará a existência de implante no imóvel.

Ocorre que a própria Lei n. 11.481/2007 traz um outro dispositivo no seu corpo que pode colocar em cheque a interpretação acima anunciada, qual seja o artigo 13[438], tendo em vista que este não se utiliza da expressão *propriedade superficiária*. Mais ainda, segundo dispõe o artigo 13 da Lei n. 11.481/2007**,** para a finalidade de facilitar o acesso aos financiamentos do Sistema Financeiro Habitacional (SFH), o *direito de superfície* poderá ser objeto de garantia real, não podendo o agente financeiro se negar a aceita-lo.

Note-se que o artigo 13 da Lei n. 11.491/07 trata não apenas do direito de superfície, mas também do direito real de uso, que está igualmente regulado em outros dispositivos da norma (artigos 10 e 11) junto com a *'propriedade superficiária'*, pois o legislador fez questão de incluir o instituto (em duas variações) no rol do artigo 1.225 do Código Civil[439], assim como permitir seu uso como objeto para hipoteca (através da abertura no

---

fiduciária sobre bens imóveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 168), enquanto outra linha de pensamento limitava o dispositivo para somente admitir o conceito de *imóvel em construção* para as hipóteses em que "a obra já se iniciou", sendo fixando-se ainda que "o início da obra é um momento totalmente diverso do registro do memorial de incorporação, existindo, sempre, lapso temporal – maior ou menor – entre estes dois instantes" (Cf. Lima, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.* 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 1999, p. 93-96).

[438] "Art. 13. A concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso e o direito de superfície podem ser objeto de garantia real, assegurada sua aceitação pelos agentes financeiros no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH".

[439] "Art. 1.225 (...) XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso."

rol do artigo 1.493 do Código Civil[440]) e para a alienação fiduciária (com o encaixe no artigo 22 da Lei 9.514/97[441]).

Ao que parece ocorrerá no Brasil semelhante discussão que se forma em na Argentina[442]. Parte da doutrina entende que somente é possível a formalização da hipoteca se no imóvel já estiverem cravados os implantes[443], ao passo que outra fatia – fazendo a interpretação do artigo 2º da Lei 25.509/01 – defende a possibilidade da referida garantia real antes mesmo de se verificar a existência de plantações no terreno.[444]

Somos tendentes a aderir a posição de que é possível a hipoteca sobre o direito de superfície ainda que os implantes não estejam cravados na base imobiliária do proprietário, uma vez que parece ser esta a direção que foi adotada pela Lei 11.481/07 ao alterar vários dispositivos no

---

[440] "Art. 1.473 (...) VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; (...) IX - o direito real de uso; (...)."

[441] "Art. 22. II - o direito de uso especial para fins de moradia; III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação".

[442] Poderia nosso legislador ter sido mais claro, até mesmo diante da nossa quase inexistente tradição com o instituto. De toda sorte, a situação para indicar que o uso da expressão propriedade superficiária nem sempre é unívoco, como bem registra J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 73, out./dez. 2004). Sobre o uso da expressão *propriedade* superficiária para várias situações (uso não unívoco), conferir o desenvolvimento do capítulo 8.

[443] Segundo Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón: "*Hemos explicitado que el ius edificandi con hipoteca, pero si lo es la propiedad superficiaria*" (*Derecho real de superficie*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 89). Parecendo concordar: Lydia Esther Calegari de Grosso afirma que: "*La ley 25.505, al establecer el derecho de superficie como una nueva propiedad sobre el bosque y separada ésta de la inmueble, establece que es del bosque (del árbol) como cosa inmueble, de quien ha predicarse la especialidad*" (*El derecho real de superficie forestal*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006, p. 125). Beatriz Aréan dá indícios de seguir a posição mais restrita, ao afirmar que: "*Respecto de la hipoteca, debe quedar bien en claro que sólo tendrá por objeto la superficie, de surte tal que, en caso de incumplimiento, el acreedor hipotecario no tendrá derecho alguno sobre el terreno, debiendo limitarse a ejecutar las plantaciones existentes en el mismo*" (*Derechos reales*. 6. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, v. 2, p. 707).

[444] No sentido: Ricardo J. Papaño, Claudio M. Koper, Grecgorio A. Dillon e Jorge R. Causse: *"(…) cuando el derecho del superficiario tiene por finalidad forestar o hacer silvicultura, se le negaría la posibilidad de obtener los recursos necesarios para emprender la explotación. Y en esto no existe contradicción alguna con el régimen general de los derechos reales, en cuanto se trataría de la constitución de un gravamen sobre un derecho y no sobre una cosa, habida cuenta de que es la propria regulación legal la que lo admite. Por esto nuestra adhesión al criterio amplio de interpretación, en sentido de que el superficiario puede constituir derecho de garantía en cualquiera de las modalidades que la superficie puede asumir*" (*Derechos reales*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004, v. 2, p. 291-292); e Gabriel de Reina Tartière (*Derecho real de superficie forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 87-91).

ordenamento nacional, ainda que não tenha o feito de forma muito clara. Para tanto, observe-se que as mudanças não estão limitadas ao direito de superfície, pois houve grande incursão em relação ao direito de uso em que não se cogita na suspensão do *princípio superfícies solo cedit*, de modo que a existência do implante no imóvel não se traduz numa fase separada do direito de uso, ao contrário do que ocorre no direito de superfície.[445]

Ademais, prevalecendo entendimento contrário, estaria completamente esvaziado o artigo 13 da Lei 11.481/07, pois somente se admitiria o direito de superfície e o direito de uso como garantia para o Sistema Financeiro Habitacional após a construção estar finalizada, o que é incoerente com o escopo com que foi lançada a regra para incentivar o uso das figuras jurídicas.[446-447]

Lembre-se que antes da Lei 11.481/07 já havia boa doutrina que sustentava a possibilidade do direito de superfície como objeto de hipoteca, partindo-se da premissa de que como se trata de direito real imobiliário alienável, consoante expressa previsão do artigo 1.372 do Código Civil[448], não haveria óbice para a dita garantia real que, nestas condições, se

---

[445] Sobre as diferenças entre o direito de superfície e o direito real de uso, confira-se o capítulo 10 (item 10.5).

[446] De toda sorte, a questão da alienação fiduciária merece uma reflexão mais alongada, diante da opção legislativa pretérita de alterar o parágrafo único do artigo 22 da Lei 9.514/97, que excluiu a possibilidade da alienação fiduciária sobre imóveis em construção.

[447] A leitura dos dispositivos trazidos na Lei 11.481/07 demonstra a vocação social da norma, fundamental na sua interpretação. A confirmar a assertiva, vale observar que a referida lei acresceu o artigo 290-A na Lei 6.015/73, dispositivo este de cunho eminentemente social, que pode ser aplicado para as pequenas concessões superficiárias. Confira-se: "Art. 12. A Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 290-A: 'Art. 290-A. Devem ser realizados independentemente do recolhimento de custas e emolumentos: I - o primeiro registro de direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas e em áreas rurais de agricultura familiar; II - a primeira averbação de construção residencial de até 70 m² (setenta metros quadrados) de edificação em áreas urbanas objeto de regularização fundiária de interesse social. § 1º O registro e a averbação de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo independem da comprovação do pagamento de quaisquer tributos, inclusive previdenciários. § 2º Considera-se regularização fundiária de interesse social para os efeitos deste artigo aquela destinada a atender famílias com renda mensal de até 5 (cinco) salários mínimos, promovida no âmbito de programas de interesse social sob gestão de órgãos ou entidades da administração pública, em área urbana ou rural."

amoldaria como algo próximo (senão igual para alguns[449]) ao domínio útil, cabendo, assim, na gaveta do artigo 1.473, do Código Civil.[450]

É possível se cogitar, na realidade, em outras situações que não a hipoteca, justificando-se posições que aceitam que o direito de superfície seja alvo de anticrese[451] ou usufruto[452], muito embora em tais casos tenha que se verificar o status que ficará a fruição do superficiário, as obrigações para com o proprietário e a *funcionalização social* do imóvel.

Quanto ao prazo, deve ser observado que o parágrafo 2º do artigo 1.473 do Código Civil limita à duração da hipoteca à ao prazo fixado na concessão superficiária[453]. Assim, segundo nosso sistema legal, teríamos que seguir o prazo máximo previsto no artigo 1.485 do Código Civil[454] de 20 (vinte) anos, pois não se admite a fixação de prazo maior, ainda que

---

[448] No sentido: Aldemiro Rezende Dantas Júnior (*Comentários ao Código Civil Brasileiro*. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13, p. 537).

[449] No sentido: Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 183).

[450] Com idéias próximas, Luiz Guilherme Loureiro faz a seguinte ponderação: "(...) penso que pode ser hipotecado o direito de superfície, uma vez que possui expressão econômica, independentemente da construção ou plantação que, uma vez efetivada, passa a ser compreendida na hipoteca por força do princípio da indivisibilidade. Para evitar a antinomia entre as normas citadas devemos considerar que o termo utilizado no art. 1.473 (*propriedade superficiária*) se refere ao direito de superficie e não efetivamente ao seu objeto. Aliás, se o superficiário pode transferir o "direito de superfície" (art. 1.372) pode também gravá-lo" (*Direito de superfície e hipoteca*. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor).

[451] No sentido: Gabriel de Reina Tartière (*Derecho real de superficie forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 96-97) e Beatriz Aréan (*Derechos reales*. 6. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, v. 2, p. 707).

[452] Na linha: Frederico Henrique Viegas de Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 336) e Beatriz Aréan (*Derechos reales*. 6. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, v. 2, p. 707), que admite também a constituição de servidões, tal como Vicente Guilarte Zapatero (*El derecho de superficie*. Pamplona: Arazandi, 1966, p. 245-246).

[453] A alteração legislativa em questão está afinada com a conclusão fixada no Enunciado 249 da III Jornada de estudos sobre o Código Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, a saber: **"**Art. 1.369: A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474".

[454] "Art. 1.485. Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até perfazer vinte anos, da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca, reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir."

resultado de prorrogação das partes[455]. Para vários tipos de concessão superficiária, o prazo de 20 (vinte) anos poderá não ser adequado, sendo necessário, em tais situações, a feitura de novo contrato de hipoteca, como novo título e registro, mantendo, todavia, a precedência da garantia, nos termos da parte final do artigo 1.485 do Código Civil.

Por fim, há de se indagar como fica a garantia real se o direito de superfície for extinto? Segundo José Guilherme Braga Teixeira, interpretando o direito estrangeiro, os "direitos reais de uso e gozo constituído pelo superficiário se extinguem com o término da superfície, o que se dá também com a hipoteca, exceto se houver direito do superficiário a uma indenização, hipótese em que o crédito hipotecário se sub-roga nesta. Entretanto, se a extinção da superfície não se der pelo decurso de prazo a hipoteca continuará gravando separadamente o bem superficiário"[456]. No que tange a eventual hipoteca firmada pelo proprietário do solo a questão é mais complexa, até mesmo pela falta de tratamento uniforme no direito forasteiro. Tanto assim que José Guilherme Braga Teixeira faz a seguinte anotação:

> "As hipotecas constituídas sobre o solo pelo *dominus soli* oferecem maior dificuldade, pois enquanto há legislações que excluem a sua incidência sobre o bem superficiário, outras há que a incluem, havendo ainda, aquelas que adotam a terceira solução, conforme o direito de superfície se extinga por transcurso do prazo de sua duração ou por causa diversa deste, entendendo que a hipoteca se estenda ao bem superficiário na primeira hipótese e continue gravando separadamente a construção ou plantação na última" [457].

---

[455] No sentido: Aldemiro Rezende Dantas Júnior (*Comentários ao Código Civil Brasileiro*. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13, p. 658).

[456] *O direito real de superfície*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 88. O autor, em seu sustento, faz referência aos artigos 161, ns. 3 e 4, da Ley del suelo (Espanha), 1.539°, 2. do Código Civil português e 2816 do Código Civil italiano.

[457] *O direito real de superfície*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 88. A primeira situação (exclusão da hipoteca sobre o direito de superfície) ocorre na Itália (Código Civil: artigos 954 e 2.816), a segunda linha (que faz a inclusão) é manifestada em Portugal (Código Civil: artigo 1.540°), encontra-se a terceira hipótese na Espanha (Ley del suelo: art. 161, n. 4) e em Portugal (Código Civil: artigo 1.541°).

Na nossa visão não se pode permitir que a hipoteca efetuada pelo proprietário, após a formalização da concessão superficiária, possa alcançar o direito real do superficiário, estando afastada qualquer interpretação no sentido, mesmo que amparada em precedente legislativo estrangeiro. No máximo, o que se admite, é a eventual sub-rogação pelo credor hipotecário dos créditos (no sentido amplo) que o proprietário teria direito a receber do superficiário, como é o caso do pagamento de *solarium* ou até mesmo da incorporação ao final da concessão dos implantes na base do imóvel que deu origem a concessão (reversão). Pensar em reverso significa conspirar contra o impulsionamento do instituto, pois ficaria o superficiário a mercê do proprietário, com o grave desvio de não aplicação do princípio *superfícies solo cedit* que está na base nuclear do direito de superfície.[458-459]

A questão tratada neste trecho do trabalho (direito de superfície, hipoteca e institutos afins), é bem nova e ainda instável, razão pela qual demandará bastante discussão pela doutrina, sendo possível a confecção, inclusive, de trabalho monográfico sobre o assunto, em razão da quantidade de desdobramentos. Deixamos, aqui, alguns comentários sobre os pontos que entendemos mais relevantes.

7.13 Da aplicação supletiva do Código Civil (art. 1.377)

Finalmente, merece destaque o Código Civil – com lei geral – deverá ser aplicado nas legislações especiais que venham a tratar do tema, naquilo que estas forem omissas. Há, no sentido, a forte sinalização do

---

[458] Com posição semelhante: Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 283).

[459] Adotamos, assim, o entendimento firmado no fixada no Enunciado n. 321 da IV Jornada de estudos sobre o Código Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, a saber: **"**Art. 1.369. Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel".

artigo 1.377 do Código Civil, em que legislador já indica que eventual lei que venha disciplinar o direito de superfície concedido por pessoa jurídica de direito interno se sujeitará de forma supletiva, no preenchimento de suas omissões, aos ditames da codificação, em procedimento parelho ao disposto no artigo 1.527º do Código Civil de Portugal.

O artigo 1.377 do Código Civil – fique bem claro – não se reporta exclusivamente ao Estatuto da Cidade, pois este último em nenhum momento se limitou para as pessoas jurídicas de direito público interno, sendo, assim, incorreta interpretação que os vinculou diretamente.[460]

7.14 Da resenha das *diferenças* entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade

Nos termos de nossa resenha, existem vários pontos com diferenças entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil, divergências estas, em boa parte dos casos, pouco relevantes. De toda sorte, apenas com o objetivo de dar visão panorâmica sobre as principais diferenças na arquitetura dos dispositivos do Código Civil e no Estatuto da Cidade sobre o direito de superfície, o quadro abaixo traz uma breve síntese dos pontos não uniformes:

[460] A confirmar nossa assertiva, J. Miguel Lobato Gómez faz a seguinte análise do artigo 1.377 do Código Civil: "(...) O Estatuto da Cidade não dita nenhuma regra especial sobre a cessão de direitos de superfície por pessoas públicas, seja em terrenos de sua propriedade, seja em terrenos integrados em reservas fundiárias, com faz, por exemplo o legislado espanhol [*artigo 287 da Lei e Solo de 1992*]. Também não estabelece as regras especiais quanto ás condições nas quais as pessoas jurídicas de Direito Público têm que fazer a cessão do direito de superfície. Ainda, não exige que o superficiário dê um destino de interesse público ou social às edificações que têm por objeto a concessão do direito de superfície por pessoas jurídico-públicas. Assim, o legislador não pode referir-se ao estatuto da Cidade" (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 91-92, out./dez. 2004).

Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01)	**Código Civil/2002 (Lei 10.406/02)**
Tem aplicação voltada ao solo urbano planificado (artigo 21).[461]	Tem aplicação urbana e rural (artigo 1369).
Permite a concessão por tempo determinado e indeterminado (artigo 21).	Apenas permite a concessão por tempo determinado, apesar do artigo 1.369 não traçar regras temporais.
Faculta ao superficiário a utilização não só do solo, mas também do subsolo e do espaço aéreo relativo à área objeto da concessão (§ 1º, artigo 21).	Veda expressamente a utilização do subsolo (salvo se inerente ao objeto da concessão), silenciando a respeito da utilização do espaço aéreo (parágrafo primeiro do artigo 1.369).
Atribui ao superficiário o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre a obra superficiária e sobre a área objeto da concessão de modo proporcional à sua efetiva utilização, salvo estipulação em contrário (§ 3º, artigo 21).	Atribui ao superficiário o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre o imóvel em sua totalidade (artigo 1.371).
Não existe a vedação de estipulação pelo concedente de pagamento pela transferência do direito de superfície.	Veda a estipulação pelo concedente de pagamento pela transferência do direito de superfície (Parágrafo único, artigo 1372).
Prevê (*de forma enunciativa*) em seu texto três hipóteses de extinção: 1) advento do termo; 2) descumprimento das obrigações contratuais pelo superficiário; 3) desvio da destinação (artigo 23 e § 1º, artigo 24).	Prevê (*de forma enunciativa*) em seu texto apenas a hipótese de extinção pelo desvio de destinação (artigo 1374). Prevê, ainda, que em caso de extinção do direito de superfície por desapropriação, haverá a partilha de indenização, na proporção do direito real de cada uma das partes (artigo 1.376).
No caso de reversão, as benfeitorias também serão agregadas ao patrimônio do proprietário (artigo 24, *caput*).	Não cogita em benfeitorias no momento da reversão (artigo 1.375).
Não possui previsão acerca da admissão da hipoteca no direito de superfície.	Dispõe sobre a possibilidade de formalização de hipoteca sobre a '*propriedade superficiária*'.

[461] Nada obsta que no âmbito do Estatuto da Cidade tenhamos casos de *superfície vegetal*, embora não se configure como hipótese comum, questão abordada também neste trabalho adiante. Em igual linha: Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 555).

Não tem aplicação supletiva automática para o sistema.	Terá aplicação supletiva para os diplomas que venham a tratar da matéria, inclusive para as hipóteses de concessão pelo Poder Público (artigo 1.377).

7.15 O Código Civil revogou os artigos sobre *superfície* do Estatuto da Cidade?

A situação de dúvida (*houve revogação tácita?*) decorre em parte da palidez do artigo 2.045 do Código Civil que, desprezando o disposto no artigo 9º da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998[462], indica apenas como revogadas expressamente as Leis 3.071/1916 (Código Civil primitivo) e a Parte Primeira da Lei 566/1850 (Código Comercial). O vácuo deixado permite discussões não apenas quanto aos artigos 21 a 24 do Estatuto da Cidade, que tratam do direito de superfície, mas a também a outras normas.[463]

A matéria é polêmica e criou forte divergência doutrinária. Ao ilustrar tal assertiva, as opiniões de peso (abaixo transcritas) foram confrontadas na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, culminando com a edição do Enunciado 93 (*por maioria de apenas um voto*). Confira-se:

[462] "Artigo 9º. Quando necessária a cláusula de revogação, esta deverá indicar expressamente as leis ou disposições revogadas".

[463] É o caso, por exemplo, no Direito de Família do conflito entre o artigo 1.521 do Código Civil/2002 com o Decreto 3.200/41, quanto a possibilidade de casamento entre tio(s) e sobrinho(s), desde que submetidos a prévio exame.

Enunciado n. 93 "As normas previstas no Código civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constante do Estatuto da Cidade (Lei. 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano".	
Posição vencedora.	Posição divergente da conclusão enunciada.
"Não serão derrogadas ou ab-rogadas as normas relativas ao direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade com a vigência das normas inseridas no referido Código referentes ao mesmo direito, as quais entrarão em vigor em 11 de janeiro de 2003, pois se cuida de institutos com vocações diversas, destinados a regular situações jurídicas diferenciadas"[464].	"O direito de superfície, regulado pelos arts. 21 a 24 da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade, passará a ser disciplinado pelo novo Código Civil, no momento de sua entrada em vigor".[465]

Nada obstante a posição extratizada na proposta vencedora, exame da doutrina indica que a matéria ainda não é pacífica, dividindo-se os estudiosos basicamente em duas correntes. A primeira de convivência dos dois diplomas, por se tratarem de diplomas distintos, sendo um de caráter geral e o outro de caráter especial, de forma que o posterior (Código Civil) não revogaria o anterior (Estatuto da Cidade)[466]. A segunda, afirmando que

[464] Enunciado proposto por Ricardo Pereira Lira.
[465] Enunciado proposto por Sônia Regina M. M. A. Mury.
[466] No sentido (apenas em exemplo): César Fiúza (*Direito civil*: curso completo. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 762.); Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 393); Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 543); Caramuru Afonso Francisco (*Estatuto da Cidade Comentado.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 176); Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 70-76); Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código Civil comentado*: atualizado até 20 de maio de 2006. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 820); Flávio Tartuce (Questões polêmicas quanto ao direito das coisas no novo Código Civil: visão crítica sobre a codificação. In: Barroso, Lucas Abreu (Coord.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 379-380); José Rogério Cruz e Tucci (A superfície no novo Código Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 22, n. 68, p. 158, dez. 2002); e J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 93-103, out./dez. 2004).

o Código Civil cuidou totalmente da matéria, ocupando por tal postura, o espaço da lei anterior (Estatuto da Cidade).[467]

Se levarmos em conta que o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) – que entrou em vigor noventa dias após a sua publicação, portanto, antes que do novo Código Civil –, institui um microssistema tal como o Código de Defesa do Consumidor, em princípio, presumiríamos que vigoraria sobre as demais leis, ainda que posteriores a ele, em obediência ao meta critério[468] *lex posterior generalis non derrogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica.

No entanto, como é curial, este meta critério não tem valor absoluto, podendo ceder dependendo das circunstâncias presentes, ou seja, não estabelece um critério de prevalência absoluto. Ao ilustrar a questão, Caio Mário da Silva Pereira ensina que a existência simultânea das leis "não é afetada, quando o legislador vote disposições gerais a par de especiais, ou disposições especiais a par de gerais já existentes, porque umas e outras não se mostram, via de regra, incompatíveis. Não significa isto, entretanto, que uma lei geral nunca revogue uma lei especial, ou vice versa, porque nela poderá haver dispositivo incompatível com a regra especial, da mesma forma que uma lei especial pode mostrar-se incompatível com dispositivo inserto em lei geral. O que o legislador quis dizer (Lei de Introdução, artigo 2º, § 2º, Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas, artigo 4º, parágrafo único) foi que a generalidade dos princípios numa lei dessa natureza não cria incompatibilidade com regra de caráter especial. A disposição irá disciplinar o caso especial, sem colidir com a normação genérica da lei geral, e, assim, em harmonia poderão simultaneamente vigorar. Ao

---

[467] No sentido: Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie (*Novo Código Civil comparado e comentado*: posse e direitos reais, Curitiba: Juruá, 2003, v. 5, p. 147); Joel Dias Figueira (*Novo Código Civil comentado*. 4. ed. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.254-1.255); e Pablo Stolze Gagliano (Da superfície. In: Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 13, p. 25).

[468] Antinomia de segundo grau entre dois critérios, *in casu*, o da especialidade e o cronológico. Sobre o tema Maria Helena Diniz (*Conflito de normas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003).

intérprete cumpre verificar, entretanto, se uma nova lei geral tem o sentido de abolir disposições preexistentes".[469]

7.16 Nossa posição: necessidade de interpretação sistêmica

A pintura comparativa estampada entre os dispositivos do Código Civil e os do Estatuto da Cidade demonstra que existem divergências simples, mas também ocorrem algumas diferenças que são de calibre maior, gerando real interesse na indagação: *houve a derrogação do Estatuto da Cidade pelo Código Civil*?

Nossa resposta é negativa, mas não segue a linha doutrinária que tem afirmado que em se tratando de concessão superficiária urbana deve se aplicar o Estatuto da Cidade, sendo o Código Civil diploma residual para os casos não alcançados pela Lei 10.257/01, ou seja, a posição que faz um verdadeiro divisor de águas para dizer que em determinada concessão o regime será (apenas) o do Estatuto da Cidade, admitindo, em outra situação, apenas o solitário apego do Código Civil.

Não nos parece, *data venia*, que a simplista solução é a mais feliz, pois esta despreza a concepção maior que está acima, em iluminação ao Código Civil e ao Estatuto da Cidade, que é a *função social da propriedade*, que está escorada em *microssistema* formado por *múltiplos diplomas*, que não podem ser lidos ou interpretados de forma isolada.[470]

---

[469] *Instituições de direito civil.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 84.

[470] A premissa demonstra que a corrente que entende que o Código Civil não revogou o Estatuto da Cidade, na realidade irá bifurcar em duas idéias bem distintas. A primeira cria cercados para a aplicação das normas, em entendimento semelhante ao que foi consolidado no Enunciado 93 transcrito no corpo do texto. A segunda, que une os dois diplomas para, nos termos das palavras de J. Miguel Lobato Gómez, "proceder-se uma interpretação sistemática, única, conjunta e integrada, de todo corpo normativo relativo ao tema" (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 93, out./dez. 2004). Apesar de sucinto, parece ser esta também a conclusão de José Rogério Cruz e Tucci (A superfície no novo Código Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 22, n. 68, p. 158, dez. 2002).

Consoante já alertado nos capítulos iniciais, o Código Civil atual convive e, principalmente, *se comunica* com os *microssistemas* que gravitam pela sua órbita. Todavia, é um engano pensar que estes *microssistemas* são formados por leis especiais ou extravagantes solteiras, isolando-se do todo normativo. O equívoco desta premissa é facilmente apurado, não só pela comunicação direta das leis especiais ou extravagantes com o Código Civil e pelo influxo que recebem da iluminação constitucional, mas pela verificação que determinadas matérias formam *microssistemas complexos*, compostos de um *plural* de leis que se identificam em pontos comuns e que, por isso, se juntam formando um *conjunto legal que aglutina vários diplomas distintos.* Este feixe de normas que formam os *microssistemas múltiplos*, em regra detém caráter interdisciplinar, agregando diplomas com variação, mas tendo sempre todos voltados para uma diretriz, o que permite a sua *interpenetração e aplicação subsidiária*, dando respostas ao interprete que examina questões ligadas ao *microssistema complexo*.

Há neste tipo de conjunto legal constante circulação de informações e amparo mútuo, pois as normas que o compõem são dotadas de *válvulas comunicantes*, dada a importância do patrimônio jurídico que está no núcleo de sua órbita. Podemos citar no sentido, *o microssistema da tutela coletiva*, que possui um grande rol de diplomas que o compõem, várias com facetas disciplinares diferentes (*direito material específico, direito processual, direito administrativo, direito penal, direito do consumidor, etc.)*, mas todas com a o mesmo objetivo: o prestígio dos direitos *transindividuais*[471], fazendo com que o hermeneuta não exclua os diplomas, mas os trate de forma

[471] No sentido da existência de *microssistema da tutela coletiva*, com o perfil acima narrado, são didáticas as ementas de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, a saber: REsp 510.150/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª. Turma, j. 17.02.2004, *DJU*, de 29.03.2004, p. 173; REsp 817.710/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 17.05.2007, *DJU*, de 31.05.2007, p. 364; REsp 791.042/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 19.10.2006, *DJU*, de 09.11.2006, p. 261.

compartilhada, buscando a melhor solução para o problema que enfrenta dentro do manancial de corpos legais que o estruturam.

Voltando aos trilhos da nossa discussão, não resta qualquer dúvida que a função social da propriedade forma *alargado microssistema multidisciplinar* (apesar da aparente contradição da expressão[472]), aglutinando normas com características variadas, sempre em busca da proteção da sua matriz: *a prevalência da função social da propriedade.* Isso porque, não é à toa que ocorreu a inserção do § 1º do artigo 1.228 do Código Civil, um típico exemplo de *cláusula geral extensiva,* pois através desta se permite levar para o ventre do Código Civil todos os regramentos externos necessários para se aferir a função social da propriedade.

Nestas condições, pelo parágrafo 1º do artigo 1.228, será possível trazer toda a legislação que trate do tema para se obter a melhor adequação da *função social da propriedade*, pouco importando a sua natureza disciplinar. Via de talante, o interprete do Código Civil pode se utilizar de diplomas ligados ao direito administrativo, urbanístico, agrário e outros mais em busca de concretizar a função social da propriedade.

Postas estas considerações, ainda que o Estatuto da Cidade venha ser visto com um *microssistema* (ou pelo menos como o *eixo* do *microssistema* atual do *direito urbanístico*[473]), não se pode negar que a Lei 10.257/01 faz parte de um outro *microssistema maior* que acaba por absorver todos os regramentos de direito urbanístico que possam ser invocados em prol do prestígio da função social da propriedade. Nessa linha, pode o Estatuto da Cidade alimentar o Código Civil em situações em que não há previsão legal específica no corpo da codificação, desde que o

---

[472] A contradição, pois há duas palavras que seriam contrárias (*Micro + alargado*).

[473] Da mesma forma que, na nossa visão, Código de Defesa do Consumidor se aloca para as relações consumeiristas: um trilho principal – de aglutinação - que não dispensa outras leis que o margeiam, incluindo neste espectro o próprio Código Civil.

intérprete, se valendo do artigo 1.228, parágrafo 1º, esteja buscando regra para fazer prevalecer a função social da propriedade.

De modo diverso, o Código Civil como regra geral pode, também, perfeitamente ocupar espaços não cobertos pelo Estatuto da Cidade, caso seja necessário invocar regra externa à Lei 11.257/2001, com o fito de também premiar a função social da propriedade.

O que estamos a afirmar, na realidade, é que existe um *mega microssistema*[474] que norteia a função social da propriedade. O direito de superfície é um dos instrumentos presentes neste conjunto de normas, sendo regulado por dois corpos legislativos que estão dentro do grupo de leis intercomunicantes e interdisciplinares que protegem a função social da propriedade[475]. Tal conclusão significa em concluir que ambos diplomas podem se comunicar, alimentando-se reciprocamente de normas para alcançar o mesmo fim: *prestígio a função social da propriedade*.

A solução que defendemos afasta perplexidades que são absolutamente contrárias à função social da propriedade, excluindo-se, sem maiores ilações, um dos diplomas por questões por simples análise g*eográfica* da concessão, já que há quem defenda que o Estatuto da Cidade se aplica nos centros urbanos e o Código Civil na área rural. Este raciocínio implica em criar, repita-se, embaraços e interpretações hesitantes

---

[474] Repita-se, sem prejuízo da primeira impressão de contradição da expressão que une as palavras *mega e micro.*

[475] Não se pode olvidar que o direito de superfície, incluído no rol dos direitos reais Código Civil (artigo 1.225, II), tem natureza civil, como o tem o direito de propriedade que dele tem vínculo indissociável. O Estatuto da Cidade embora, acertadamente, inclua a superfície como instrumento de política urbana, não pretendeu trazê-la para a sede do direito urbanístico, permanecendo como instituto de direito civil. Tanto é assim que no § 1º de seu artigo 4º, a Lei 10.257/01 afirma que os instrumentos utilizados para a finalidade prevista no diploma deverão se reger pela legislação que é própria, ou seja, não se desprezou a regra geral ("Artigo 4º. Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) V – institutos jurídicos e políticos: (...) I) direito de superfície; (...) § 1º os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei").

e o Estatuto da Cidade não poderá aplicar as regras protetivas da função social constante do Código Civil e vice-versa, o que, *data venia*, seria ilógico, até mesmo pela cláusula geral restritiva do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil que veda qualquer convenção contrária a função social.

Por conseqüência, a aplaudida restrição do parágrafo único do artigo 1.372 do Código Civil não seria transportada para as concessões urbanas, estando o proprietário livre para cobrar do superficiário verba a título da transferência do direito de superfície para terceiro, situação que pode mutilar a boa circulação patrimonial e criar injustificado enriquecimento ilícito[476]. De outra banda, afastando-se do Código Civil o artigo 24 do Estatuto da Cidade, a concessão não poderá ter como objeto a inserção de benfeitorias nas áreas rurais e, caso estas tenha sido feitas, não estarão inclusas na reversão, pois nada disso foi tratado no artigo 1.375 do Código Civil.

A interpretação sistêmica sugerida, guiada pela função social da propriedade, limita o grau de divergência entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil, criando-se ambiente muito mais estável na interpretação do instituto, evitando-se descalabros não justificáveis, pela falta de identificação de motivação que justifique raciocínios divergentes entre os diplomas em algumas questões.

Residualmente, teremos poucos conflitos reais, ficando estes, basicamente centrados em questões reguladas no artigo 1.369 do Código

[476] Saliente-se que parte da doutrina afirma que a vedação do parágrafo único do artigo 1.372 do Código Civil deve ser recepcionada pela justificativa que a lei geral se aplica naquilo que a especial não prevê, como é caso de Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 395). No entanto, cremos que tal transposição se dá muito mais em razão da finalidade da regra que é a de proteção da função social da propriedade, assertiva que também é adotada por Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 229).

Civil e no artigo 21 do Estatuto da Cidade. Em suma, ainda haverá a necessidade de observância de duas peculiaridades, a saber:

(a) concessão em seu plano vertical, eis que a codificação apenas permite as obras no subsolo se estas forem inerentes ao implante constante do solo, não existindo tal restrição na Lei 11.257/01[477];

(b) a fixação de prazo na pactuação, pois o artigo 21 do Estatuto da Cidade traz a possibilidade da concessão por prazo indeterminado, situação não autorizada no Código Civil.[478]

Dessa forma, todas as demais matérias do Código Civil e do Estatuto da Cidade poderão se valer da sua aplicação circulante (= *subsidiária e interpenetrante)*, eis que, repetimos, ambos diplomas fazem parte de um mesmo conjunto de normas, agregados em *complexo multidisciplinar*, para igual fim (*prevalência da função social da propriedade*).

---

[477] Divergência que pode ser também afastada, como já vimos, Projeto de Lei n. 6.960/02 prevê a alteração do parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil, para incluir o subsolo e o espaço aéreo como alvos de concessão superficiária.

[478] Diferente da nossa posição, J. Miguel Lobato Gómez, que também defende a aplicação sistêmica (com outras cores), informa que as questões acima destacadas não seriam conflitantes, pois na visão do autor espanhol o Código Civil as abarcou, devendo prevalecer o regime imperativo do Código Civil, derrogando-se no particular o Estatuto da Cidade (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 94, out./dez. 2004). Apenas com a linha desenvolvida pelo jurista, não vemos como o Código Civil revogar dispositivo com semelhante *status* hierárquico. Não obstante, a possível exclusão da concessão por prazo indeterminado é uma questão que merece ser repensada, ainda que por outro ângulo. Temos dúvida quanto a constitucionalidade da concessão por prazo indeterminado, prevista no artigo 21 do Estatuto da Cidade, eis que, a priori, esta pode ocasionar problemas de alta monta para a sadia relação superficiária. Trata-se de situação que pode maquiar uma concessão *perpétua* e, como tal merece repúdio, pela possibilidade de estar desalinhada ao comando constitucional da função social da propriedade. A concessão perpétua é tratada por alguns autores, inclusive, como contrária a função social da propriedade, sendo correta a posição de nosso Código Civil de repudiá-la. No sentido: José de Oliveira Ascensão (Breve confronto do Livro III, direito das coisas: do Anteprojeto do Código Civil brasileiro com o Código Civil português. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, Atlântida, ano 20, ns. 2-4, p. 300-301, abr./dez. 1973). Este parece ser o ponto a ser enfrentado (constitucionalidade da norma – artigo 21 da Lei 11.257/01) e não apenas a sua superação pela edição de uma lei de natureza ordinária (mais adequada a Constituição Federal), pois é fundamental se indagar sobre a afinidade destas com a diretriz constitucional da função social da propriedade, que determina não só a trilha de interpretação, mas da possibilidade de recepção do direito comum.

Note-se, por fim, por utilizarem a mesma bússola, tanto o Código Civil e o Estatuto da Cidade – mesmo nos pontos em que se manterá a especificidade de cada norma – se sujeitam ao controle da cláusula geral restritiva do artigo 2.035 do primeiro diploma, uma vez que esta atua no campo da autonomia da vontade para evitar, inclusive, que ocorra o manejo inadequado das regras ditadas por qualquer dos corpos legislativos acima, como pode ocorrer na fixação de um prazo de 1.000 anos numa concessão, em procedimento feito apenas para saciar o artigo 1.369 do Código Civil. Finalizando, não há derrogação e, muito pelo contrário, há integração do Código Civil e do Estatuto da Cidade na formação, junto com outras legislações, de grupo multifacetário e sistêmico de normas para a aplicação e proteção da *função social da propriedade*.[479]

[479] Nossa posição é coerente com o perfil que entendemos que o Código Civil possui atualmente e o *status* da função social em nosso sistema atual, pelo que remetemos o leitor aos capítulos 5 e 6.

8 DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

Não há dúvidas que o instituto estudado é um direito real, até mesmo diante da fixação expressa que foi feita pelo legislador no rol do artigo 1.225 do Código Civil[480]. Contudo, a questão não é tão simples quanto aparenta, pois, diante das possibilidades que poderá ser exercitado, bem assim de seus resultados, o direito de superfície acaba por desafiar exame mais detalhado.

Basta pensarmos, pois, que o exercício do direito de superfície será capaz de propiciar o aparecimento da figura que se denominou – repetidas vezes pela doutrina - de '*propriedade superficiária'* [481-482-483], a partir de alto prestígio à acessão artificial introduzida (*melhorada* ou *mantida*) pelo superficiário, de modo a destacar o implante lançado pelo homem da *propriedade do solo.* Por tal contexto, chega-se a formar discussão

---

[480] Tratamos do tema no capítulo 7.

[481] Alguns autores tratam a *propriedade superficiária* como sinônimo de direito de superfície. Por exemplo, Francesco Messineo faz a análise do instituto como uma espécie de propriedade, afirmando: "*La superficie es, pues, una forma de propiedad inmobiliaria que se distingue de la propiedad ordinaria, por su objeto; se la llama, por eso, propiedad superficiaria*" *(Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: AJEA, 1979, v. 3, p. 420). É interessante notar que o autor italiano trata do instituto dentro do tópico em que examina o direito de propriedade, sem exame da figura na parte dos direitos reais sobre coisa alheia (Ibidem, p. 419-436). Tal postura também é notada no Brasil, citando-se, por amostragem, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 396-411) e Melhim Nanem Chalhub (*Curso de direito civil*: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 159-166).

[482] A expressão (*propriedade superficiária*) é fortemente usada na doutrina estrangeira. Por exemplo, em Portugal, Luís A Carvalho Fernandes indica que o termo é corrente nos textos de Pires de Lima e Antunes Varela, Henrique Mesquita (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Juris, 2003, p. 414), encontrando-se também, sem dificuldade o uso da mesma referência na Itália, citando-se, em exemplo Giovanni Giacobre (*La superfície.* Milano: Giuffré, 2003, p. 94-98), Mario Zaccagnini e Antonio Palatielo (*Enfiteuse. Superfície. Oneri reali*. Napoli: Jovene, 1984, p. 248-255). Na Argentina, Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón destacam um capítulo específico para tratar da *propriedade superficiária* (*Derecho real de superfície*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 51-66), colhendo-se prestígio a expressão também nos trabalhos de Lyly R. Flah e Mirian Smayevsky (Derechos reales. In: Alterrini, Atílio Aníbal; López Cabana, Roberto M., Dir. *Reformas al Código Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, v. 14, p. 119); Luiz O. Andorno (El derecho de supeficie en el proyecto de Código Civil de 1998. In: Brebbia, Roberto H., Dir. *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*. Cordoba; Buenos Aires: Zavalia, 2001, p. 241-243).

[483] Não podemos deixar de consignar que já havia uma alusão à *propriedade superficiária* na nossa legislação, uma vez que trazida no parágrafo 3º do artigo 21 do Estatuto da Cidade, que dispõe: "O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a *propriedade superficiária*, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação

acirrada, sobre a natureza do direito real de superfície, a partir das bases sobre o *ius in re propria* e o *ius in re aliena*, já consagrados e matizados em outros institutos.

O embate obtém colorido mais acentuado com a edição da Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, que trouxe nova possibilidade de constituição de hipoteca em nosso sistema legal, ao admitir a garantia real incidindo sobre a *propriedade superficiária*, consoante agora dispõe o artigo 1.473, inciso X, do Código Civil.

Note-se que a expressão *propriedade superficiária* – apesar de conhecida – não era utilizada pelo Código Civil, distanciando-se da redação do artigo 1.225, II, do diploma que estampa o termo *direito de superfície*.

Diante do quando e pelo tratamento sem uniformidade do direito de superfície no ordenamento legal estrangeiro, com diferenças acentuadas entre alguns sistemas, para a obtenção de resposta satisfatória quanto à sua natureza jurídica, conforme arquitetura implementada na legislação brasileira, pensamos ser relevantes a fixação de premissas prévias.

8.1 O direito de superfície e o princípio *superficies solo cedit*

Como já vimos, o direito de superfície atenua o princípio da acessão[484-485-486], cujas raízes se encontram no princípio romano

---

efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo" (destacamos).

[484] Na mesma linha, entre vários: Dilvanir José da Costa (*Sistema de direito civil à luz do Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 530) e J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 68-69, out./dez. 2004).

[485] Seguimos o conceito de acessão fornecido por Ricardo Pereira Lira: "(...) é a união física entre duas coisas, formando de maneira indissolúvel um conjunto em que uma das partes, embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo, seguindo-lhe o destino jurídico." (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 541).

[486] Segundo Antônio Carvalho Martins: "O direito de acessão é uma ampliação inerente do direito de propriedade, mas não do direito de fruição. Este direito, tendo por objeto coisas secundárias,

superficies solo cedit, tendo em vista que cria ambiente diverso do consolidado no artigo 543 do Código Civil de 1916 – e ratificado na redação no artigo 1.253 do Código Civil de 2002[487] –, segundo o qual a acessão construtiva ou vegetal pertence ao proprietário do imóvel.[488-489-490]

Pelo princípio da acessão, tudo aquilo que se acrescenta de modo permanente ao solo passa a pertencer ao seu proprietário, não importando, ao menos a princípio, o valor do acessório, salvo as exceções legais.[491-492]

---

que saem da coisa principal, é uma discessão e não acessão. A aquisição dos frutos opera-se não porque eles acedem externamente à coisa apropriada, mas sim porque esta se desenvolve internamente e os exterioriza e eles acabam por serem dela separados, maneira única de serem utilizados. Os frutos podem pertencer a pessoa que não é a proprietária da coisa que a produziu, a saber: o usufrutuário, o usuário, o locatário, o credor consignatário, o possuidor de boa-fé. Mas quando pertençam ao proprietário, são seus por direito imanente. Pelo contrário, a verdadeira acessão é uma extensão do direito de propriedade de uma coisa à qual se une ou incorpora outra que não lhe pertencia. É esta a característica da acessão e que distingue, não só dos frutos, mas também das benfeitorias." (*Acessão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 15-16).

[487] O novo Código Civil trata das acessões de móvel a imóvel nos artigos 1.253 a 1.259 (subseção intitulada "Das Construções e Plantações"), lembrando que as soluções a serem adotadas diante de casos concretos deverão estar arrimadas nos princípios norteadores da nova codificação, notadamente os da *socialidade e eticidade,* tratados no presente trabalho no capítulo 5.

[488] A acessão decorrente do direito de superfície é rotulada, especialmente no direito luso, de *implante*, utilizando-se, ainda, das expressões *coisa superficiária* ou *res superficiaria*.

[489] Como vimos no capítulo de direito estrangeiro, os defensores da existência do direito de superfície na França o fazem com base em interpretação que gravita sobre o artigo 553 do Código Civil daquela nação. Tal dispositivo, apesar da aparência, não se confunde com o artigo 1.253 do Código Civil, pois este deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 1.255, em que fica assentado que aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio sofrerá a perda da acessão, ainda que seja indenizado (confira-se o capítulo 3, item 3.9).

[490] Com boa exposição sobre o princípio *superficies solo cedit* e o direito de superfície, confira-se: Roberto Blanquer Úberos (*Acerca del dereho de superfície*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, p 11-15), afirmando o autor que o modo que o direito de superfície atua mitigando o princípio é um indicativo importante da sua natureza jurídica (Ibidem, p. 14). No tema, confira-se ainda: Luiz Díez-Picazo e Antonio Gulón (*Instituciones de derecho civil*: derechos reales. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998, v. II/I, p. 336) e Angel Carrasco Perera (*Ius aedificandi y accesión*: la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos. Madrid: Montecorvo, 1986, p. 399-403).

[491] O Código Civil de 2002 atenuou a regra, como se nota da moldagem do parágrafo único do artigo 1.255 ('Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Parágrafo único. S*e a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo*' - destacamos). Há na norma certa flexibilização ao princípio *superficies solo cedit* em razão da diretriz social e ética do Código Civil, pois a possibilidade somente deve ser deferida a aquele possuidor de boa-fé que, pelo seu esforço e custo, deu impulsionamento tal à propriedade que seu implante passou a ter valor *consideravelmente* superior ao do solo.

[492] Existem nos artigos 1.255-1.258 (quanto às acessões) e 1.219-1.222 (quanto às benfeitorias) do Código Civil ditames que importarão no ressarcimento pelo proprietário ao possuidor pelas construções e plantações que tenham sido efetuadas pelo último no solo do primeiro, abrindo certo espaço no *superficies solo cedit.* Por tal passo, Bruno de Albuquerque Baptista: "o direito brasileiro adotou o princípio romano *superficie solo cedit*, pelo qual há uma presunção relativa

O direito de superfície não tem o condão de alterar indiscriminadamente a diretriz já sedimentada, funcionando apenas dentro da sua regulação pontual, pois, para o restante do sistema, permanece a presunção de que as construções e plantações (acessórios) pertencem ao dono do solo (principal).

Esta presunção, todavia, não é absoluta, competindo ao interessado elidi-la, para que sejam aplicadas às válvulas legais que estão previstas da legislação na defesa de seus interesses, até porque o ordenamento jurídico abomina a figura do enriquecimento ilícito[493], não sendo diferente a repulsa em relação ao proprietário que busca se aproveitar do trabalho e o dispêndio efetuado por outrem no seu imóvel.

Em verdade, a principal característica do direito de superfície reside precisamente na *suspensão precisa* desse efeito aquisitivo da acessão. Pelo tempo em que durar a concessão do direito real de superfície, tudo aquilo que seu titular agregar ao terreno permanecerá em prol do *superficiário*, não ingressando – imediatamente – no patrimônio do senhor do solo. Como no Brasil não há a possibilidade de feitura de concessão perpétua, ordinariamente, finda a relação entre o proprietário e o superficiário, a acessão será incorporada ao patrimônio do primeiro, ocorrendo a *reversão*, ainda que de forma onerosa, se assim pactuado, conforme artigos 1.375 do Código Civil e 24 do Estatuto da Cidade.

(*juris tatum*) de que tudo aquilo que está no solo é de propriedade do dono do terreno. Dizemos que esta presunção é relativa, pois existem no Código Civil Brasileiro regra jurídicos que prevêem os casos em que o dono das sementes ou da construção é indenizado pelo proprietário do solo e vice-versa, em virtude da boa ou má-fé que agiram" (Direito real de superfície. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http: //jus2.uol.com.br/ doutrina/ texto.asp?id=2360>. Acesso em: 24 jul. 2007.)

[493] O Código Civil de 2002 possui capítulo específico sobre o *enriquecimento sem causa*, em provável influência do *princípio da eticidade*. A inteligência geral do art. 884 do Código Civil, nada obstante dispositivos mais específicos nos Livro de Direito das Coisas, fixa bem a diretriz seguida: Art. 884 – "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido".

8.2 Da dinâmica do direito de superfície

José de Oliveira Ascensão afirma que "a superfície pode ser simplesmente definida como 'direito real de ter a coisa incorporada em terreno alheio'. Isto basta para distinguir a superfície de qualquer outro direito real e para englobar todas as modalidades previstas"[494]. Sem discordar de boa parte do conceito do jurista radicado em Portugal, cremos que para se compreender a natureza jurídica do direito de superfície é fundamental captar que não se trata de um direito real estático, mas bem dinâmico, e que pode sofrer variações, seja pela autonomia das partes, seja pelas próprias características da relação superficiária.[495]

8.2.1 Breve síntese sobre os desdobramentos permitidos pelo direito de superfície

Partindo a análise pela legislação pátria, afere-se, num primeiro instante, que a figura dá ensejo ao *direito real de alguém construir ou plantar no terreno alheio*, consoante interpretação harmônica do *caput* do artigo 1.369 do Código Civil com a cabeça do artigo 21 do Estatuto da Cidade, direito este que, quando cessado, implicará no *retorno* ao *status quo ante*, podendo o concedente (= *proprietário*) exercer totalmente os poderes inerentes à propriedade (que volta a ser *plena*), agregando, no mesmo ato, ao patrimônio todas as construções e plantações que tenham

---

[494] *Direito civil*: reais, 5. ed. reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 525.

[495] Existe uma tendência de pensarmos dos direitos – notadamente os que possuem matriz em contratos – de forma estática, postura que impede que algumas das nuances da relação sejam visualizadas. Com os devidos ajustes, pois o direito de superfície é um *direito real*, as idéias de Clovis V. do Couto e Silva (*A obrigação como processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976), podem ser recepcionadas no particular, pois os direitos conferidos às partes estarão enraizados na *concessão superficiária*, título que se submeterá, em boa órbita, a teoria geral dos contratos. A *dinâmica* da relação superficiário e proprietário – que se iniciar na concessão e, em regra, se finalizará com a reversão - tem efeitos na esfera real, especialmente se forem cravados implantes no imóvel, inexistentes antes do pacto superficiário.

sido cravadas no solo, nos termos do disposto nos artigos 1.375 da codificação civil e 24 da Lei 10.257/01.

Assim, pela leitura inicial que se faz de nosso ordenamento, tem-se que, através do direito de superfície, o superficiário – mediante convenção firmada por instrumento público – pode construir e/ou plantar sobre o terreno do proprietário, de tal forma que a edificação e/ou plantação que o primeiro acrescentar ao imóvel incorporará no seu patrimônio durante um prazo, sem que isto afete a propriedade do terreno, que continuará sendo do concedente. O direito de superfície, no entanto, não se encerra na *autorização para implantes e fruição*, pois é da essência do instituto que as acessões, ao final, sejam absorvidas pelo proprietário do imóvel, ou seja, por aquele que concedeu a terceiro o direito de construir e/ou plantar sobre seu terreno, fazendo-se a *reversão*.

Saliente-se que, muito embora não esteja de forma explícita nos artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade, a concessão superficiária não precisa se iniciar sempre com *'terreno vazio'*, isto é sem acessão cravada, sendo possível se cogitar em pactuação entre o concedente e o concessionário que englobe construção já erigida, tendo o último o direito real de *manter* a acessão, com a implementação de *benfeitorias*[496]. A nossa conclusão é detectável pela leitura do artigo 24 do Estatuto da Cidade que, ao tratar da *reversão*, informa que o proprietário recuperará – ao final da concessão – o pleno domínio do terreno, bem assim as acessões e *benfeitorias introduzidas no imóvel*.

[496] No caso de direito de superfície nessas condições, teríamos a *superfície por cisão*, tema tratado várias vezes ao longo do texto, com análise mais aguda no capítulo 13.

Assim, o artigo 24 do Estatuto da Cidade denuncia que a interpretação gramatical do artigo 1.369 do Código Civil e do artigo 21 do Estatuto da Cidade não é a melhor linha hermenêutica, devendo se admitir o direito de superfície também em situações que a acessão já se encontra presente.

A interpretação supra, de natureza mais elástica, detém também apoio no direito estrangeiro – Código Civil italiano (artigo 942), o Código Civil luso (artigos 1.524º e 1.525, 2), Código Civil de Macau (1.417º e 1.418, 2)[497] – estando escorada, em outro giro, na concepção de função social da propriedade[498], com a aplicação do *princípio da operabilidade*, pois cria solução hígida (*e operativa* dentro do próprio sistema) para não descartar hipótese relevante do direito de superfície.[499]

Em outra observação relevante, com foco que não se confunde com a aferição de existência (ou não) de acessão prévia à concessão, não podemos deixar de registrar que a *transmissibilidade* do direito de superfície é uma das características do instituto[500]. A transferência dos

---

[497] Os exemplos acima não são únicos, pois Código Civil do Peru (em seu artigo 1.030) parece dar amparo a igual interpretação, uma vez que o instituto está voltado para a possibilidade do superficiário manter construção em terreno alheio, sem indicar, ao menos expressamente, o responsável pelo implante, premissa que pode ser extraída também do Código Civil do Japão (artigo 265).

[498] Vale recordar que ao se falar em *função social da propriedade*, na realidade, trazemos à tona um quadro maior, que alcança a *função social dos direitos reais sobre coisa alheia*, ou seja, a "qualquer regime de titularidade, capaz de instrumentalizar os poderes dominiais", consoante lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 547). Com linhas próximas: Glauber Moreno Talavera (A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia. In. Viana, Rui Geraldo Camargo; Nery, Rosa Maria de Andrade, Coords.*Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 277-327) e Ricardo Aronne (*Por uma hermenêutica dos direitos reais limitados*: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 273-299).

[499] A questão foi notada e o Projeto de Lei 6.960/02 do Deputado Ricardo Fiúza amplia o direito de superfície para permitir a edificação de *benfeitorias*, ou seja, agregar edificação já existente, alterando-se o *caput* do art. 1.369. A incidência do direito de superfície sobre imóvel já edificado fica mais clara no parágrafo único do mesmo artigo.

[500] Confira-se o capítulo 9 (em especial o item 9.3.) e o capítulo 7 (em especial o item 7.8).

direitos superficiários pode ser dar de forma voluntária e até involuntária[501], nos termos do artigo 1.372 do Código Civil e parágrafos 4º e 5º do artigo 21 do Estatuto da Cidade.

Dessa forma, dentro dos desdobramentos dos direitos que decorrem da concessão, a possibilidade de transferência (em especial a voluntária), não pode ser afastada do mote do estudo.[502-503]

Fica claro, da resenha tracejada, que existe uma gama de desdobramentos no direito de superfície e a investigação quanto à natureza jurídica do instituto reclama a análise das principais variantes da concessão superficiária que, seguindo escala temporal e com olhos na sua seqüência dinâmica, pode ser dividida basicamente da seguinte forma.[504-505]

---

[501] A morte do superficiário gerará a transferência compulsória que, sem prejuízo, poderá já estipulada em convenção prévia, até porque, como lembram Álvaro Moreira e Carlos Fraga: "Por negócio 'mortis causa' pode este direito constituir-se sob a forma de legado. O testador pode, v.g., deixar o seu terreno em termos de ficar a pertencer o solo a um legatário e o direito de construir nele a outro legatário" (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 297).

[502] Aqui, desde logo, se faz uma diferenciação relevante com a figura do usufruto, pois este, como é trivial, não pode ser transferido por alienação, apenas admitindo cessão (gratuita ou onerosa), conforme art. 1.393 do Código Civil. Confira-se, no sentido, o capítulo 10.

[503] A premissa é importante, pois, dentro da dinâmica apresentada, será permitido se indagar pela possibilidade (ou não) de novas relações que terão como âncora o direito de superfície. Basta imaginarmos a '*sobrelevação*, isto é a efetivação de *nova concessão*, tendo como base uma acessão construtiva, ou seja, admitir novo implante acima de construção já existente. A *sobrelevação* esta admitida expressamente no Código Civil português, no seu artigo 1526º, sendo alvo de nossos comentários no capítulo 14.

[504] Também entendendo ser relevante o corte nas facetas do direito de superfície, entre vários, confira-se: Rui Pinto Duarte (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 170-171) e Luís A Carvalho Fernandes (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 414).

[505] Ricardo Pereira Lira, com ótica assemelhada, faz a seguinte divisão: "Existem mecanicamente três momentos possíveis na relação superficiária: (a) o direito real de construir ou plantar em solo alheio; (b) a propriedade separada superficiária, efeito da concreção do direito real de construir ou plantar em solo alheio; (c) a propriedade separada superficiária, efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem de construção já existente; efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem do solo, reservando-se a construção; ou efeito da alienação separada que o *dominus soli* faz a duas pessoas, transferindo a uma o solo, a outra a construção já existente" (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56).

1º momento: Direito real de implante – O superficiário estará autorizado pela concessão a introduzir construção e/ou plantação no imóvel do proprietário.
2º momento: Direito real sobre o implante - O superficiário detém, através do direito real de superfície, amplos poderes sobre o(s) implante(s) que foi(ram) introduzido(s) no imóvel por ele próprio ou, em outra situação, o(s) que já existia(m) antes mesmo da concessão (superfície por cisão).[506]
3º momento: Reversão – Findo o prazo do pacto, cessarão os direitos que antes poderiam ser exercidos pelo superficiário por força da concessão, ocorrendo, a absorção em favor do proprietário do imóvel da totalidade de implantes (e benfeitorias) que tenham sido introduzidos ou apenas mantidos pelo concessionário no período.

Desenhado o mapa supra, passemos a examinar o direito real, sob a ótica do superficiário, o que implica em analisar os dois primeiros *momentos* acima tracejados.

8.2.1.1 O direito real de implantar e sua natureza jurídica (concessão *ad aedificandum* e *ad plantandum*)

Se não houver acessão no imóvel que foi objeto da concessão superficiária, às claras, a *primeira fase* do exercício do direito real em estudo será o de *efetivar o implante em terreno alheio*.

O direito real de construir em direito de outrem é uma concessão *ad aedificandum*, sendo *ad plantandum* quando voltado para o implante de

[506] Tratamos da *superfície por* cisão e da dinâmica superficiária no capítulo 13. De todo modo, observe-se que, no contexto acima, a concessão superficiária que indicar a necessidade de feitura de *benfeitorias* pelo superficiário, pois o implante ainda não está apto para a total fruição, estará numa fase intermediária entre a primeira e segunda fase, situação que se permite dentro da dinâmica que o direito real de superfície carrega.

plantações. Estes direitos (que se distanciam em decorrência do objeto) não podem se confundir com o direito real incidente sobre a construção ou plantação já feita, independentemente desta ter sido introduzida ou não pelo superficiário. Isso porque nas concessões *ad aedificandum* e *ad plantandum* o direito real se notabiliza pelo *direito de construir ou de plantar em terreno alheio*, isto é cravar acessão na propriedade de outrem[507], e, via de talante, ultimada a obra ou a plantação, este direito se estabiliza[508], e o direito de superfície, a partir da fruição do *implante*, deve ser analisado sobre nova perspectiva, dada a dinâmica característica ao instituto.[509]

Não é permitido aglutinar de forma indissolúvel o direito *de fazer* o implante com o direito incidente *sobre* este, dando a falsa impressão de que são direitos reais idênticos ou inseparáveis. Apesar do mesmo manancial legal, são situações diversas que, inclusive, detém cadências distintas, pois poderá o superficiário estar dispensado de introduzir a acessão nos casos de direito de *superfície por cisão*, incidindo o seu direito real diretamente sobre implante já constante do solo.[510]

O direito (*real*) incidente sobre a órbita da construção e/ou plantação feita no imóvel de outrem pelo superficiário ocorrerá num *segundo momento*, não se confundindo com o exercício de seu direito inicial, que era de fazer o implante no terreno do proprietário, sem que este (ou outra

---

[507] No sentido: Álvaro Moreira e Carlos Fraga (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 291).

[508] Sem prejuízo de o superficiário deter a possibilidade - se nada pactuado em contrário - de reconstruir ou de replantar, em caso de destruição do implante que efetuou. A questão, apesar de intuitiva, tem regulação no direito estrangeiro, como é o caso das codificações do Peru (artigo 1.033º) e da Bolívia (artigo 206), sendo lembrada também no Projeto de Código Civil Argentino (artigo 2.028).

[509] A passagem entre os *momentos* da concessão superficiária é tratada por Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón como *"Transito del 'ius edificandi´ a la propriedade superficiaria"* (*Derecho real de superfície*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 31-32).

[510] De um modo geral, os autores trazem as duas situações (direito de fazer o implante e direito de usufruir a acessão), sem, contudo, separá-las. No sentido, entre vários, Luiz Díez-Picazo e Antonio Gulón : "*El derecho de superficie, em su variedad urbana, es el derecho real que confere a su titular el poder de edificar em suelo ajeno, haciendo suya la propriedad de lo construído*" (*Instituciones de derecho civil*: derechos reales. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998, v. II/I, p. 336).

pessoa qualquer) pudesse o impedir, ou mesmo molestar[511]. Este último ponto, no que tange ao *primeiro momento*, é deveras importante, já que a *simples autorização* do proprietário para que alguém possa plantar e ou edificar no seu imóvel, ainda que firmada em contrato, não se caracterizará como *direito real de implantar.*

Com efeito, pode o proprietário autorizar que o inquilino ou comodatário, em exemplos, venham a introduzir acessões no imóvel objeto do contrato de locação ou comodato, sem que tal vínculo obtenha o predicado de *direito real de implante* que, à luz do artigo 1.225, II, do Código Civil, somente se instaurará se o pacto preencher o esquadro formal inerente ao instituto do direito de superfície, notadamente os artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade. Estando a relação fora dos trilhos exigidos para que seja considerada como uma *concessão superficiária,* o beneficiário da autorização terá direito pessoal, sofrendo limitação no âmbito da sua oponibilidade, como pode ocorrer em relação a terceiro que venha a adquirir o imóvel posteriormente, não tendo este qualquer interesse em que seja implantada a acessão antes autorizada pelo antigo proprietário (vendedor).[512-513-514]

Pelo contexto trazido, em todas as suas nuances, fica claro para nós que o *direito real de implantar* estará atrelado a concepção de *ius in re*

---

[511] Nossa observação tem guarida de Luís A. Carvalho Fernandes: "a distinção de dois *momentos* no direito de superfície, para além da complexidade que acarreta quanto a diversos pontos do seu regime, coloca com maior premência a questão da natureza da situação jurídica do superficiário (...) O problema afigura-se-nos, se não líquido, pelo menos de fácil configuração quanto ao *primeiro momento*. Ao superficiário é então reconhecida a faculdade de, por acto dependente da sua simples vontade, e sem ser possível a interferência do fundeiro, fazer o implante em terreno alheio. Executado o implante, o superficiário adquire *ipso fato* o direito de superfície no seu *segundo momento"* (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 413). Como se vê, tal como defendemos no corpo do texto, há uma estabilização do direito de implantar no terreno alheio, passando a relação a ser vista a partir do resultado que direito de superfície alcançou: *fruição do implante*.

[512] Próximas a nossa posição: Marina Mariani de Vidal (*Derechos reales*. 7. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2004, v. 3, p.125-126); Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón (*Derecho real de superfície*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 29).

[513] Ainda que possa a discussão se instaurar, o embate não se fixará no campo dos direitos reais, mas temas com intimidade ao direito obrigacional (tais como a *boa fé objetiva*, abuso do direito, e até a *tutela externa do crédito*).

[514] É possível, em se tratando de direito de superfície, a aplicação do artigo 170 do Código Civil, permitindo a conversão de concessão superficiária nula, em outro negócio jurídico, caso estejam previstos os requisitos do segundo, em mutação que poderá migrar a pactuação para o direito pessoal.

aliena, posição esta que é compartilhada por grande número de juristas que se debruçaram sobre o tema[515], muito embora nem sempre os caminhos para a mesma conclusão tenham sido os mesmos que utilizamos.[516-517]

Registre-se, no entanto, que o direito real sobre coisa alheia que examinamos, ao menos nesta sua primeira fase (*momento de efetuar o implante*), não se encaixa no gabarito habitual quando se cogita o se enfocar o *ius in re aliena*, pois, pensamos, o direito do superficiário em construir ou plantar em terreno alheio não se amolda aos trilhos ordinários dos *direitos reais de fruição*, *garantia* ou de *aquisição*.[518] [519]

---

[515] Também entendendo ser o direito de superfície, no que tange ao direito de edificar ou plantar no imóvel de outrem, hipótese de *ius in re aliena:* Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 69). Em Portugal: Álvaro Moreira e Carlos Fraga (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 291); Rui Pinto Duarte (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 173).

[516] Saliente-se que inexiste embaraço para a transferência do *direito real de implantar*, pois este, dentro da sua configuração voltada para a circulação de riquezas, não poderia ter limitações no sentido, inexistindo o caráter personalíssimo que pode se colher de outras espécies de *ius in re aliena.* Não é, por tal passo, à toa, que o legislador municiou o ordenamento de previsões expressas para garantir a transferência de tal direito real sobre coisa alheia, coibindo, inclusive, a pretensão do proprietário de cobrar qualquer rubrica pela simples transferência do direito de construir ou plantar em seu terreno, consoante disposto no parágrafo único do art. 1.375 do Código Civil, em perfeita harmonia ao princípio da função social da propriedade.

[517] Ocorre, assim, em nossa opinião grande equívoco do legislador argentino, ao estatuir na Lei de 25.509/01 que o direito de superfície florestal sempre será um *direito real sobre coisa própria*, consoante expressa alusão feita no seu artigo 2º (Articulo 2º — El derecho real de superficie forestal *es un derecho real autónomo sobre cosa propia* temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantia' - destacamos). Se a questão já é discutível ao se examinar o implante, o direito de introduzi-lo jamais poderia ser tratado como *us in re própria*. Com crítica a opção legislativa, confira-se: Marina Mariani de Vidal (*Derechos reales.* 7. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2004, v. 3, p.126-128).

[518] De um modo geral, os direitos reais sobre coisa alheia (também tratados como *direitos reais limitados* ou até *direitos reais menores*) seguem a classificação acima posta: direitos reais de fruição, direitos reais de garantia e direitos reais de aquisição. Há alguma variação na nomeclatura da primeira classificação, pois alguns autores se valem da expressão "direitos reais de uso e fruição" (p. ex.: Fiúza, César. *Direito civil*: curso completo. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 747), enquanto outros estampam o termo "direitos reais de gozo e fruição" (p. ex.: Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 202-203). Preferimos indicar tal grupo de direitos reais como *direitos reais de fruição*, expressão esta que também é utilizada na doutrina nacional (p. ex.: Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 548).

[519] Luís A. Carvalho Fernandes, nada obstante a fundamentação estampada em nota de roda pé anterior, conclui que o direito de superfície de efetuar o implante seria um *direito real de aquisição*, sem trazer, contudo, fundamentos agudos, para tal desfecho (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 414).

Nestas condições, o direito de construir e/ou plantar no terreno de outrem, muito embora seja um *direito real sobre coisa alheia*, não se acopla às classificações ordinárias que são utilizadas para os *direitos reais limitados*, o que nos demonstra, desde logo, ser o *direito de superfície* um *direito real com traços peculiares*, até mesmo por admitir o desdobramento em duas facetas bem diferenciadas (direito de efetuar o implante e direito de fruição da acessão).[520]

De toda sorte, mesmo antes de iniciarmos a abordagem em relação à outra face do direito de superfície, ocorrente a partir de um *segundo momento* (qual seja: a existência do implante no terreno sobre o qual incide a concessão), fica evidenciado que o instituto possui balizamento próprio, sendo fundamental, ao nosso sentir, captar tal premissa, para se apontar ao final a natureza jurídica da complexa figura em estudo.

8.2.1.2 Do direito real incidente sobre o implante (*propriedade superficiária*) e a sua natureza jurídica

Muito embora o direito real incidente sobre o implante tenha sido tratado – no nosso quadro – num *segundo momento* da dinâmica da concessão superficiária, deve se notar que esta colocação temporal não obrigará que o superficiário, necessariamente, esteja envolvido na primeira etapa para que tenhamos o direito de superfície na sua plenitude (*fase de inserção do implante*). Explica-se:

[520] Bem próximo: J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 69-71, out./dez. 2004).

8.2.1.2.1 O implante no plano temporal

Como consignado linhas atrás, admitimos que o direito de superfície incida sobre o implante já existente no imóvel, seja para introduzir benfeitorias, seja para a manutenção da acessão presente ao momento da concessão[521]. Desse modo, ao apontarmos para o *segundo momento*, o retorno ao passado para alcançar o *primeiro momento* se foca na existência ou não de implante anterior, ainda que este tenha sido cravejado previamente à concessão superficiária.

Em outros termos, o *primeiro momento* está jungido à análise quanto à existência do implante, tendo o direito de superfície espaço para alcançar os *dois estágios.* Caso não exista construção e/ou plantação no imóvel, a concessão pode abranger e deliberar sobre tal situação, ficando o superficiário responsável por erigir a acessão. Inicia-se, nesse caso, a concessão *ad aedificandum* e/ou *ad plantandum* para o fim de permitir a implementação de obras e/ou plantações visando formar acessão (*primeiro momento)*, cuja fruição será feita, de forma exclusiva, pelo superficiário no *segundo momento*.

Nada obstante, em situação mais adiantada, é possível a feitura de pacto que somente delibere a partir do *segundo momento*, isto é, apenas sobre o *direito ao implante*, tendo em vista que este já está presente no imóvel, ou seja, foi fixado anteriormente à própria relação superficiária. Note-se que já havendo acessão de forma antecedente à concessão, será pouco relevante a aferição do (pretérito) responsável pela sua inserção no imóvel do proprietário, uma vez que, naquele instante, estará vigorando o princípio *superficies solo cedit*, que somente será colocado em *situação*

[521] Até porque, provavelmente, o implante reclamará benfeitorias necessárias ao longo da relação superficiária para a sua *manutenção*.

suspensiva quando pacto superficiário começar a irradiar seus efeitos como direito real, na forma do artigo 1.227 do Código Civil.[522]

Há, pois, *complexidade* no direito de superfície de dois direitos reais distintos que pode ser perfeitamente abreviada, iniciando-se naquilo que chamamos de *segundo momento*, na medida em que já exista no imóvel objeto do contrato superficiário o implante que será *melhorado*[523] (através de *benfeitorias úteis* e/ou *voluptuárias*) ou que será *mantido* (provavelmente reclamando, ao longo do tempo, *benfeitorias necessárias*), suprimindo-se, assim, justamente a fase respectiva a construção e/ou plantação da acessão (*primeiro momento*). Não é á toa, portanto, que esta variação da relação superficiária, que se inicia no *segundo momento*, é tratada de direito de superfície por *cisão*, uma vez que a relação complexa do direito de superfície, composta de dois direitos distintos, não é integral, iniciando-se de um ponto avançado.

8.2.1.2.2 *Ius in re propria* ou *ius in re aliena*?

De toda sorte, qualquer que seja o início da relação superficiária, ou seja, sendo *complexa* ou não, o objetivo do concessionário será o de obter a fruição sobre a acessão que está em imóvel alheio. É, nesse ponto, que surge grande discussão acerca da natureza deste direito real em favor do superficiário, dada a sua grande potência e amplitude. Assim, nossos esforços devem se voltar para a pesquisa da essência do direito que o

---

[522] "Art. 1.227**.** Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código".

[523] Lembre-se, ainda, a possibilidade do direito de superfície alcançar obras (e até plantações) inacabadas, situações em que a postura do superficiário provavelmente será de agregar benfeitorias necessárias e úteis para a finalização do implante.

superficiário possui em relação ao implante. Seria espécie de *ius in re propria* ou *ius in re aliena*?

8.2.1.2.3 A expressão *propriedade superficiária:* uso não unívoco

Na investigação sobre o cerne jurídico do direito real em questão, merece ser destacado, desde logo, que o significado da expressão *propriedade superficiária*, usada em alta escala, não possui sentido unívoco.

Com efeito, no trecho dos artigos 1.369 a 1.377 do Código Civil não há qualquer referência à formação de uma propriedade dos implantes de forma absolutamente apartada a do imóvel objeto da concessão. Há, no entanto, atualmente, duas referências legais sobre a '*propriedade superficiária*', uma encontrada no atual artigo 1.473, X, do Código Civil (ao admitir hipoteca sobre tal direito), e no art. 21, § 3º, do Estatuto da Cidade (ao dispor sobre o rateio de encargos e tributos).

Feita a observação supra, convém realçar que tanto o *caput* do artigo 1.369 do Código Civil como o referente ao artigo 21 do Estatuto da Cidade, núcleos para a concessão do direito de superfície, possuem redação que não indicam – ao menos de forma literal - que o superficiário terá a total fruição da construção e/ou plantação objeto da concessão superficiária, pois a redação indica apenas o *direito de construir e/ou plantar*, de acordo com amplitude de cada diploma. Em miúdos, na legislação pátria, existe expressa indicação apenas do direito de implantar, nada deliberando, de forma explícita, quanto à amplitude do direito real que

será exercido pelo concessionário em relação à acessão[524]. Senão vejamos:

Código Civil	Estatuto da Cidade
Artigo 1.369 – O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.	Artigo 21 – O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

O nosso retrato legal, com os contornos acima, é diferenciado do constante em alguns países que exercem forte influência na nossa doutrina, em especial a Itália e Portugal[525], nações em que o direito de superfície já possui razoável tempo de existência nos respectivos sistemas jurídicos, o que, de forma natural, redundou na produção de boa carta de trabalhos jurídicos envolvendo o tema.

Numa resenha muito apertada, no Código Civil italiano, ao permitir o direito de superfície por cisão, na segunda parte do artigo 952, o legislador se utiliza da expressão *'propriedade da construção'*, ao dispor que o proprietário do imóvel pode *alienar a 'propriedade da construção'* já existente, *separadamente da propriedade do solo.* Mais adiante, no artigo 956 firma-se restrição no sentido de que *não pode ser constituída ou transferida a 'propriedade das plantações'.* Em Portugal, por sua vez, existem dispositivos que fazem alusão à aplicação de regras do direito de propriedade no direito de superfície, em especial o artigo 1.526º, ao tratar do instituto sobre edifício alheio, assim como o disposto no artigo 1.528º

[524] Semelhante situação estava prevista no artigo 524 do Projeto de Código Civil trabalhado por Orlando Gomes.

[525] Pesquisa revela que, de um modo geral, legislações estrangeiras que regularam expressamente a matéria detém dispositivos com redação mais ampla do que ao Código Civil brasileiro no que tange à extensão dos direitos do superficiário, podendo citar, em exemplo, o Código Civil do Peru e na Argentina a Lei 25.509/01 (artigo 2º).

que, por sua vez, possibilita a *alienação de obra ou árvores separadamente da propriedade do solo*, criando, assim, a idéia de *cisão da propriedade*.[526]

Sem prejuízo de outras fontes legais que conduzem a idéias assemelhadas, a dicção constante das legislações estrangeiras em destaque[527] ajudou a criar ambiente para interpretação do implante como manifestação isolada do direito de propriedade[528], apresentando-se estudos que concluem pela existência de *dualidade de propriedades*, quais sejam: a *propriedade do solo* e a *propriedade do implante.* Para tal corrente, portanto, o direito de superfície no particular se caracterizaria como um *direito real sobre coisa própria,* sendo a expressão '*propriedade superficiária'* utilizada para representar tal pensamento. Ocorre que tal interpretação não é uníssona, entendendo doutrina igualmente abalizada, que o direito de superfície é um *direito real sobre coisa alheia*, e o termo *'propriedade superficiária'* representa a atribuição de posição do superficiário em relação ao implante próxima à propriedade, mas que com esta não se confunde, por faltar-lhe situações íntimas e inafastáveis.[529]

Da rápida exposição, tentamos demonstrar que a mesma expressão – '*propriedade superficiária'* – acaba sendo trazida de forma não uniforme,

---

[526] Os dispositivos acima citados da codificação italiana e portuguesa estão transcritos, em notas de rodapé, no capítulo dedicado ao direito estrangeiro.

[527] No Brasil, entre vários, Caio Mário da Silva Pereira faz alusão aos códigos italiano e português (*Instituições de direito civil.* 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 243). Nossa constatação sobre a forte influência do sistema positivo direito português e, sobretudo italiano sobre a doutrina, não é isolada. Tanto assim que Alejandro Borzutzky Arditi consigna que a idéia de *propriedade superficiária* decorre a absorção dos ditames da codificação da Itália: "*Hemos aludido repetidas veces al Art. 952 del Código Italiano en el que se plasman expresamente los modo de constitución de esta propiedad superficiaria. Uno, a virtud de la concesión que hace de la facultad de edificar y de mantener la edificación sobre suelo ajeno. Otro, a través de la enajenación que se hace el dueño del suelo de la construcción ya preexistente con reserva de propiedad del suelo*" (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 159).

[528] Paulo Roberto Benasse parece receber forte influência da leitura da doutrina e do direito estrangeiro, pois afirma categoricamente que "a relação entre o *superficiário* e a construção mudou e que o direito sobre a coisa alheia se tornou um direito de propriedade" (*O direito de superfície e o novo Código civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 72).

[529] Artur Oscar de Oliveira Deda, por exemplo, entende que a *propriedade superficiária*, sob a ótica da relação superficiário-dono, não desnatura a natureza de direito real sobre coisa alheia (Direito de superfície. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. Coordenação de Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 26, p. 341).

o que causa não só embaraços, mas também o seu descarte como indicativo sólido da natureza jurídica do direito de superfície nesta fase[530], ou seja, que o implante já existe e está absorvido pela esfera jurídica do superficiário, ainda que de forma temporária. Assim, a aferição quanto à essência deste direito real em estudo acaba por demandar, de forma inafastável, as principais correntes que se debruçam sobre a temática.

8.2.1.3 Da corrente *ius in re propria*

A corrente que afirma que o direito do superficiário em relação ao implante deve ser equiparado ao direito de propriedade, acaba por sustentar a dualidade de tal direito, que passa a conviver com duas conjunturas distintas: o imóvel (= *base da superfície*), na configuração, tem formato de *ius in re propria* para o concedente, ficando o implante, em semelhante situação, para o concessionário.

Analisando o sistema civil português, José de Oliveira Ascensão diz que há a "propriedade do chão, que é direito pertencente ao fundeiro", havendo ainda a "propriedade do implante, que cabe ao superficiário"[531], posição esta que é compartilhada por outros juristas de escol[532]. É de bom alvitre salientar, no entanto, que para a construção desta tese defendida nas publicações de origem lusitanas, os autores que defendem tal corrente se valem de argumentos que estão escorados na configuração legal do direito de superfície em Portugal, citando, para tanto, os dispositivos os que

---

[530] J. Miguel Lobato Gómez, de modo próximo, reconhece o problema do uso da expressão 'propriedade superficiária', justamente em razão do sentido não exato que é utilizado de um modo geral (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 73, out./dez. 2004).

[531] *Direito civil*: reais. 5. ed. reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 532

[532] No sentido: Álvaro Moreira e Carlos Fraga (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 291-293), Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 587-588).

levam as suas conclusões, notadamente os artigos 1.526º e 1.528 do Código Civil. A confirmar a assertiva, vale transcrever parte da lição de Álvaro Moreira e Carlos Fraga:

> "Parece que o legislador, embora na noção legal só faça referência à concessão 'ad edificandum' (ao direito de construir), todavia, considera também, direito de superfície o direito de propriedade sobre a construção ou as árvores, separadas do solo – isto, desde logo, sugere o art. 1528º. E tanto a natureza jurídica é diferente, que o art. 1526º diz que 'o direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título...' Isto diz-nos que o direito de construir sobre prédio alheio é um direito de superfície. Mas, na parte final do mesmo preceito diz-se 'levantado o edifício, são aplicáveis as regras de propriedade horizontal. Concretamente, uma vez feita a construção, estamos perante um direito diferente: a propriedade horizontal. E o mesmo se diga quando se trata, não de construir sobre terreno alheio, mas de construir sobre o solo. O direito de construir é, no fundo, um direito de superfície, e a construção é uma propriedade que não abrange o solo – são dois direitos de natureza diferente. O legislador integra-os, ambos, entro da noção de superfície."[533-534]

Esta linha de pensamento é, também, bastante forte na Itália, encontrando-se juristas que a defendem[535], a partir dos regramentos do Código Civil daquela nação (artigos 952 e 956) que, como já vimos, permitem plataforma para a tese, na medida em que sugerem a

---

[533] *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 291-292.

[534] Pires de Lima e Antunes Varela também se valem da legislação lusa para afirmarem que "o superficiário é, ou virá a ser, proprietário da obra ou plantação. É um verdadeiro *direito de propriedade*, sujeito à respectiva disciplina que se trata (...) Embora o art. 1.524º o não diga *expressis verbis*, pela razão apontada no n. 6 desta anotação, a natureza jurídica do vínculo que prende ao superficiário à obra ou plantação resulta inequivocamente do disposto no art. 1.528 º. Ao definir o princípio geral relativo à sua constituição, este artigo diz, com efeito, que o direito de superfície pode resultar da alienação *da obra* ou das árvores já existentes, *separadamente da propriedade do solo*. No mesmo sentido cabe ainda invocar o disposto no artigo 24º, nº 1, alínea a), da Lei nº 2.030, segundo o qual ao superficiário é assegurada a *propriedade* do edifício, enquanto o direito de superfície lhe pertencer" (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 587).

[535] Na Itália, é obrigatória a referência a doutrina de Francesco Messineo *(Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: AJEA, 1979, v. 3, p. 420), pois tal jurista muito influenciou os autores aqui no Brasil que adotam a mesma linha, notando-se também a absorção de suas idéias na Argentina [confira-se no sentido: Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón: "*(...) el superficiario es titular de una verdadera propiedad*" (*Derecho real de superfície*. Buenos Aires: Astrea, 1989)].

possibilidade de *alienação da propriedade da construção* separadamente do solo.[536-537]

[536] Há nesta corrente forte influência do direito germânico que alterou o conceito do direito de superfície, logo após o período do direito romano. Tanto assim que Francesco Messineo aduz que: "*La superficie, como afirmación de un derecho por sí mismo, esto es, distinto del de propiedad del suelo, está fundada sobre la posibilidad – delineada ya en derecho medieval – de la división de la propiedad inmobiliaria – además de por planos verticales, como se admite en todo ordenamiento jurídico – también por planos horizontales. La misma, por consiguiente, constituye una categoría derogación al principio de la accesión inmobiliaria (art. 840)*." *(Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: AJEA, 1979, v. 3, p. 420). No entanto, não podemos deixar de lembrar que a realidade naquele momento histórico é bem diferente da atual, assim como a natureza física das construções que eram feitas, pois estas não tinham a vocação da solidez (nem intenção da perpetuidade) no solo, caracterizando-se como instalações provisórias, normalmente feitas em madeira e palha, com fácil desmontagem para retirada e colocação em outro local. Por tal passo, tais construções eram tratadas como *bens móveis*, não se aplicando, por conseqüência, o princípio romano *superfícies solo cedit.* No sentido: Jerónimo González (*El derecho real de superficie*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1922, p. 18-19); E. Fosar Benlloch (El derecho de superficie. *Anales de la Universidad de Valencia*, v. 28, fasc. 3, p. 49, II curso 1954-1955); e Roberto Blanquer Úberos (*Acerca del derecho de superficie.* Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, p. 20). Próximos: Alessandro Barca e Corrado Marvasi (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 28-29 – Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon) e Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 64-65). Tratamos do tema no presente estudo no capítulo 2 (item 2.2).

[537] Segundo a lição de Massimo Bianca: "*La costruzione eseguita a seguito della concessione del diritto di superficie cade per legge in proprietà del superficiario. Si trata quindi di un acquisto a titolo originario. (...) La proprietà della costruzione che il superficiario há diritto di mantenere sul suollo altrui è chiamata proprietà superficiaria. Pur essendo caratterizzata dalla dipendenza rispetto al diritto di superficie essa rientra comunque nel comune schema del diritto di proprietà. La proprietà superficiaria è pertanto um diritto rispetto al diritto di superficie, seppure intimamente connesso com quest'ultimo. La proprietà superficiaria può essere alienata ad um terzo, che acquista – ovviamente a titolo derivativo – la proprietà della costruzione e, di regola, il diritto di superficie*". (*Diritto civile*: la proprietà. Milano: Giuffrè, 1999, v. 6, p. 545, 546 e 547).

A corrente possui defensores em jurisconsultos de outros países[538], tendo boa acolhida no Brasil, com boa quantidade de manifestações da doutrina nacional sustentando que o vínculo jurídico do superficiário com o implante (cravado no imóvel) deve ser tratado como *ius in re própria.* Assim, seguindo os traços da fala estrangeira, juristas brasileiros afirmam que na relação superficiária é possível se verificar a existência de *duas propriedades distintas*[539], sendo que, pela impossibilidade de direito de

[538] Na Argentina, a posição que aceita a dualidade de propriedades é praticamente unânime na doutrina, até porque recebe o apoio da redação dos artigos 1º e 2º da Lei 25.509/2001 (superfície florestal), que indicam ser o direito de superfície florestal um direito real sobre coisa própria (art. 2º, em especial). Na linha: Marina Mariani de Vidal: "*Si el derecho de superficie se constituye respecto de plantaciones existentes, aparecerá la propiedad superficiaria desde el origen, por lo que parece claro que se estará desde el origen frente a un derecho real sobre cosa propia*" (*Derechos reales*. 7. ed. Buenos Aires, Zavalia, 2004, v. 3, p. 126); Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón: "*(…) el superficiario es titular de una verdadera propiedad*" (*Derecho real de superficie*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 13); Ricardo J. Papaño, Claudio M. Kipper, Grecgorio A. Dillon e Jorge R. Causse (*Derechos reales*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004, v. 2, p. 281); Luiz O. Andorno (El derecho de supeficie en el proyecto de Código Civil de 1998. In: Brebbia, Roberto H., Dir. *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*. Cordoba; Buenos Aires: Zavalia, 2001, p. 241); Beatriz Aréan (*Derechos reales*. 6. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, v. 2, p. 698). Lyly R. Flah e Mirian Smayevsky, por sua vez, assim se manifestão sobre o instituto no Prometo de novo Código Civil: "*Propietario del suelo que concede el derecho de edificar, constituyendo de esta manera un derecho real sobre cosa ajena. Al terminarse la construcción se convierte en una propriedad superficiaria, es decir, derecho real sobre cosa propia, al cual se le aplicarán las disposiciones del dominio revocable*" (Derechos reales. In: Alterrini, Atílio Aníbal; López Cabana, Roberto M., Dirs. *Reformas al Código Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, v. 14, p. 119). Na Espanha, há registros de adoção da corrente, muito embora com apontamentos mais genéricos. No sentido: Luiz Díez-Picazo e Antonio Gulón (*Instituciones de derecho civil*: derechos reales. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998, v. II/I, p. 336-337). Maria José Mena-Bernal Escobar: "*Se trata de una figura jurídica que evidentemente rompe los esquemas de la conpción consolidada de la propiedad privada, en la que, sobre la base de un mismo objeto, e habla de dominios pertenecientes a diferentes titulares (…)*" (*¿Es constitutiva la inscripcion del derecho de superfície?* Madrid: Tecnos, 1994, p. 24).

[539] No sentido, entre vários, Luiz Guilherme Loureiro afirma que "a superfície pode ser definida como o direito real de coisa própria incorporada em terreno alheio. O aspecto mais relevante deste instituto reside na separação entre o domínio do construído ou plantado e o solo em que se efetua. O primeiro corresponde ao titular da superfície, denominado superficiário, e o segundo ao concedente da mesma (proprietário do imóvel)" (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 272). Segundo Diana Coelho Barbosa: "Realizada a obra superficiária, o concessionário torna-se titular não mais de um *jus in re aliena*, mas de um verdadeiro direito de propriedade sobre a construção empreendida, podendo dela dispor livremente, separadamente da propriedade do solo, que remanesce como *dominis soli*" (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 109). Segundo Ricardo Pereira Lira: "A propriedade separada superficiária, gerada pela realização de construção ou plantação, bem como decorrente de cisão, é propriedade imobiliária, sujeita aos princípios reguladores desta, atendidas as peculiaridades da relação superficiária (...)" (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 60). Para Arnaldo Rizzardo é "um direito de propriedade, posto que o adquirente, ou superficiário, torna-se titular da superfície, com a prerrogativa de dispor, ou de transmissão, além dos direitos de fruição, posse, proveito e defesa. A propriedade, entrementes, vai até o nível onde alcançam as fundações do edifício e as raízes das plantas. Abaixo desses limites o domínio e reservado ao proprietário do solo" (*Direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 862). Confira-se, ainda, com

superfície perpétuo no nosso sistema jurídico, a propriedade sobre o implante (exercida pelo superficiário) seria – segundo alguns autores – *resolúvel* por essência.[540]

8.2.1.4 Da corrente *ius in re aliena*

Contraponto a posição de que o direito de superfície incidente sobre o implante pode ser visto como propriedade, há corrente que tenta demonstrar a impropriedade de tal visão, não sendo, via de talante, permitido se pensar em direito real sobre coisa própria apenas com olhos no implante. Sem dúvida, Menezes de Cordeiro é uma das vozes mais potentes a sustentar este posicionamento, não reconhecendo, categoricamente, em favor do superficiário o direito de propriedade. Na sua exposição, o rebate a posição inversa, conforme abaixo transcrito nos principais pontos:

> "A maioria da doutrina tem entendido que o direito do superficiário é simplesmente, *um direito de propriedade sobre o implante*, isto é, o <<direito de *propriedade superficiária* >> (...) *Não podemos, porém aceitar semelhante idéia* (...) - A superfície não é um direito exclusivo: de facto, não se limita a admitir a possibilidade de coexistência, tanto mais que, como sabemos, não há imóveis *nullius*, por força do artigo 1345º; - a superfície não é um direito pleno: a permissão que a institui não é, de forma alguma, geral em relação à coisa afectada. Muito pelo contrário, a lei especializa claramente a permissão em causa, determinando que é faculdade de *construir, plantar ou manter plantas e construções* (...) Uma vez

---

linha semelhante aos autores já citados: Paulo Roberto Benasse (*O direito de superfície e o novo Código civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 80); Francisco Eduardo Loureiro (*Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.258); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito de superfície. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio, Coords. *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo; Malheiros, 2003, p. 182-183); Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 16-24); Melhim Nanem Chalhub (*Curso de direito civil*: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 159-166); Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 396).

[540] No sentido, afirmando se tratar de propriedade resolúvel: Marcos Vinícius dos Santos Andrade (Apontamentos sobre direito das coisas no novo Código Civil. In: Rulli Netto, Antonio; Luiz Guilherme, Fernando do Vale de Almeida (Coords.). *Estudos em homenagem ao acadêmico Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Fiuza, 2003, p. 424); Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 23); e Diana Gomes Carvalhinho (*Direito de superfície.* Monografia (Conclusão de graduação) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2005, p. 37).

> verificado o implante, então parece que de facto o direito do superficiário sobre ele é pleno. Simplesmente também aí se *não verifica a exclusividade*: não se trata, pois, de propriedade, mas sim de *um direito real próprio e autónomo*. Podemos aceitar a designação de 'propriedade fiduciária', com a ressalva de o adjectivo traduzir precisamente o não se tratar de propriedade, mas sim algo já diferente. Aliás, se fosse propriedade *proprio sensu*, o direito sobre o implante deveria ser estudado como capítulo ou subcapítulo do direito de propriedade e não como manifestação da superfície."[541-542]

Como se vê, o entendimento não rejeita a idéia de que o direito de superfície se perfile aos direitos reais, uma vez que a baliza mestra do posicionamento não leva a tal conclusão final. Muito pelo contrário, admite que se trata de direito *real próprio e autônomo* que, justamente por isso, não pode ser confundido com a propriedade.[543-544]

---

[541] António de Menezes Cordeiro (*Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 714-715.

[542] A fala de António de Menezes Cordeiro não é isolada em Portugal, encontrando-se outros autores que também seguem a concepção de que o direito de superfície não pode se confundir com o direito de propriedade, agregando motivação para tal corrente. No sentido, Luiz A. Carvalho Fernandes (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa) sustenta que: (...) pensamos que o direito do superficiário sobre a obra ou plantação não é um verdadeiro direito de propriedade. Não é tanto a existência de concurso do direito superficiário com o do fundeiro que aqui releva, até ao ponto em que ele admita ser construído à luz das limitações decorrentes de relações de vizinhança. Só por isso, ele não deixaria de ser *pleno*, ao contrário do que sustenta Menezes Cordeiro. Falta-lhe, porém exclusividade, pois o direito de superfície não pode ser concebido independentemente da propriedade do fundeiro. (...) O direito de superfície configura-se, pois, como um direito real *a se*, próximo a propriedade, o que legitima a possibilidade de às suas normas recorrer, enquanto regime subsidiário, para integrar o tratamento jurídico do superficiário sobre a obra ou plantação" (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 414-415). Na visão de Rui Pinto Duarte (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa): "O direito de superfície, é também *ius in re aliena*: pressupõe a existência simultânea, sobre o mesmo objecto, de um direito de propriedade. A reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade determina a extinção do direito de superfície [art. 1.536, nº 1, alínea *d*)]. Obviamente, o direito de propriedade coexistente com o direito de superfície apresenta-se altamente comprimido." (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 173).

[543] A corrente em voga não está apenas instalada em Portugal. Com efeito, J. Miguel Lobato Gómez (Professor Titular de Direito Civil da Universidade de Leon – Espanha), em artigo de fôlego publicado no Brasil, também defende que: "(...) o direito de superfície se apresenta como direito autônomo, não se confundindo com nenhum outro (...) A essência do direito de superfície consiste no direito a ter e manter uma edificação ou plantação em terreno de outrém, já que se trata de um direito real de fruição ou gozo. (...) Não se pode fala-se, com absoluta certeza, de uma propriedade dividida ou separada ou de outra forma especial de propriedade, uma vez que a propriedade superficiária é, em todo caso, inseparável do direito de superfície, não existindo entre um e outra diferença alguma, e aparecendo esta, bem mais próxima de uma pertença do direito de superfície. Por isso, como muito bem salienta em aprofundado estudo meu querido e admirado mestre, o Professor José Luiz de los Mozos, "a propriedade superficiária, como pertença do direito de superfície, constitui a expressão do ideal do que forma o núcleo central do *frui* superficiário, sem que tal conceito possa ter por si mesmo um valor distinto, já que carece de todo valor representativo autônomo'." (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 71-75, out./dez. 2004). Bem próximo: E. Fosar Benlloch (El derecho de superficie. *Anales de la Universidad de Valencia*,

Apesar de fundamentos não totalmente exatos à doutrina advinda de Portugal, ora destacada no presente estudo, no Brasil existem juristas que também repelem a idéia de classificar o direito de superfície como direito real sobre coisa própria, nos casos em que foi erigido implante no imóvel, tratando o instituto como *ius in re aliena*[545]. Com tal linha, José Guilherme Braga Teixeira, afirma que:

---

v. 28, fasc. 3, p. 49, II curso 1954-1955). Também parecendo concordar, confira-se: Carlos Lasarte Alvarez (*Princípios de derecho civil*: propiedad y derechos reales - primera parte. 3. ed. Madrid: Trivium, 2000, v. 4, p. 420-421). Na Alemanha, colhe-se a posição de J. W. Hedemann (*Tratado de derecho civil*: derechos reales. Versión española y notas de José Luiz Dies Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, v. 2, p. 315). Na Argentina a corrente de dualidade de propriedades agrega praticamente toda a doutrina mais recente, provavelmente dada a redação dos arts. 1º e 2º da Lei 25.509/2001 (superfície florestal) que afirma ser um direito real sobre coisa própria (art. 2º, em especial). Nada obstante a posição majoritária, Gabriel de Reina Tartière dá indícios de sua dissidência com a corrente maior (ainda que a discordância não seja total), ao indicar que a essência do direito real de superfície está em incidir sobre coisa alheia (*Derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 50).

[544] Na Itália há doutrina que entende se tratar o direito de superfície de *ius in re aliena*, consoante se vê de passagem de Lucilla Nigro e Benito Nigro: "*Il diritto di superficie viene concordemente considerato come diritto reale su suolo altrui: il proprietario del suolo può concedere il diritto ad edificare ad un terzo che può edificare e mantenere la costruzione e ne acquista la proprietà (art. 952 c.c). Il concessionario può anche alienare la costruzione, separatamente dalla proprietà del suolo (art. Cit., comma 2). Come costitutivo di un ius in re aliena il contratto di superficie richiede la forma scritta ab substantian (art. 1350, n.2, c.c)*" (*Formulario dei diritti reali: proprietà, superficie, enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione e servitù.* Dogana: Maggioli Editore, 2003, p. 288). Segundo Ludovico Barassi: "*Costituire un diritto di superficie equivale a permettere che un terzo abia l'attuale o futura proprietà di una sopraelevazione (costruzione eretta o da erigere su un fondo di chi fa la concessione). Significa cioè, come vedremo, gravare il fondo, ammettere la separazione della sopraelevazione sarebbe dunque costituire un onere reale sul proprio fondo. E la conseguenza sarebbe la creazione di una proprietà superficiaria: la quale (ripeto) può in un primo momento mancare quando ancora la costruzione non esista, ma il superficiario si sia assicurato il diritto di crearla. La legge non è muta circa questo diritto reale limitato: essa infatti profila il dir. Di superficie non unicamente come proprietà separata, ma altresì come proprietà che il superficiario ha diritto di conservare sul fondo altrui (ha diritto di <<mantenere al di sopra del suolo>> altrui: art. 952 comma 1º). La conclusione per ora è che quando il proprietario costituisce sul proprio fondo il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri che ne acquista la proprietà non solo permette la formazione – che può essere non originaria – di un diritto di proprietà altrui, ma sopratutto costituisce subito un nuovo rapporto giuridico tra il superficiario e il proprio fondo*". (*Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 612- 613).

[545] Parecendo adotar tal linha, confira-se: Pablo Stolze Gagliano (Da superfície. In: Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 13, p. 22); César Fiúza (*Direito civil*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 760-761); e Fabio Ulhoa Coelho (*Curso de direito civil*: direito das coisas e direito autoral. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4, p. 181). Outros autores afirmam se tratar de *direito real sobre a coisa alheia*, mas, no mesmo texto, cogitam a figura da propriedade do implante, sem trazer maiores explicações para a dualidade. No sentido: Maria Helena Diniz (Direito civil brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva: 2002, v. 4, p. 410); Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 243-244); Marco Aurélio S. Viana (*Curso de direito civil*: direito das coisas, artigos 1.255 a 1.509. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 280-281); Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 391); Marise Pessoa Cavalcanti (*Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14); Roberto J. Pugliese (*Direito das coisas*. São Paulo: Leud, 2005, p. 732-

> "A superfície é um direito real em coisa alheia (*ius in re aliena*), o que não constitui nenhuma novidade, já que o único direito real em coisa própria é o direito de propriedade. Mas a superfície é um direito real sobre coisa alheia imóvel, por isso que se trata de um *ius in pradeio* alieno. Trata-se, com efeito, do direito real de construir ou de plantar, assim como e manter a construção e plantação, por tempo determinado, em imóvel de propriedade de outrem (...). O direito real de superfície instituído pelo novo Código Civil é um direito real limitado; imobiliário, autonômo, temporário e transmissível, que confere ao seu titular, chamado superficiário, o uso e o gozo de terreno de propriedade de outrém, para nele construir ou plantar e manter a construção ou a plantação durante o tempo pelo qual tiver sido ajustada a sua concessão (...). Porém, não vai além de ser um direito real imobiliário limitado, não se alcançando jamais uma propriedade superficiária, ainda que o fosse resoluvelmente, porquanto o legislador pátrio não livrou o instituto de sua integral subserviência ao princípio aquisitivo da acessão (*superficies solo cedit*) durante a vigência por que for concedido o direito real de superfície."[546]

8.2.1.5 Nossa opinião

Da síntese trazida, tem-se que caracterizado o antagonismo de posições, com controvérsia sobre a natureza do direito real do superficiário

---

733); Roberto Senise Lisboa (*Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p. 420-421); Paulo Nader (*Curso de direito civil*. Rio de Janeiro; Forense, 2006, v. 4, p. 362-363); e Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 409 e p. 412).

[546] Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 256 e p. 262. O autor, todavia, crê na possibilidade de o direito de superfície gerar *duas propriedades*, desde que o instituto receba configuração nesse sentido, apontando para tanto a necessidade de que as propriedades tenham matrículas distintas, em razão dos artigos 108 e 1.227 do atual Código Civil (Teixeira, José Guilherme Braga. Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 269 e, ainda, com mais profundidade: *O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 92-93). A vantagem maior que haveria em tal situação, na explicação do referido autor, estaria na possibilidade de oneração da obra superficiária. Para tanto, consignou: "Entendemos que será do fato de poder ser onerada de modo independentemente do solo e de autorização do proprietário concedente que dependerá, na prática, o bom sucesso na aplicação do instituto entre nós, porquanto impossibilitado, o concessionário de onerar a coisa superficiária isoladamente, impossibilitado estará, consequentemente de obter empréstimos para realizar os empreendimentos que colimar" (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 269).

em relação ao implante. A discussão é fundamental, dada a importância nuclear na mecânica do instituto em estudo.

Já nos posicionamos quanto ao direito de implantar pelo superficiário (*primeiro momento* ditado direito de superfície), ou seja, sobre a faculdade deste em construir e/ou plantar no terreno alheio (do proprietário), defendendo ser um *ius in re aliena* distanciado dos gabaritos habituais das classificações de direitos reais sobre coisas alheias, em razão da especificidade e dos contornos próprios de tal direito.

Cabe a nós – agora – firmar nosso ponto de vista acerca do direito do superficiário em relação ao próprio implante que surgirá como desdobramento no *segundo momento* do direito de superfície ou até mesmo como ponto de partida (caso a relação superficiária se inicie por *cisão* da acessão do solo).

Pois bem, nesta outra faceta do instituto não pensamos ser diferente, se *notabilizando o direito de superfície como um direito real sobre coisa alheia*, muito embora com características extremamente aproximadas ao direito de propriedade, que irão permitir a aplicação subsidiária dos seus ditames ao direito do concessionário em relação ao implante. Contudo, o amoldamento, em certos pontos, ao direito de propriedade, com o aproveitamento residual de seus regramentos, não faz com que o instituto focado – com absoluto respeito aos que pensam em contrário – venha a se confundir com a propriedade, ou, em outro giro, se permita tratar da figura como *ius in re propria.*

O *direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia de alta complexidade*, dividido em duas fases que não se embaraçam [(a) *introdução do implante,* (b) *órbita de poderes sobre a acessão*)], já indicando, de *per si*, que se trata de espécie impar de *ius in re aliena*, razão

pela qual não se enquadra – de forma exata – na modulação ordinária dos direito reais sobre coisa alheia (*fruição, garantia* e *aquisição*)[547-548]. Este ponto, para nós, é capital, pois permite absorver o instituto dentro da sua singular configuração em todas as suas fases, e não apenas na etapa em que o implante é fincado pelo superficiário em terreno de outrem.

A não inclusão do instituto como *ius in re propria*, ao contrário do que pode conduzir apressada conclusão, não acaba por combalir ou retirar potencia do direito de superfície. Ao contrário, cremos que a posição que defendemos o reforça como importante vetor de direito real, pois sua equiparação cega com o instituto da propriedade, em certa medida, causa perplexidade, que involuntariamente dificulta a fixação adequada das fronteiras da invulgar figura jurídica.

Não vemos, em absoluto, qualquer problema no uso da expressão *'propriedade superficiária'*, compreendido o seu *simbolismo* que, sob nossa ótica, representa o resultado concreto (jurídico e físico) da suspensão do

---

[547] Ainda que tenhamos algumas discordâncias com algumas de suas conclusões, é de absoluta felicidade a observação de Alejandro Borzutzky Arditi: *"(...) no existe posibilidad de equiparación de este derecho con ningún otro. Su contenido es tan específico que lo separa de cualquier institución real o personal"* (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 159). A mesma conclusão, parece ser obtida por Artur Oscar de Oliveira Deda após analisar as teorias sobre o instituto: "Todas essas dificuldades conduzem a afirmação da autonomia do direito de superfície – posto apareça objetivamente complexo – é uno" (Direito de superfície. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação de Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 26, p. 341). De forma mais incisiva, J. Miguel Lobato Gómez arremata: O direito de superfície é um direito real imobiliário em coisa alheia, de caráter autônomo e *sui generis*, que garante ao titular o desfrute do bem (...)". (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 70, out./dez. 2004), devendo ser tratado, por tal passo, de modo próprio, a partir das suas características, a saber: "direito real limitado, autônomo e temporário, de ter uma construção ou plantação em solo alheio, que permite gozar e dispor durante sua vigência" (Ibidem, p. 79).

[548] Alguns direitos reais sobre coisas alheias, pela posição bivalente, são tratados Darcy Bessone como de *índole mista*: "Há direitos reais que são de garantia e, também, de gozo, como sucede, por exemplo, na anticrese, em que o credor anticrético usa e goza da coisa, para compensação de seu crédito. Há outros direitos reais que, sendo de gozo ou de garantia, podem conduzir a aquisição, como exemplificando, a enfiteuse (resgate), as rendas constituídas sobre os imóveis (resgate), a compra e venda com reserva de domínio (transferência automática do domínio). Esse direitos reais consideram-se mistos" (*Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 330). Embora não concordemos com todos os exemplos trazidos pelo jurista, fica claro que a natureza multifacetária do direito de superfície extrapola a trinca dos direitos de fruição, garantia e aquisição, razão pela qual não deve ser vista apenas como um direito real *misto*, mas de *singularidade* em seu perfil.

princípio *superficies solo cedit* provocada pelo direito de superfície, de modo a permitir o exercício de poderes de alto calibre pelo superficiário em posição aproximada aos do proprietário[549]. No entanto, não se pode pensar em propriedade, propriamente dita, pois não há autonomia da *'propriedade superficiária'*, já que esta se inicia a partir de outro direito real (direito de superfície). É forçoso, assim, notar que há uma *dependência* direta da *'propriedade superficiária*' do direito de superfície, ou seja, reclama outro direito real para surgir, situação que não coaduna com as bases do instituto da *propriedade*, em que não se pode cogitar tal acoplamento a outro direito real.[550-551]

---

[549] As palavras de Carlos Lasarte Álvarez, em certo espaço, nos dão abono: "(...) *a veces se habla de <propiedad superficiaria>. Sin embargo, conviene advertir que semejante propiedad superficiaria es más una imagen retórica que una verdad: el derecho de superficie, una vez constituido, existirá como derecho real de goce, aun antes de llevar a cabo la construcción o plantación; y sobrevive a aquella, en caso de siniestro o perecimiento (se la superficie se constituyó por treinta años y el décimo una explosión de propano destruye total o parcialmente el edificio, el superficiario sigue teniendo derecho de construir. Por lo dicho se puede afirmar que el derecho de superficie supone o implica la propiedad separada de lo construido o sembrado en suelo ajeno, dando siempre por supuesto que ya han sido llevadas a cabo la correspondiente construcción o plantación*". (*Principios de derecho civil*: propiedad y derechos reales - primera parte. 3. ed. Madrid: Trivium, 2000, v. 4, p. 421). Sem colisão, J. Miguel Lobato Gómez também entende que a expressão *'propriedade superficiária*' não tem o significado literal da criação de nova propriedade, de natureza autônoma, senão como o resultado decorrente da edificação ou plantação ou da *'alienação'* (cisão) de implante já existente no imóvel (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 73-74, out./dez. 2004).

[550] Segundo Massimo Bianca as características "*della proprietá sono: a) la realitá; b) la pienezza; c) l'elasticità; d) l'esclusività; e) l'indipendenza; f) l'imprescrittibilità; g) la perpetuità*" (*Diritto civile*: la proprietà. Milano: Giuffrè, 1999, v. 6, p. 151). E adiante, acerca da independência (indipendenza) anota: "*Líndipendenza del dirrito di proprietà sta a indicare che esso no presuppone altri dirriti sulla cosa. In ciò la proprietà si differenzia dagli altri diritti, che si dicono anche su cosa altrui in quanto incidono sull'altrui dirrito di proprietà, che ne constituisce quindi il presupposto*" (Ibidem, p. 154). Não se permite – dentro da concepção de sua célula – se abrir espaço para a dependência de um direito real anterior como pressuposto para alcançar a propriedade.

[551] Haveria, sob outro aspecto, embaraço com a máxima: *sobre a mesma coisa somente poderá subsistir um direito de propriedade*. No sentido, António de Menezes Cordeiro traz boa explicação para o nosso debate: "Se percorrermos os diversos direitos reais, de gozo, de garantia ou de aquisição, verificamos que *todos eles pressupõem um direito de propriedade, lado a* lado. Ainda que, concretamente, o proprietário falte (seria hipótese estranha ao usufruto sobre coisa móvel que o proprietário tivesse abandonado antes de qualquer ocupação), existe sempre, ao lado de qualquer outro direito real, *um lugar para o proprietário*. O direito de propriedade coloca-se numa posição *diametralmente oposta*: *não tem de ser, de forma alguma*, *concorrido* por qualquer outro direito e, evidentemente, pressupõe qualquer outro *lugar* que não o seu. *É exclusivista em relação á coisa* (*Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 627-628). Concordando com tal posição, confira-se ainda: A. Santos Justo (*Direitos reais.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 218); J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 84, out./dez. 2004); e Edmundo Gatti e Jorge H. Alterini (*El derecho real*: elementos para una teoria geral. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 97). Parece que tal lição

Assim, a *'propriedade superficiária'* não se isola do direito de real de superfície que, por excelência, detém raízes em imóvel alheio, pois, numa primeira situação, demanda autorização para que terceiro (superficiário) faça o implante ou, de outra banda, que o proprietário efetue a cisão da acessão em relação ao imóvel, a fim de que terceiro (superficiário) o '*mantenha*'[552]. Por tal passo, a expressão *'propriedade superficiária*' pode (e deve) ser usada, desde que o interprete tenha o zelo de captar não só possante situação conferida ao superficiário, mas também que aquela situação possuí, no seu âmago, algumas variantes que devem ser respeitadas, para evitar contradições na aplicação do instituto.[553]

Pensar ao contrário significa aceitar, sem amarras, a possibilidade do proprietário em destacar as acessões e alienálas (*vendê-las*), como *'propriedade superficiária'*, destacada do solo, o que não é possível como direito real (*= não confere direito real ao comprador*)[554]. É permitido, nestas

---

pode ser aplicada em nosso estudo, pois a *propriedade* (direito real do proprietário) ficará comprimida pelo direito de superfície (*"propriedade superficiária" = direito real do superficiário*) e, com a reversão (artigos 1.375 do Código Civil e 24 do Estatuto da Cidade), em razão da sua *elasticidade*, voltará a primeira (*"propriedade do concedente"*) a se abrir e alongar para todos os seus plenos efeitos.

[552] Afirmação contrária pode gerar aproximação com outros institutos, mormente a propriedade horizontal quando se tratar de construção, figuras desiguais. No sentido: Lílian N. Gurfinkel de Wendy (*La propriedad horizontal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 19-21).

[553] A expressão parece estar presente dada a forte tendência de entender que determinadas situações próximas à propriedade, merecem também ser assim conceituadas, fragmentando-se a conceituação nuclear do instituto. Tal postura tem assento, de forma especial, em valoroso estudo de Salvatore Pugliatti (*La proprietà nel nuovo dirrito*. Milano: Giuffrè, 1964). No Brasil, há boa acolhida da linha de raciocínio desenvolvida. No sentido, Francisco Eduardo Loureiro afirma que: "Houve a fragmentação do conceito unitário de propriedade. O que hoje se sublinha não são as coincidências, mas sim as diferenças entre as diversas categorias proprietárias e não mais em propriedade. O que existe é uma pluralidade de institutos em torno de um interesse" (*A propriedade como relação complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188-189). Com linha próxima Eroulths Cortiano Junior afirma que: "não cabe mais falar em propriedade, mas em propriedades" (*O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 160). Para nosso estudo, mais adequado esclarecer o alcance da expressão, do que propriamente defende uma ou outra tese, pois o que objetivamos é evitar perplexidades no uso do instituto em estudo, realçando sua dimensão para deflagrar a função social da propriedade. No tema, vale conferir: Giovanni Silvio Coco (*Crisi ed evolucione nel dirrito di proprietá.* Milano: Giufrrè, 1965) e Paolo Grossi (*La propiedad y las propiedades*. Traducción de Angel M. López y López. Madrid: Civitas, 1988).

[554] Como já alertamos, tal situação era permitida no antigo direito germânico pelo fato das construções serem consideradas como *bens móveis*, quadro que somente se alterou com o uso

condições, apenas o destaque para a fruição por terceiro (superficiário), a partir de postura do proprietário, suspendendo-se, para esta situação expressamente fixada na lei, o princípio *superficies solo cedit*. Em outros termos, a unidade da propriedade não perde textura, mas fica suspensa para a aplicação de um *direito real sobre coisa alheia* que atinge apenas o(s) implante(s).[555-556]

Importante lembrar aqui também que em boa parte dos ordenamentos estrangeiros o legislador teve o zelo de indicar que se ocorrer a *confusão* entre proprietário e superficiário haverá a extinção do

---

de materiais de maior duração (como as pedras em blocos) e avanços na arte de construir. Na linha, entre vários, confira-se: Jerónimo González (*El derecho real de superficie*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1922, p. 18-19); E. Fosar Benlloch (El derecho de superficie. *Anales de la Universidad de Valencia*, v. 28, fasc. 3, p. 49, II curso 1954-1955); e Roberto Blanquer Úberos (*Acerca del derecho de superficie.* Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, p. 20). No entanto, o direito de superficie atual trabalha não só com uma idéia diferente acerca das construções e do solo, mas também com a diretriz *superficies solo cedit* que, apesar de não estar jungida aos exatos contornos da modelação romana, recebe efeitos que não podem ser renegados.

[555] Esta situação induz ao argentino Gabriel de Reina Tartiére, muito embora a sua legislação pátria trate a superfície florestal como direito real sobre coisa própria (art. 2º da Lei 25.509/2001), a fazer a seguinte constatação: "*Para reforzar la Idea de que el derecho tendría por objeto, en todo caso, una cosa ajena (la finca sobre la que se hubiera constituido), bastaría con fijarnos en que la consideración legal exigiría la presencia simultánea de dos cosas, la propia y la ajena, sin reparar en la circunstancia de que la primera no existiría cuando el derecho se formalizara para la explotación de un terreno en el que no hubiera plantación alguna. Por otra parte, la alternativa de juzgar a la superficie como el objeto verdadero del derecho chocaría con su falta de materialidad en los supuestos en que no hubiera plantaciones sobre el terreno, ya al principio, por haberse constituido sobre una finca baldía, ya después, cuando las plantaciones se destruyeran*" (*Derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 50).

[556] Talvez, com o exemplo, fique facilitada a diferenciação com a *propriedade resolúvel*, pois a falta de perpetuidade – por si só – não cria obstáculo para a que se tenha *ius in re própria*, consoante lição de Aderbal da Cunha Gonçalves (*Da propriedade resolúvel*: sua projeção na alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 59-66). Não seria possível, sem o apego ao direito de superfície, a suspensão dos efeitos do principio *superficies solo cedit*, ainda que para formar propriedade resolúvel em favor de terceiro. O ângulo que causa o embaraço é outro, portanto, não estando fixada na *temporalidade*, mas, em especial, na impossibilidade do destaque dos implantes para que terceiro passe a exercer direitos dedicados – originariamente – ao proprietário, através de outra fórmula que dispense o direito de superfície. J. Miguel Lobato Gómez adverte, assim que "a propriedade superficiária, face às aparências, não é uma propriedade resolúvel no sentido do art. 1.359 do novo Código Civil. A propriedade resolúvel é uma propriedade plena que unicamente existe quando o contrato que serve de título para a aquisição do domínio se resolve, por haver-se cumprido a condição resolutiva a que estava submetido, por haver transcorrido o término do prazo a que se condicionava sua eficácia ou, enfim, por descumprirem as partes pactos contratuais transmissivos do domínio. *A propriedade superficiária não está submetida ao regime da propriedade resolúvel, já que como pertença que é do direito de superfície não tem autonomia e, uma vez que nasce com ele, se extingue juntamente com a extinção do próprio direito de superfície*" (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 78-79, out./dez. 2004).

direito de superfície. A situação ratifica a idéia de que o instituto tem a base vinculada ao exercício de direito real sobre a propriedade alheia, pois se *fundeiro* e concessionário se reunirem em *figura única* o direito de superfície não terá ambiente para se escorar.[557-558]

Assim, a investigação da natureza do instituto como *ius in re aliena* fica facilitada quando voltamos à base do direito de superfície, pois somente é permissível a concessão se o proprietário e o superficiário forem pessoas distintas, não sendo possível co-existir a *dualidade de propriedades* entre solo e acessões sob a ótica do *ius in re propria*.[559-560]

O destaque dos implantes é somente admitido, como exceção ao princípio *superficies solo cedit*, justamente para se obter plataforma que excepciona a esfera patrimonial do proprietário de imóvel *em favor de terceiro*, ou seja, o superficiário passa a ter acesso a coisa que não lhe é própria, e que, se não atenuado o princípio em voga, estaria na rede jurídica de outrem (o proprietário), sem qualquer fragmentação de propriedade.

A exceção demonstra a importância e o alto vigor do direito de superfície, pois, através deste instituto, se abre válvula no sistema que não

---

[557] Pode se citar, em exemplos, o Código Civil de Portugal – artigo 1.536º, 1.,d), a legislação de superfície florestal argentina – artigo 8º da Lei 25.509/01, o Código Civil da Holanda – artigo 795, 1º, o Direito Belga – artigo 9., 1º, da Lei de 10 de janeiro de 1.824, e o Código Civil de Macau - artigo 1.427º, 1.,d).

[558] Nem mesmo a constituição de direito de superfície para futura alienação se permite, pois é obrigatório que a concessão seja efetuada em favor de outro que não o proprietário. Na linha, a dicção de Marcelo Terra pode ser perfeitamente adaptada para o particular: "(...) necessariamente a superfície será concedida em favor de outrem, isto é, não se justifica a constituição da superfície em favor de si próprio, ainda que para posterior alienação do direito superficiário a outrem" (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu - PR, de 17 a 21 de setembro de 2.001, p. 24 – texto cedido gentilmente pelo autor).

[559] Próximo: Rui Pinto Duarte (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 173).

[560] Se assim fosse, poderíamos pensar na situação em que proprietário estaria autorizado a destacar o direito de superfície com ele próprio, para apenas hipotecar seus implantes, mantendo para si a propriedade do solo, ou vice-versa, nada obstante o disposto no artigo 1.474 do Código Civil ("Art. 1.474 - A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel"). Dessa forma, o *implante* e o *solo* seriam bens que,

pode ser usada para o *ius in re propria*, mas tão somente em benefício do superficiário (um terceiro), que se terá amplos poderes gravitando sobre o implante cravado em terreno alheio.[561]

Observe-se, em razão do prestígio conferido a figura jurídica, são conferidos ao superficiário poderes vigorosos, em situação próxima às faculdades decorrentes do direito de propriedade, pois o superficiário tem o direito de usar, gozar e até de dispor do implante, consoante permissivo legal (artigo 1.372 do Código Civil e artigo 21, § 4º, do Estatuto da Cidade). No entanto, esta situação de alto calibre não faz desaparecer a propriedade do concedente que, apesar de bastante comprimida, mantém na sua célula jurídica poderes não apenas de ações protetivas ao implante (inclusive, em relação a terceiros), como também de disposição sobre este, tendo em vista que a essência da figura jurídica no Brasil não descarta a *reversão*, que funcionará como termo da concessão.

Não suficiente, os poderes de fruição do superficiário estarão limitados a tudo aquilo que for pactuado junto ao proprietário, notadamente no que se refere ao agir do superficiário em relação ao implante que, *a priori*, não poderá ser destruído voluntariamente pelo concessionário, sem a devida reposição.

Há, como se percebe, um conjunto de situações que irradiam da propriedade do imóvel que, para nós, demonstram o implante não pode ser tratado apenas como se *coisa própria* (absoluta e exclusiva) do

---

separadamente, poderiam ser dados pelo proprietário em garantias distintas, para satisfazer o art. 1.424, IV, do Código Civil, que trata da especificação da garantia real.

[561] No particular, nossa posição tem abrigo em J. W. Hedemann: "*(...) el derecho de superficie anteriormente estudiado nos es un derecho de 'propiedad., sino un 'derecho sobre cosa ajena', aunque, como ya hemos indicado, la titularidad concedida al superficiario se aproxima mucho a la propiedad'*." (*Tratado de derecho civil*: derechos reales. Versión española y notas de José Luiz Dies Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, v. 2, p. 315, destacamos).

superficiário, senão o resultado de uma suspensão dos efeitos do princípio *superficies solo cedit*, que em nosso sistema, às claras, é temporário.

O direito de superfície representa, aos nossos olhos, uma concepção moderna (e mais ampla) de função social da propriedade, que se expande para os direitos reais sobre coisas alheias, tendo estes o igual papel, notadamente para o caso do direito de superfície que é vocacionado para a inclusão da propriedade na ciranda social. Isso justifica, inclusive, a pujança de poderes que são colocados em favor do superficiário, que pode transferir seu direito (*não se trata de um pacto de fruição pessoal, portanto, e sim social*), hipotecá-lo, assim como ser alvo de usucapião, acaso o impulso seja dado por terceiro que assumiu a posição do superficiário.

Temos convicção do que afirmamos, pois o direito de superfície já nasce comprometido com a funcionalização da propriedade, qualquer que seja a sua modalidade. Se o terreno estiver vazio, o direito de superfície irá propiciar a introdução de acessão, incluindo o imóvel, de modo mais efetivo, no carrossel social e, se, em outro turno, a plantação ou obra já existir, o instituto servirá para a inserção de melhoramentos ou até mesmo de mantença saudável do(s) implante(s), situações que não retiram o imóvel do ciclo produtivo (em sentido amplo). Não se admite, às claras, o direito de superfície para não se implantar ou apenas para se destruir, visando obter a especulação imobiliária, em razão da vinculação expressa do instituto: *introduza e/ou mantenha acessões em terreno alheio.*

Em conclusão, o direito de superfície é composto de nuances e particularidades que não podem ser desprezadas, sendo, pois, figura de traços muito peculiares, que não se plasma nas habituais classificações de direitos reais. Sua estrutura demonstra que incide sobre coisa alheia, não

se confundindo com o direito de propriedade[562]. Contudo, o encaixe como *ius in re aliena* não retira, de forma alguma, do direito de superfície a sua importância ou potência, entendida, repita-se, a natureza singular com que está posto no sistema, como exceção aguda ao princípio *superficies solo cedit.*

Não obstante se tratar de direito real sobre coisa alheia, pelas suas características especiais, confere-se amplíssima órbita de poderes ao superficiário sobre o implante, ao ponto de se permitir a transferência do direito de superfície e de criar ambiente para que o direito real possa até conduzir a aquisição do imóvel por parte do concessionário.

Seguindo-se tal bússola, compreende-se o alcance da expressão *'propriedade superficiária'*, não como uma nova espécie de direito de propriedade propriamente dito, mas como conseqüência do impulso que o instituto permite para as construções e plantações e, principalmente, a elevada dimensão de poderes que podem ser exercidos pelo superficiário, muito aproximados ao direito de propriedade.

---

[562] Próximo, confira-se: "*(...) es un ius in re aliena especial, singularísimo, que recae sobre la superficie ajena y que otorga plenísimos poderes de goce y disposición material de la cosa, salvo siempre el derecho de propiedad del dominus soli (que lo es también de la superficie)*" (E. Fosar Benlloch (El derecho de superficie. *Anales de la Universidad de Valencia*, v. 28, fasc. 3, p. 17, II curso 1954-1955).

9 OUTRAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DO INSTITUTO

Depois fixada a natureza jurídica do direito de superfície como *direito real* de natureza *complexa* e *singular*, notabilizando-se como *ius in re aliena*, de grande singularidade, caminhamos para a apresentação de conceituação que consiga expressar a figura jurídica com os contornos que foram esculpidos pelo legislador nacional. Antes de apresentarmos *nosso conceito* se revela oportuno destacar algumas das características nucleares do direito de superfície no Brasil, pois estas são fundamentais para a boa higidez da tarefa.

9.1 É um direito real (exclusivamente) imobiliário

O disposto no *caput* do artigo 1.369 do Código Civil, sem qualquer divergência no constante do artigo 21 do Estatuto da Cidade, indica que se trata de *direito real de natureza imobiliária*, pois a concessão superficiária, apenas e tão somente, pode ser germinada em *bens imóveis*. A fala dos artigos em questão indica, de forma harmônica, que o direito de superfície incide sobre *imóvel alheio*, eliminando-se, pois, do seu espectro, outro tipo de propriedade.

Saliente-se que, conforme já anunciamos, não existe embaraço na nossa lei para a concessão do direito de superfície em imóveis em que a acessão já foi cravada, sendo permitido o manejo do instituto tanto para a inserção de benfeitorias naquela, assim como para a manutenção do implante, pois em tais situações também se perceberá o mote do instituto que é a *suspensão dos efeitos do princípio superficies solo cedit*, ou seja, a possibilidade de se destacar, provisoriamente, a acessão, enquanto objeto de direito real, do solo.

Esta particularidade do nosso direito de superfície não se distancia dos seus paradigmas em outras nações, a exceção que em alguns países

haverá aplicação mais restrita, como é o caso da Argentina, pois lá – atualmente – apenas se permite a concessão do direito de superfície vegetal (*derecho real de superfície florestal*), nos termos do disposto na Lei 25.509/01[563], ou da Itália, que ao contrário, não admite o instituto incidindo sobre plantações (artigo 956 do Código Civil).[564-565]

9.2 É um direito real de natureza temporária

Nada obstante existirem algumas divergências na redação do artigo 1.369 do Código Civil, ao indicar que o pacto superficiário será unicamente por prazo *determinado* e, de modo diverso, o artigo 21 do Estatuto da Cidade possibilitar a feitura de vínculo tanto com prazo *determinado*, quanto com prazo *indeterminado*, nosso ordenamento não aceita a concessão perpétua, admitida em alguns países, como é o caso de Portugal (artigo 1.524º do Código Civil).[566]

---

[563] O Projeto do novo Código Civil argentino muda o quadro, admitindo também o direito de superfície para as construções (artigo 3.153), ficando a superfície vegetal deslocada a lei especial já existente.

[564] Sobre a vedação da lei italiana quanto a possibilidade de se destacar a plantação do solo Mario Zaccagnini e Antonio Palatielo estabelecem: "*Quando si dice che l'art. 956 cod.civ. ha vietato la costituizione, o il trasferimento della proprietà delle piantagioni, separatamente dalla proprietà del suolo, ocorre avere ben presente che non ogni forma de proprietà è stata inibita, ma solo la proprietà separata che constituisce lo scopo, o l'effetto del dirito di superficie; in altre parole, la norma ha voluto semplicemente inibire la possibilità che una persona abbia il diritto di piantare e mantenere alberi nel fondo altrui, ovvero, il diritto di mantenere piantagioni nel fondo altrui, dopo averle acquistate dal dominus soli; dice bene il Salis, quando osserva che 'la proprietà separata su piantagioni è ammissibile sempre quando la sua costituzione non sia rivolta ad attribuire al titolare un diritto sul terreno, analogo al diritto diritto di superficie*". (*Enfiteusi Superficie Oneri reali*. Napoli: Jovene, 1984, p 289). Ainda sobre as plantações, Alessandro Barca e Corrado Marvasi dizem: "*L'art. 956 c.c. dispone che non puó essere constituita o transferita la proprietà delle piantagioni separatamente dalla proprietà del suolo. Il codice, quindi, sancisce espressamente il divieto alla costituizione di un diritto di superficie sopra le piante dal momento che, in virtù di tale diritto reale, si realizzerebbe un'ipotesi di proprietá separata, tra suolo e piantagioni, che la norma intende evitare. In tal modo, tutte le piantagioni accedenti al suolo non potranno che essere considerate una sola cosa con il terreno e sarranno pertanto di proprietà del dominus soli*". (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 525 – Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon).

[565] Como visto na parte de direito estrangeiro, a Itália não é exemplo único, bastando lembrar da Alemanha, nação em que também somente se autorizam as concessões superficiárias para fins de construção.

[566] A maioria dos diplomas não permite a concessão perpétua. Existem, no entanto, outros diplomas que seguem a mesma postura de Portugal, como é o caso do Código Civil de Macau (artigo 1.417) e o recente Código de Quebec (artigo 1.113).

Saliente-se que o caminho adotado pelo nosso legislador não é exatamente parelho a boa parte do que consta nos sistemas estrangeiros, eis que aqui no Brasil não houve qualquer preocupação na fixação de um limite de prazo para concessão superficiária, diferenciando-se de algumas legislações externas, em que houve a inserção de fronteira temporal.[567-568-569]

De toda sorte, apesar do aparente enleio entre o artigo 1.369 do Código Civil e o artigo 21 do Estatuto da Cidade, certo é que, não se podendo confundir a falta fixação de fronteiras quanto ao prazo com *perpetuidade*, situações bem distintas, nossa legislação não admitiu o direito de superfície eterna[570], muito provavelmente pelo risco de embaraçar a concepção de *função social da propriedade*.[571]

---

[567] Cita-se, de foram exemplificada, o Código Civil do Peru (noventa anos - artigo 1.030) e a legislação argentina - Lei 25.509/01 (cinqüenta anos – artigo 6º).

[568] Na Itália o disposto no artigo 953 do Código Civil, além de não traçar limite, indica que o direito de superfície será por prazo determinado ou indeterminado, aproximando-se do artigo 21 do Estatuto da Cidade. A conclusão decorre da parte inicial do artigo 953, tendo em vista a falta de vedação à concessão por prazo indeterminado e a previsão daquele dispositivo apenas para as concessões com lapso determinado.

[569] No Brasil, em outras situações, o legislador fixou prazos limitativos da relação jurídica que estava a regular. Por exemplo, na Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91), em que apesar de se permitir os contratos de locação por qualquer prazo (art. 3º), o legislador traçou limites, que evitam, inclusive, a desconfiguração do instituto.

[570] Com linha semelhante: Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 5, p. 225) e Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 392). Na doutrina italiana, confira-se: Antonio Palatiello e Mario Zaccagnini (*Enfiteuse. Superfície. Oneri reali*. Napoli: Jovene, 1984, p. 321). Registre-se que Ricardo Pereira Lira afirma que o nosso sistema admite a concessão perpétua, pois, para aquele jurista, a fixação da perpetuidade não deixa de ser uma forma de determinar o tempo da concessão (Direito de superfície. Aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal, relativamente ao dito prédio contíguo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 203-204, jul./set. 2002). Marcelo Terra, por sua vez, com outro fundamento, entende que: "A superfície poderá ser concedida por tempo determinado ou indeterminado (art. 21), devendo ser o vocábulo indeterminado ser interpretado como perpétuo, pois tal é a característica do direito real de enfiteuse (Código Civil, art. 679), que muito se assemelha ao direito de superfície" (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu - PR, de 17 a 21 de setembro de 2.001, p. 24 – texto cedido gentilmente pelo autor). Não concordamos com as falas transcritas dos autores, eis que a admissão do direito de superfície perpétuo viola frontalmente a concepção da função social da propriedade, conforme já tivemos chance de nos manifestar no capítulo 7 (itens 7.5, e em especial 7.14, 7.15 e 7.16).

[571] A perpetuidade tem sido criticada pela doutrina dos países que a adotam. No sentido, colhe-se severa reprovação de José de Oliveira Ascensão (*Direito civil*: reais. 5. ed. Reimpressão. Coimbra; Coimbra Editora, 2000, p. 149-150, 529 e 533). O mesmo autor, em outro momento, elogiou o caminho do legislador nacional em não prever a concessão perpétua (O direito de superfície agrícola. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 4, p. 170, abr./jun. 1978).

O atributo em voga (*temporalidade*) do nosso direito de superfície merecerá relevo em várias situações, entre as quais, duas são muito salientes. De plano, fica evidente a importância de deixar de forma bem precisa na concessão a mecânica da reversão ordinária (artigos 1.375 do Código Civil e 24 do Estatuto da Cidade), indicando como se dará o retorno da *propriedade plena* ao concedente, absorvendo as acessões e benfeitorias respectivas. Em outro turno, ainda que não se trate – *de forma exata* – de propriedade resolúvel, as lições e experiências do instituto poderão ser admitidas – *de forma residual* - para as questões que envolverem o direito de superfície.[572-573]

9.3 É um direito que pode ser transmitido

O direito de superfície, ao contrário, de outros tipos de direitos reais sob a coisa alheia, pode ser perfeitamente transmitido, conforme previsto nos artigos 1.372 do Código Civil e artigo 21, § 4º e § 5º, do Estatuto da Cidade.[574]

---

[572] Segundo Washington Rocha de Carvalho o direito de superfície é "um direito resolúvel" (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 35).

[573] Sendo a *natureza temporária* um traço estrutural do direito de superfície no Brasil, não há como se aceitar o enleio criado pelo legislador com a Lei n. 11.481/07, pois através de tal diploma houve a inclusão do § 2º no artigo 1.473 do Código Civil. O novo dispositivo indica que gravame real que incide sobre o direito de superfície e o direito real de uso não poderá ter prazo que ultrapasse o fixado na concessão, caso esta seja feita por "*determinado",* permitindo se interpretar que é possível a confecção de pacto com prazo indeterminado. Há uma quebra lógica do Código Civil, eis que no artigo 1.369 da codificação está cravado, de forma expressa, que as concessões superficiárias serão sempre por prazo determinado. Necessário se faz, portanto, a interpretação restritiva no que tange ao direito de superfície, para se evitar a *interpretação ilógica* e desconectada dentro de um mesmo corpo legal, devendo prevalecer a regra-diretriz (no caso o artigo 1.369 do Código Civil). Logo, a alteração introduzida pela Lei n. 11.481/07 – ao inserir o § 2º no artigo 1.473 do Código Civil – será aplicada apenas no direito real de uso, eis que este instituto admite a concessão por prazo indeterminado, consoante expressa previsão legal (art. 7º do Decreto-Lei n. 271/67). A situação é tão grave que se repete no § 2º do artigo 22 da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, trazido também pela Lei n. 11.481/07, merecendo a mesma solução: *interpretação restritiva quanto ao direito de superfície, para aplicação da norma apenas na figura que admite concessão por prazo indeterminado (ou seja: o direito real de uso)*. Tratamos do tema com mais vagar no capítulo 7 (item 7.5).

[574] Há, no ponto, diferença substancial com o usufruto que não admite transferência (artigo 1.393 do Código Civil), estendendo-se a mesma vedação ao uso (artigo 1.413) e a habitação (artigo 1.416). Confira-se a específica abordagem no capítulo 10.

Não se cuida, assim, de instituto que tem caráter personalíssimo, se operando a transmissão, em caso de morte do superficiário, de forma automática, aos seus herdeiros.[575]

Sem prejuízo, o direito de superfície pode ser alvo de alienações múltiplas, por ato *inter vivos*, desde que respeitado o direito de preferência (que é recíproco, conforme artigos 1.373 do Código Civil e 22 do Estatuto da Cidade), não sendo lícito ao proprietário do imóvel reclamar a cobrança de rubrica – título de transferência – do superficiário original (ou do novo), em caso de alienação do direito real, *ex vi* parágrafo único do artigo 1.372 do Código Civil.

Note-se, com tal panorama, que sendo o próprio direito de superfície transmissível, o direito do superficiário é penhorável, não se limitando a constrição aos frutos que este venha obter com o implante[576]. A idéia é reforçada pela possibilidade de hipoteca sobre a *propriedade superficiária*, a teor do disposto no artigo 1.473, inciso X, do Código Civil.

Por todos os ângulos, o direito de superfície é um instituto que traz na sua essência a *transmissibilidade*.

---

[575] Os artigos 1.372 do Código Civil e 21, § 4º e § 5º, do Estatuto da Cidade não se coaduam, portanto, com o artigo 1.410, I, do Código Civil, que indica extinção do usufruto em caso de morte do usufrutuário. Não obstante a expressa previsão legal, a jurisprudência tem ratificado o caráter personalíssimo e a impossibilidade de transmissão do usufruto pelo beneficiário. No sentido: "O usufruto trata-se de direito personalíssimo, *intuito personae*, intransferível por qualquer forma, a teor dos art. 739, I do Código Civil (1916) e 1410 do atual. Caso em que o de *cujus*, doador, exercia posse direta com fundamento em direito real sobre coisa alheia, que integrava o patrimônio dos autores, com as quais a ré não mantém nenhuma relação jurídica. E, se intransferível é, o falecido não poderia, por meio de uma simples declaração, repassar o seu direito de usufrutuário. É primário que não se pode contratar infringindo a lei, ainda mais quando pode prejudicar o interesse de terceiros" (TJRS, Apelação Cível n. 70016694168, Décima Sétima Câmara Cível, Relatora Desembargadora Elaine Harzheim Macedo, j. 28.09.2006).

[576] A divergência com o artigo 1.393 do Código Civil acaba por refletir tratamento diferenciado na penhora, pois para fins de usufruto consolidou-se o entendimento de que: "Os frutos são penhoráveis; o usufruto não" (STJ, REsp. 242.031/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 02.10.2003, *DJU*, de 29.03.2004, p. 229); "Está excluído da penhora o imóvel que serve de moradia ao titular da nua-propriedade" (STJ, REsp. 329.453/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 02.04.2002, *DJU*, de 20.05.2002, p. 151).

9.4 É um instrumento de *funcionalização* da propriedade

Qualquer que seja a modalidade, ao se optar pelo direito de superfície, uma nova realidade fática estará criada em relação ao imóvel e, ainda que com medidas de profundidade (que poderão ser variantes), se verifica que o instituto criará situação de *funcionalização* da propriedade, não ficando esta alijada do encadeamento social. Isso porque, ao se firmar a concessão, não poderá o superficiário permanecer inerte, cabendo a este efetuar o implante[577] (nos casos de *superfície complexa*), ou, de forma, a *priori* menos intensa, *acrescentar* benfeitorias ou *manter* a construção ou a plantação (nas hipóteses de *superfície por cisão*).

Observe-se, no quadrante posto, que o direito de superfície estará sempre atrelado a alguma forma de *funcionalizar* o imóvel, agregando-lhe acessões e/ou benfeitorias, ou, de outra banda, *conservando* os implantes já existentes.

Não se permite, dentro da configuração do direito de superfície, a feitura de concessão para o não uso da propriedade, ou que as partes obtenham resultado puramente especulativo, mantendo-se o *imóvel nu* (através da não construção ou da destruição dos implantes já existentes), pois tal idéia está fora do espectro da estrutura da figura jurídica e, sem dúvida, em total contramão da função social da propriedade, diretriz que, ao nosso sentir, o impulsiona. Esta característica acaba por franquear as concessões superficiárias ao controle que está fixado no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, tendo em vista a ojeriza legislativa – através da referida *cláusula geral restritiva* – às convenções que venham a se desalinhar com a função social da propriedade e do contrato.

---

[577] Sem prejuízo de se fixar prazo na concessão superficiária para tal, não sendo obrigatório que o esforço do superficiário para construir ou edificar se inicie no exato momento em que se firma o pacto com o proprietário.

Compreender que se trata de instituto intimamente ligado à *funcionalização* do imóvel, que não poderá ficar sem implante, portanto, nos ajudará a elucidar certas situações não previstas, de forma explícita, na nossa legislação, entre as quais, destacamos, especialmente, duas: (a) o direito de (re)construir e de (re)plantar se a(s) acessõe(s) forem destruídas; (b) extinção do direito de superfície se as obrigações do superficiário de introduzir o implante e/ou benfeitorias, ou de manter a acessão adequadamente, não forem cumpridas.

A despeito de omissão no Código Civil e no Estatuto da Cidade quanto à possibilidade do superficiário em refazer o implante, caso este seja destruído no curso da concessão, este direito lhe será assegurado, pois tal medida é inerente à necessidade de *funcionalização* do imóvel. Ademais, vedar tal situação, ainda que de forma expressa na concessão, indica provável embaraço contra o objetivo do direito de superfície, que é a de obter acessão inclusa na ciranda social, não podendo se pensar na interpretação das cláusulas contratuais apenas sob a ótica dos pactuantes, pois esta é complementada com outra análise que, pela *natureza social da propriedade*, ultrapassará a relação intersubjetiva[578], sofrendo, via de

[578] No sentido, parecem aplicáveis as lições da lusa Maria Elizabeth Moreira Fernandez: "O conteúdo do direito de propriedade assume natureza complexa, sendo qualificado, por via disso, como um direito fundamental de dupla face ou de duplo carácter. Com efeito, o direito de propriedade privada assume no seu conteúdo constitucional uma vertente ou *dimensão objectivo-institucional* (derivada da função social que cada categoria de bens se encontra obrigada a cumprir) e, simultaneamente, uma vertente *subjectiva-individual* que integra o conteúdo essencial deste direito. Estas duas vertentes do direito de propriedade privada não se opõem uma à outra, antes pelo contrário, a determinação do aspecto objectivo não visa senão reforçar o aspecto subjectivo do mesmo. Existe uma igualdade de rango entre as duas vertentes, que se completam, que se manifestam de modo simultâneo e que se correlacionam entre si constituindo uma garantia mútua. Por este facto, deve evitar-se uma interpretação fraccionada do direito de propriedade privada segundo a qual a propriedade entendida como direito subjectivo estaria muito limitada, enquanto que como instituição jurídica se encontraria no centro do sistema social, econômico e político" (*Direito ao ambiente e propriedade privada. Coimbra*: Coimbra Editora, 2001, p. 177-178 – destaques originais).

talante, o controle do disposto no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil.[579-580-581]

Ao se adotar a assertiva de que o direito de superfície é figura jurídica que demanda da *funcionalização* da propriedade (*focada na acessão correspondente)*, conclui-se também que o inadimplemento do superficiário em introduzir o implante e/ou benfeitorias, ou de preservar este corretamente, poderá importar em extinção do direito de superfície, independentemente de tal situação estar prevista em cláusula de natureza contratual.

Esta linha de pensamento acaba por calhar em interpretação mais larga ao artigo 1.374 do Código Civil – que não possui paradigma no Estatuto da Cidade –, considerando-se como *"destinação diversa"* não apenas o desvio de conduta do superficiário em relação ao terreno, mas também hipóteses em que este deixar de *funcionalizar* o imóvel, em decorrência de conduta inercial na introdução de construções, plantações

---

[579] O direito estrangeiro nos acode também para uma melhor interpretação da questão, tendo em vista a regulação expressa autorizando o *(re)implante* em alguns diplomas, como já vimos antes. Apenas para facilitar, lembramos do Código Civil do Peru (artigo 1.033º), Código Civil da Bolívia (artigo 206, II) e do Projeto do novo Código Civil Argentino (artigo 2.028).

[580] Na Itália, o artigo 954 do Código Civil permite a extinção do direito de superfície em caso de destruição da construção, se assim firmado na concessão. Não vemos aqui, com todo respeito, norma que implique em retirar do superficiário a possibilidade de novamente construir ou plantar para o fim de reconstruir o implante, mas para (a) punir o superficiário que, voluntariamente, destrói a(s) acessão(ões), ou ainda (b) que após a destruição do(s) implante(s), não se movimenta para este(s) seja(m) recomposto(s). Temos dúvida quanto à boa saúde de interpretação da norma que, às cegas, vede – em absoluto - o refazimento das construções e plantações, pois tal cláusula contratual não esta afinada a *funcionalização* do direito de superfície. Vale lembrar que, para um melhor alcance do raio do artigo 954, os dispositivos do Código Civil da Itália mereceram (nova) leitura a partir na nova ordem constitucional que se instalou, posteriormente, ao diploma codificado de 1942. No sentido: Salvatore Patti (*Codificazione ed evoluzione del diritto privato*. Roma: Laterza, 1999, p. 19). Em termos mais amplos, sobre a relação na Itália do Direito Civil e Constituição, com lições aplicáveis diretamente ao direito de propriedade e a sua função social, confira-se também Pietro Perlingieri (*Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, em especial p. 229-234).

[581] No Direito Belga (artigo 9º, 2º, Lei 10/01/1824) e no Código Civil da Holanda (artigo 765, 2º) a destruição do implante é causa de extinção do direito de superfície [Le doit de superficie s'eteint, entre autres (...) Par la descruction du fons]. Nos termos na nota e rodapé anterior, cremos que – pelas características do instituto, em especial no nosso ordenamento pátrio, é inviável a interpretação puramente gramatical das normas, afastando-se a idéia de *funcionalidade* da figura jurídica.

ou benfeitorias, ou de desídia absoluta na manutenção do implante[582]. Mais ainda, a inserção de plantações ou construções que não estejam alinhadas à legislação, de igual modo, poderão ser motivos que redundarão na extinção do direito de superfície, pois não se obtém *funcionalização da propriedade* à margem da lei.[583-584]

As duas hipóteses que destacamos, não são as únicas manifestações diretas desta importante peculiaridade do direito de superfície, uma vez que outros dispositivos parecem estar iluminados, ao menos parcialmente, pela importância de dar funcionalidade ao instituto. Senão vejamos: o parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil prevê a possibilidade de obra no subsolo, se esta for relevante para o objeto do direito de superfície em concreto; os artigos 1.372 do Código Civil e 21, § 4º e § 5º, do Estatuto da Cidade ditam que a transferência do direito de superfície não pode sofrer restrições; os artigos 1.370 do Código Civil e 21, § 2º, do Estatuto da Cidade aceitam a concessão gratuita, de modo a permitir maiores investimentos no implante.

---

[582] Há no Código Civil da Bolívia interessante dispositivo eu merece ser trazido: "Art. 202-. (PLAZO PARA LA CONSTRUCCION; EXTINCION DEL DERECHO). Si el título no ha fijado un plazo para realizar la construcción, el concesionario debe levantarla en el término de cinco años desde la fecha en que se abrió la sucesión o se hizo el contrato. Vencido el término, se extingue el derecho a construir sin obligación ninguna para el concedente quien recupera la plenitud de su derecho propietario.' A regra boliviana não é isolada, pois em Portugal a desídia do superficiário em fazer o implante é também tratada expressamente como uma das causas de extinção do direito de superfície, consoante artigo 1.536º, 1., a) do Código Civil lusitano, previsão está também presente no Código Civil de Macau em seu artigo 1.427º 1., a)". Os dispositivos das duas codificações são bem semelhantes, com a diferença apenas no prazo para que as obras sejam concluídas, pois em Portugal, caso não convencionado na concessão, o prazo máximo para tal será de 10 (dez) anos e em Macau, para a mesma situação, de 07 (sete) anos. A Argentina segue orientação próxima, sendo causa de extinção do direito de superfície florestal a inércia do superficiário por três anos (artigo 8º, da Lei 25.509/01), incluindo-se, a matéria no Projeto de seu novo Código Civil, em que o superficiário, para a situação, estará jungido ao prazo de 10 (dez) anos, conforme artigo 2.026.

[583] Próximo, no pormenor, Pablo Stolze Gagliano (Da superfície. In: Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 13, p. 44).

[584] O campo para se examinar a correta *funcionalização* do imóvel objeto do direito de superfície é amplo, podendo o debate se desdobrar em questões variadas, como, em mais um exemplo, a opção por plantação inadequada por parte do superficiário que prejudicará o solo, hipótese lembrada por Marco Aurélio S. Viana (*Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 555).

Assim, o direito real de superfície traz consigo atributo, para cobrar posição ativa do superficiário em relação ao implante e uso adequado da propriedade, situações que redundarão na colocação ou manutenção do bem dentro de contexto de natureza econômica ou social, tendo o legislador propiciado algumas válvulas de gabarito e correção para que não ocorram desvios.

9.5 Nosso conceito

A pesquisa na doutrina sobre o tema demonstra que o conceito sobre o direito de superfície não é uniforme, havendo variações em razão dos diferentes entendimentos quanto à sua natureza jurídica, bem assim das oscilações que o instituto possui nos ordenamentos jurídicos das nações que o prevêem[585]. Destacar tal quadro é relevante, pois boa parte das divergências conceituais advém das premissas que são distintas.

Nossa conceituação, portanto, estará atrelada às colocações e conclusões que fizemos ao longo do presente trabalho sobre a natureza jurídica e as principais características.

Com efeito, o direito de superfície é uma espécie de direito real com peculiaridades muito singulares. Cuida-se de figura complexa e dinâmica que pode ser dividida em fases bem diversas, destacando-se, na sua mecânica, o *direito de implantar* e o *direito sobre o implante*. Em todas as suas etapas, o direito de superfície deve ser visto como *ius in re aliena*, não podendo o *direito sobre o implante* ser tratado como uma *propriedade*, no sentido estrito de *ius in re propria*, uma vez que não faz desaparecer o

[585] J. Miguel Lobato Gómez demonstra, com ótima pesquisa, os diferentes conceitos que o direito de superfície recebe pela doutrina, praticamente esgotando os principais estudos nacionais sobre o tema (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 69-79, out./dez. 2004).

direito de propriedade do concedente que, em verdade, estará *comprimido*, mas que voltará a se encaixilhar totalmente após a *reversão*, por força do *princípio da elasticidade*. Demais disso, para que o direito de superfície tenha espaço mister se faz a presença do direito real de outrem (propriedade do fundeiro), eis que sem este não pode ser instalada a relação superficiária, o que, imune de dúvidas, indica a falta de *autonomia* e *independência* do direito real estudado.

O uso da expressão *'propriedade superficiária'*, na realidade, não significa que o *direito ao implante* pode ser tratado como sinônimo de *uma propriedade destacada do solo*, mas do resultado concreto da *suspensão* do princípio *superficies solo cedit*, alcançada pelo direito de superfície, criando uma cisão que não é permitida a partir, unicamente, dos mecanismos atrelados ao direito de propriedade. A expressão detém *simbolismo* importante, pois indica é o resultado da alta órbita de faculdades que o terceiro (superficiário) terá sobre o implante, podendo o titular do direito real de superfície usar, gozar e dispor, em potência muito próxima ao direito de propriedade, justificando-se, inclusive, a aplicação de regramentos atrelados a esta, de forma subsidiária.

Extrapolando a questão da natureza jurídica, existem pontos que não podem ser relegados, pois pertencem ao núcleo do direito de superfície, sendo colocados como pilares para a configuração do instituto em nosso sistema jurídico.

O gabarito legal nos demonstra que o direito de superfície é um *direito real imobiliário*, de natureza *temporária*, *transmissível* e que visa *funcionalizar* o imóvel alheio. Esta base do instituto é notada facilmente pela *incidência restrita* do direito real em *imóveis*, tendo o nosso legislador afastado a possibilidade da *perpetuidade* da concessão, conforme disposto nos artigos 1.360 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade, distanciando-

se, assim, no segundo ponto, de alguns sistemas que admitem o direito de superfície eterno.

Por outro lado, o direito de superfície não é um instituto de índole *personalíssima*, dado o seu foco que é a inclusão do imóvel dentro de contexto fecundo, ocasionando a necessidade de a figura ter trânsito com amplo alvará de *transmissibilidade*. Por fim, a moldura do direito de superfície demonstra a sua vocação para atender ao ideário de função social da propriedade, na medida em que a figura impulsiona exercício positivo do superficiário em prol de implante na propriedade de outrem, seja para lançá-lo, melhorá-lo ou mesmo mantê-lo, ou seja, de inclusão ou conservação do imóvel na cadeia produtiva.

Depois de tracejar e fixar as principais fronteiras do instituto cremos que o direito de superfície pode ser conceituado como *direito real complexo e autônomo, de ter temporariamente construção e/ou plantação em imóvel alheio, conferindo ao seu titular os poderes de uso, gozo e disposição sobre o(s) implante(s).*

10 ANÁLISE E CONFRONTO COM OUTROS INSTITUTOS

Desvendada a natureza jurídica da figura em estudo, é salutar também efetuar breve confronto com outros institutos já consagrados, destacando as principais semelhanças e divergências com o direito de superfície.[586-587]

10.1 Direito de superfície x enfiteuse

Os institutos possuem pontos comuns e caminharam bem próximos ao logo da história[588-589], justificando a fala, quase que geral, de que com a nova enumeração dos Direitos Reais dentro do Código Civil (artigo 1.225), o direito de superfície veio *substituir* a *enfiteuse* - também conhecida como emprazamento ou aforamento - no âmbito de aplicação da codificação, dada a opção de inclusão do primeiro instituto no referido álbum (artigo 1.225, II) e a exclusão do segundo (que antes constava no artigo 674, I, do Código Civil de 1916).

---

[586] Optamos por fazer comparativo apenas com as figuras jurídicas mais conhecidas, cujos fundamentos podem ser estendidos para outras situações.

[587] O comparativo é muito importante, notadamente por não ser o direito de superfície instituto com grande tradição em boa parte dos ordenamentos jurídicos, sendo o presente capítulo encontrado de forma específica não apenas em algumas obras nacionais, mas também em estudos estrangeiros, como é o caso da obras de Gabriel de Reina Tartière (*Derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 53-59); Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 129-138); e Luiz da Cunha Gonçalves (*Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 414-416).

[588] Luiz da Cunha Gonçalves registra que: "Segundo os velhos BARTOLO e BALDO, há tanta afinidade entre a enfiteuse e a superfície, que esta era designada como *enfiteuse urbana",* muito embora, corretamente, afirme o autor lusitano existirem grandes diferenças entre as figuras, o que não lhes permite equiparação (*Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 415).

[589] Paulo Roberto Benasse traz amplo detalhamento sobre o paralelo histórico dos dois institutos para diferenciá-los no curso do tempo (*O direito de superfície e o novo Código Civil Brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 40-53).

A enfiteuse – segundo a sua modulação constante dos artigos 678-994 do Código Civil de 1916 – há muito se mostrava obsoleta, estando em franco desuso na prática[590-591], não sendo de estranhar a postura legislativa que, por sinal, segue a linha de nações estrangeiras que não a incluiram ou a limitaram dentro dos respectivos sistemas.[592-593]

---

[590] Orlando Gomes, quando da apresentação de seu Projeto de Código Civil, fez boa resenha sobre a formação de contexto que demonstrava o pouco prestígio da enfiteuse no direito estrangeiro de então. Confira-se: "9. *Enfiteuse*. A) *Animosidade contra o instituto*. Da lista consta a enfiteuse, apesar de se pretender sua supressão porque o Anteprojeto respeita os aforamentos constituídos. Poderia ter chegado a sua extinção direta se tal medida, além de ser de discutível constitucionalidade, não representasse solução radical, a muitos título inconvenientes e injusta. Limitou-se, por isso, a proibir a constituição de novos aforamentos *(art. 516*), seguindo, neste passo, a orientação do Código Boliviano (*art. 1.327*). A animosidade contra o instituto da enfiteuse não é recente. Códigos mais antigos, como o de Napoleão, aboliram-no e outros mais modernos, como o do México, omitiram as disposições do direito anterior que a regulavam, permanecendo estranho a vários Códigos, como o argentino, o chileno, o alemão, o suíço e o uruguaio" (*Código Civil*: Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 65).

[591] Há clássico texto de Miguel Maria de Serpa Lopes, datado de 1956, anunciando não só a necessidade de extinção da enfiteuse por estar atrelada a uma moldura inadequada a realidade brasileira, como também destacando pontos do instituto de duvidosa constitucionalidade. Confira-se uma pequena síntese: "Não vacilamos mais em nos em infiltrar entre os que pensam ser necessário a extinção da enfiteuse, em nosso país. É essa necessidade parte da consideração de existir uma situação econômica diversa da que prepondera na Itália, e principalmente tendo em vista que a enfiteuse não teve em nosso meio a mesma destinação econômica historicamente dominante na Itália. (...) Ora, os meios modernos contratuais, como a promessa de compra e venda, a venda de terrenos em prestações, tudo isso torna obsoleta a figura da enfiteuse, com o inconveniente de sua perpetuidade, e com o entrave resultante de suas obrigações que se refletem na livre circulação das riquezas" (*A enfiteuse*: sua natureza jurídica e seu futuro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 83).

[592] Em Portugal a enfiteuse não se encontra mais regulada pelo Código Civil, sendo descartado o pretérito trecho respectivo ao seu regramento (artigos 1.491º a 1.523º), em razão de comando legislativo de raiz constitucional, conforme consignado por José de Oliveira Ascensão "A Constituição (actual art. 99º/2) proíbe a enfiteuse (aforamento). Na sua seqüência a lei ordinária aboliu-a" (*Direito civil*: reais. 5. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 532). O encadeamento de leis que atingiram a enfiteuse encontra-se anotada por Jacinto Rodrigues Bastos (*Código Civil português*: anotado e actualizado. 14 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 477).

[593] Na Itália os institutos estão tratados em seqüência dentro do Código Civil (direito de superfície – artigos 952-956; enfiteuse – artigos 957-977), despontando-se as diferenças muito próximas as que ocorrem no nosso sistema [por exemplo: a admissão da *perpetuidade* na enfiteuse (artigo 958); pagamento obrigatório de foro na enfiteuse (artigo 961)]. Além das divergências estruturais entre as duas figuras que, conforme a hipótese, justificarão a opção, não se pode perder de vista que a vedação do artigo 956 do Código Civil italiano acaba por desestimular o manejo do direito de superfície no âmbito agrário. Neste sentido estabelece Paolo Vitucci: "*Da diversi anni, e non soltanto in Itália, il legislatore sta cercando di dare nuovo impulso all'istituto dellla superficie. I tentativi investono peraltro il setore dell'edilizia, non l'agricoltura; la presente tratazione resta quindi limitata all'articolo del codice civile che vieta la superficie agraria (si usa anche l'aggettivo vegetale, ma il piú proprio è arbórea) e alle norme piú recente sui contratti agrari che ad esso si sarebbero dovute connettere, come verrà precisato. Nel dettare la prima disciplina legislativa della superficie, già il codice del 1942 ne tagliò fuori, in linea di tendenza, il diritto agrario ed apprezzò soltanto l'accresciuta applicazione nell'edilizia moderna del risalente istituto: l'art. 956 esclude infatti la possibilità di costituire o trasferire la proprietà delle piantagioni separatamente da quella del suolo che le sostiente ed alimenta, possibilità che prima veniva ammessa, corroborando la tradizione col richiamo alla norma del codice abrogato sui limiti all'accessione immobiliare*". (Contratti agari e dirriti reali. In: IRTI, Natalino (Coord.). *Diritto agrario italiano*. Torino: UTET, 1980, p. 255-257).

O direito de superfície apresenta, a *priori*, vantagens sobre a enfiteuse, embora ambos os institutos guardem significativas similitudes.

Trata-se a enfiteuse de direito real perpétuo de usar e fruir imóvel alheio, mediante o pagamento de renda anual (foro). O proprietário é chamado senhorio direto. O titular do direito real sobre a coisa alheia é denominado enfiteuta e tem um poder muito amplo sobre a coisa, podendo, além de usá-la e desfrutá-la, aliená-la e transmiti-la por herança.

Por meio da enfiteuse, o enfiteuta adquire todos os direitos inerentes ao domínio, com exceção do próprio. Assim, pode-se dizer que a enfiteuse biparte o domínio em direto e domínio útil. O domínio direto é o direito à substância da coisa e fica com o senhorio. O domínio útil é o direito ao uso e gozo da coisa e fica com o enfiteuta, podendo este dispor do seu direito, transferindo a terceiro, mediante pagamento do laudêmio.

De forma breve, o quadro abaixo traz uma sumária comparação entre os institutos:

Direito de superfície	Enfiteuse
É temporária.[594]	É perpétua.[595]
Direito real	Direito real
Há suspensão do *princípio superfícies solo* cedit, havendo dois direitos reais distintos que co-existem na lógica do instituto: (a) propriedade do solo; (b) direito de implantar e/ou direito sobre o implante.[596]	Há divisão do domínio em direto (do senhorio) e em útil (do enfiteuta).[597]
Enquanto durar a concessão, o superficiário exercerá os poderes inerentes à acessão (construção e/ou plantação). Extinta a concessão, o concedente agregará ao patrimônio objeto da concessão a construção e/ou plantação, através da reversão.	Difere-se da propriedade plena apenas pelo foro, laudêmio, comisso[598] e o direito de resgate.

[594] Lembrando que alguns ordenamentos permitem o direito de superfície perpétuo, conforme tratamos anteriormente ao falar da *temporalidade* como característica do instituto em nosso sistema legal.

[595] Na Itália, em que se admite a enfiteuse por prazo determinado, o direito de superfície não possui prazo mínimo (artigo 953 do Código Civil), ao passo que a relação enfitêutica temporária não poderá ser inferior a vinte anos (artigo 958 do Código Civil). Sobre a divergência, Giovanni Pugliese aponta que: "*La legge non fissa nessun termine minimo, a differenza di quanto è disposto per l'enfiteusi (art. 9582º comma): la volontà delle parti è quidi libera al riguardo*" (*Commentario del Codice Civile*: libro terzo: della proprietà (art. 810-956). 4. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1976, p. 605). Expandindo o comentário, mesmo antes do Código Civil de 1942, a doutrina italiana trilhou caminho de diferenciação dos dois institutos, consoante a lição de Roberto de Ruggiero ao afirmar que apesar de "certa relação de analogia ente si, diferenciam-se nitidamente, quer pela diversa função e importância económico-social, quer pela história do eu aparecimento e do seu ulterior desenvolvimento (*Instituições de direito civil*. Tradução da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 2, p. 465).

[596] Arnaldo Rizzardo aparenta não concordar com nossa posição, já que afirma que o superficiário detém *domínio útil*: "Apesar de em ambas modalidades estar presente a transmissão do domínio útil, verifica-se uma diferença de extensão, posto que, na enfiteuse concede-se o domínio útil incondicional. Tanto da superfície quanto do solo ou da parte inferior, já relativamente a superfície, a transmissão restringe-se à parte superior da terra, remanescendo a propriedade do solo, ou das riquezas interiores, na pessoa do titular" (*Direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 863).

[597] Correta, assim, a anotação de Diana Coelho Barbosa ao afirmar que a enfiteuse é "o mais amplo dos *jura in re aliena*, pois transfere ao enfiteuta o *jus utendi, fruendi* e *disponendi* sobre o imóvel, ou seja, todos os poderes inerentes ao domínio" (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 120). Sem prejuízo da premissa, sobre o implante o superficiário detém poderes de alta gama, razão pela qual não concordamos com César Fiúza, quando o autor afirma que "o enfiteuta poderá alugar ou emprestar o imóvel, o que é defeso ao superficiário" (*Direito civil*: curso completo. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 761).

[598] Confira-se, no sentido, o disposto no artigo 692, II, do Código Civil de 1916: "Art. 692 - A enfiteuse extingue-se: (...) II - pelo comisso, deixando o foreiro de pagar as pensões devidas, por

O direito do superficiário se limita ao que houver semeado ou edificado. Restringe-se, como o nome já diz, à superfície do imóvel.	O direito do enfiteuta não se restringe à superfície do imóvel, mas a todo o bem.
No nosso sistema não pode ser estipulado, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência do direito de superfície a terceiro.[599]	Existe remuneração na transferência.[600-601]

3 (três) anos consecutivos, caso em que o senhorio o indenizará das benfeitorias necessárias; (...)". A não presença expressa da figura do comisso no direito de superfície pode ser vista com outra diferença em relação á enfiteuse, segundo afirma Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 5, p. 224).

[599] Conforme parágrafo único do artigo 1.372 do Código Civil ("Art. 1.372**.** O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. Parágrafo único**.** Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência".), que se choca completamente com o disposto no artigo 686 do 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, que será de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o preço da alienação, se outro não se tiver fixado no título de aforamento").

[600] Este ponto de divergência tem sido um dos mais destacados pela doutrina. No sentido, entre vários: Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 542) e Silvio Rodrigues (*Direito civil*: direito das coisas. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 276).

[601] Há quem entenda que nas enfiteuses efetuadas com espeque no Código Civil de 1916, após a vigência da codificação atual, não podem mais cobrar laudêmio ou outro tipo de prestação análoga nas transmissões do bem aforado, em decorrência de interpretação do disposto no artigo 2.038, § 1º, I do Código Civil de 2002. No sentido, Nelson Rosenvald, ao comentar o dito artigo 2.038, defende que: "O inc. I do § 1º veda a cobrança de laudêmio nas transmissões de bem aforado após 11.01.2003. A regra é incisiva, pois o laudêmio era uma das características distintivas da enfiteuse, ao possibilitar que o proprietário do imóvel recebesse 2.5% do valor dos negócios jurídicos dispositivos praticados pelo foreiro. Sem esta vantagem, na verdade uma 'renda parasitária', para muitos proprietários a manutenção do contrato perde sentido econômico" (*Código Civil comentado*. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.973). Com outra posição, Joel Dias Figueira afirma que houve apenas a alteração da base de cálculo do laudêmio, que agora não pode levar em conta o valor das acessões, ao consignar: "note-se que o inciso I, do § 1º, do art. 2.038, não proíbe as transmissões dos bens aforados; a vedação reside tão somente na incidência do laudêmio ou prestações análogas, tomando-se como critério de cobrança o valor das construções e plantações. Está bem claro que, mais uma vez, que o legislador pretendeu desestimular as transações envolvendo enfiteuses, reduzindo, desta feita, os seus valores negociáveis. Nesses casos, a cobrança haverá de incidir apenas sobre o valor da *terra nua*, ou seja, desconsiderando qualquer espécie de construção ou plantação" (*Novo Código Civil comentado*. 4. ed. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.895).

Some-se ao quadro que o direito de superfície deverá prever uma *destinação* ao imóvel pelo *superficiário*[602], devendo este ter postura ativa na inclusão de implante, melhoria ou manutenção deste. Esta peculiaridade, conforme antes demonstramos, indica que o direito de superfície é um instrumento que demanda a *funcionalização* do imóvel, e não cumprimento da promessa do superficiário importará na resolução da concessão.[603-604]

Do exposto, não resta embargo que, embora ambos sejam instrumentos de desenvolvimento, existem divergências bem acentuadas entre as figuras, sendo o direito de superfície instituto mais perfilado com a concepção de função social da propriedade, justificando a opção legislativa levada a cabo.[605]

---

[602] Por tal passo, Alejandro Borzutzky Arditi, destacando as diferenças entre os institutos, afirma que: *"(...) el superficiário debe usar suelo ajeno con la finalidad predeterminada de construir, o solo para mantener la construcción sobre él levantada, mientras que al enfiteuta le corresponde um goce indeterminado sobre el objeto de su derecho*" (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 60).

[603] Não obstante, tem-se que da análise do artigo 680 do Código Civil de 1916, é possível se afirmar que mesmo na enfiteuse já havia preocupação de inclusão social do imóvel, pois o legislador somente permitia como objeto de tal pacto "(...) terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação". A vinculação (edificação) e o objeto (terras sem cultivo), todavia, não impediram que terrenos sob tal regime fossem alvo da especulação imobiliária.

[604] Mais questões podem ser apresentadas, aprofundando-se em outros desdobramentos da enfiteuse, como é o caso do resgate previsto em sua órbita (artigo 693 do Código Civil), "contra qual não pode se insurgir o senhorio direto, o que não se observa na superfície", consoante alerta Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 162). Na mesma linha: Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 122); José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 63); e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 410). Outro ponto interessante está na possibilidade do direito de superfície incidir diretamente sobre acessão já cravada (*superfície por cisão*), visando manter esta ou melhorá-la com a inserção de benfeitorias, ao passo que na enfiteuse somente se admite se o objeto forem terras não cultivadas ou terrenos não edificados (artigo 680 do Código Civil de 1916), consoante recorda Paulo Nader (*Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 4, p. 370).

[605] No sentido: Carlos Roberto Gonçalves (*Principais inovações no Código Civil de 2002*: breves comentários. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62) e Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 412).

10.1.1 Da manutenção residual e especial da enfiteuse

Deve se registrar, outrossim, que é incorreto afirmar que o Código Civil de 2002 extinguiu *integralmente* a enfiteuse. Isso porque, o legislador ao proceder à *permuta* da enfiteuse pelo direito de superfície no rol do artigo 1.225 do atual Código Civil, proibiu *novas constituições* da primeira figura, submetendo, contudo, as situações existentes, até seu termo final – a bem do direito adquirido –, às disposições do Código Civil de 1916 e leis posteriores, consoante disposto no artigo 2.038 da atual codificação.[606-607]

Embora a codificação recente tenha excluído a enfiteuse do quadro dos direitos reais que estampa, vedando a constituição de novos direitos reais da espécie, certo é que, em respeito ao ato jurídico perfeito, permanecerão incólumes as enfiteuses já existentes, subordinadas, até sua extinção, às disposições do Código Civil de 1916, nos moldes do artigo 2.038, *caput*, da nova codificação. O parágrafo 1º do mesmo dispositivo interdita, porém, algumas situações: a) cobrança de laudêmios, ou prestação análoga, nas transmissões dos bens aforados, cuja base dimensível venha a projetar-se sobre o valor das construções ou plantações; b) constituição de subenfiteuses.[608]

---

[606] Artigo 2.038 - "Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores. § 1º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso: I - cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações; II **-** constituir subenfiteuse. § 2º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial."

[607] No "Projeto Orlando Gomes", muito embora proibir a constituição de novos aforamentos enfitêuticos (artigo 516), foram incluídos vários dispositivos para regular os aforamentos já existentes (artigos 517-523). O nosso legislador, entretanto, optou por sistemática mais simples, apegando-se aos ditames do Código Civil de 1916, com as pequenas alterações do atual artigo 2.038 da codificação civil.

[608] Nelson Rosenvald faz interessante comentário: "O § 1º do art. 2.038 possui nítido objetivo e compatibilizar a preservação do direito adquirido de proprietários e enfiteutas (*caput*), com regras de indução, cuja finalidade desestimular paulatinamente a manutenção das enfiteuses constituídas sob manto da lei civil de 1916, peal restrição das vantagens que conduziram os contratantes a esse modelo jurídico. Em verdade, trata-se de um sistema de direito intertemporal voltado à própria aniquilação da enfiteuse." (*Código Civil comentado*. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.973). A sinalização do legislador ordinário segue a linha do artigo 49 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de encadeamento para a extinção das enfiteuses privadas, consoante lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito de superfície. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio, Coords. *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo; Malheiros, 2003, p. 185).

Destaque-se que continuarão a existir as enfiteuses dos terrenos de marinha, reguladas por lei especial (Decreto-Leis 7.937/45 e 9.760/46), conforme dispõe expressamente o parágrafo 2º do artigo 2.038 do Código Civil de 2002.

Assim, muito embora esteja a enfiteuse fora do cardápio do artigo 1.225 do Código Civil, o legislador lançou mão de regra transitória (artigo 2.038) para que o Código Civil de 1916 continue regulando as relações enfitêuticas até a sua extinção, prevendo também a possibilidade de apego à enfiteuse nos terrenos de marinha, matéria esta a ser tratada por legislação especial. Logo, a enfiteuse não está totalmente rechaçada do sistema legal pátrio, tendo aplicação residual (nos pactos já existentes) e especial (voltada para os terrenos de marinha).[609]

Considerando que subsistem as antigas relações enfitêuticas, poderia se indagar se seria cabível que o enfiteuta conceda o direito de superfície a outrem. Não vemos obstáculo para tal, pois o artigo 2.038 do Código Civil vetou tão somente as novas subenfiteuses, não incluindo no espectro da proibição a constituição de direito de superfície.[610]

10.2 Direito de superfície x usufruto

[609] No sentido: Edgard Carlos de Amorim (*A enfiteuse à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2002, p. 15-18).

[610] Em termos, Frederico Henrique Viegas Lima admite que pode ser implementado direito de superfície nas enfiteuses subsistentes, mas o autor só faz referência ao Estatuto da Cidade como matriz da concessão (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 314-315).

O *usufruto*[611] integra o rol dos direitos reais (inc. IV do art. 1.225 do CC/2002) e, segundo seu conceito mais comum, é o direito real de usar e gozar, gratuita e temporariamente, de coisa alheia. Segundo fala de Luiz da Cunha Gonçalves[612] uma parcela da doutrina francesa identifica o direito de superfície com usufruto[613-614], encontrando-se posição semelhante na Itália antes da edição do Código Civil de 1942[615], apesar das diferenças pulsantes entre as figuras em destaque.

Como primeiro traço distintivo, o usufruto difere-se do direito de superfície no seu objeto corpóreo, pois o primeiro pode incidir sobre bens móveis ou imóveis (artigo 1.390 do Código Civil), ao passo que o direito de

---

[611] Em relação ao uso (inciso V do artigo 1.225 do Código Civil), podemos fazer semelhantes considerações referentes ao usufruto, lembrando que se trata de modalidade de usufruto de âmbito mais restrito, tendo o usuário o simples direito de usar de coisa alheia percebendo seus frutos, "quando o exigirem as necessidades suas e de sua família" (artigo 1.412). Igualmente, com as devidas adaptações, poderão ser transportadas nossas conclusões para o instituto da habitação (inciso VI do artigo 1.225), sendo figura mais limitada do que uso, pois se cinge apenas a ocupação de imóvel do titular com sua família (artigo 1.414). Por tal passo, mantém-se atual a fala de Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça ao afirmar que "O *uso* e a *habitação* são duas espécies de *usufructo restricto*, aquelle aos móveis ou aos immóveis e este só aos immóveis" (*Do usufructo, do uso e da habitação no Codigo Civil brazileiro*. Rio de Janeiro: Conselheiro Candido de Oliveira, 1922, p. 258). Com a mesma linha: Ney Rosa Goulart (*Usufruto, uso e habitação*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 41-47).

[612] *Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 414.

[613] Referência que é ratificada por Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 123), ao apontar no sentido a doutrina de Ambroise Colin e Henri Capitant (*Cours élementaire de droit civil français*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1923, v. 1, p. 790).

[614] Prevalece, no entanto, como já exposto, a posição doutrinária que expande a leitura do artigo 553 do Código Civil francês, para extrair o direito de superfície da possibilidade de exceção do dispositivo de que as construções e plantações pertencem ao proprietário do imóvel, se o contrário não for provado.

[615] Com semelhante registro, confira-se: José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 64). A consideração parece ter pertinência, pois, com olhos voltados para a etapa anterior ao Código Civil de 1942, Mario Zaccagnini e Antonio Palatiello anotam que:"*LUCCI e GALLUZZI configuravano il diritto di costruire sul suolo, o di matenervi la costruzione come un diritto reale su cosa altrui, e lo chiamavano diritto di superficie. È stato osservato che la loro tesi, pur corretta in sede dogmatica, nel momento in cui veniva elaborata non aveva conforto nel diritto positivo; quindi, al più, poteva valere come proposta de jure condendo; d'altro, la tassatività dei diritti reali non consentiva estensioni analogiche al di là delle figure espresamente previste dal Codice. Il SALIS sostene che la concessione ad aedificandum, quando non avesse solo una efficacia obbligatoria, assumeva la forma della costituzione di usufrutto, oppure di enfiteusi. Naturalmente, questa costruzione è fuori della relata e tradisce la volontà delle parti, in quanto, se si asimila la posizione del superficiario a quella dell'usufrutuario, o dell'enfiteuta, occorre ammettere che anche prima dell'inizio della costruzione il superficiario abbia un diritto di godimento del suolo: godimento assai più ampio di quello che avrebbe comportato la semplice posibilita di edificare*" (*Enfiteuse. Superfície. Oneri reali*. Napoli: Jovene, 1984, p. 245).

superfície tem natureza *imobiliária*, alvejando somente os imóveis, conforme resulta da leitura dos artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade. Ainda assim, quando o objeto lhes é comum, atingindo o imóvel alheio, o usufruto alcançará o solo e suas acessões[616] de forma indivisível, enquanto o direito real do superficiário estará restrito ao plano da(s) acessão(ões), como conseqüência da suspensão dos efeitos do princípio *superfície solo cedit* obtido pela concessão, ou seja, o instituto atuará em favor do concessionário apenas no(s) implante(s), mantendo-se os poderes inerentes a base do imóvel exclusivamente ao proprietário (concedente). Assim, apesar de tanto a superfície quanto o usufruto gerarem o direito de usufruir, o último gera direito real sobre todo o imóvel, enquanto o primeiro gera direito real somente sobre a feitura, beneficiamento ou manutenção do implante, situado na superfície agricultável ou edificável.

Outro ponto de grande divergência está no *caráter personalíssimo* do usufruto, característica não prevista no direito de superfície que, ao contrário, possui firmando na sua essência a *transmissibilidade* para a *funcionalização* do imóvel[617]. Como o usufruto é constituído *intuitu personae*, não pode ser transmitido, ao contrário do direito de superfície, que admite sofrer transferência tanto *inter vivos*, como pela *causa mortis*[618]*.* A concepção e direito personalíssimo permite que o usufruto seja *vitalício*,

---

[616] No sentido, César Fiúza: "Salvo disposição contrária no título constitutivo, o usufruto do principal abrange os acessórios e acrescidos". (*Direito civil*: curso completo. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 757).

[617] Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald fazem anotação que prestigia a gênese do direito de superfície; "Comparando-se com o usufruto, as distinções entre os dois direitos reais são claras: aquele é *intuitu personae,* não podendo o usufrutuário transmitir seu direito para terceiros, *intervivos* ou *causa mortis* (art. 1.393 do CC). A superfície transmite-se por negócio jurídico gratuito ou oneroso, em vida ou pela sucessão hereditária, pois sua finalidade é beneficiar a propriedade economicamente e a sua função social, não a pessoa do superficiário propriamente dita" (*Direitos reais.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 408).

[618] No sentido, entre vários: Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 131), Marise Pessôa Cavalcanti (*Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14).

situação estranha ao direito de superfície, pois o vínculo não se aloca na pessoa do superficiário.[619]

Os efeitos práticos do paralelo diferenciativo são evidentes, eis que o superficiário poderá não só usar e gozar como também dispor do objeto de seu direito real, a teor da inteligência extraída do artigo 1.372 do Código Civil. O usufrutuário, ao contrário não poderá alienar seu direito (que é também impenhorável), ficando restrito aos poderes de uso e gozo (ainda sem alterar-lhe a substância), havendo apenas a possibilidade de ceder o exercício decorrente do usufruto, conforme resulta do artigo 1.393 do Código Civil.[620]

Em razão dos amplos poderes de disposição é interessante observar que o superficiário pode onerar seu direito real de superfície, inclusive com *usufruto*[621], situação inversa que não se permite, face às limitações do usufrutuário quanto ao ponto. Em outra perspectiva, sob o ângulo do proprietário do imóvel objeto do usufruto, não obstante a possibilidade deste dispor sobre o bem, a concessão de direito de superfície em imóvel que já se encontra atrelado ao usufruto irá, muito provavelmente, perturbar os poderes de uso e gozo deste, o que torna inviável tal medida.[622]

---

[619] No sentido: Gabriel de Reina Tartière (*Derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 54).

[620] Tratamos do tema anteriormente quando demonstramos que a *característica* da *transmissibilidade* é ínsita ao direito de superfície (capítulo 9), diferentemente do usufruto, o que redunda em desdobramentos distintos, como é o caso da extinção em caso de morte do usufrutuário (artigo 1.401, I, do Código Civil). Conforme já alertamos, no usufruto a penhora somente poderá alcançar seus frutos, jamais o próprio direito, o que impede também o seu aviamento como garantia de adimplemento, situação expressamente permitida para o superficiário no artigo 1.473, inciso X, do Código Civil.

[621] Em nosso apoio há o enunciado n. 249 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.369: A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474".

Ademais, não é da essência do usufruto a necessidade de postura ativa do usufrutuário na feitura de benfeitorias ou acessões no imóvel, cabendo a este tão somente conservar o bem[623], razão pela qual o proprietário continua como responsável pelas despesas de reparação extraordinárias, nos termos dos artigos 1.404 e 1.408 do Código Civil, cabendo ao usufrutuário, em outro turno, a comunicação ao proprietário caso ocorra qualquer lesão em relação a coisa ou a sua posse (artigo 1.406).[624]

Lembre-se, por fim, que o direito de superfície pode ser concedido de forma gratuita ou onerosa, ao passo que o usufruto é sempre gratuito.

10.3 Direito de superfície x servidão

Outro instituto que apresenta alguma semelhança com a superfície é a *servidão*, também presente na listagem dos Direitos Reais contida no artigo 1.225 do Código Civil de 2002, conforme se observa do seu inciso III.

A lembrança da servidão como figura íntima ao direito de superfície tem origem no Direito Suíço, pois o último recebe tratamento de *servidão*

---

[622] No mesmo sentido, indicando que somente seria possível através de postura consensual com o usufrutuário, confira-se: Frederico Henrique Viegas Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 315-316).

[623] Luiz da Cunha Gonçalves chega a defender que "o usufrutuário só tem gozo dos frutos e não pode fazer construções e plantações" (*Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 414), posição esta que parece ser adotada também por Paulo Nader (*Curso de direito civil*. Rio de Janeiro; Forense, 2006, v. 4, p. 369) e Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 163).

[624] Com a mesma observação: Paulo Nader (*Curso de direito civil*. Rio de Janeiro; Forense, 2006, v. 4, p. 369).

especial no artigo 675 da codificação daquele país[625], criando-se fundamentos para que a doutrina, durante certo período, tentasse aproximar e igualar os dois institutos.[626-627]

O instituto da servidão não pode – atualmente – ser confundido com o direito de superfície, uma vez que ambos possuem traços invulgares que não se acoplam.

Como já comentamos, o direito de superfície se notabiliza pela suspensão dos efeitos do princípio *superfície solo cedit*, resultando na separação do implante do solo, em caráter temporário (seguindo a linha majoritária dos ordenamentos). São dois direitos reais distintos e autônomos sobre o mesmo imóvel, depurando-se a órbita de poderes sobre

---

[625] No sentido: Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 134) e José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 64-65).

[626] Na Itália, antes do Código Civil de 1942, havia quem defendesse se tratar o direito de superfície como uma servidão *oneris ferendi,*conforme de depreende da doutrina de Roberto de Ruggiero: "A concessão *ad aedificandum* não confere outro direito, senão o de construir sôbre área alheia e daí manter perpétua ou temporariamente a construção, e por isso lògicamente a relação não pode configura-se senão como uma servidão predial e, mais pròpriamente, como uma *servitus oneris ferendi*, que obriga o proprietário do solo a suportar a existência do edifício alheio" (*Instituições de direito civil*. Tradução da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 2, p. 476). José Guilherme Braga Teixeira esclarece sobre a extensão e característica da *servidão oneris ferendi*: "Essa servidão tem por objeto o apoiar construção sobre muro, parede ou pilastra de prédio vizinho, por isso que é dita 'servidão de apoio'. Implica na obrigação, para o dono do prédio serviente, de não deixar deteriora-se o muro, pilastra ou parede de apoio, por isso que é chamada *oneris ferendi"* (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 66). Francesco Messineo afirma que "*(...) con la separación de los derechos se establece también una relación entre el propietario de la construcción y el propietario del suelo; y debe precisarse la naturaleza de esta relación. La misma puede concebirse fácilmente como servidumbre oneris ferendi (servidumbre de apoyo del edificio sobre el suelo), o como servidumbre innominada, existente a favor del propietario de la construcción (fundo dominante) y a cargo del propietario del suelo (fundo sirviente)*" (*Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: AJEA, 1979, v. 3, p. 421).

[627] A idéia não foi totalmente eliminada, consoante demonstra Gabriel de Reina Tartière que colaciona em seu texto a posição de L. L. Peralta Mariscal (*Servidumbre de superficie*, *ED,* t. 181, p. 1315) sobre a hipotética possibilidade de servidão voluntária para o mesmo fim da concessão de superfície florestal: "*Imaginemos, por ejemplo, el supuesto del propietario de un campo que se dedica a efectuar plantaciones y necesita una mayor extensión de terreno para mejorar su explotación, no pudiendo o no queriendo comprar una porción de terreno aledaña. Bien puede, en esta hipótesis, consensuarse una servidumbre de superficie con el vecino que le permita efectuar plantaciones en determinada parte del colindante con la posibilidad de ser explotadas únicamente por el plantador, impidiendo que en el vecino titular del fundo sirviente efectúe cualquier tipo de acto respecto de las misma que sea contrario al ejercicio de la servidumbre*". (*Derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 54-55).

a propriedade, passando o concedente a exercer às faculdades vinculadas à base do imóvel (em regra o solo), ficando o superficiário com os poderes atrelados às acessões.

A servidão não detém qualquer relação com a suspensão dos efeitos do princípio em questão[628], configurando-se como restrições que um imóvel (chamado de *serviente*) passa a receber para beneficiar outro (tratado de *dominante*). Em suma, um prédio dominante passa a determinar restrições no uso e utilidade de outro (o serviente), pertencente a proprietário diverso do primeiro, conforme previsto no artigo 1.378 do Código Civil. Por esta situação, priva-se o proprietário do imóvel serviente a suportar algumas limitações que beneficiam diretamente o prédio dominante.

A resenha distancia as figuras jurídicas, uma vez que para que se tenha a servidão é necessária a conjunção de dois imóveis distintos, situação inocorrente no direito de superfície, em que repita-se, a base imobiliária é a mesma, surgindo o direito real a partir de uma situação especialíssima que autoriza o destaque – provisório – do implante de sua superfície, cujo futuro ordinário será o remembramento, através da reversão.[629]

Demais disso, como a servidão é marcada pela manutenção de um *status quo ante*, haverá forte desvio de nos institutos quando o objeto dos direitos em questão incidirem sobre imóveis sem plantação ou construção.

---

[628] Gabriel de Reina Tartière (*Derecho real de superficie forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 56).

[629] O aparecimento da chamada *propriedade superficiária*, fez com que Dilvanir José da Costa fizesse o seguinte comentário: "Ao se distanciar da enfiteuse e do usufruto, com a cisão ou separação jurídica do solo e das respectivas acessões, tornando-as propriedades autônomas, a superfície aproxima-se da servidão, gerando duas propriedades, com o caráter inegável de uma servir de suporte à constituição da outra." (*Sistema de direito civil à luz do novo Código.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 533). Deve se ter o zelo, contudo, de observar que o direito de superfície jamais pode se igualar com a servidão, não só pela existência de apenas uma

Ora, nesse caso haverá a necessidade de postura ativa do superficiário em construir ou plantar, afetando e alterando a situação atual.[630]

Com as observações já feitas, não vemos como gabaritar no direito de superfície determinadas pactuações que são feitas entre proprietários de imóveis distintos, cujo objetivo é o uso do espaço aéreo não utilizado do outro imóvel, como é a hipótese de aproveitamento de espaçamentos laterais de imóvel vizinho para feitura de construção erigida no imóvel ao lado. Tal situação se configura como servidão, sendo estranha à figura jurídica objeto da dissertação, pois o direito de superfície não tem vocação para a manutenção de imóvel sem implante, muito menos ainda para beneficiar terreno diverso daquele que o da concessão.[631]

Saliente-se, outrossim, que as servidões são *inalienáveis*, pois decorrem da necessidade do prédio dominante, não sendo possível se cogitar a sua transferência para outro prédio, eis que tal medida, na realidade, implica na extinção de uma servidão e na criação de outra. Esta característica colide com a grande circulação que é permitida no direito real de superfície.

Por derradeiro, é de se recordar que as servidões se afinam com a idéia da perpetuidade, conceito não adotado pelo moderno direito de superfície ao qual o nosso ordenamento se filia.

---

hipótese de *ius in re própria*, mas também pelo fato de que a *reversão*, indicar situação de absorção completa do direito do superficiário sobre o implante pelo proprietário.

[630] No sentido: José Guilherme Braga Teixeira (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 66-67).

[631] Tratamos do tema, especificamente, no capítulo 14 (item 14.2.2.2 Direito de construir acima do implante: *sobrelevação – direito de laje*), fazendo-se a ressalva, desde logo, que há quem defenda que a situação não se enquadra como servidão, mas como direito de superfície. No sentido: Ricardo Pereira Lira (Direito de superfície. Aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal,

10.4 Direito de superfície x locação

Malgrado a sua natureza obrigacional, há ainda quem compare a *locação* ao direito de superfície. Porém as diferenças entre os institutos são acentuadas e seus objetivos distintos.

De plano, além de não gerar direito real, a locação será sempre onerosa[632]. Ademais, a locação pode ter como objeto tanto bens imóveis como móveis, desde que fungíveis; enquanto o direito de superfície incide sempre sobre bens imóveis. Ao superficiário é permitido alienar ou onerar os implantes, situação vedada na locação.

Observe-se que o direito de superfície, se utilizado, poderá propiciar a regularização de vários contratos, pois, à míngua da existência de figura mais adequada, antes do advento do Estatuto da Cidade e do próprio Código Civil de 2002 muitos instrumentos rotulados de arrendamento visavam, na verdade, à *locação* de imóveis para o implemento de acessões obrigatórias (ou até úteis), a fim de que fosse efetivada a exploração desejada pelo locatário ou arrendante, ou seja, arrendavam-se terrenos com o compromisso de construção (ou mesmo plantação). Tais contratos, além do pagamento do aluguel, beneficiavam o proprietário (taxado de locador ou arrendante) que, finda a locação, absorvia integralmente o direito de uso e gozo das acessões erigidas pelo arrendatário.[633]

---

relativamente ao dito prédio contíguo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 193-205, jul./set. 2002).

[632] No sentido (entre vários): Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 123) e Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 5, p. 223).

[633] A situação causava problemas na prática, pois, na locação, subentende-se que o locatário poderá usar do bem locado, ajustando, se for o caso, a coisa para o seu fim desejado. Por tal passo, as obras efetuadas pelo locatário, em regra, são benfeitorias, ou seja, agregações positivas a algo que já existia, diferentemente do que ocorre na acessão, em que há implementação de situação nova. Tanto assim que, como adverte Dilvanir José da Costa, "a locação normalmente só se refere a indenização e retenção por benfeitorias e não por acessões. A superfície é o instrumento típico da realização de acessões próprias em terreno alheio." (*Sistema de direito civil à luz do novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 533). De todo

No entanto, o benefício não está apenas na possibilidade do arrendatário ser indenizado, fixando-se cláusula para tal, a teor dos artigos 1.375 do Código Civil e 34 do Estatuto da Cidade, mas também de proteção de seus investimentos levados a cabo em relação ao(s) implante(s).

Basta pensar que os efeitos dos atos de disposição do proprietário em relação ao imóvel não afetarão o direito do superficiário, que se manterá íntegro, evitando, assim, por exemplo, os efeitos de uma execução de dívidas contraídas pelo concedente. A concessão também criará ambiente mais seguro para se evitar embaraços com o novo proprietário do imóvel, caso o concedente venha a transferi-lo para outrem.[634]

Ademais, caso se opte pelo direito de superfície, o beneficiário da concessão poderá utilizar a *'propriedade superficiária'* como garantia real para a captação de recursos, em razão da expressa permissão do disposto no artigo 1.473, inciso X, do Código Civil.

10.5 Direito de superfície x direito real de uso (artigo 7º do Decreto-Lei n. 271/67)

O direito real de uso, previsto no artigo 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967[635], o instituto considerado pela doutrina como mais

---

modo, merece registro que a posição predominante é no sentido que não só as benfeitorias garantem o direito de retenção, mas também as acessões implantadas pelo possuidor de boa-fé, conforme o Enunciado n. 81 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal ("Artigo 1.219 - O direito de retenção previsto no artigo 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias").

[634] No sentido: Marina Mariani de Vidal (*Derechos reales*. 7. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2004, v. 3, p. 125-126) e Aída Kelelmaker de Carlucci e Alícia Puerta de Chacón (*Derecho real de superfície*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 29).

[635] A redação atual, depois da retificação introduzida pela Lei n. 11.481 de 31 de maio de 2007: "Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e

semelhante ao direito de superfície, tecendo alguns autores longas considerações sobre o assunto.[636]

De fato, a arquitetura do 7º do Decreto-Lei nº 271/69 nos demonstra que são figuras muito próximas[637], raciocínio este que fica fortificado se efetuada a leitura do item 27, a letra (h), Exposição de Motivos do atual Código Civil[638], pois o direito de superfície foi lembrado pelo legislador a partir do direito real de uso previsto na legislação especial. Com tal quadro, Marco Aurélio Bezerra de Melo chega a afirmar que:

> "sem receio de pecar em equívocos, e apenas para fins didáticos que o direito real de superfície é uma versão privatista da referida concessão, com a vantagem de permitir que o Estado invista na infra-estrutura dos assentamentos urbanos e rurais, sem os gastos altíssimos com a indenização do expropriado, além de evitar um paternalismo que algumas vezes sufoca as ambições

---

seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. § 1º - A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial. § 2º - Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venha a incidir sobre o imóvel e suas rendas. § 3º - Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória de ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza. § 4º - A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato *inter vivos*, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência. § 5º Para efeito de aplicação do disposto no *caput* deste artigo, deverá ser observada a anuência prévia: I - do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, quando se tratar de imóveis que estejam sob sua administração; e II - do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência de República, observados os termos do inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição Federal." (NR)

[636] No sentido (entre vários): Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 408-409; Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito de superfície. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio, Coords. *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo; Malheiros, 2003, p. 184); Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 410); Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 173), José Afonso da Silva (*Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 397).

[637] O vínculo que a doutrina faz entre as figuras é de tal porte que o professor Sílvio Rodrigues, ao que parece, não acredita no sucesso do direito de superfície, em razão do fracasso do instituto previsto no artigo 7º do Decreto-Lei n. 271/1967 (*Direito civil*: direito das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 276).

[638] Registre-se que justamente por conta da Exposição de Motivos vestibular do Código Civil que Ricardo Aronne sustenta que o direito de superfície objetivou ocupar o espaço da *concessão de uso* (*Código Civil anotado: direito das coisas: disposições finais e legislação selecionada*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 320).

> políticas das comunidades em reprodução de autênticos 'currais eleitorais' da época do coronelismo."[639]

No entanto, a diferença entre os institutos se impõe justamente por conta de uma das maiores características do direito de superfície, a *suspensão dos efeitos* da acessão[640], que não se verifica no direito real de uso decorrente do artigo 7º do Decreto-Lei n. 271/67[641], nos termos do seu segundo parágrafo, que não divide a acessão – enquanto implante – do imóvel.

Dessa forma, *a concessão é de fruição do terreno*, não se separando o implante do imóvel. Tal situação permite dizer, sem dúvida, que a concessão se efetua não só quanto à superfície, mas também quanto ao subsolo e ao espaço aéreo, inexistente que é o fracionamento ocorrente no direito de superfície.[642]

Finalmente, o direito real de uso previsto no Decreto-Lei n. 271/67 tem íntima relação com a edificação e o cultivo para fins sociais, estando

---

[639] *Novo Código Civil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 224. Antecedentemente à parte transcrita no corpo do texto, o mesmo autor registra: "(...) por mais incrível que possa parecer, é no direito público que se apresenta o instituto que mais se assemelha com o direito real de superfície, qual seja: a concessão de uso como direito real resolúvel, introduzido no direito administrativo brasileiro pelo Decreto-Lei n. 271/67 que em seu artigo 7º assim estabelece; (...) Confira-se, outrossim, a recente MP n. 2.220/2001 que trata de concessão especial de uso para fins de moradia." (Ibidem, p. 224).

[640] No mesmo sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito de superfície. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio, Coords. *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo; Malheiros, 2003, p. 184). Ricardo Lira esclarece que "a concessão de direito real de uso, outorgada por pessoa de direito público ou por particular, não se confunde com o direito de superfície. Os princípios gerais conduzem necessariamente a essa conclusão. Basta considerar que não ocorre, na espécie tratada, a suspensão do princípio *superficies solo cedit*, não se verifica o amortecimento do princípio da acessão. Ainda que assim pudesse admitir que, no caso, se criaria uma propriedade separada do concessionário do relativamente ao *quid novum* incorporado ao solo, não se teria propriedade separada superficiária. Direito real de uso e direito real de superfície são categorias diversas de direitos reais limitados, cada uma com a sua carga conceptual específica''. (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 55). Em termos, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, pois estes autores seguem a premissa de que o direito de superfície cria, de forma absoluta, duas propriedades distintas. (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 410).

[641] No sentido, com autoridade, Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 542).

[642] Diana Coelho Barbosa (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 135-136).

esse vínculo atrelado ao próprio manejo do terreno pelo beneficiário, no que difere do instituto da superfície, muito mais elástico na busca por dar à propriedade uma função social[643], ainda que de forma secundária no seu plano *extrínseco*.[644]

Portanto, cremos que não são figuras de exato gabarito, justificando, inclusive, a opção que foi adotada no Estatuto da Cidade, através da separação dos institutos como instrumentos de política urbana.

Embora os dois figurem no rol do artigo 4º do Estatuto da Cidade, vê-se que o direito de uso foi anunciado de forma separada ao direito de superfície, pois o primeiro consta no inciso V, letra (g), e o segundo no mesmo inciso, mas na letra (l), em fraca demonstração de que o legislador dá tratamento diferenciado aos institutos.[645]

Em fechamento, é oportuno consignar que a Lei n. 11.481 de 31 de maio de 2007[646] introduziu algumas alterações em relação ao direito real de

---

[643] Na mesma linha: Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 173).

[644] Na forma já estampada no capítulo que tratamos da função social da propriedade, os horizontes do direito de superfície são amplíssimos, permitindo a retirada de áreas ociosas para a ciranda social, com a geração de empregos, criação de rendas, ainda que a finalidade específica da concessão não esteja vinculada a um resultado de interesse público imediato. Aproveitamos as palavras e o exemplo do professor Ricardo Pereira Lira: "(...) o direito de superfície aumenta o leque de possibilidade de utilização da propriedade por parte do titular do terreno. Se tivermos, por exemplo, o proprietário de um trato de terra que não tem recursos para utilizá-lo, ele poderá conceder a alguém em superfície para na referida gleba construir e explorar um hotel." (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 544).

[645] Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito de superfície. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio, Coords. *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo; Malheiros, 2003, p. 185)

[646] Ademais, apesar de não existir embate de que a figura é espécie de direito de natureza real, merece relevo que a mesma Lei n. 11.481/07, fez a inclusão da *concessão de uso especial para fins de moradia* e da *concessão de direito real de uso* no rol do art. 1.255 do Código Civil, inserindo dois novos incisos: XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso.

uso previsto no artigo 7º do Decreto-Lei n. 271/67, afetando não só este último diploma, mas também outros, a fim de permitir que tal direito seja objeto de garantia, o que pode tornar o instituto mais ágil. Tanto assim que o direito *de uso especial para fins de moradia* e o *direito real de uso* estão agora no álbum do artigo 1.473 do Código Civil, através dos incisos VIII e IX, respectivamente, admitindo hipoteca, em alteração legislativa que também alcançou a *propriedade superficiária.*[647-648]

[647] "Art. 1.473 (...) VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; IX - o direito real de uso."

[648] Também pela Lei n. 11.481/07 foi alterada parte do artigo 22 da Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, conforme se verifica da sua nova redação: "Art. 22 (...) § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; II - o direito de uso especial para fins de moradia; III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; IV - a propriedade superficiária. (...) § 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado."

11 DA RELAÇÃO SUPERFICIÁRIA E SEUS ELEMENTOS

Como o direito de superfície é – essencialmente - um direito real de índole consensual[649], isto é, em regra, demanda pactuação das partes[650], não resta embargo da grande importância da vitalidade do instrumento que será firmado entre os interessados. Não nos referimos apenas aos aspectos negociais (que são fundamentais para que haja boa estabilidade no vínculo jurídico que liga o proprietário ao superficiário[651]), mas também aos elementos formais, subjetivos e objetivos da relação superficiária, razão pela qual tentamos debulhá-la, de forma didática, nos seus principais vértices, com sistematização um pouco diferenciada da utilizada até então pela doutrina que se debruçou sobre o tema.

Neste diapasão, nossa divisão se inicia pela análise dos elementos subjetivos, isto é aqueles que podem firmar a concessão superficiária para, após, examinar o objeto do direito real de superfície em capítulo separado.

11.1 Elementos subjetivos: as partes na concessão

Na relação jurídica real superficiária existem duas partes *(a)* o proprietário (também chamado de concedente ou fundeiro); *(b)* o superficiário (tratado igualmente como concessionário), sendo o primeiro o 'dono' do imóvel e o segundo o titular do direito de superfície que, a partir

---

[649] Sem descarte da eventual aquisição por usucapião, admitida, inclusive, expressamente em algumas legislações, como é o caso do Código Civil de Portugal (artigo 1.528º). Tratamos panoramicamente dos modos de constituição do direito de superfície no capítulo 7 (item 7.4).

[650] Parecendo concordar: Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 5, p. 221), Caramuru Afonso Francisco (*Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 177).

[651] Alguns autores indicam a importância de se estabelecer de forma explícita os contornos das obrigações e a mecânica com que será desenvolvida a relação superficiária, em razão da dinâmica do direito real e da legislação pouco detalhada sobre o assunto. No sentido: Aluísio Pires de Oliveira e Paulo César Pires Carneiro (*Estatuto da Cidade*: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001. Curitiba: Juruá: 2002, p. 138-139).

da relação superficiária, terá poderes de construir e/ou plantar em base imobiliária alheia, ou, se já existir a acessão, de melhorar e/ou manter o implante que se encontra presente em propriedade que não lhe pertence.

Com alguns ajustes, em razão das posições que são adotadas quanto à natureza jurídica do direito de superfície, de um modo geral os elementos subjetivos da relação superficiária são tratados na boa doutrina forma acima, sem a aferição mais horizontal de eventuais questões que podem surgir[652]. Contudo, dada a amplitude de algumas situações que envolvem o direito de propriedade, entendemos ser viável, mesmo que de forma bem ligeira, tecer considerações panorâmicas sobre alguns pontos que se agregam a análise dos *elementos subjetivos da relação superficiária*, em especial para a questão do concedente do direito de superfície.

11.1.1 Proprietário

Através de interpretação básica do artigo 1.228 do Código Civil, o proprietário é aquele que exerce a titularidade sobre o imóvel, tendo as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem que injustamente a possua ou detenha. Com tal diretriz, cabe aferir quais as pessoas que poderão, assim, figurar no direito de superfície como *proprietário*, a fim de conceder a outrem (o superficiário) poderes sobre a coisa que, até então, está unicamente na sua esfera jurídica.

---

[652] Vale ressalvar a labuta de Washington Rocha de Carvalho que apresentou exposição mais ampla sobre o tema, servindo, inclusive, de base para nosso labor (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 77-90).

11.1.1.1 Pessoa física

O indivíduo é considerado absolutamente capaz se não se encontrar em nenhuma das hipóteses dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 que ditam, respectivamente, as situações de incapacidade absoluta e relativa[653]. Note-se que as questões indicadas no primeiro inciso dos dois artigos destacados serão afastadas tão logo a pessoa complete 18 (dezoito) anos ou venha se emancipar (artigo 5º do Código Civil[654]).

Assim, seguindo conhecimento trivial, estando a pessoa com *capacidade absoluta* não se cogitará em *representação* ou *assistência* para que possa firmar concessão superficiária, caso o contrário tais figuras deverão ser observadas (*representação para a incapacidade absoluta* e *assistência para a incapacidade relativa*).

11.1.1.1.1 O incapaz como proprietário e as regras de proteção

A narrativa parece não despertar grande problemática, mas em se o proprietário do imóvel for incapaz, alguns pontos hão de ser observados, sob pena de embaraço formal na concessão superficiária.

---

[653] **"**Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I **–** os menores de dezesseis anos; II **-** os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III **-** os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer**:** I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III **-** os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único**.** A capacidade dos índios será regulada por legislação especial."

[654] "Art. 5º. A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada já prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria."

Com efeito, se o proprietário estiver sobre tutela, nos termos do artigo 1.728 do Código Civil[655], a administração dos bens imóveis do tutelado sofrem algumas restrições, tendo o tutor algumas limitações no agir, ficando na dependência de autorização judicial. Em resumo, o Código Civil prevê que o tutor pode promover o *arrendamento dos bens de raiz* menor (artigo 1.747, V[656]), fazendo posterior prestação de contas (artigos 1.755 e 1.756[657]), dependendo, contudo, da autorização do juiz para a *venda* de bens imóveis (artigos 1.750[658] e 1.748, IV[659]), assim como para dispor dos bens do menor a título gratuito (artigo 1.749, II [660]). Observe-se, outrossim, que tais regras – voltadas ao tutor e ao patrimônio imóvel do menor – são aplicáveis à curatela, consoante artigo 1.781 do Código Civil.[661]

Não se confundindo o direito de superfície com simples arrendamento, tendo em vista o gravame real que será incorporado ao bem, pensamos que não se aplicará o artigo 1.747, V, do Código Civil, sendo necessária a autorização judicial, ainda que a concessão

---

[655] "Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar."

[656] "Art. 1.747. Compete mais ao tutor: I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte; II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas; III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens; IV - alienar os bens do menor destinados a venda; *V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz*" (destacamos).

[657] "Art. 1.755. Os tutores, embora o contrário tivessem disposto os pais dos tutelados, são obrigados a prestar contas da sua administração. Art. 1.756. No fim de cada ano de administração, os tutores submeterão ao juiz o balanço respectivo, que, depois de aprovado, se anexará aos autos do inventário."

[658] "Art. 1.750. Os imóveis pertencentes aos menores sob tutela somente podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz."

[659] "Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: I - pagar as dívidas do menor; II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos; III - transigir; IV - *vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido*; V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos. Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz."

[660] "Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade: I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor; *II - dispor dos bens do menor a título gratuito*; III - constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor." (destacamos)

[661] "Art. 1.781. As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do art. 1.772 e as desta Seção."

superficiária seja onerosa. Trata-se, pois, de interpretação mais alongada dos artigos 1.750 e 1.748, IV, do Código Civil, eis que, muito embora não seja espécie de *venda* do imóvel, a concessão superficiária criará restrição de índole real no patrimônio do incapaz.

A solução que ora apresentamos parece estar recepcionada no artigo 1.691 do mesmo diploma[662], ao criar restrição no exercício do poder familiar dos pais quanto à possibilidade destes alienarem ou *gravarem de ônus real* os imóveis dos filhos (artigo 1.689, II, do Código Civil[663])[664]. A admissão de direito de superfície em imóvel e propriedade de menor não pode ser traduzida como simples ato de administração, estando encartada na parte inicial do artigo 1.691 do Código Civil que, às claras, censura a possibilidade dos pais de criar gravame real nos imóveis dos filhos.[665]

---

[662] "Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz."

[663] "Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: (...) II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade."

[664] Observe-se que a possibilidade de arruinar o patrimônio dos filhos poderá gerar não apenas em vício do negócio (artigo 1.691, parágrafo único), mas também a suspensão do poder familiar, consoante dispõe o *caput* do artigo 1.637 ("Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha").

[665] A jurisprudência, em volta do artigo 386 do Código Civil de 1916 (antecessor do atual artigo 1.691), caracterizou-se como bem protetiva aos interesses no menos, citando-se, em exemplos mais amplos: "(...) O pátrio poder deve ser exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores. Todavia, a atuação dos pais no desempenho desse munus, não é irrestrita, além de não poderem alienar bens imóveis sem autorização judicial, também dispõe o artigo não caber aos genitores contrair obrigações que acarretem diminuição do patrimônio gerido, a menos sob hipótese de extremada necessidade da prole. Inteligência dos arts. 385 e 386, ambos do CC/1916" (STJ, REsp. 439.545/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 03.08.2004, *DJU*, de 06.09.2004, p. 261); "O Código Civil outorga aos pais amplos poderes de administração sobre os bens dos filhos, mas estes não abrangem os atos que extrapolem a simples gerência e conservação do patrimônio do menor. Não podem, assim, praticar atos de disposição, a não ser nos casos especiais mencionados no art. 386 do CC, mediante as formalidades legais exigidas. - A transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos. O Ministério Público atua para proteger interesses indisponíveis.No rol destes estão os relacionados à patria potestas. É de interesse do Estado assegurar a proteção da relação que envolve pais e filhos. Neste diapasão, quaisquer questões relativas aos direitos de ordem patrimonial dos filhos, assim como, aqueles que concernem ao usufruto e administração pelos pais sobre seus bens, transcendem a órbita do direito privado e justificam a atuação do Ministério Público na causa concernente, com arrimo art. 82, inciso II, do

Vale o registro que o artigo 1.691 do Código Civil é fruto de alteração legislativa, retificando-se o artigo 386 do diploma anterior, em que estava enunciada a vedação de *"alienar, hipotecar ou gravar de ônus reais"*. A supressão do verbo *"hipotecar"* no atual dispositivo (que só fala em *"alienar ou gravar de ônus reais"*) demonstra, na nossa visão, que todo e qualquer *'gravame real'* merecerá encaixe no corpo da norma, não podendo, assim sendo, se descartar o *direito de superfície*.[666-667]

Assinale-se, por deveras relevante, que o artigo 1.691 do Código Civil não prevê *proibição* incontornável, devendo a norma ser recepcionada no seu exato calibre (*restrição protetiva*), sendo possível a concessão do direito de superfície de imóvel de propriedade de menor, mediante autorização judicial, que deverá ser postulada indicando às condições com que o negócio será pactuado.

Por tal passo, para a concessão superficiária em que o proprietário é incapaz os artigos 1.750 e 1.748, IV do Código Civil deverão ser aplicados, absorvendo a inteligência do artigo 1.691 da codificação, norma voltada para os menores incapazes com patrimônio e que o poder familiar está sendo exercido pelos pais.

CPC.- Com vistas a impedir atos fraudulentos ou o propiciar de perdas desvantajosas para o menor, competirá ao Ministério Público, nestes casos, coadjuvar seu representante na defesa dos interesses que estão afetos ao incapaz, bem como, fiscalizar os negócios por ele praticados que impliquem vedada disposição de bens. Tal participação é obrigatória, sob pena de nulidade" (STJ, REsp 292.974/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 29.05.2001, *DJU*, de 25.06.2001 p. 173).

666 Com a mesma linha, confira-se: Paulo Luiz Netto Lôbo (*Código Civil comentado*: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 355).

667 Pode ser trazida para o direito real em estudo (*superfície*) a jurisprudência que se voltava para o usufruto instituído sobre o imóvel de propriedade de menor, a saber: "ALIENAÇÃO JUDICIAL - COISA COMUM - BEM DE MENOR - NECESSIDADE - FALTA DE COMPROVAÇÃO - USUFRUTO VITALÍCIO. De acordo com artigo 386 do Código Civil brasileiro, os pais não podem, entre outras restrições, alienar os imóveis dos filhos, exceto por necessidade ou eventual utilidade da prole, não se satisfazendo com a hipótese em que as exceções à regra do artigo 386 do CC, não restaram comprovadas, limitando-se a meras alegações por parte do postulante" (TJMG, autos 1.0000.00.196291-9/000(1), 1ª. Câmara Cível, Ac. Unânime, Relator Desembargador Paris Peixoto, *DJU*, de 11.05.2001).

11.1.1.2 Pessoa jurídica de direito privado

Não vemos proibição para que a pessoa jurídica possa figurar como concedente do direito de superfície, respeitando-se, entretanto, seus atos constitutivos.

11.1.1.3 Pessoa jurídica de direito público interno

O direito de superfície poderá ser implementado em imóvel que pertença ao patrimônio de pessoa jurídica de direito público, seguindo-se todo o gabarito que tal concedente exige, uma vez que o Código Civil será aplicado de maneira *puramente residual*, conforme disposto no seu artigo 1.377[668]. Com razão, Washington Rocha de Carvalho leciona que se "o proprietário for pessoa jurídica de direito público interno, deverá ser respeitada a legislação específica do instituto, bem com as regras de direito administrativo, notadamente no que se refere à legislação pertinente a alienação e parcelamento do solo (6.766/79), além da realização de procedimento licitatório, se o caso, apto a proporcionar a oferta mais vantajosa ao erário público, nos termos do *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ou que melhor atenda aos desejos da política urbana traçada pelo Plano Diretor, sendo esta, inclusive a orientação do art. 1.377 do próprio Código Civil".[669]

Esta situação subjetiva, portanto, fará com que os ditames do Código Civil cedam espaço em razão da *singularidade* de tratamento que os bens das pessoas de direito público interno possuem, uma vez que passarão a ser objeto de direito real a ser exercido por outrem, diminuindo-

---

[668] Art. 1.377 "O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial".

[669] *O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 85.

se, em larga escala, a liberdade para a feitura da concessão superficiária, bem assim as cláusulas e condições com que será firmada.

11.1.1.4 Das "pessoas" sem personalidade jurídica

Há uma questão que pode despertar interesse, qual seja: as "pessoas" não dotadas de personalidade jurídica. Estas, conquanto detenham alguns direitos na sua esfera jurídica, em especial para litigar em juízo, como se percebe do artigo 12, VII, do Código de Processo Civil[670], não são – em regra – consideradas formalmente como proprietárias de bens imóveis, uma vez que inexiste capacidade jurídica para que o título aquisitivo seja lavrado e, posteriormente, registrado.

Dessa forma, o problema não está em não estar apta para a concessão superficiária, mas sim para o direito antecedente, em razão da impossibilidade das pessoas sem personalidade obterem o título de proprietária[671]. No entanto, caso obtido validade o título de propriedade,

---

[670] Posição assente no Superior Tribunal de Justiça: "(...). A ciência processual, em face dos fenômenos contemporâneos que a cercam, tem evoluído a fim de considerar como legitimados para estar em juízo, portanto, com capacidade de ser parte, entes sem personalidade jurídica, quer dizer, possuidores, apenas, de personalidade judiciária. (...) No rol de tais entidades estão, além do condomínio de apartamentos, da massa falida, do espólio, da herança jacente ou vacante e das sociedades sem personalidade própria e legal, todos por disposição de lei, hão de ser incluídos a massa insolvente, o grupo, classe ou categoria de pessoas titulares de direitos coletivos, o PROCON ou órgão oficial do consumidor, o consórcio de automóveis, as Câmaras Municipais, as Assembléias Legislativas, a Câmara dos Deputados, o Poder Judiciário, quando defenderem, exclusivamente, os direitos relativos ao seu funcionamento e prerrogativas. (...). Precedentes jurisprudenciais. (...) Recurso provido, reconhecendo a recorrente como parte legítima para impetrar o mandado de segurança em exame, pelo que o egrégio Tribunal "a quo" deve prosseguir com o julgamento do mérito da pretensão argüida" (STJ, RMS 8.967/SP, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, j. 19.11.1998, *DJU*, de 22.03.1999, p. 54).

[671] No sentido: Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 78-79).

suprindo as beneficiárias como os requisitos para tal, não haverá mais obstáculo para a concessão superficiária.[672]

11.1.1.5 Condomínio

Questão interessante é pensar no condomínio como instituidor do direito de superfície, não existindo, em princípio, embaraços incontornáveis, caso admitida a personalidade jurídica do condomínio como titular do direito de propriedade que irá impulsionar o direito real em estudo[673]. Este parece ser o obstáculo maior a ser superado.[674]

---

[672] Há um interessante acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, para fins de usucapião, admitiu na contagem da prescrição aquisitiva período posse de pessoa – até então – sem personalidade jurídica. Confira-se: "(...) - Nos termos do art. 18 do Código Civil, 'começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa'. Por outro lado, nada impede que *a sociedade de fato, que venha a registrar-se posteriormente, procure valer-se, após a sua constituição legal, de direitos adquiridos anteriormente ao seu registro*. II - O legislador de 1973 inovou ao atribuir, no art. 12-VII, CPC, capacidade para ser parte às sociedades sem personalidade jurídica. *Assim, mesmo antes de sua constituição legal, é permitido à sociedade de fato postular em juízo os seus direitos.* III - Assentando-se o tribunal de origem em mais de um fundamento para ter como possível a aquisição por usucapião de imóvel rural, cada um deles suficiente, por si só, para manter o acórdão, e não havendo impugnação de todos eles, não há como conhecer do recurso especial" (REsp. 150.241/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 02.12.1999, *DJU*, de 08.03.2000, p. 118) - destacamos.

[673] Há uma tendência – ao menos doutrinária – de se admitir a expansão da personalidade jurídica do condomínio edilício para lhe permitir maior flexibilidade negocial em prol dos interesses dos condôminos. Esta posição pode ser colhida pelos entendimentos fixados na I e III Jornadas de estudos sobre o Código Civil de 2002, de organização do Conselho da Justiça Federal, editando-se o Enunciado 90 que, posteriormente, foi retificado pelo Enunciado 248. Confira-se: Enunciado 90: "Art. 1.331: Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse"; Enunciado 246: **"**Art. 1.331: Fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: 'nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse'. Prevalece o texto: 'Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício'". O entendimento não é unânime, havendo repulsa doutrinária contrária ao raciocínio extratizados nos referidos enunciados, citando-se no sentido Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie "Embora assuma direitos e obrigações, [*o condomínio*] é desprovido de personalidade jurídica. O registro da convenção de condomínio não se prestar a lhe conceder personalidade jurídica, mas tão somente para produzir efeitos perante terceiros. Por isso, os negócios jurídicos que o condomínio por ventura pretenda realizar deverão ser praticados sempre por todos condôminos, ou pela maioria deles, após submissão do intento (...)" (*Novo Código Civil comparado e comentado*: posse e direitos reais. Curitiba: Juruá, 2003, v. 5, p. 120).

[674] A superação terá que mudar a posição de interpretação restritiva ao § 3º do artigo 63 da Lei da Lei 4591/65 como hipótese solitária do condomínio figurando como adquirente de imóvel (*Art. 63 – '§º 3. No prazo de 24 horas após a realização do leilão final, o condomínio, por decisão unânime de Assembléia Geral de igualdade com terceiros, terá preferência na aquisição dos*

Registre-se, desde logo, que é crucial que as particularidades de cada condomínio sejam respeitadas, pois não há espécie única no nosso sistema, conforme se verifica de breve leitura do Código Civil que prevê o condomínio geral [dividido em voluntário (artigos 1.314-1.326) e necessário (artigos 1.327-1.330)] e o condomínio edilício (artigos 1.331-1.358).[675]

Com a comunhão das normas atinentes aos condomínios, nas situações em que é possível se vislumbrar a titularidade destes como proprietários, pensamos ser possível a concessão do direito de superfície pelo condomínio desde que, repita-se, a pactuação tenha respeitado às

---

bens, caso em que serão adjudicados ao condomínio"). Esta, por exemplo, é a linha do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. PERSONALIDADE JURÍDICA. AÇÃO DE DÚVIDA. CARTA DE ADJUDICAÇÃO. NEGATIVA DE REGISTRO. O condomínio, por não possuir personalidade jurídica, não poderá adquirir imóvel, salvo na hipótese do artigo 63 § 3º, da Lei 4591/65, o que não condiz com a realidade dos autos" (TJRS, apelação cível nº 70017625310, Décima Nona Câmara Cível, Relator Desembargador Mário José Gomes Pereira, j. 03/04/2007). Do voto relator, já com olhos no Código Civil de 2002, há a seguinte fundamentação: "(...) Com a entrada em vigor do novo Código Civil, ocorreu a revogação tácita dos artigos 1º a 27 da Lei n. 4.591/64. Assim, o condomínio em edificações passou a ser regulado pelos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil de 2002, enquanto as incorporações imobiliárias continuam sendo disciplinadas pelos artigos 28 e seguintes da Lei n.º 4.591/64. O condomínio, por não ser dotado de personalidade jurídica, não pode adquirir imóvel, salvo na hipótese do artigo 63, § 3º, da Lei 4591/64. Entretanto, tal disposição aplica-se às construções de edificações em condomínio. Ressalte-se que a hipótese supracitada foi prevista pelo legislador a fim de possibilitar o aporte financeiro para continuação da obra, no intuito, apenas e tão-somente, de evitar prejuízo aos condôminos.Assim, em que pese o salutar esforço do apelante nas argumentações sobre as exigências práticas pelo reconhecimento da personalização dos condomínios e, a despeito da inexistência de restrições expressas de ordem legal, não há como registrar a referida Carta de Adjudicação. Admitir-se o registro como pretende o condomínio apelante, significa conferir-lhe personalidade jurídica, o que autorizaria, de modo amplo, o exercício de outras atividades diferentes daquelas para os quais fora constituído. Ademais, somente para argumentar, relativamente à aquisição de bens imóveis, pretendesse o legislador dar personalidade jurídica ao condomínio, o teria feito com a nova lei civil. Todavia, a lei não caminhou nesse sentido. Entende-se, portanto, que os condomínios especiais continuam impedidos de adquirir imóveis em decorrência de faltar-lhes personalidade jurídica (...)". A decisão em destaque não é isolada naquela Corte, confira-se: (...) O Condomínio possui apenas personalidade judiciária, não a jurídica. Impossibilidade de adquirir bem imóvel in casu. O título judicial que se pretende averbar também deve observar as regras legais e os princípios que regem a atividade registral, em especial o da legalidade e o da segurança jurídica. Negado o registro da carta de adjudicação". (TJRS, Apelação Cível n. 70013920152, Relator Desembargador José Francisco Pellegrini, j. 14/11/2006); "O condomínio, por não possuir personalidade jurídica, não poderá adquirir imóvel, salvo na hipótese do artigo 63 § 3º, da Lei 4591/65, o que não condiz com a realidade dos autos" (TJRS, Apelação Cível nº 70009834698, Décima Sétima Câmara Cível, Relator Desembargador Alexandre Mussoi Moreira, j.15/02/2005).

[675] Em nossa opinião, o Código Civil não afastou a aplicação da Lei 4.591/1964, revogando apenas os dispositivos que se mostrem incompatíveis, e modo que vários artigos da lei especial ainda estão em vigor. Na mesma linha: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código Civil comentado*: atualizado até 20 de maio de 2006. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 800), Frederico Henrique Viegas Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 303-304).

regras especiais para cada modalidade. Esta providência pode contribuir para a regularização de algumas situações em que um terceiro ou mesmo um condomínio exerce os poderes sobre determinada área comum do condomínio com implante, sem que tenha tal relação tenha sido formalizada através de tipo legal adequado.

11.1.1.6 Promitente comprador

Finalmente, sob o enfoque do proprietário, permite-se pensar na hipótese de concessão do direito real de superfície pelo promitente comprador, hipótese esta que foi aventada pelo mestre Washington Rocha de Carvalho ao consignar:

> "(...) quanto à figura do promitente comprador, cremos que poderá também alienar o direito de superfície a terceiro, uma vez que lhe foi atribuído ao seu direito, na qualidade de 'promitente comprador', o *status* de direito real, e sendo certo que nesta qualidade poderá alienar até mesmo a propriedade do solo, não haveria razões jurídicas aptas a negar tal desiderato quanto á superfície.
> Todavia, o compromisso de compra e venda, para alcançar *status* de direito real deverá não só estar inscrito no Cartório de Registro de Imóveis, como também possuir o caráter de irretratabilidade e irrevogabilidade, consoante se observa da redação do artigo 1.417 do Código Civil".[676]

De fato, a promessa de compra e venda hoje - imune de dúvidas - pode ter natureza de direito real, basta, pois, que se amolde no disposto no artigo 1.417 do Código Civil[677]. No entanto, cremos que há limitações no tipo do artigo 1.225, inciso VII[678], não podendo ser confundido como sinônimo (ou figura idêntica) à *propriedade*, uma vez que devemos nos lembrar que o direito do promitente comprador é um direito real de

---

[676] *O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 78-79.

[677] "Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel".

[678] "Art. 1.225. São direitos reais: (...) VII - o direito do promitente comprador do imóvel; (...)".

aquisição (*ius in re aliena*), situação esta que fica muito clara a partir da leitura do artigo 1.418 do Código Civil[679]. Com outras palavras, a promessa de compra e venda não é um direito real que – por si só – permita o exercício dos poderes inerentes ao proprietário, tendo escopo outro, qual seja, o de garantir ao promitente comprador a aquisição de imóvel, afastando, para tal, qualquer terceiro que eventualmente vier a interferir na rota para a incorporação do bem ao seu patrimônio respectivo.

Sem prejuízo da configuração do direito real do promitente comprador, é certo que o instrumento de "promessa" (ou de "compromisso" de compra e venda) veio sendo utilizado de forma maciça para situações outras que não apenas *'garantir'* a aquisição pelo promitente comprador, sendo manejada como verdadeiro vetor da pactuação de compra e venda do imóvel. Este uso do instituto acabou por abrir campo interpretativo junto ao instituto, a partir de casos concretos, propiciando aos promitentes compradores (com direito real) posição próxima ao proprietário para autorizar a *ação reivindicatória*.[680]

Se mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, já se efetuava – em algumas situações – alongada interpretação da promessa de compra e venda como instrumento que dá ao promitente comprador os direitos inerentes ao exercício do domínio, de modo a garantir direitos afetos ao

---

[679] "Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel".

[680] Ação reivindicatória. Legitimidade ativa. Irregularidade do título. (...) Precedente da Corte admite que a "promessa de compra e venda irretratável e irrevogável transfere ao promitente comprador os direitos inerentes ao exercício do domínio e confere-lhe o direito de buscar o bem que se encontra injustamente em poder de terceiro. Serve, por isso, como título para embasar ação reivindicatória. (...) (STJ, REsp. 252020/RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 05.09.2000, *DJU*, de 13.11.2000, p. 144); "REIVINDICATÓRIA. AÇÃO PROPOSTA POR COMPROMISSÁRIOS-COMPRADORES COM TÍTULO REGISTRADO. O compromissário-comprador, com o contrato registrado no Registro de Imóveis, preço pago e cláusula de irretratabilidade, tem legitimidade para propor ação reivindicatória (entendimento majoritário da Turma). (...)" (STJ, REsp. 59.092/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 12.06.2001, *DJU*, de 15.10.2001, p. 264); igual linha:REsp. 55941/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 17.02.1998, *DJU*, de 01.06.1998, p. 77).

proprietário, não nos parece permitido seguir linha distinta agora, tendo em vista o disposto no artigo 113 do Código Civil[681] que prestigia, para fins de interpretação do negócio jurídico, a boa fé e a reiterada prática da postura no local da celebração.[682]

Como já gizado, é muito comum o uso da promessa de compra e venda em hipótese de verdadeira alienação do próprio domínio, não sendo o *nomen juris* do instrumento utilizado que irá o qualificar, por si só, o instituto que vincula às partes.

Não é de todo incomum a situação em que a posse do promitente comprador se dá simultânea à feitura do instrumento de promessa de compra e venda, com preço quitado no mesmo ato ou com pequena parcela residual, sem que, nessa última situação, após o resgate do saldo, seja lavrada a escritura de compra e venda. Ora, nestas condições, em ambiente de direito real (*promessa registrada* e *sem cláusula de arrependimento*), já tendo quitado o preço e estando na posse do bem, o direito do promitente comprador será de *simples aquisição do imóvel?* Esta não nos parece a melhor resposta, pois estará o promitente comprador, desde o início do pacto, em quadrante muito próximo à posição de proprietário, e o promitente vendedor se afastará do conceito *substancial* de proprietário na medida em que seu crédito estiver liquidado pelo promitente

---

[681] "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

[682] O artigo 113 do Código Civil recebe clara influência dos princípios da eticidade e operabilidade que, para colaborar na busca de melhor interpretação para a questão tratada, acabam por pousar também no artigo 170 do Código Civil ("Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir suor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade"). Não se trata propriamente de caso de conversão do negócio jurídico, como previsto no artigo 170 do Código Civil, mas de hipótese que permite recepcionar o instrumento levado a cabo pelas partes dentro da correta qualificação, interpretando-o no seu melhor trilho.

comprador, passando a figurar como proprietário numa análise mais *formal*, do que efetivamente material.[683]

Sem delongas maiores, o que estamos a demonstrar que é possível se verificar que o *promitente comprador* – nos casos de direito real – pode estar em posição *substancialmente equiparada* ao proprietário, não sendo a falta de escritura pública de compra e venda obstáculo intransponível para que aquele venha a firmar com outrem concessão superficiária, em especial quando se verificar do pacto (isto é da *'promessa')* que a configuração se vincula a verdadeira compra e venda e, não propriamente, a um direito real de aquisição, cuja essência é outra, ou quando a promessa de compra e venda já se encontre totalmente quitada, estando o promitente comprador na posse efetiva do imóvel.[684]

---

[683] Francisco Eduardo Loureiro, com base na doutrina aberta por Salvatore Pugliatti, defende que o direito do promitente comprador na situação pode ser equiparado à propriedade, diante do vínculo quase que forma que fica com o promitente vendedor. Confira-se: "Quanto ao perfil objetivo, Pugliatti distingue a propriedade substancial da propriedade formal, Usa as figuras do concessionário perpétuo de imóveis públicos, em determinadas situações previstas no ordenamento italiano, e do enfiteuta, como casos de proprietários substanciais. Poderíamos ampliá-las ao compromissário comprador, com título registrado, imitido na posse e preço integralmente pago, ou o devedor/fiduciante, em situação similar. Contrapõe tais figuras às dos proprietários formais, destituídos das prerrogativas elementares do domínio, embora ainda figurem tabularmente como tal, como senhorio direto e o promitente vendedor ou credor/fiduciário" (*A propriedade como relação complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 56-57).

[684] José Osório de Azevedo Júnior – em clássica obra sobre o compromisso de compra e venda – faz interessante ponderação sobre o poder de disponibilidade do promitente comprado e do promitente vendedor, na dinâmica que se estende até a quitação: "Enquanto não pago o preço, o poder de dispor sofre ainda limitação de eventualmente o contrato vir a ser resolvido em caso de inadimplemento por parte do adquirente. Mas, á medida que o preço vai sendo pago, a limitação de disponibilidade vai desaparecendo, ao mesmo tempo, em contrapartida, vai também extinguindo o direito residual do promitente vendedor – direito, esse, que, desde o compromisso e seu registro, não passa de um direito de crédito, com a peculiaridade de estar garantido pela virtualidade de o direito de propriedade vir a se consolidar na pessoa do credor, no caso de não se paga a dívida. Pago o preço, só resta ao vendedor a obrigação de cumprir a formalidade de assinar a escritura – formalidade, essa, que é relevantíssima no sistema tradicional, mas que não tem a mesma importância no sistema instituído pelo Dec.-lei 58/1937, alargado e enriquecido pela jurisprudência" (*Compromisso de compra e venda*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 106). Nesta situação narrada ao final do trecho doutrinário, nada mais tendo o proprietário para fazer que senão a lavratura da escritura de compra e venda, fica mais robusta ainda a jurisprudência que autoriza a ação reivindicatória pelo promitente comprador. Na linha: "O compromissário-comprador, com o contrato registrado no Registro de Imóveis, preço pago e cláusula de irretratabilidade, tem legitimidade para propor ação reivindicatória (entendimento majoritário da Turma)" (STJ, REsp. 59092/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. em 12.06.2001, *DJU*, de 15.10.2001, p. 264).

Assim, não obstante não se confundir o direito real de aquisição do promitente comprador com o direito de propriedade que o fundeiro deve estampar para fins de concessão do direito de superfície, não nos parece despropositada a possibilidade de se pensar em pacto superficiário em que o concedente seja o promitente comprador, devendo, em tais situações, este estar conferido com os poderes de disponibilidade do imóvel objeto da concessão, de acordo com a situação a ser examinada em concreto.

11.1.2. Superficiário

As questões subjetivas voltadas ao superficiário aproveitam os raciocínios antes desenvolvidos para o foco voltado ao proprietário, com os seus ajustes, valendo, contudo, trazer algumas considerações.

11.1.2.1 Aspectos gerais

O superficiário, tal como o proprietário, poderá ser pessoa física ou jurídica, desde que também esteja dotada de capacidade civil para exercitar os seus direitos, aplicando-se aqui semelhantes princípios contidos nos itens antes tratados.

11.1.2.2 Restrições ao estrangeiro

Na hipótese do superficiário ser pessoa física ou jurídica de nacionalidade estrangeira, este se submeterá a um regime especial, não aplicável à pessoa física ou jurídica nacional. Isso porque há ressalva legal em relação alguns negócios jurídicos envolvendo áreas rurais e as pessoas estrangeiras.

Com efeito, o artigo 190 da Constituição Federal[685] prevê que a legislação ordinária deve traçar as restrições que a pessoa estrangeira sofrerá para a *aquisição* e o *arrendamento* de propriedades rurais. Ainda que o direito de superfície não seja colocado de forma *literal* como *aquisição* ou *alienação*, por estar em situação próxima aos destaques feitos no dispositivo constitucional, cremos que poderá ocorrer a projeção do artigo 190 para o direito de superfície.

Ademais, eessalte-se que antes mesmo da Carta Política de 1988, já estava em vigor a Lei Federal n. 5.709/71[686], legislação esta que regula as condições que as pessoas físicas estrangeiras residentes no país (e às pessoas jurídicas autorizadas a funcionarem aqui) devem se sujeitar na aquisição de imóvel rural no território nacional. O diploma em voga também alcançará aquelas pessoas jurídicas nacionais, formadas por sócios brasileiros e estrangeiros, desde que estes sejam os detentores da maior parte do capital social e residam ou tenham sede no exterior (artigo 1º, § 1º da Lei Federal n. 5.709/71).[687]

O espectro da Lei n. 5.709/71 é bem amplo, açambarcado situação de aquisição patrimonial oriunda de todas as formas, com exceção apenas dos casos de transmissão *causa mortis* (artigo 1º, § 2º[688]). Tanto assim que há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de censurar a possibilidade de aquisição através da transmissão matrimonial, ou seja, de que o estrangeiro casado com brasileiro possa incorporar no seu patrimônio

---

[685] "Art. 190 - A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional."

[686] "Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei."

[687] "Art. 1º (...). § 1º. Fica, todavia sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior".

[688] "Art. 1º (...). § 2º. As restrições estabelecidas nesta Lei não se aplicam aos casos de transmissão *causa mortis*."

imóvel rural, fora dos limites da Lei 5.709/71, em decorrência do regime de bens vigorante no casamento.[689]

Fique bem claro que a Lei 5.709/71 não veda – com caráter absoluto e sem exceções – a possibilidade do estrangeiro adquirir propriedade rural em terras brasileiras, sendo, na realidade, corpo legislativo que disciplina as condicionantes para tal mister.[690-691]

Diante do amplo rol de poderes que o superficiário irá exercer sobre a terra, dada a grande potencialidade que o instituto está nutrido, a ponto de se rotular os implantes de uma *'propriedade superficiária*', não vemos como se afastar o direito de superfície dos ditames da Lei 5.709/71.

Aplicando-se a Lei 5.079/71 que trata da *aquisição*, com muito mais razão, ainda estará a obediência à Lei 8.629/93 que regula as restrições que devem ser observadas no *arrendamento* de terras rurais a pessoa jurídica estrangeiras, quando estas estejam figurando como arrendatárias. Segundo o artigo 23 da Lei 8.629/93, também para o arrendamento rural devem ser seguidas as limitações impostas pela Lei 5.077/91, sendo necessária autorização do Congresso Nacional para a feitura de contrato

---

[689] Confira-se o julgado: "(...) O brasileiro, ao convolar núpcias com estrangeiro, sujeita-se a restrição da lei 5.709/1971, se o regime de bens determinar a comunicação da propriedade. (...)" (RMS 5831/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, j. 27.02.1997, *DJU*, de 22.04.1997, p. 14373).

[690] O artigo 3º da Lei 5.709/71 deixa tal situação clara, *verbis*: "Art. 3º - A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder 50 (cinqüenta) módulos de exploração de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua; Art. 5º - As pessoas jurídicas estrangeiras referidas no artigo 1º desta Lei só poderão adquirir imóveis rurais destinados á implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais ou de colonização, vinculados aos seus respectivos objetivos estatutários".

[691] Tratando especificamente da temática: Vicente Cavalcanti Cysneiros (*O estrangeiro e a propriedade rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985).

(seja de aquisição ou de arrendamento) em áreas rurais que extrapolem as dimensões fixadas na referida legislação.[692]

Como vimos no capítulo específico, o direito de superfície é uma figura jurídica que fornece ao superficiário maior cabedal de poderes do que os que são remetidos ao arrendatário, por força do pacto respectivo. Assim, o quadro, a partir de interpretação mais lógica e sistêmica, alcançara o direito de superfície, pois o real objetivo das leis destacadas é de tutelar a garantia nacional, não permitindo que pessoas de outras nacionalidades obtenham livremente determinadas frações do solo nacional, em situações que possam colocar em risco a segurança do país.

11.1.2.3 Pessoa jurídica de direito público interno

Finalmente, a pessoa jurídica de direito público interno pode atuar como superficiária, não havendo nada a impedir tal prática, desde que observada a sua normatização peculiar, de modo que, em caráter geral, será necessário que haja autorização competente para que se proceda à aquisição, jungindo-se a órbita de validade e eficácia dos atos administrativos, o que poderá reclamar até mesmo certame licitatório.

Até mesmo diante do prévio anúncio que já consta no artigo 1.377 do Código Civil, seria muito oportuna a regulamentação do direito de superfície para fins de concessão envolvendo a pessoa jurídica de direito

[692] Confira-se o artigo 23 da Lei 8.629/93: “Art. 23 - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil só poderão arrendar imóvel rural na forma da Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971. § 1º Aplicam-se ao arrendamento todos os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiro, constantes da lei referida no *caput* deste artigo. § 2º Compete ao Congresso Nacional autorizar tanto a aquisição ou o arrendamento além dos limites de área e percentual fixados na Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971, como a aquisição ou arrendamento, por pessoa jurídica estrangeira, de área superior a 100 (cem) módulos de exploração indefinida”.

público interno, não apenas para traçar normas quanto à sua posição como proprietária do imóvel, mas também de regras quando esta vier a figurar como superficiária. Sem rebuços, a aquisição do direito de superfície pelo ente público seguramente será menos oneroso do que ocorreria em uma desapropriação, assim, pode ser mais vantajoso ao erário proceder à compra apenas do direito de superfície do que, efetivamente, a propriedade do imóvel.[693]

[693] Reitere-se, aqui, que o artigo 1.377 do Código Civil não se vincula ao Estatuto da Cidade, eis que não há nada na Lei n. 11.257/01 tratando especificamente do direito de superfície tendo as pessoas jurídicas de direito público interno como concedentes ou mesmo concessionárias. Com a mesma posição: J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 91-92, out./dez. 2004).

12 O OBJETO DA CONCESSÃO

Resgatando idéias que já colocamos alguns momentos no presente estudo, com o direito de superfície uma pessoa (o superficiário ou concessionário) poderá construir e/ou plantar sobre o terreno de outra (o proprietário, concedente ou fundeiro), de tal forma que os poderes de uso, gozo e disposição da edificação e/ou plantação acrescentada ao imóvel esteja na órbita da primeira (superficiário) e o terreno continue no domínio original da segunda, até que ocorra a reversão.

O direito de superfície é, pois, um direito real de natureza *imobiliária*[694], eis que a concessão – qualquer que seja a sua modalidade – irá incidir sobre o imóvel de outrem, somente se permitindo a excepcional suspensão do princípio *superfícies solo cedit* se o direito de *implantar* e/ou em relação ao *próprio implante* for exercido por terceiro (superficiário) que não o proprietário.[695]

Este breve painel permite observar que o elemento objetivo da concessão poderá sofrer variedade dentro do esquadro legal que é ditado pelos artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade. Isso porque na codificação civil, permite-se a pactuação do direito de superfície não apenas voltada para construções, mas também para plantações, de modo que o direito de superfície poderá abrigar acessões artificiais das duas formas (construções e plantações). Ademais, voltando aos artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade, vê-se que o direito de superfície deve ser aferido não apenas no plano da *base* do solo, uma vez que

---

[694] Tratamos do tema no capítulo 9.

[695] Na forma abordada nos capítulos 7 (item 7.10) e 8, acaso o *fundeiro* e o concessionário se aglutinem em *figura única*, não há espaço para o direito de superfície, sendo caso de extinção da concessão superficiária.

existirão situações em que o foco se voltará também para o subsolo e o espaço aéreo.[696]

Mas não é só, com análise mais detida do instituto, fixando-se olhar na sua mecânica peculiar, tem-se que o objeto do direito de superfície não deve ser observado apenas sob o ângulo do imóvel do proprietário, mas, igualmente, sob a ótica do implante. Esta constatação demonstra que o instituto admite *variantes* em decorrência da sua *dinâmica* e da própria concepção de necessidade de *funcionalização* do imóvel, fato este que pode permitir concessão com relações *simples* (manutenção da acessão) ou mais *complexas* (ato de implantar + manutenção do implante).

Com tal panorâmica básico, a figura jurídica em debate permite (e reclama) a apresentação de classificações múltiplas quanto aos seus elementos objetivos, razão pela qual, num plano didático, apresentamos em seguida divisões que nos auxiliaram a compreender pontos de importância na configuração do objeto das concessões superficiárias. As classificações apresentadas têm como fonte, os seguintes fenômenos:

- Natureza da acessão superficiária;
- Dinâmica superficiária;
- Plano topológico em relação ao imóvel (objeto da concessão).

Doravante examinaremos a essência da acessão como o objeto da concessão superficiária, seguindo-se as demais análises nos capítulos subseqüentes.

---

[696] Há, no sentido, inclusive, literal referência ao subsolo e ao espaço aéreo no § 1º do artigo 21 do estatuto da Cidade, sendo o artigo 1.369 do Código Civil mais tímido, apenas trazendo de forma expressa – no seu parágrafo único – o subsolo, nos casos em este é inerente ao objeto da concessão. No tema, confira-se o capítulo 14, em especial item 14.1 em diante.

12.1 A concessão sob a ótica da *natureza da acessão*

Optamos por iniciar a sistematização dos elementos objetivos da concessão superficiária por classificação que levará em conta a natureza jurídica da acessão superficiária que também é tratada, como fizemos diversas vezes, ao longo do texto como *implante*, não sendo estranho encontrar outras designações como é o caso das expressões *coisa superficiária* e *res superficiaria*.[697]

Não é todo tipo de acessão que poderá ser objeto do direito de superfície, limitando-se, para tal fim, as dispostas no inciso V do artigo 1.248 do Código Civil[698], ou seja, apenas aquelas que decorrem pela direta atuação da força humana, que comumente são chamadas de *artificiais* (ou *industriais*). Assim, estão fora do âmbito da concessão superficiária – ao menos como objeto desta - as *acessões naturais* tratadas no mesmo dispositivo nos incisos antecedentes, decorrentes de eventos espontâneos da própria natureza.[699]

Com olhos nas características da acessão, e no ambiente de aplicação dos artigos 1.369 do Código e 21 do Estatuto da Cidade, tem-se que o primeiro diploma parece ter amplitude maior, recepcionando-se as duas hipóteses previstas na gaveta do inciso V do artigo 1.248 da codificação (*plantações e construções*). O dispositivo da legislação urbanística, por sua vez, apesar de não discriminar de forma expressa as plantações ou, de outro lado, ter lançado limitação apenas para as

---

[697] Conforme anota a boa pesquisa de Diana Gomes Carvalhinho (*Direito de superfície.* Monografia (Conclusão de graduação) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2005, p. 39).

[698] "Art. 1.248. A acessão pode dar-se: I – por formação de ilhas; II – por aluvião; III – por avulsão; IV – por abandono de álveo; V – por plantações ou construções."

[699] Em texto sobre o tema, o luso António Carvalho Martins corrobora com a divisão destacada: "A acessão é classificada pela doutrina e pela lei de diversos modos. *Pode ser mantida pela acção da natureza ou por indústria do homem* e assim se distingue em *acessão natural* e *acessão industrial, ou por facto do homem*" (*Acessão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 15-16, destaques do texto original).

construções, por motivos intrínsecos e de própria vocação, terá aplicação ordinariamente ligadas às construções erigidas pelo homem em ambiente urbano.[700]

Note-se que em algumas hipóteses concretas a concessão superficiária poderá abranger as duas formas de acessão artificial (plantações e construções), situação absolutamente possível, mormente em áreas rurais em que o imóvel possui trecho destinado para o cultivo de determinada cultura (plantações), sendo necessário para tal missão uma série de acessões em forma de construções (paióis, armazéns, garagens para veículos ligados ao cultivo e transporte de mão de obra, etc.).

Às claras, depurando-se a espécie de acessão para fins da figura jurídica em comento e o campo de abrangência dos dois corpos legais que dispõem sobre o direito de superfície, temos, portanto, três possibilidades distintas de concessão superficiária de acordo com o seu objeto, que passaremos a tratar como: (a) *superfície vegetal*; (b) *superfície construtiva*; (c) *superfície mista.*

Existem, por derradeiro, algumas situações em que pode se pensar na aplicação do direito de superfície, apesar do seu objeto não se alinhar de forma exata aos contornos conceituais de construção ou plantação, ou, como afirma Luiz da Cunha Gonçalves[701], sem se encaixar em "exemplos clássicos da acessão imobiliária", mas que a vida moderna traz como "outros casos demonstrativos de como esse direito é necessário e de uso quotidiano". Esta extensão que é feita ao direito de superfície, exuberando os limites vulgares da acessão, e que chamamos de *superfície especial*, pode ser notada do exame da relação que envolve a cadeira cativa em

---

[700] As diferenças entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade estão apresentadas panoramicamente no capítulo 7.

[701] *Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1995, v. 11, t. 1, p. 416.

teatros e arenas esportivas, entre outras situações corriqueiras de nosso dia a dia que podem ser encartados pelo instituto em debate.

12.1.1 Da superfície vegetal

Na forma já anunciada, a *superfície vegetal* - que também recebe a denominação de *rústica, agrária* ou *agrícola*[702] – terá aplicação maior pelo Código Civil, apesar de não existir qualquer vedação para tal no artigo 21 do Estatuto da Cidade. Nosso sistema, sem dúvida, se difere da postura adotada em alguns países que – consoante demonstrado ao longo do trabalho – não aceitam o direito de superfície incidente sobre as plantações, sendo a Itália o exemplo mais lembrado[703-704], ou de outra banda, apenas permitem o direito de superfície no âmbito das plantações, como é o atual figurino legal da Argentina.[705]

A expressão *superfície vegetal* que ora adotamos é extensiva, pois inclui não apenas a concessão *ad plantandum*[706] (ou *ad implantandum*), isto é aquela que foi pactuada para efeito de *introduzir* plantações novas no imóvel, mas também para os casos em que o superficiário irá se beneficiar

---

[702] No sentido: Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 73).

[703] A vedação está no artigo 958 do Código Civil italiano, que não é aplaudida de forma unânime pela doutrina, valendo conferir Paolo Vitucci (Contratti agari e dirriti reali. In: Irti, Natalino (Coord.). *Diritto agrario italiano*. Torino: UTET, 1980, p. 255-257). O tema está traçado, rapidamente, no capítulo 3 (direito estrangeiro), aferindo-se, outrossim, situações próximas, como é o caso da Alemanha e de Macau, sendo que, neste último país, apesar de praticamente copiar o modelo português, houve a rejeição da superfície vegetal (artigo 1.417º do Código Civil), contrariando a linha do artigo 1.524 do Código Civil luso.

[704] A fala de Alejandro Borzutzky Arditi de que "*la gran mayoría de las legislaciones rechazan*" a *superfície vegetal* merece ser reavaliada, pois, com o prestígio ao meio ambiente, é muito provável que haja o impulso desta modalidade do direito de superfície (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 147). Além do mais, após a publicação do trabalho em evidência (em 1972), a superfície formada por plantações foi adotada em alguns países, como é o caso do Brasil (Código Civil) e da Argentina (Lei 25.509/01).

[705] Até a data de apresentação do presente trabalho, na Argentina admitia-se apenas a superfície florestal, em ambiente restrito fixado na Lei 25.509/01, muito embora o Projeto de Código Civil que se encontra em discussão abra o leque para admissão do direito de superfície para as construções (artigo 3.153).

[706] Conforme Álvaro Moreira e Carlos Fraga (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 291).

de implantes já existentes[707] seja para fazer benfeitorias ou simplesmente para manter as acessões presentes no instante do início da relação superficiária.[708]

Considerando que no Brasil não existe a possibilidade do direito de superfície perpétuo e dada a clara vinculação a idéia de funcionalização do bem para a circulação de riquezas, não vemos a possibilidade de criar restrições quanto à viabilidade do direito de superfície para a cultura de plantações sazonais.[709]

Em decorrência do bom campo de liberdade que vigora para a concessão superficiária – sendo as cláusulas legais obrigatórias postas

---

[707] Nossa alerta deve-se a discriminação para as duas situações (ligadas à dinâmica da concessão), que pode ser encontrada na doutrina de António de Menezes Cordeiro: "(...) as plantações e obras referidas tanto podem existir ao tempo da constituição da superfície como também podem derivar da actividade do superficiário, posterior a sua constituição. Distinguiremos, por isso, a *superfície vegetal* da *superfície para plantação* (*ad implantandum*) (...)" (*Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 708- 709).

[708] A *superfície vegetal* incidente sobre imóvel com plantação prévia se formará através de concessão de *superfície por cisão* (modalidade que trataremos à frente), aceita tranquilamente em Portugal, em razão do disposto na parte final do artigo 1.524º do Código Civil atual.

[709] Nosso registro se faz em razão de forte corrente na doutrina portuguesa, defendida em especial por José de Oliveira Ascensão, de que *superfície agrícola* somente estará autorizada se seu objeto for uma cultura duradoura, não se permitindo, assim, a concessão superficiária para as plantações temporárias. (*Direito civil*: reais. 5. ed. Reimpressão., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 528). Tanto assim que Pires de Lima e Antunes Varela afirmam que "pelo que respeita às plantações, deve entender-se que não podem ter por objeto vegetais cujo ciclo produtivo se esgote numa colheita anual (caso, *v. g.*, das plantações hortícolas). O regime decorrente do direito de superfície só se justifica para plantações destinadas a perdurar por um período mais ou menos longo" (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 591). No mesmo sentido: Luís A Carvalho Fernandes (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 418) e A. Santos Justo (*Direitos reais.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 390). No Brasil, recepcionado a doutrina lusa: Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 275) e Marco Aurélio S. Viana (*Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 549). Como colocamos no corpo do texto, não nos parece que tal posição deva prevalecer, pois o direito de superfície dará função social à propriedade mesmo em casos de manejo de plantação temporária e, eventual ilegalidade, que venha a conspirar contra a diretriz da funcionalização, será objeto de controle através das cláusulas gerais restritivas previstas nos artigos 1.228, § 1º, e 2.035, parágrafo único, do Código Civil pátrio Ademais, diferente da construção, toda a plantação, inclusive, de cultivo temporário demanda preparação do solo e uma série de situações que poderão ser aproveitadas pelo proprietário, ainda que o ciclo produtivo tenha se encerrado. Próxima a nossa opinião: Diana Coelho Barbosa: "As legislações que admitem a superfície vegetal não fazem expressamente discrímen entre culturas efêmeras e duradouras, nem mesmo a portuguesa" (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 82).

apenas em temas pontuais[710] – é perfeitamente possível que as partes convencionem o pagamento do *cânon* ou *solarium*, previsto no artigo 1.370 do Código Civil, através de frutos obtidos com os implantes[711], em situação próxima a alguns modelos de contratos rurais, com o benefício de o superficiário possuir um direito real que lhe defere, inclusive, a possibilidade de uso da plantação para garantia de empréstimos para o êxito na cultura, ex vi artigo 1.473, X, do Código Civil.

Parece ínsita ao direito de superfície, em especial na *superfície vegetal*, a constituição de acessos necessários para que o superficiário possa ter uso e fruição do implante, pois restará prejudicada a concessão se o superficiário não detiver os meios adequados para o manejo e aproveitamento da cultura.[712]

---

[710] Não obstante estarmos aqui tratando da superfície vegetal, em que se aplica apenas a codificação civil, é bom lembrar que alguns dispositivos do Código Civil e do Estatuto da Cidade têm caráter dispositivo, sem criar, via de talante, ambiente de indisponibilidade para as partes. No entanto, existem também regras que não podem ser flexibilizadas pelas partes, não sendo, assim, dispositivas, como é o caso da impossibilidade de cobrança de pagamento pela transferência (artigo 1.372, parágrafo único, do Código Civil), vedação da concessão perpétua (artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade) e a garantia do direito de preferência (artigos 1.373 do Código Civil e 22 do Estatuto da Cidade).

[711] Caio Mário da Silva Pereira concorda com a possibilidade de pagamento do *solarium* "mediante participação nos frutos (naturais ou civis)" (*Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 244).

[712] O problema aparenta ter solução no Código Civil lusitano: "Art. 1529º - (Servidões) - 1. A constituição do direito de superfície importa a constituição das servidões necessárias ao uso e fruição da obra ou das árvores; se no título não forem designados o local e as demais condições de exercício das servidões, serão fixados, na falta de acordo, pelo tribunal. 2. A constituição coerciva da servidão de passagem sobre prédio de terceiro só é possível se, à data da constituição do direito de superfície, já era encravado o prédio sobre que este direito recaía." O apego ao instituto da servidão – consoante consta do dispositivo – pode causar estranheza, especialmente no que tange ao artigo 1.530º, nº 1, pois, *a priori*, a figura jurídica somente surge a partir de dois *prédios distintos*. Admite-se, assim, ser uma simbologia cogitando que o objeto da superfície poderá '*dominar'* o imóvel do proprietário, para lhe abrir espaço. Por tal passo, Abílio Neto anota que "se a plantação se deve realizar em local de prédio rústico sem qualquer comunicação com a via pública, a servidão de passagem está automaticamente criada, só sendo necessário designar depois o local e demais condições de exercício, se isso não constar do título (*Código Civil anotado*. 11. ed. Lisboa: Ediforum, 1997, p. 1.044). Registre-se que a questão não é pacífica na doutrina portuguesa, consoante afirma o autor citado (Ibidem, p. 1044). De toda sorte, nos parece adequada a lição de Pires de Lima e Antunes Varela ao comentar o artigo 1.529° do Código Civil luso: "O princípio formulado no n° 1 representa o simples corolário, uma idéia geral há muito assente entre os autores: o reconhecimento de um direito envolve a atribuição de meios indispensáveis ao eu gozo normal. Este pensamento encontra-se explicitado em vários textos do direito romano, dos quais é particularmente citado o que se refere ao legado de usufruto: *usus fructus adminiculis eget, sine quibus uti qui non potest: et ideo si usus fructus legetur, necesse es tamen ut sequatur eum aditus...* (D., 7.6., 1.1)" (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 597). O italiano Francesco Messineo, apesar de não ser

Certamente que pela aptidão, dificilmente teremos uma *superfície vegetal* em solo urbano. Contudo, deve ficar evidenciado que o artigo 21 do Estatuto da Cidade não é restritivo para as construções, o que abre espaço – imune de dúvidas – para eventual *superfície rústica* nos limites urbanos[713]. Não podemos descartar, em exemplo, a concessão superficiária para a feitura de pequenas reservas ambientais, com o reflorestamento de áreas urbanas que antes emanavam vegetação nativa. O modelo atende o princípio da função social da propriedade e, mesmo que esta singular plantação não busque a colheita de frutos, no seu sentido estrito, estará inserindo o imóvel dentro de plano positivo não só para o proprietário (que poderá estar recebendo contraprestação pela concessão), mas também para a sociedade que, sem dúvida, se beneficiará com o resultado daquele pacto. Neste sentido, apesar de hipóteses não muito alargadas, cremos ser viável se pensar em *superfície vegetal* no âmbito das cidades, pois, repita-se, não há qualquer vedação no artigo 21 do Estatuto da Cidade.[714]

Por fim, neste tópico, ousamos não concordar com a crítica feita pelo saudoso mestre Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que deveríamos ter seguido o sistema italiano, de modo a não incluir na codificação o direito de superfície vinculado às plantações, pelos

---

tão claro, parece entender que há a formação de servidão *(Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: AJEA, 1979, v. 3, p. 421).

[713] Ricardo Pereira Lira também entende que "as normas do estatuto da Cidade não prevêem expressamente a possibilidade da superfície vegetal, quando nada parece impedir que se façam concessões *ad plantandum* no perímetro urbano, sobretudo quando a agricultura doméstica se apresenta como recurso válido para as populações de baixa renda" (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 555).

[714] Até porque concordamos com José de Oliveira Ascensão (*Direito civil*: reais. 5. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 528) e Luís A Carvalho Fernandes (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 418) que afirmam que a superfície vegetal não precisa ser necessariamente uma *plantação*, no sentido genérico de grupo de árvores, sendo perfeitamente admissível a concessão para exemplares solteiros. A postura permite, em exemplificação, o direito de superfície para manutenção de determinadas árvores por pessoa que não o proprietário do solo, em decorrência da sua importância histórica ou para o ambiente local. Assim, nas cidades seria possível se pensar, inclusive, em concessões vegetais para que empresas (na qualidade de superficiárias) venham cuidar (=*manter*) árvores localizadas em áreas públicas, como é o caso dos parques urbanos, em atitude de responsabilidade social.

inconvenientes que gera tal atividade, que acaba por facilitar os litígios.[715] Nossa nação tem vocação para a cultura da terra e a superfície agrícola, modelo rejeitado pelo ilustre jurista, não só pode ser útil na busca da função social da propriedade, como também pode servir de instrumento para produção de divisas e riquezas para toda a sociedade. Isso sem contar o ótimo papel que o instituto pode ter na regularização de relações que se identificam com a *superfície vegetal*, como é o caso da exploração de cocos no nordeste.[716-717]

12.1.2 Da superfície construtiva

A *superfície construtiva* – também tratada como *edificativa* ou *edilícia*[718] – está prevista expressamente no artigo 1.369 do Código Civil, não constando, contudo, ao menos de forma literal, do artigo 21 do Estatuto da Cidade. A expressão *superfície construtiva* se afigura adequada em boa parte das situações, mas acaba tendo que receber interpretação ampliativa, pois tal modalidade de superfície absorve bom cardápio de questões que, literalmente, não estariam no corpo do artigo 1.248, V, do Código Civil, como construção.

O *direito de construir* e o *direito sobre a construção* não podem ser tratados de forma gramatical ou serem conduzidos pela idéia estática

---

[715] *Instituições de direito civil*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 244. Na realidade, Caio Mário da Silva Pereira sempre foi um grande crítico do direito de superfície, discordando da sua inclusão no sistema legal brasileiro (há algumas referências no presente trabalho a respeito, no capítulo sobre evolução do instituto no Brasil).

[716] Exemplo bem colocado por Pontes de Miranda ao lamentar o descarte da figura do ventre do Código Civil de 1916 (*Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 385-386).

[717] Luiz da Cunha Gonçalves, por sua vez, dá o exemplo das velhas oliveiras de Portugal, muitas já vendidas para terceiros, ou seja, outros que não o dono do solo, fazendo-se as marcações através das iniciais dos superficiários (= *aqueles que adquiriram os direitos sobre as oliveiras*) (*Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 419).

[718] No sentido: Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 543).

envolvendo o conceito de *'prédio'*, até porque na legislação nacional não se prestigiou tal palavra nos dispositivos que tratam do direito de superfície. Ocorre que, apesar de não se valer do termo *'prédio',* nosso ordenamento não deixa evidente o que seria o objeto da *superfície construtiva*.

Com efeito, o Estatuto da Cidade não sinaliza o tipo de implante que deve ser considerado para a *superfície construtiva*, pois se silencia, de forma absoluta, nos seus artigos 21 e 24. O Código Civil, por sua, vez, embora não seja explícito, aponta para o termo *'obra'* no parágrafo único do artigo 1.369 e para a palavra *'construção'* no artigo 1.375, nos remetendo a interpretação que conjuga estas duas passagens.

Afastando-se a idéia que apenas o *prédio* pode ser objeto da concessão construtiva e levando-se em conta o *princípio da operabilidade* (para recepcionar o instituto como útil e de aplicação simples), sem esquecer da função social da propriedade que deve orientar qualquer hermenêutica no sentido, pensamos que serão alvos dessa modalidade de *superfície* os implantes que foram levados a cabo pelo homem à base do imóvel alheio, de modo significativo, capaz de *individualização própria*[719] e que conduzam a *funcionalização da acessão*, como é o caso, por exemplo, de uma quadra esportiva ou de um cercado para animais.[720-721]

---

[719] Não há direito de superfície sem a *individualização* da coisa que está cravada no imóvel alheio, estando correta a advertência de Martín Wolff de que: "*La edificación cuya tenencia es contenido de derecho de superficie, ha de estar determinada por su especie: un derecho a tener 'una edificación de cualquier clase' seria demasiado impreciso*" (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 3).

[720] Pires de Lima e Antunes Varela que também fazem sua reflexão sobre o uso do legislador da palavra *'obra'* nos dispositivos sobre direito de superfície: "O termo *obras*, mais amplo do que a expressão *edifícios* e até do que o vocabulário *construções*, mostra que o direito de superfície pode ter por objeto não só os *edifícios* ou prédios urbanos (destinados a habitação à instalação de qualquer estabelecimento comercial, quiosque, posto de venda de combustíveis, etc.) mas também outros tipos de *construções* (como pontes, diques, muros, monumentos; cf. Wolff, *ob., vol.* e *loc. Cits.*) e até de *obras* (como o banco de uma igreja, as vigas do caminho de ferro, os carris ou os cabos dos elétricos) que não sejam propriamente uma *construção*, no sentido usual do termo. Essencial é que a obra esteja unida ou ligada ao solo alheio; de contrário, se, por exemplo, a ponte tem pilares assentes em terreno próprio e panas o tabuleiro corre sobre terreno alheio, ou se a varanda pende sobre terreno de outrem, mas está encravada no prédio de seu dono, poderá haver um direito real de servidão, mas não de superfície" (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 590-591).

[721] José de Oliveira Ascensão, ao observar a palavra '*obra'* constante em dispositivos do Código Civil de Portugal sobre direito de superfície, faz a seguinte interpretação: "Começando pelo respeitante à *obra*, a lei fala em construir uma obra (art. 1524º); e uma obra construída se refere

Dessa forma, fica evidenciado que em alguns casos, as obras poderão criar resultados que não sejam exatos à clássica conceituação de prédios[722], hipóteses estas que, no entanto, não poderão ser desprezadas para fins do direito de superfície, pois gerarão implantes com *individualização, funcionalização* e erigidos em terreno alheio.

Em alguns casos, contudo, sem afastar o instituto do direito de superfície, pensamos que pela natureza do objeto superficiário será preferível tratar este como *superfície especial*, ainda que com aplicação das regras e da inteligência da *superfície construtiva*, com as particularidades do caso concreto, conforme veremos adiante no item próprio.

De outro giro, é interessante notar que no âmbito do que se entende como *construções*, a *superfície construtiva* pode apresentar variações topográficas bem mais amplas do que a *superfície vegetal* em relação ao imóvel (objeto da concessão). Com efeito, a questão da concessão sobre o subsolo e a possibilidade do direito de superfície por *sobrelevação* estão ligadas às construções, não tendo afinidade – de maneira ordinária – com a *superfície vegetal*.

Quando falamos em *superfície construtiva*, do mesmo modo que fizemos na seara da *superfície vegetal*, estamos utilizando a expressão de modo ampliativo para abrigar as duas fases do direito de superfície no particular, ou seja: a) o *direito de implantar* (= direito de *construir*) que é

---

constantemente, mera implantação no solo não é suficiente para fazer funcionar o dispositivo legal; e como o direito de superfície representa a outra face da acessão, acrescentaríamos ainda que não é qualquer implantação que basta, mas só *a implantação que faria funcionar a acessão*. Por outro lado, a coisa construída não tem de ser efectivamente um prédio urbano, mas tem pelo menos de *poder ser objeto de servidões activas*, que o art. 1529º/1 faz derivar da constituição da superfície. Isto significa que não é qualquer coisa implantada que pode ser o objeto do direito de superfície" (*Direito civil*: reais. 5. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 528).

[722] No sentido: Martín Wolff (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 3) e Luís A Carvalho Fernandes também parece concordar (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 418).

chamado comumente de *superficie adedificandum*[723]; b) o *direito ao implante* (= direito sobre a construção já existente no imóvel)[724], com a suspensão do princípio *superfícies solo cedit*, para que o superficiário faça benfeitorias ou simplesmente mantenha a acessão[725]. Assim, o termo *superfície construtiva* é utilizado para qualquer das fases do direito de superfície.

Outro ponto que merece registro é a submissão da *superfície construtiva* (e, via de conseqüência, do superficiário) à toda legislação que regula as construções, seja para a sua introdução, ampliação ou até mesmo melhoramentos (conforme o seu grau), premissa esta que pode ser extraída da interpretação do artigo 21, § 1º, do Estatuto da Cidade e do artigo 1.228, § 1º, do Código Civil, pois a propriedade se sujeita a um feixe múltiplo de disciplinas, notadamente para os casos de edificação.[726]

Saliente-se, em derradeiro, que a *superfície construtiva* não pode ser trazida como sinônimo de *superfície urbana*, pois tal raciocínio não terá amparo legal, e desprezará que em muitas ocasiões poderá ser tal modalidade utilizada em imóvel rural, para fins de edificação ou manutenção de obras já realizadas, como é o caso dos paióis, armazéns e abrigos para maquinário.

---

[723] Conforme Álvaro Moreira e Carlos Fraga (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 291).

[724] António de Menezes Cordeiro faz a diferenciação entre os dois momentos da *superfície construtiva*, chamando de superfície *ad inaedificandum* a concessão que autoriza a construção e de *superfície edificada* a que permite a manutenção da construção (*Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 709).

[725] A *superfície construtiva* em imóvel com construção anterior se dará por *superfície por cisão* (modalidade que trataremos adiante), prevista textualmente nas codificações de Portugal (1.524º) e da Itália (artigo 952).

[726] No Código Civil de Portugal, que admite o direito de superfície por *sobrelevação*, o artigo 1.526º prevê a sujeição das regras da propriedade horizontal, que levará o construtor (superficiário) a figurar como condômino. No sentido, entre vários, confira-se: A. Santos Justo (*Direitos reais.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 390).

12.1.3 Da superfície mista

Como já antecipamos, é possível a cumulação na mesma concessão superficiária de questões que envolvam plantações *e* construções, em especial quando se tratar de imóvel rural e atividade a ser exercida exigirá o apego à dupla de acessões artificiais. A concessão para a plantação de extensa área reclamada – provavelmente – o apoio da *superfície construtiva*, autorizando-se, em exemplo, a introdução de novos prédios para armazéns, hospedaria para empregados, áreas para manutenção e guarda de veículos, sem contar a feitura de trechos de estradas, necessários para uma melhor logística. Este exemplo está marcado por um misto de situações que irão afastar a concessão superficiária dos adjetivos *puristas* de *vegetal* ou *construtiva*.

A possibilidade de *concessões mistas* é tranqüilamente permitida através da boa leitura do artigo 1.369 do Código Civil que – apesar do uso da conjunção alternativa *ou* – não traz vedação[727], tal como os dispositivos do Estatuto da Cidade, muito embora sem um campo tão amplo para tal mescla.

Em arremate, como a legislação não faz distinção específica sobre dispositivos que devem ser aplicados apenas para o caso de *superfície vegetal* ou para a hipótese de *superfície construtiva*, não terá dificuldade extra a interpretação da concessão mista, aplicando-se os ditames do direito de superfície que são genéricos, isto é para todo e qualquer tipo de pactuação.

---

[727] Admitindo a *superfície mista* – ainda que sem assim rotulá-la – Carlos Roberto Gonçalves leciona: "Destaque-se que a disjuntiva *ou* (construir *ou* plantar) não foi empregada no art. 1.369 com sentido restritivo. Nada impede que o proprietário concedente e o superficiário convencionem que a convenção terá por objeto o direito de construir *e* plantar" (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 411). No mesmo sentido: Joel Dias Figueira (*Novo Código Civil comentado*. 4. ed. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.252).

12.1.4 Da superfície especial

Dentro do grande cartel de relações jurídicas que se forma no nosso sistema contemporâneo, o direito de superfície pode ser peça importante para a formatação de certos negócios jurídicos que, pela inadequação aos tipos reais mais conhecidos, ficam restritos ao campo dos direitos pessoais, não obstante o vínculo se estender às faculdades inerentes a determinado bem que está cravado no imóvel de outrem.

Note-se que, muito embora o objeto dessas relações jurídicas gravite nos poderes que devem ser exercidos sobre '*coisa'* que está alocada em propriedade alheia, nem sempre esta *'coisa'* se afina plenamente com os conceitos de plantações ou construções (no seu sentido *estrito*), fazendo com que – em atitude intuitiva – haja o prematuro descarte do direito de superfície para regular aquele vínculo. Este quadro, contudo, não é suficiente para afastar a aplicação da figura em questão se for empregada interpretação moderna e que venha prestigiar o instituto.

Para tanto – consoante já antecipamos – mister se faz que a concepção do *bem superficiário* (= *implante*) não seja apegada a restrita idéia de plantações, prédios, obras e construções. Neste diapasão, admitir-se-á o direito de superfície sobre nova perspectiva conceitual de 'implante' que deverá – necessariamente – congregar três requisitos:

(a) tratar-se de coisa que possa ser *individualizada*;
(b) ter *função própria*;
(c) esteja cravada em imóvel pertencente a outrem, na qualidade de proprietário.

Esta tríplice conjugação, respeitando as variantes da situação peculiar e os pilares do direito de superfície[728], é o que basta para a configuração daquilo que chamamos de *superfície especial*[729]. Conseguiremos, seguindo a assertiva supra, trazer para o direito de superfície algumas questões que estão desabrigadas de cobertura de direito real, mas que podem perfeitamente se adequar, como é o caso – antecedentemente divulgado – das cadeiras cativas em arenas de esportes ou espaços culturais[730-731]. As possibilidades são muitas[732], admitindo-se a elasticidade do objeto da concessão de acordo com a trinca que acima fixamos, mantendo-se, obviamente, a célula da figura jurídica, através de

[728] Estão no núcleo do direito de superfície previsto no Brasil as seguintes características: a) é *um instrumento que necessita funcionalizar o imóvel;* b) *é direito real sobre coisa alheia;* c) *tem incidência limitada aos imóveis;* c) *possui ampla transmissibilidade; d) não pode admite concessão perpétua.* No tema, confira-se os capítulos 8 (natureza jurídica) e 9 (outras características do instituto).

[729] Próximos: Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 590-591). Francesco Messineo apresenta extenso rol de situações que, ao seu ver, estariam aptas a serem reguladas pelo direito de superfície, entre os quais "*el derecho de tener banco in Iglesia*" *(Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: AJEA, 1979, v. 3, p. 430).

[730] No sentido, José Carlos Moreira Alves já se manifestou pela viabilidade do instituto para as concessões das cadeiras cativas (Conferência inaugural. In: Jornada de Direito Civil. 11 a 13, set. 2002, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 22-23), posição compartilhada por Paulo Roberto Benasse (*O direito de superfície e o novo Código Civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 94), encontrando a mesma aceitação em autores estrangeiros, citando-se, em exemplo, Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 591), Luiz da Cunha Gonçalves (*Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 417).

[731] Contra, com interpretação restrita do artigo 1.369 do Código Civil, confira-se a posição de Luiz Guilherme Loureiro: "nem toda coisa e qualquer forma de incorporação pode ser considerada uma 'obra' ou 'construção', termos utilizados pela lei (v. ar. 1.369, do CC). Mera implantação no solo, como é o caso de uma cadeira de teatro ou em estádio de futebol, não pode ser objeto de direito de superfície" (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 275). Próximo: Marco Aurélio S. Viana (*Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 548).

[732] Luiz da Cunha Gonçalves indica o direito de superfície incidindo sobre "monumentos funerários e jazigos, bancos de igreja, camarotes, cadeiras de teatro" (*Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1, p. 416-419). Na mesma linha: Giovanni Pugliese (*Commentario del Codice Civile*: libro terzo: della proprietà (art. 810-956). 4. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1976, p. 595-596) e Mario Zaccagnini e Antonio Palatiello (*Enfiteuse. Superfície. Oneri reali*. Napoli: Jovene, 1984, p. 275-283). Próximos, Alessandro Barca e Corrado Marvasi admitem a possibilidade de se constituir um direito de superfície sobre palcos de teatro e capelas privativas em cemitérios (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 478-480 e p. 515-520 – Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon).

suas características nucleares já examinadas que acabam sendo reiteradas na tríade de aqui fixamos para a *superfície especial.*

Dada as amplas possibilidades, firma-se com o instituto um vetor útil, com boa flexibilidade, que permitirá segurança para algumas relações jurídicas, que passarão a estampar vínculo de direito real, com maior proteção – sem dúvida – ao superficiário.[733]

[733] No exemplo das cadeiras cativas, superficiário – com o direito real de superfície – excluiria a sua *propriedade superficiária* de eventual constrição judicial contra o proprietário do estádio, podendo ainda, de outra banda, se imaginar que esta mesma cadeira serviria de garantia para um pequeno empréstimo pleiteado pelo superficiário junto a uma instituição bancária, situações que, em princípio, seriam embaraçadas se o vínculo for puramente de direito pessoal.

13 A CONCESSÃO SOB A ÓTICA DA *DINÂMICA SUPERFICIÁRIA*

O direito de superfície se notabiliza por propiciar ao superficiário, através da suspensão dos efeitos do princípio *superficies solo cedit*, poderes em muito amoldados aos do proprietário em relação ao implante que se encontra em solo alheio. A premissa é devidamente aceita nos ordenamentos legais que tratam do instituto em vários países, caracterizando este como *direito real autônomo*, ou seja, uma espécie própria no rol dos direitos reais.[734]

Alguns diplomas de outras nações tiveram o zelo de depurar, nas suas respectivas normas legais, as duas fases em que é possível que superficiário venha a exercer direitos sobre o *solo*[735] da propriedade alheia[736]. A ressalva é relevante, pois se o objetivo mor da concessão é o *destaque excepcional das acessões*, para que estas sejam absorvidas pelo superficiário em sua esfera patrimonial – com poderes de potência de proprietário[737] – duas trilhas são traçadas para que tal aconteça, a saber:

> (a) No caso de imóvel em que já existem implantes, a concessão atuará imediatamente para a *suspensão* do princípio *superficies solo cedit* em relação a estes, permitindo que as acessões sejam *"transferidas"* da órbita jurídica da propriedade (*isto é, do proprietário*) para o concessionário que passará, a partir do aperfeiçoamento do direito real em voga, a deter poderes inerentes

---

[734] Sobre a *natureza jurídica* do direito de superfície, confira-se o capítulo 8.
[735] O termo '*solo'* deve ser entendido como '*base'* da propriedade.
[736] Os exemplos mais importantes (e citados diversas vezes neste trabalho) são os artigos 1.524º do Código Civil de Portugal e 952 do Código Civil da Itália, com diplomas na mesma direção, como é o caso do Código Civil de Macau (artigo 1.417º). Sem prejuízo, a mesma interpretação é possível também em outras codificações, como é o caso do Código Civil do Peru (artigo 1.030º) e do Código Civil do Japão (artigo 265).
[737] Situação que nos mostra a singularidade do direito de superfície, afastando-o de outros institutos como o *usufruto*, pela falta de comandos com os predicados de proprietário.

às plantações e/ou construções, de forma destacada da base imobiliária (que continua retida com o proprietário);[738]

(b) Não se vislumbrando no imóvel a presença de implantes prévios, a concessão será mais complexa, pois, antecedentemente, se pactuará que o superficiário deverá ficar responsável pela introdução das acessões, que já surgem sobre o efeito da suspensão do *principio superfícies solo cedit,* adentrando estas no seu patrimônio jurídico, conforme convenção que venha ser levada a cabo pelas partes.

Em ambas situações, é importante que o intérprete observe que o objetivo do direito de superfície está em propiciar ao superficiário uma situação de poder por este sobre o implante, passando, assim, a mantê-lo na sua redoma patrimonial.[739]

13.1 Da relação superficiária simples (por cisão) e complexa: pontos fundamentais

Do exposto até agora, é possível concluir que, se o escopo do direito de superfície é o de propiciar ao concessionário os *poderes inerentes ao implante*, mantendo-o na sua órbita jurídica, dois caminhos

---

[738] Pode se pensar também na *cisão inversa*, em que o proprietário mantém para si as acessões, passando a figurar como *superficiário,* alienando, ao seu turno, o direito de propriedade do solo. Ricardo Pereira Lira cogita a possibilidade, ao afirmar que "Essa modalidade [*superfície por cisão*] parte de um imóvel construído ou plantado, no qual se tenham operado os efeitos da acessão. O dono do imóvel retém em seu domínio o terreno e transfere a outrem que passa a ser superficiário, a propriedade da construção ou plantação. *A nós parece inexistir obstáculo no sentido de que a operação se desenvolva inversamente: o dono do imóvel transfere a outrem a propriedade do terreno e retém o domínio da construção ou plantação, passando, assim, a assumir a condição do superficiário*" (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 543, - destacamos). Paulo Nader parece também admitir a *cisão invertida* (*Curso de direito civil*. Rio de Janeiro; Forense, 2006, v. 4, p. 365).

[739] Assim, jamais pode se pensar em *direito de superfície*, sem o *direito de 'manter o implante*'. Parecendo concordar, confira-se: Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 153-155).

podem ser seguidos na concessão superficiária, sendo um mais *simples* (tendo apenas uma fase) e o outro mais *complexo* (pois terá duas etapas). A primeira opção parte de uma *cisão temporária* de implantes já existentes do solo, enquanto a segunda possibilidade, não obstante iniciar também já operando a *suspensão do princípio superficies solo cedit*, terá efeitos diferidos sobre o *direito sobre a acessão*, surgindo este na medida em que o implante for sendo introduzido no imóvel do proprietário. Há, nessa segunda hipótese, um misto de situações que decorrem da concessão: *o direito de implantar* e o *direito sobre o implante que for introduzido pelo superficiário.*

Da síntese apertada que fizemos, depreende-se que o direito de superfície poderá se apresentar, *no plano da dinâmica,* basicamente sobre duas formas:

> (a) *Relação superficiária simples*, fixando-se na concessão a separação dos implantes já existentes do solo, em operação singular – de *cisão* – para que o superficiário alcance os poderes respectivos às acessões, de forma separada ao solo;[740]
> (b) *Relação superficiária complexa*, quando for necessário que o concessionário introduza no imóvel o implante, uma vez que, no momento do pacto, a acessão que aquele exercerá os seus poderes não está cravada no imóvel (concessão *adedificandum e/ou adplantandum).* O superficiário terá, portanto, que criar o ambiente favorável para o efetivo exercício do direito de superfície, pois somente poderá retirar *bônus* da concessão a partir da existência do implante.

[740] Note-se, por relevante, que já estando presente o implante, pode ser feita concessão para que o superficiário introduza benfeitorias neste, situação que não gerará, a *priori*, relação *complexa*, tendo em vista que não será necessário *criar* o implante para exercer os poderes sobre ele, mas apenas de *melhorá-lo*, razão pela qual tratamos a situação como *relação jurídica simples qualificada*, conforme mais adiante será tratado no presente capítulo ao apreciarmos a questão do direito de superfície por *cisão* e as *benfeitorias*.

Frise-se que, mesmo na relação tida como *complexa*, a suspensão dos efeitos do *princípio superficies solo cedit* já começa vigorar desde o momento inicial da concessão, e os direitos efetivos quanto ao implante irão se dinamizar em favor do concessionário na medida em que este vá se introduzindo no imóvel alheio. Tanto é verdade que – em nada se prevendo em contrário na pactuação – poderá o superficiário alienar o seu direito de superfície antes mesmo de finalizado o implante e, neste caso, as obras e plantações até então efetuadas serão levadas em conta no preço, pois já pertencem – de forma destacada – ao concessionário.

Se o *princípio superficies solo cedit* não for suspenso desde o momento vestibular da concessão do direito real, qualquer negociação envolvendo o direito de superfície, em especial quanto aos implantes inacabados, não terá o superficiário como beneficiário, mas sim o proprietário, numa contradição flagrante à estrutura do instituto. Por tal passo, repetimos, o *princípio superficies solo cedit* se encontrará suspenso desde o início da concessão, ainda que não existam implantes naquele momento, pois esta *suspensão* é que inibirá que as futuras acessões sejam automaticamente absorvidas pelo proprietário.

13.2 Da interpretação dos artigos 1.369 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade: possibilidade de concessão *simples* (*por cisão*) e *complexa*

Os dispositivos que tratam da configuração no direito de superfície no Brasil não são muito claros na indicação da existência de duas possibilidades distintas para a concessão superficiária (vínculo simples e vínculo complexo). Senão vejamos:

O artigo 1.369 do Código Civil, em seu *caput*, apenas prevê a possibilidade do proprietário autorizar que terceiro venha a construir ou plantar em seu imóvel, nada sinalizando quanto aos poderes sobre os implantes. Contudo, não é crível que o direito de superfície vá se fechar apenas nesse direito de implantar previsto na cabeça da norma em questão, sendo intuitivo que o exercício será feito para que o superficiário possa - em relação ao implante erigido em solo alheio – deter poderes equiparados aos do proprietário, interpretação esta que tem amparo nos artigos 1.373, 1.375 e 1.376 do Código Civil, na medida em que os dispositivos qualificam patrimonialmente, cada qual no seu espectro, este direito.[741]

A observação indica que o legislador civil admitiu – muito embora com redação pouco límpida – o direito de superfície com *relação complexa* (= *direito de implantar* + *direitos sobre o implante*), eis que, como dissemos, seria despropositada a idéia de que a concessão se fecha na primeira fase da concessão (*ad plantandum* e/ou *ad edificandum*), dando-se cabo ao direito do superficiário sobre o implante.

Projetando nossa análise para o Estatuto da Cidade, logo num primeiro momento, também se verá que a redação do seu artigo 21 não segue o modelo descritivo do direito estrangeiro que, de forma didática, prestigia indicação da concessão superficiária nos dois modelos (*relação simples* e *relação complexa*). No entanto, numa segunda leitura do referido dispositivo da Lei 10.257/01, se notará que o legislador deixou a bandeja aberta para que o direito de superfície seja implementado em qualquer das duas modalidades. Isso porque, a referida norma dita que o *"proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície de seu terreno"*, nada sinalizando (ou melhor, sem nada restringir) a forma com que ocorrerá

[741] Não é à toa que o, nos termos do Código Civil, o superficiário possui direito de preferência na aquisição do solo – artigo 1.373, direito à indenização ao fim da concessão (se pactuada) – artigo 1.375, e direito à rubrica expropriativa nos limites do seu direito real – artigo 1.376.

a suspensão do princípio *superficies solo cedit*. Não se vislumbra a toda evidência, no artigo 21 do Estatuto da Cidade que o direito de superfície somente poderia ser utilizado a partir de uma relação complexa, compelindo que o superficiário – para alcançar tal direito real – esteja obrigado a implantar no terreno do proprietário ou que este sempre será um 'imóvel vazio'.

Não suficiente a falta de indicação proibitiva no artigo 21 da Lei 10.257/01, há outro ponto de observação importante neste diploma, e que reforça a possibilidade de feitura de pacto superficiário incidindo sobre imóvel já com acessão. Com efeito, o artigo 24 do Estatuto da Cidade prevê que no momento da *reversão*, ou seja, no instante que o proprietário recupera o imóvel pelo fim do prazo da concessão, este irá agasalhar em seu patrimônio não só as acessões que estão na superfície, mas também as *'benfeitorias introduzidas no imóvel'*, que são figuras que somente são introduzidas na forma de *melhoramentos* a bens que já tem individualização.[742]

---

[742] Em singela tentativa de comparação distintiva entre benfeitorias e acessões guiadas pelos artigos 96, 97 e 1.248 do Código Civil, podemos dizer que os institutos se diferem, grosso modo, por dois motivos. Inicialmente, deve se observar que as benfeitorias referem-se aos *melhoramentos* ou *acréscimos* de bem já existente. Tanto assim que do artigo 96 do Código Civil tem-se as benfeitorias necessárias são lançadas para *conservar* ou *evitar* que o bem se deteriore, enquanto a benfeitoria útil, por sua vez, tem motivação no aumento ou na facilitação do uso do bem, e por fim, as benfeitorias voluptuárias são aquelas ligadas ao mero deleite ou recreação. As acessões, de forma diversa, são tratadas como situações novas, não podendo ser vistas apenas como *melhoramento*s ou *acréscimos*, razão pela qual são consideradas como forma de aquisição da propriedade e tratadas, em certos institutos (como o direito de superfície – art. 1.369) como *implante*, isto é, como aquilo que será introduzido (plantação ou construção). Em segunda faceta de divergência, vê-se que as benfeitorias, qualquer que seja a sua classificação, nos termos do art. 97 do Código Civil, decorrem diretamente (e apenas) da força humana (proprietário, possuidor ou detentor). Diferentemente, a acessão não surge tão somente da atividade humana, mas também de eventos da natureza. Se a acessão for puro resultado na natureza é tratada como *acessão natural* (art. 1.248, I-IV), sendo considerada como *acessão artificial* quando surgir em decorrência direta da atividade humana (art. 1.248,V). Para o direito de superfície a única acessão que importa é a *acessão artificial.* Embora se constatem diferenças, também se percebe que há situação comum entre as benfeitorias e acessões artificiais, pois ambas decorrem da interferência humana, ficando apenas a diferença de que a acessão representará sempre *implante* novo. A par das semelhanças e visando evitar eventual locupletamento ilícito por parte do proprietário, acaso venha a ser beneficiado com acessão comprovadamente necessária ou útil, os embargos de retenção poderão ser utilizados não apenas para as hipóteses de benfeitorias, mas também para as de acessões. No sentido, encontra-se o enunciado 81 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal ["O direito de retenção previsto no art. 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias

Ora, se o imóvel se encontrava *'nu'* (=vazio), as acessões absorvidas ao final na reversão são implantes novos, isto é situação inexistente no momento da concessão superficiária. Assim, ao se cogitar em *'benfeitorias*', o retorno ao ponto inicial do pacto demonstrará que, naquele momento, o imóvel já teria alguma acessão que foi *melhorada* pelo concessionário no curso da relação superficiária, isto é introduzindo este *benfeitorias* naquilo que já se encontrava *implantado* no instante que passou a vigorar o direito real de superfície. Não poderia cogitar em *benfeitorias* sobre um *'imóvel vazio'.* Logo, o artigo 24 do Estatuto da Cidade está simétrico ao artigo 21 da mesma lei, deixando evidente que o direito de superfície poderá alcançar imóvel que já possui alguma acessão na data da concessão (*superfície por cisão*).

Retornando ao Código Civil, com a iluminação interpretativa do Estatuto da Cidade e a própria essência do direito de superfície, tem-se também que o vacilo redacional do legislador não cria embaraço para a relação *superficiária simples,* isto é a decorrente de *cisão* de acessão já constante do imóvel. De plano, tal qual no artigo 21 da Lei 10.257/01, não há no artigo 1.369 (ou outro qualquer) do Código Civil vedação expressa a tal modalidade de concessão[743-744] e, a partir de aferição mais panorâmica da codificação, qualquer interpretação restritiva para afastar a *superfície por cisão* estaria desalinhada à diretriz da função social da propriedade e ao princípio da operabilidade, ambos norteadores do diploma codificado de 2002. [745]

---

necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias"]". Há também jurisprudência no sentido: "As acessões, para efeito do disposto nos arts. 516, CC e 744, CPC, equiparam-se a benfeitorias" (STJ REsp. 66.192/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 21.06.1995, *DJU*, de 04.09.1995, p. 27837).

[743] Semelhante, Francisco Eduardo Loureiro, com olhos no artigo 1.369 do Código Civil, afirma: "Não prevê a lei, mas também não proíbe uma ou outra modalidade de superfície por cisão" (*Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.259), mesma observação feita por Paulo Nader (*Curso de direito civil*. Rio de Janeiro; Forense, 2006, v. 4, p. 365).

[744] Seria – no mínimo – estranho dizer que o nosso sistema admite o direito de superfície mais complexo (com duas fases), mas rejeita a concessão por *cisão*, de natureza mais simples (possui apenas uma fase).

[745] Confira-se capítulos 5 e 6 do nosso trabalho.

Com efeito, o raciocínio limitado – adotando-se postura muito mais literal do que *operativa* – pode mutilar uma faceta de grande utilidade do instituto, pois o direito de superfície visa funcionalizar o imóvel alheio, qualquer que seja a situação, pouco importando estarem os implantes totalmente já cravados ou mesmo em fase intermediária, sem conclusão. Está é uma característica consagrada da figura jurídica nos ordenamentos estrangeiros, não podendo ser subtraída na sua aplicação em nossa nação, mormente em razão dos pilares que sustentam o atual Código Civil.

A demonstrar a utilidade da *superfície por cisão* (e sua simetria com a função social da propriedade), imagine-se, por exemplo, o proprietário que herdou um grande prédio já pronto, mas que não detém condições de mantê-lo, dado o grande custo para tanto. Ou, em situação próxima, o proprietário que possui área rural de extensão razoável, e que está sem qualquer condição de arcar com os custos da manutenção. Com o direito de *superfície por cisão*, ambos imóveis acima colocados em exemplificação, terão mais chance de ficar na *esfera produtiva*, em razão das vantagens que propiciará ao superficiário, em razão dos modelos habituais.[746]

No campo dos implantes inacabados, mais fácil ainda se verificar a vocação social do direito de superfície, pois o instituto permitirá a retomada de obras paralisadas, propiciando, outrossim, que culturas iniciadas não sejam desperdiçadas. A *superfície por cisão* possibilita, como se vê, não

[746] Apenas para confirmar, na compra e venda haverá um dispêndio financeiro alto, cujos recursos poderiam ser direcionados para o próprio implante. No arredamento, por sua vez, ocorreram os riscos normais dos direitos pessoais, como é o caso de dívidas ligadas ao proprietário venham causar embaraço no imóvel, alcançando – por conseguinte – o implante, em caso de penhora judicial em exemplo. Ademais, na locação a acessão não poderá ser – isoladamente - objeto de garantia para angariar recursos para atividades relacionadas ao manejo do imóvel, situação que se permite no direito de superfície.

apenas a *manutenção* do *status* dos implantes, mas também o seu arremate ou ainda a sua melhoria, através da inserção de benfeitorias.

Pensar em inverso significa adotar postura involuntária de conspiração ao quadro *funcional* que a propriedade deve agregar, redundando em situações que beiram o absurdo para se atender a um (falso) comando literal da lei, em total desapego ao *princípio da operabilidade*.[747]

As questões anunciadas na parte inicial do nosso trabalho têm importância, justamente, para nos pontos nervosos do Código Civil nos valermos da sua principiologia, pois esta nos abrirá caminho para a hermenêutica mais adequada[748]. Dessa forma, não podemos nos limitar a pura interpretação gramatical do artigo 1.369 do Código Civil (ou mesmo a pouco esclarecedora redação do artigo 21 do Estatuto da Cidade) para afastar a *superfície por cisão*, modalidade que é ínsita ao instituto e com maciça aplicação nos países com mais tradição, eis que tal caminho será

---

[747] Se existe um prédio iniciado, com projeto já aprovado junto aos órgãos responsáveis, não poderia o superficiário dar continuidade as obras já existentes? Há quem sugere, nessa situação, que o direito de superfície somente poderia ser instalado a partir da demolição do que já foi construído, em total desperdício financeiro e que, por vezes, pode embaraçar a nova construção (por exemplo, mudanças de regras de gabarito vertical ou afastamentos laterais para obras novas, mantendo-se o sistema apenas para as já iniciadas). Com absoluto respeito, é censurável a posição de Carlos Roberto Gonçalves quando, ao analisar o artigo 1369 do Código Civil e a questão da *superfície por cisão*, afirma que: "(...) imóvel edificado não está sujeito ao aludido direito, uma vez que o citado dispositivo não prevê a possibilidade de constituição do direito de superfície por *cisão*, admitida nos direitos civis italiano e português (...) De acordo com o sistema adotado pelo Código Civil de 2002, porém, se o imóvel já possuir construção ou plantação não poderá ser objeto de direito de superfície, porque somente o terreno se presta a essa finalidade, salvo se for convencionada a demolição da construção existente para a reconstrução ou construção de outra, ou a erradicação da plantação existente para fins de utilização do terreno para os mesmos fins" (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 413). *Data maxima venia*, destruir para construir novamente ou erradicar a cultura para retornar com esta depois não nos parecem ser soluções que premiam a *funcionalização da propriedade*, muito menos a *operabilidade*, abrindo espaço para concessões com *simulações*, com o fim exclusivo de burlar uma pouco feliz e restrita interpretação do artigo 1.369 do Código Civil.

[748] Por tudo que aqui foi exposto, correta a conclusão que foi obtida no Enunciado n. 250 pela III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.369: Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão".

contrário, repita-se, ao arcabouço de diretrizes que sustentam a codificação civil e o nosso sistema como um todo.[749-750-751]

[749] Não se alegue que a admissão da *superfície por cisão* implica em desrespeito ao princípio da taxatividade a que se submetem os tipos de Direito Real. O raciocínio que adiante efetuamos para defender a possibilidade de *sobrelevação* no direito de superfície pode ser aplicado, com adaptações, para a admissão da *superfície por cisão*. Com efeito, não existindo qualquer vedação legal que obste o caminho que seguimos, a *superfície por cisão* se encontra dentro da margem da *disponibilidade temperada* que é ditada pelo princípio da tipicidade, também aplicável aos institutos de Direito Real, pois não se criou novo tipo, mas tão somente se efetuou desdobramento que não está proibido pela modulação traçada pelo legislador. O tema foi tratado com mais vagar no capítulo 14, em especial item 14.2.2.2.

[750] Apesar da questão não ser pacífica, há uma predominância da posição que já admite *superfície por cisão* no Brasil. No sentido: Paulo Roberto Benasse (*O direito de superfície e o novo Código civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 96-97); Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 276); Paulo Nader (*Curso de direito civil*. Rio de Janeiro; Forense, 2006, v. 4, p. 365); Pablo Stolze Gagliano (Da superfície. In: Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 13, p. 24-25); Francisco Eduardo Loureiro (*Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.259); Marco Aurélio S. Viana (*Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 280); Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 392); Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 244); J. Miguel Lobato Gómez (A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 79, out./dez. 2004); e César Fiúza (*Direito civil*: curso completo. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 764). Contra, apenas aceitando o direito de superfície para *concessões complexas* (com objeto de 'terrenos vazios'): Régis Fernandes de Oliveira (*Comentários ao Estatuto da Cidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 70) e (*O novo Código Civil comentado*: doutrina, jurisprudência, direito comparado. Organização de Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. 2, p. 1.272); José Guilherme Braga Teixeira (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 274); e Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 413). Por fim, existem manifestações que – embora reconheçam a importância da *superfície por cisão* – entendem que ela não está permitida no ordenamento nacional, a saber: Frederico Henrique Viegas de Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 343); Dilvanir José da Costa (*Sistema de direito civil à luz do Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 530); Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 400) e, também parecendo seguir este raciocínio, Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 543 e p. 555). A posição do último jurista decorre de crítica a timidez legislativa, eis que é um defensor da *superfície por cisão*, consoante se verifica de trabalho anterior (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56-61).

[751] O Projeto de Lei 6.960/02 do Deputado Ricardo Fiúza pretende resolver o problema de interpretação restritiva do artigo 1.369 do Código Civil, admitindo a superfície por cisão. Confira-se: Confira-se a redação proposta "Art. 1.369 - O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno ou o direito de executar benfeitorias em sua edificação, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único – O direito de superfície abrange o direito de utilizar o imóvel pronto ou em fase de construção, o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao mesmo, na forma estabelecida no contrato, atendida a legislação urbanística";

13.3 Da relação superficiária *simples* (*superfície por cisão*): particularidades

Ficando evidente a necessidade de se admitir a *superfície por cisão*, é de bom alvitre também notar que tal modalidade poderá sofrer algumas variações, podendo se tratada – para fins pedagógicos – como *superfície por cisão ordinária* ou *superfície por cisão qualificada*.

13.3.1 Cisão ordinária e cisão qualificada

A diferença básica das concessões por cisão estará na atividade que será exercida pelo superficiário em relação ao implante, depois de efetuada a concessão superficiária, pois sua atuação nem sempre será idêntica.

Ordinariamente, imagina-se que o concedente não precisará agregar qualquer novo predicado à acessão, bastando, pois, exercer labor de manutenção em relação àquela. Entretanto, é perfeitamente possível que seja necessário que o superficiário *melhore* ou *adeque* o implante já existente, seja por exigência do proprietário (concedente), ou ainda pelo fato de que o estado como se encontra a construção e/ou plantação no momento da concessão, não está atendendo as condições desejadas para o fim pretendido pelo concessionário. Nessa segunda situação, o superficiário introduzirá *benfeitorias* ao implante com o fim de *qualificá-lo* para ao reclame do proprietário ou para a destinação pretendida pelo próprio superficiário. Desse modo, podemos dizer que a concessão por cisão será:

(a) *ordinária* → quando o objeto da concessão não incluir a obrigação do superficiário em fazer qualquer melhoramento no implante, podendo se limitar a mantê-lo no estado em que recebeu;
(b) *qualificada* → se for pactuada como obrigação do superficiário a introdução de benfeitorias junto ao implante, atuação esta que pode ser uma exigência negocial do proprietário ou até mesmo uma atividade necessária para que o bem superficiário possa obter a destinação adequada.

Saliente-se que há, em certa medida, ponto de contato da *superfície por cisão qualificada* com a *concessão superficiária complexa*, pois em ambas situações, o direito de manter o implante na esfera jurídica do superficiário somente estará completado quando adimplida a obrigação antecedente de *efetuar o implante (concessão complexa*) ou *qualificá-lo com benfeitorias* (*concessão por cisão qualificada*). Contudo, este momento de toque se distância ao lembrarmos que na *relação superficiária complexa* ficará a cargo do superficiário, de forma total, todo o esforço para erigir o implante, atividade já iniciada no caso da *superfície por cisão.*

Em outras palavras, na *concessão superficiária complexa* a primeira atividade do superficiário se voltará para a produção de acessões, enquanto na *relação superficiária por cisão qualificada* a atuação do concessionário estará atrelada a inserção de *benfeitorias* no(s) implante(s) já existente(s) no imóvel objeto da pactuação.[752-753]

[752] Fazendo-se este corte, tem-se que a redação pretendida pelo Projeto de Lei 6.960/02 do Deputado Ricardo Fiúza, para alteração do artigo 1.369, permite tanto a *superfície por cisão ordinária* (prevista no parágrafo único do dispositivo), como também a *superfície por cisão qualificada* (trazida no *caput*, através da permissão de concessão para a inclusão de benfeitorias).

[753] Ademais, o artigo 24 do Estatuto da Cidade – como realçamos anteriormente no corpo do texto – demonstra a possibilidade de que se introduza *benfeitorias no imóvel*, premissa legal está que evidencia a possibilidade da *superfície por cisão*.

13.3.2 A superfície por *cisão* e as benfeitorias

É engano pensar, entretanto, que apenas a *superfície por cisão qualificada* que estará vinculada às benfeitorias. Cingindo-se a *superfície por cisão ordinária* na *'manutenção do implante'*, ficará o superficiário compelido, às suas custas, a efetuar todas as *benfeitorias necessárias* para que o implante seja mantido de forma saudável, até que ocorra a reversão, à luz do disposto no artigo 93, § 3º, do Código Civil[754], pois não pode este deixar que o implante se deteriore, devendo, assim, conservá-lo.

Dessa forma, há implícita obrigação do concessionário a introdução das benfeitorias necessárias ao longo de toda a relação superficiária, não lhe sendo permitido, a exceção de tabulação expressa em contrário, exigir qualquer pagamento ou ressarcimento do proprietário pelas despesas com estas, eis que tal modalidade de benfeitoria é inerente à obrigação de conservação do implante, obrigação que pulsa e deriva, por sua vez, da essência da *superfície por cisão ordinária* (*= manutenção da acessão durante todo o período coberto pela concessão*).

Quanto à *concessão por cisão qualificada*, tal modalidade poderá trabalhar com as três espécies de benfeitorias previstas no artigo 96 do Código Civil. No caso de uma obra paralisada, por exemplo, faltando-lhe teto, a inserção desta se caracterizará como *benfeitoria necessária*, enquanto a construção para o aumento da extensão da cobertura (fazendo-se telhado suplementar, para permitir acesso mais protegido das chuvas e aumento da área de garagem abrigada) será tratada como *benfeitoria útil*. Ainda na mesma construção, poderá o superficiário criar ambiente para

---

[754] "Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias. § 1º. São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentem o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. § 2º. São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem. § 3º. São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore."

pouso de aves, talhando pequenas casas para tal nos telhados, esforço este que será tratado, provavelmente, como *benfeitoria voluptuária*.

O que qualifica determinadas concessões para cisão não se vincula a um ou outro tipo de benfeitoria, mas as obras ou plantações que efetivamente foram pactuadas com o proprietário, ou que surgem como fundamentais para o implante tenha a destinação adequada, situação que admite grandes oscilações de acordo com a vocação ou objetivo que se pretende com o implante. As variantes aplicáveis na classificação das benfeitorias serão também respeitadas para fins da concessão superficiária, eis que, por exemplo, uma quadra de esportes pode ser considerada como benfeitoria voluptuária para vários tipos de construções, mas poderá se tornar imprescindível sua inserção se esta estiver prometida no pacto entre as partes ou for capital para a destinação do implante superficiária (como no caso hipotético de uma escola esportiva para crianças).

13.4 Da relação superficiária *complexa*: particularidades

Quando tratamos da natureza jurídica do instituto (capítulo 8) foram examinados os principais pontos da relação superficiária *complexa*, conquanto não tenhamos naquele momento do trabalho procedido uma diferenciação mais alongada com a *concessão simples* (*superfície por cisão*) examinada tópicos atrás de forma mais detalhada.

A relação *complexa*, aproveitando as premissas já traçadas no curso deste trabalho, cumula dois direitos reais distintos em favor do superficiário. O primeiro, o *direito* de implantar, refere-se à fase da concessão *ad aedificandum* (para construir) e *ad plantandum* (para plantar), servindo de propulsão para o objetivo do superficiário, justamente a segunda manifestação do direito de superfície, que é o de *manter* em

terreno alheio construções e/ou plantações, com poderes de alto calibre – equiparados ao do proprietário.[755]

13.4.1 Do direito à reconstrução e replantação: cláusula legal decorrente da essência do instituto

Cumprida a *primeira fase* (ou *primeiro momento*) da relação complexa, há um ambiente de estabilização na *segunda fase* (ou *segundo momento*), passando o superficiário a exercer amplos poderes sobre o implante, situação que ordinariamente perdurará até que ocorra a *reversão*, pois ainda que se admita o pacto por prazo indeterminado (aplicando-se o *caput* do art. 21 do Estatuto da Cidade), certo é que a concessão não poderá ser perpétua, de modo que os implantes e benfeitorias deverão ser absorvidos pelo proprietário (artigos 1.375 do Código Civil e 24 do Estatuto da Cidade).

Observe-se, todavia, que esta situação de estabilidade no *segundo estágio do direito de superfície* (*direito sobre implante*), no entanto, poderá ser alterada caso aconteça a destruição das acessões. Neste caso, o *direito de implantar* – que aparentemente tinha se exaurido pelo *esgotamento da primeira fase* da mecânica superficiária – volta a ter eficácia, para garantir ao concessionário que reerga a acessão devastada de forma absoluta ou substancial.[756]

---

[755] No sentido, entre vários: Aída Kelelmaker de Carlucci e Alícia Puerta de Chacón (*Derecho real de superfície*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 31-32); Rui Pinto Duarte (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 170-171); Luís A Carvalho Fernandes (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 414); e Álvaro Moreira e Carlos Fraga (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 291). Próximo: Ricardo Pereira Lira que apresenta interessante visão sobre a mecânica do direito de superfície. (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56-59).

[756] No sentido: Código Civil do Peru (artigo 1.033º), Código Civil da Bolívia (artigo 206) e Projeto de Código Civil Argentino (artigo 2.028).

O fenômeno deve ser compreendido dada a sua grande importância, pois a *primeira fase* do direito de superfície ficará sempre perene, mesmo depois de aparentemente esgotada, com a finalização das obras e plantações, obtendo-se a acessão desejada (*segunda fase*), uma vez que é da natureza do instituto a *manutenção* do implante na órbita jurídica do superficiário, ainda que para tal, seja necessário que este retorne a *etapa anterior*, para o fim de *reconstruir* ou *replantar* aquilo que foi destruído.

Visão mais aguçada implicará em notar que esta mesma cláusula – ínsita ao direito de superfície - se aplicará também nas *concessões superficiárias por cisão*, sejam estas *ordinárias* ou *qualificadas*, não estando vedado ao concessionário, *a priori*, a reconstrução ou a replantação das acessões, caso estas vem a ser abaladas de forma substancial ou destruídas totalmente. A complexidade do instituto permitirá que o superficiário retorne a uma fase inicial (colocação do implante) que ele não participou contemporaneamente, mas que se valeu da situação para a consolidação de seu direito real: *manter acessão em imóvel alheio*, com amplos poderes sobre esta.

14 PLANO TOPOLÓGICO EM RELAÇÃO AO IMÓVEL (OBJETO DA CONCESSÃO)

Depois de examinarmos que há uma boa variedade de situações que poderão ser objeto de pactuação superficiária, extrapolando-se – ao menos em nossa opinião - ao traço literal de acessão artificial contidos no artigo 1.248, V, do Código Civil[757], assim com que a *dinâmica* da figura jurídica permite a concessão por cisão, em modalidades distintas (*simples e qualificada*), passamos a analisar a questão topográfica do direito de superfície.

A natureza do direito de superfície reclama que a sua base de sustentação seja um imóvel, conforme já demonstrado alhures, não podendo se cogitar o instituto fora de tal estrutura. Ocorre que, apesar da intuitiva lembrança, não se pode descartar a possibilidade de manejo do direito de superfície sobre base imobiliária que não o solo. Esta afirmativa, desde logo, é tida como vencedora se admitirmos o direito de superfície por cisão, para fins de inserção de benfeitorias. No entanto, permite-se trazer ponderações diferenciadas, na medida em que alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros admitem a figura da *sobrelevação* que, numa síntese curta, representaria um *direito de superfície* visando obras ascendentes, avançando-se para o espaço (aéreo) não aproveitado por uma obra já existente.

Assim, a imersão que se segue tem foco nos limites *topográficos* que o direito de superfície poderá ser deflagrado, fazendo-se aferições que, inclusive, irão se concentrar no *plano vertical* do imóvel base da concessão, tendo em vista que nossa legislação, muitíssimo acanhada quanto a este

[757] Isto porque – para nós - é possível o uso do instituto para questões que estão, em princípio, fora do espectro da norma, como é o caso das cadeiras cativas em estádios esportivos e artísticos. No sentido, confira-se o capítulo 12 (item 12.1.4) quando tratamos da *superfície especial*.

aspecto, cria dúvidas sobre a possibilidade (ou não) da concessão da anunciada *sobrelevação*, ou, em outro giro, acerca das possibilidades (e limites) das acessões em relação ao subsolo.

14.1 Plano horizontal: base imobiliária

O plano horizontal do direito de superfície nutre-se de um imóvel alheio representado, vulgarmente, nas relações complexas pelo solo deste, para que sejam introduzidas as acessões (concessões *ad edificandum* e *adplantandum*). A *superfície por cisão* flexibiliza, em boa medida, tal regra geral, pois, para tal, o implante poderá já estar *pronto* ou ao menos já *iniciado*.

14.1.1 Imóveis rurais e urbanos

O artigo 21 do Estatuto da Cidade cria restrição geográfica a base imobiliária, ao permitir apenas que o *'proprietário urbano'* (isto é, o *proprietário de imóvel urbano*) possa conceder a outrem o direito de superfície[758], ao passo que no Código Civil, através do artigo 1.369, não aduz qualquer aspecto quanto à localização do imóvel, utilizando-se apenas o termo *proprietário.*

A diferença de horizontes, a se seguir uma interpretação seccionada, implicará em não se remeter ao Estatuto da Cidade para os

[758] Lembre-se que o artigo 21 do Estatuto da Cidade deve ser interpretado com o artigo 24 do mesmo diploma, entendendo-se que a expressão "terreno" admite imóvel com construção já feita ou iniciada, pois o último artigo prevê a inserção de benfeitorias pelo superficiário. O uso do termo "terreno" tanto no artigo 21 da Lei n. 10.257/01, quanto no artigo 1.369 do Código Civil, abrange o solo e as construções até então constantes do terreno, pois antes de iniciar a mecânica do direito de superfície, estes estão acoplados (*ex vi* artigo 1.253 do Código Civil) justamente pelo *princípio superfície solo cedit* que será suspenso somente após a concessão superficiária emanar seus efeitos.

imóveis rurais, sendo o Código Civil manancial único para tais casos. No entanto, nos parece ser possível fazer análise conjunta dos dois diplomas, consoante as observações que já traçamos de forma alongada nos capítulos 6 e 7 do presente estudo.

14.1.2 Possibilidade de concessão parcial: superfície que incide sobre parte da área do imóvel do proprietário

No sistema legal não existe vedação para concessão apenas parcial do imóvel, assertiva esta que é ratificada por dois dispositivos, um do Código Civil e outro do Estatuto da Cidade. Com efeito, conquanto possa aparentar a existência de confronto, a interpretação harmônica do artigo 1.371 do Código Civil e do artigo 21, § 3º, do Estatuto da Cidade, nos conduzem a conclusão de que é possível a concessão superficiária em apenas uma parte do imóvel do concedente, ou seja, não é necessário que o direito de superfície venha abranger todo o imóvel.

Note-se que o artigo 21, § 3º, da Lei n. 10.257/01 dita que o concessionário deverá suportar com os encargos e tributos referentes à *propriedade superficiária* e, também as mesmas *obrigações* no que tange a sua *ocupação proporcional do imóvel*, em evidente aceitação da concessão parcial[759]. Logo, não se pode pensar em apenas cabimento de pactuação em relação a todo o imóvel, seguindo-se isolada leitura do artigo 1.317 do Código Civil, tendo em vista que por tais dispositivos o concessionário estaria obrigado a responder integralmente pelos encargos e tributos de todo o imóvel.

---

[759] As diferenças e pontos comuns entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade foram expostas rapidamente no capítulo 7, sendo a questão que envolve os artigos 1.371 e 21, § 3°, tratadas no item 7.7.

Na realidade, a orientação do artigo 1.371 do Código Civil merece esclarecida – como fez em parte o Estatuto da Cidade – de que a responsabilidade pelos encargos e tributos pelo superficiário vão até os limites da concessão que este obteve, ou seja, da *totalidade da superfície* e não da *totalidade do solo*, uma vez que a tradução puramente literal da norma estará desacompanhada de iluminação do *princípio da eticidade* que, como é curial, entre as suas facetas mais conhecidas, veda o *enriquecimento ilícito* (no caso, do proprietário do imóvel).[760-761-762]

A possibilidade de incidência do *direito de superfície de forma parcial*[763] no imóvel poderá ser extramente útil e dará grande flexibilidade para o proprietário e aqueles que pretendem ser superficiários, separando-se tão somente espaço ideal para – no caso concreto – que a concessão tenha destinação e resultado êxituoso. Esta linha de raciocínio premia o *princípio da operabilidade* e cria ambiente para o melhor alocamento da *função social da propriedade*, até mesmo porque propiciará que a mesma propriedade possa agasalhar mais de uma concessão superficiária.[764]

---

[760] Não há, *data venia*, justificativa plausível para que o superficiário arque com encargos e despesas de parte do imóvel que não detém direito real algum. Ademais, devemos recorrer, mais uma vez, a concepção de função social da propriedade que está como farol para o intérprete do instituto. Se a função social impede a cobrança de qualquer rubrica pelo proprietário pela transferência do direito de superfície, qual motivo que o autorizaria a estar isento do pagamento de encargos e tributos sobre a parte do imóvel que continua apenas na sua órbita jurídica?

[761] Como já antecipamos no capítulo 7 (item 7.7), o Projeto de Lei n. 6.960/2002, do Deputado Ricardo Fiúza, dá nova redação ao artigo 1.371 do Código Civil, afastando sua não segura redação, a fim de fixar a responsabilidade dos encargos e tributos nos limites da *propriedade superficiária*.

[762] O mal andar legislativo do artigo 1.371 é flagrante, recebendo críticas de praticamente toda a doutrina, como é o caso, entre muitos, de Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie (*Novo Código Civil comparado e comentado*: posse e direitos reais, Curitiba: Juruá, 2003, v. 5, p. 149) e Pablo Stolze Gagliano (Da superfície. In: Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 13, p.31-32).

[763] No caso de superfície por cisão, pode se pensar em concessão que não alcança todos os implantes, hipótese também aceita por Ricardo Pereira Lira (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 72).

[764] Bem próximo, Washington Rocha de Carvalho defende que: "Se negarmos tal possibilidade, pela simples redação do artigo 1.371, estaríamos restringindo a utilização do principal objetivo do instituto, que é justamente permitir um melhor aproveitamento do solo, notadamente àqueles cuja formação é dotada de extensas áreas, uma vez que ficaríamos impossibilitados de instituir o direito de superfície em uma considerável gleba de terra, pelo singelo motivo de não se encontrar nenhum superficiário disposto a pagar o preço equivalente à mesma, transtorno este que poderia facilmente ser contornado, mediante o fracionamento da área em duas ou mais superfície, fluindo daí, a possibilidade de alienar tal direito em partes e a superficiários diversos" (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 95).

Sem embargo dos argumentos já postos, não é demais lembrar que como a concessão superficiária tem forte apego ao *princípio da autonomia da vontade*, boa parte dos dispositivos que a regulam possuem natureza dispositiva, sendo o artigo 1.371 do Código Civil justamente um exemplo no sentido.[765-766]

Entretanto, duas situações em especial nos parecem que são muito importantes de serem observadas no fracionamento do imóvel para fins de concessão do direito de superfície em apenas uma parte.

Primeiramente, a concessão parcial deve permitir a constituição de acessos ao implante e condições necessárias para que o superficiário possa ter uso e fruição deste, uma vez que não se pode admitir a concessão de *superfície cravada*, por criação das próprias partes envolvidas. Será instituída, automaticamente, algo próximo a uma *'servidão'*, com a diferença de não se tratarem – *no sentido puro* – de imóveis distintos[767]. Ademais, para se evitar qualquer tipo de entrave no sentido, não vemos problema em incluir na concessão superficiária área que não era diretamente coberta pelo implante, mas que será fundamental para sua melhor utilização, providência esta que se encontra autorizada no Código Civil de Portugal (artigo 1.525º, 1,).[768]

---

[765] O Enunciado 94 da I Jornada de Direito Civil indica, justamente, a natureza dispositiva do artigo em questão ("Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície").

[766] No mesmo sentido, entre vários, Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 413).

[767] Código Civil de Portugal (artigo 1.529º) cria solução para tal e, provavelmente, para fins pedagógicos, indica que haverá uma relação de *servidão* favorável ao implante. Tratamos do tema (*formação de servidão* automática) com alguma profundidade, em nota de rodapé, no capítulo 12 (item 12.1.1), ao falarmos da *superfície vegetal.* Sem prejuízo, vale conferir os comentários de Pires de Lima e Antunes Varela sobre o artigo 1.529° do Código Civil de Portugal (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 597-598).

[768] Repetido, com moldagem assemelhada, no Código Civil de Macau (artigo 1.418º 1.).

Em segundo lugar, somente poderá se admitir tal situação se for possível o destaque do solo ou do implante (em caso de *superfície por cisão*) para o fim, criando-se *individualidade* e *funcionalização* para a acessão, uma vez que estas situações – conjugadas com o posicionamento em imóvel alheio – são elementos basilares para a admissão do direito de superfície[769]. Alguns regramentos de outros institutos poderão sofrer adaptação, como é o caso da Lei nº 6.766/79 que trata do parcelamento do solo, assim como as regulações que fixam os módulos rurais mínimos, ou seja, o intérprete deve valer do apoio de outros corpos legais para o exame do caso concreto, tal como está no modelo da cláusula geral extensiva do artigo 1.228, § 1º, do Código Civil, que não rejeita as leis especiais como amparo para a fixação pontual de preenchimento (ou não) da função social da propriedade.

De todo exposto, adotadas as medidas acima descritas, conclui-se que é admissível concessão parcial, isto é sem atingir a totalidade do imóvel do concedente, o que poderá permitir nova(s) pactuação(ões) superficiária(s) pelo proprietário nas áreas remanescentes.

14.2 Plano vertical: subsolo e espaço aéreo

O direito de superfície não é tratado em plano puramente *horizontal*, como se poderia imaginar da semântica respectiva ao termo, pois os artigos 1.369 do Código Civil e 21, § 1º, do Estatuto da Cidade agasalham o

[769] Um exemplo seria uma área de eventos externa a um shopping, cravando-se este implante na parte do estacionamento que, naquele momento, estava ocioso. Embora alcance apenas parte do imóvel, haverá individualização e funcionalização de fácil constatação. Outra situação interessante, no plano rural o proprietário poderia destacar sua propriedade através dos módulos produtivos e de fácil identificação.

disposto no artigo 1.229 do Código Civil, que, como é curial, demonstra a existência de faceta *vertical* na propriedade imobiliária.[770]

Assim, sob a ótica *vertical* do direito de superfície, verifica-se que o Estatuto facultou ao superficiário - de forma expressa - a utilização não só do solo, mas também do subsolo e do espaço aéreo relativo ao imóvel objeto da concessão do direito de superfície (artigo 21, § 1º da Lei 10.275/01).

Por sua vez, do Código Civil/2002 de forma expressa apenas indica a possibilidade do direito de construir e plantar sobre a superfície, silenciando a respeito do espaço aéreo e restringindo o uso do subsolo, salvo se sua utilização for inerente ao *objeto da concessão* (artigo 1.369, parágrafo único).

A narrativa acima indica – mais uma vez – que o legislador não foi muito feliz, não só pela diferença de redação entre os dispositivos dos

---

[770] "Artigo 1.229. A propriedade do solo abrange a do *espaço aéreo e subsolo correspondentes*, em altura e profundidade úteis *ao seu exercício*, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las'. Note-se das partes que destacamos em itálico, que a redação da norma atual está mais afinada com os dispositivos do direito de superfície (em especial, o artigo 21, § 1º, do Estatuto da Cidade) do que o dispositivo antecessor – artigo 526 do Código Civil de 1916 ('Artigo 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está *superior e inferior em toda a altura* e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los' – destaque nosso). O artigo 1.229 do Código Civil, portanto, indica que a extensão da propriedade não se faz tão somente pela análise sua *horizontalidade*, mas pelo um aspecto mais amplo, que incluiu seu espectro vertical, permitindo-se dimensionar, assim, um *volume*. Próximo, confira-se: Ricardo Pereira Lira (Direito de superfície. Aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal, relativamente ao dito prédio contíguo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 197-200, jul./set. 2002). Em lição que deve ser recepcionada, José Guilherme Braga Teixeira afirma que: "A superfície, como direito real, não se confunde com o sentido etimológico do vocábulo que lhe deu a de nominação, indicativo da face superior de uma coisa corpórea e composta da preposição *super* e do substantivo *fácies*, ambos latinos. Este sentido, que o da linguagem comum, corresponde ao da geometria, no qual se entende a superfície como a parte exterior dos corpos, a extensão considerada com duas dimensões: largura e comprimento. O sentido de superfície como direito real implica, além do comprimento e da largura, a altura, pois é exatamente acima do solo que crescem as plantações e se erigem as construções" (*O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 54-55).

diplomas que regulam a matéria, mas pelo tratamento acanhado (em ambos casos), capaz de causar instabilidade nas interpretações das normas que se referem a este *aspecto vertical* do instituto.

Cria-se ambiente duvidoso no que tange as obras do subsolo e, ao mesmo tempo, não traça uma linha realçada quanto aos eventuais limites e regramentos que deverão ser trabalhados para o direito de superfície ascendente (espaço aéreo), perdendo-se chance para regularizar a questão da *sobrelevação*[771], que poderá ser importante instrumento de ajustamento de uma realidade nacional (*o 'direito de laje*).

14.2.1 O subsolo

A redação sem primor do parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil cria suposto conflito com o artigo 21, § 1º da Lei 10.275/01, na medida em que, enquanto a regra do Estatuto da Cidade é permissiva, o dispositivo da codificação sugere que estará vedada a concessão do direito de superfície no subsolo.

O legislador na arquitetura do Código Civil – provavelmente – se valeu da codificação de Portugal para desenhar o parágrafo único do artigo 1.371, utilizando como paradigma o artigo 1.525º, 2, do texto luso. Contudo,

[771] No sentido, Ricardo Pereira Lira – com razão – reclama do legislador que não se deu ao trabalho de examinar o material já disponível no direito de outras nações, optando por nos apresentar dispositivos simplistas, impróprios para a implantação de novo instituto jurídico tão complexo. E, especificamente quanto à faceta vertical do direito de superfície, bradou: "Os textos do Estatuto da Cidade, já vigente, e do novo Código Civil que entrará em vigor em 11 de janeiro de 2002, em matéria de direito de superfície, se relevam a nosso ver demasiadamente singelos, sem aproveitar, em toda a sua extensão, sugestões que nos são oferecidas pelos ordenamentos estrangeiros. É assim que: (...) a formulação do novo Código Civil não contempla com clareza desejável a viabilidade da superfície do subsolo; (...) não contemplam a possibilidade da *sobrelevação* ou da superfície em segundo grau". (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 555).

se assim procedeu, não se deu conta tal dispositivo, posteriormente, teve a redação alterada, pelo Decreto-Lei n. 257/91, afastando-se qualquer restrição nas obras no subsolo. Confira-se:

Redação pretérita do artigo 1.525º, 2 do Código Civil de Portugal	Atual redação do dispositivo (após alteração imposta pelo Decreto-Lei nº 257/91).
"Artigo 1.525º, 2.: (...) O direito de superfície não pode ter objecto a construção de obra no subsolo, a menos que ela seja inerente à obra superficiária."	"Artigo 1.525º, 2: (...) 2. Do direito de superfície pode ter objecto a construção ou a manutenção de obra sob solo alheio."[772]

A indicação deste quadro é relevante, pois parte da doutrina lusa fazia crítica direta a antiga redação do artigo 1.525º, 2, do Código Civil de Portugal[773], tendo aplaudido a reforma por adaptar o instituto a realidade, eis que as obras no subsolo podem ter importante papel[774],

[772] A redação "sob solo alheio" pode criar leitura insegura, como se ali não quisesse se firmar a idéia de *subsolo*. Este raciocínio não prospera, bastando a consulta da boa doutrina que examina a questão em Portugal, afirmando esta, justamente, que o Decreto-Lei n. 257/91 alterou o dispositivo no ponto. No sentido, Luís A. Carvalho Fernandes ao comentar a alteração introduzida pelo Decreto-lei n. 257/91: "segundo se deduz do preâmbulo do citado diploma, foram razões ligadas às modernas exigências de construções de parques e de estacionamentos, tendentes a viabilizar condições econômicas-financeiras da sua edificação e exploração, que ditaram o este alargamento do objeto do direito de superfície (...) nos casos de aplicação do nº 2 do art. 1.525º, não cabe manifestamente ao fundeiro – que continua a ser proprietário do solo – o uso e a fruição do subsolo, nem ele pode ser *apenas* responsável pelos prejuízos sofridos pelo superficiário em conseqüência da exploração que do subsolo o fundeiro fizer" (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 417). Com a mesma linha, e ajudando a afastar interpretação truncada, Rui Pinto Duarte afirma que "o direito de superfície tanto pode abranger obras sobre o solo como debaixo do solo (...)", adiante, justifica a posição anotando que: "Não era assim até o Dec.-Lei 257/91, de 18 de julho, que alterou o nº 2 do art. 1525" (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 173). De toda sorte, é interessante verificar que o Código de Macau, que em muito se aproxima da codificação lusa, foi mais claro na redação, pois consta de seu artigo 1.418º. 2 ("2. O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra quer no solo quer no subsolo").

[773] A maior crítica talvez tenha partido de José Oliveira de Ascensão. No sentido, confira o autor citado, na sua obra *Direito civil*: reais. 5. ed. Reimpressão. Coimbra; Coimbra Editora, 2000, p. 527.

[774] Luís A. Carvalho Fernandes aprovou a ampliação do objeto, contudo criticou a inserção de regra pouco clara (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 417).

independentemente da implementação de acessão na superfície[775-776]. O texto mais atualizado do dispositivo luso, em sua vez, pode ter inspirado o legislador no Estatuto da Cidade, dado o maior dinamismo que o seu artigo 21, § 1º, propicia.[777-778]

Assim, tem-se a impressão que o legislador – na elaboração do Código Civil – não se apercebeu da alteração do direito estrangeiro para um melhor aperfeiçoamento da figura jurídica, ao passo que no Estatuto da Cidade a questão parece ter sido observada, justificando-se a dicotomia.[779]

De toda sorte, não vemos como se abarcar a leitura parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil para vetar – de forma peremptória – as obras no subsolo, pois não consta na norma um bloqueio que alcance

---

[775] A matéria não é isolada no direito lusitano, tendo em vista a previsão que há no Código Civil da Itália, em seu artigo 955 ("Art. 955. Construção abaixo do solo. As disposições precedentes se aplicam também ao caso em que é concedido o direito de fazer e de manter construções abaixo do solo alheio"). Neste sentido: Giovanni Pugliese (*Commentario del Codice Civile*: libro terzo: della proprietà (art. 810-956). 4. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1976, p. 623-625) e Mario Zaccagnini e Antonio Palatiello (*Enfiteuse. Superfície. Oneri reali*. Napoli: Jovene, 1984, p. 285-286).

[776] A questão das obras tem tratamento em outros países, com variações, como é o caso da Suíça (artigo 779, Código Civil) e Japão (artigo 269-2, Código Civil). Jose Guilherme Braga Teixeira cita também a Espanha (Regulamento de la Ley Hipotecaria de 17.03.1959) e a França (Lei n. 64-1.247), tendo este último país regime semelhante, segundo o autor, ao de Portugal (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 273-274).

[777] Da mesma forma que em Portugal, esperamos que haja uma retificação na norma inserta na codificação. No sentido, há, inclusive, o Projeto de Lei n. 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que pretende dar nova redação ao parágrafo único do artigo 1.369, passando este a ter a seguinte redação: "O direito de superfície abrange o direito de utilizar o imóvel pronto ou em fase de construção, o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao mesmo, na forma estabelecida no contrato, atendida a legislação urbanística".

[778] José Guilherme Braga Teixeira entende diferente, afirmando ser inviável a concessão superficiária no subsolo, mantendo-se a *restrição relativa* (apenas para autorizar esta nos casos em que for inerente às obras que envolvem implante), dando a impressão de apego à antiga redação ao dispositivo português (artigo 1.525º, 2.) já modificada. Confira-se: "(...) já éramos de opinião prol de não dever o instituto autorizar obra no subsolo, de ela não for inerente à obra superficiária (...) no que havíamos seguido a determinação do art. 1.525º, 2, do Código Civil português (...)" (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 273).

[779] A doutrina e experiências que envolvem o artigo 1.525º podem ser de grande utilidade para dar suporte as interpretações sobre o artigo 1.371 do nosso Código Civil e também quanto ao artigo 21, § 3º, da Lei n. 10.257/01, utilizando-se como marco divisor o Decreto-Lei n. 257/91 que, como indicado, foi o responsável pela *retificação legislativa.*

todas as concessões superficiárias. Interpretação mais cuidadosa, que abstraia a truncada redação legal, nos demonstra que em última análise as obras no subsolo podem ser permitidas, pois o legislador tão somente inseriu uma *proibição relativa*, que alcançará as obras dispersas do objeto da concessão, isto é *sem inerência* a esta.[780-781]

Caso seja fixada a *proibição relativa* em questão apenas para uma observância de *funcionalização* do *subsolo* para com o solo, não vemos qualquer problema na formalização simultânea de concessões superficiárias com pessoas diversas, depurando-se as construções do solo com as do subsolo, desde que estas últimas sejam inerentes à primeira, eis que a mira do dispositivo estará preservada que é a impossibilidade de pactuação solteira de superfície apenas para obras no subsolo. Assim, *funcionalizado o subsolo em relação ao implante, não pode ocorrer*

---

[780] Esta é, sem dúvida, a corrente majoritária. No sentido: Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 552); Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 274-275); Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 412); Francisco Eduardo Loureiro (*Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.259); Marco Aurélio S. Viana (*Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais, arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 550); Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 402); e Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 393). Há, ainda, posição mais restrita, como é o caso de Diana Coelho Barbosa (em manifestação anterior à vigência do Código Civil atual): "Excluem-se, por óbvio, além da porção aérea, também a porção subterrânea localizada logo abaixo da superfície, uma vez que, não obstante o já comentado fato de os alicerces das construções forçosamente adentrarem no solo e subsolo, poucos são os ordenamentos jurídicos, como o da Itália e da Alemanha, que admitem que o direito de superfície abranja a realização de obras no subsolo. Aliás, estas obras nada têm de superficiárias, uma vez que não subterrâneas, admiti-las seria perverter a já sedimentada noção de superfície" (*Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 76).

[781] Esta foi a posição, inclusive, adotada em Portugal quando se examinava a antiga redação do artigo 1.525º, 1. do Código Civil daquela nação. Confira-se, nesta linha: Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 592), Álvaro Moreira e Carlos Fraga (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 296-297), e António de Menezes Cordeiro (*Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 711).

qualquer restrição ao direito de superfície abaixo do solo, inclusive no âmbito dos elementos subjetivos da concessão.[782]

Note-se que a *restrição relativa* do parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil ficará mais afastada ainda se admitida a *superfície por cisão*, incluindo-se melhoramentos (*benfeitorias*) no implante que já se encontra no solo. Ora, sendo da essência do direito de superfície a manutenção dos implantes, a pactuação pode – perfeitamente – versar sobre obras que visem introduzir benfeitorias[783] à construção que já existe no solo, situação que não estará – para nós – afastada pelo parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil. Em suma, a restrição que está contida no dispositivo codificado é apenas para a hipótese em que a concessão para obra no subsolo que não detém qualquer vínculo com o implante que será erigido no solo. Se existir acessão no solo, poderá ser feita concessão superficiária, desde que esta abranja o implante e com ele tenha afinidade, atendendo-se a "inerência" reclamada pelo legislador .[784]

Observe-se, em detalhe, que boa parte das questões postas podem ser tidas – até em certa medida – com falsos problemas, acaso se dê ampla interpretação ao artigo 21 do Estatuto da Cidade, isentando-o de qualquer embaraço para a concessão superficiária que alcance (apenas ou

---

[782] Nossa posição não é isolada, podendo se citar a doutrina de Francisco Eduardo Loureiro em reforço: "Não é proibida a constituição de obra no subsolo, ela é apenas subordinada a um nexo de utilidade e funcionalidade com a obra erigida sobre o solo. São os casos de alicerces, garagens, passagens de cabos e tubulações, ou mesmo construção de pavimentos sob o solo, ligados à obra externa. Nada impede, além disso, havendo nexo entre as duas obras, a constituição de direito de superfície simultaneamente a dois superficiários diferentes, com as construções sobre o solo e outro com as construções do subsolo" (*Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007p. 1.259).

[783] Geralmente, neste caso, benfeitorias necessárias ou úteis.

[784] Basta pensar na concessão por cisão de um galpão que será transformado em um supermercado, atividade que reclama um grande parque de estacionamento. No exemplo, a concessão terá que incluir a obra no subsolo que – provavelmente – será muito mais representativa do que as obras de melhoramento acima do solo.

basicamente) o subsolo, pois a maioria dos casos irá ocorrer no âmbito urbano.[785-786-787]

Esperamos, contudo, que os obstáculos que se cogitam para a concessão do subsolo sejam afastados, até mesmo porque, em determinadas situações, a obra feita abaixo do solo é socialmente mais valiosa do que qualquer implante que possa ser colocado acima deste[788-789]. Mais ainda, a vedação cega acaba por tomar um lugar que deve ser tratado por legislação mais pontual[790], eis que, em regra, as obras efetuadas no subsolo demandam licenças especais e, em certos casos, havendo até espaço para exercício de poder discricionário, em razão da possibilidade de envolver questões atreladas ao interesse público.

---

[785] Parecendo concordar: Luiz Guilherme Loureiro (*Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004, p. 274).

[786] Esta parece uma boa leitura do artigo 21, § 1º, do Estatuto da Cidade, pois a inserção de aparas injustificadas pode gerar imbróglio que coloque em jogo a própria função social que a propriedade já esta exercendo. Com efeito, não há razão para impedir obra no subsolo, através de concessão superficiária, apenas pelo fato de não existir um vínculo direto com o implante que se encontra acima da terra. Imagine uma área em que no solo se tem quadras de esportes e que o proprietário do solo recebe uma proposta para ceder seu subsolo – em concessão superficiária – para um estacionamento amplo, visando atender o grande comércio que há no local. Pela letra da lei, não poderiam ser mantidas as quadras de esporte, pois desapegadas do estacionamento, criando-se um obstáculo desnecessário, que poderia redundar na 'criação forçada' de um implante na superfície apenas para o fim de justificar a inerência deste para com a obra que se deseja fazer, prejudicando até mesmo a função da propriedade que está sendo exercida na base superficial.

[787] Esta parece ser a posição de Paulo Roberto Benasse ao afirmar que seria possível a concessão única para obras no subsolo (*O direito de superfície e o novo Código Civil Brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 83).

[788] No futuro, com os avanços tecnológicos, é muito provável que surjam casos com implante vegetal que se necessite do uso do subsolo e a forma como posta a norma, cria embaraço para tal possibilidade. No tema, Ricardo Pereira Lira antevê a possibilidade da *superfície vegetal no subsolo* com os novos recursos da ciência (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 72).

[789] Acertada, para nós, a posição de Alejandro Borzutzky Arditi "*no hay razón para no admitir el derecho de superficie bajo el suelo ajeno*" (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 24).

[790] No sentido, nos parece correta a pedagógica indicação de necessidade de atendimento à legislação que vincula às construções, conforme consta – ao menos em parte – no artigo 21, § 1º do Estatuto idade e no Projeto de Lei n. 6.960/02 (que altera o parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil). É inviável se pensar no direito de superfície que contraria as normas sobre edificação, sujeitando-se ao Plano Diretor Urbano, por exemplo, nos casos de obras no âmbito das cidades. No sentido, ainda que sucintos, confira-se: Caramuru Afonso Francisco (*Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 178-179) e (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152-153).

Sobre outro quadrante, não podemos nos esquecer que poderá surgir obstáculo de natureza constitucional para a exploração do subsolo, ainda que este esteja autorizado de forma expressa na concessão superficiária. Fazemos referência aqui ao disposto nos artigos 20, inciso IX, e 176 da Carta Magna[791], com pouso no ventre do Código Civil (artigo 1.230[792-793]), pois havendo recursos minerais no subsolo, estes pertencem a União Federal[794], devendo a exploração seguir os termos da legislação especial em vigor.[795]

Em arremate, pensamos que as obras no subsolo inerentes à acessão que está (ou estará) na base do imóvel não precisam estar

---

[791] "Art. 20. São bens da União: (...) IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo"; "Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. § 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. § 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente. § 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida."

[792] "Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais. Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial."

[793] Dispositivo sem paradigma no Código Civil de 1916.

[794] Com observação muito próxima: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 402).

[795] Se o superficiário, no momento em que está cavando no terreno para fazer o implante ou benfeitorias, encontrar algo valioso que não se enquadre no artigo 20, X, da Constituição Federal, a quem pertencerão os direitos sobre o achado? Álvaro Moreira e Carlos Fraga, antes da alteração do artigo 1.525º, 2., do Código Civil de Portugal, entendiam que o beneficiado seria o proprietário, "porque a terra que é escavada e separada do solo lhe pertence. Pode dar-lhe o uso que quiser, pois ela não pertence ao superficiário, mas sim ao proprietário do solo. E, eventualmente quaisquer coisas valiosas, quaisquer achados que sejam encontrados no solo durante a construção, são dele e não do superficiário" (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 295). A questão é de difícil resposta, mas optamos por outro caminho, mais adequado ao nosso sistema e em bandeira em favor ao *princípio da eticidade*, pois sem o esforço do superficiário o bem valioso não teria sido achado. Cremos ser permitido adequar o caso à modulação da figura da *descoberta* (artigos 1.233-1.237 do Código Civil), fixando-se recompensa em favor do superficiário (artigo 1.234), nada obstante existir também certa afinidade com a situação prevista para *achado do tesouro* (artigos 1.264-1-266), até mesmo pela proximidade da hipótese com o artigo 1.266 da codificação.

autorizadas de forma expressa no instrumento entre as partes, até mesmo por defluir-se como objeto lógico em várias hipóteses, ainda que sem uma alusão direta. Assim, na falta de autorização ou restrição expressa[796], deverá ser examinado o caso concreto, a partir do vínculo entre as obras do subsolo com o implante acima, eis que se com apego e intimidade, não haverá motivo para a criação de entraves ao superficiário para ter atividade também sobre o subsolo, como no típico caso de inserção de garagens subterrâneas para atender à acessão[797]. Concluindo, se não existir previsão em contrário, entende-se incluída a concessão do subsolo[798], presunção esta que pode ser elidida se as obras não possuírem vínculo com o âmago da concessão, em especial a destinação da base superficiária para os implantes.[799]

14.2.2 A concessão superficiária e o espaço aéreo

No que se refere à questão do espaço aéreo, esta pode ser dividida em duas situações distintas (e que normalmente vinculadas ao direito de superfície):

---

[796] O ideal é que a matéria tenha previsão no instrumento e concessão, pois esta e outras questões podem tomar coloridos de difícil resolução. Por exemplo: seria possível a concessão de *segundo grau* para outro superficiário, visando apenas a exploração do subsolo, no silêncio do contrato? Há aplicação analógica do artigo 13 da Lei 8.245/91, ou os artigos 1.372 do Código Civil e 21, § 4º, do Estatuto da Cidade abortam a recepção da inteligência da lei locatícia? Estas indagações tomam relevo mais alto, ao pensarmos na *sobrelevação*, que cuidaremos adiante.

[797] Com parte de pensamento retilíneo a nossa idéia e outra discorde, Paulo Nader afirma que: "Em princípio, o direito concedido autoriza o aproveitamento exclusivamente do solo, permitindo-se as obras no subsolo, quando necessárias à realização do projeto. A Lei Civil não veda a faculdade de uso e gozo do subsolo pelo superficiário, mas pare este fim é indispensável convenção a respeito. O legislador deixou claro que a concessão, pura e simples do direito, não autorizava o uso do subsolo. Esta interpretação, todavia, não é acompanhada pela maioria dos autores. Não vislumbro, *in casu*, a existência de uma razão superior para qualificar a regra como de ordem pública, haja vista que em outras legislações expressamente admitem a superfície a incidente no subsolo" (*Curso de direito civil*. Rio de Janeiro; Forense, 2006, v. 4, p. 371).

[798] Luís A. Carvalho Fernandes parece concordar, pois afirma que feita a concessão não cabe mais ao proprietário o uso e a fruição do subsolo (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 417).

[799] Em sentido próximo, José dos Santos Carvalho Filho afirma que: "No silêncio das partes, contudo, deve entender-se que o dono do solo concedeu o uso do solo, do subsolo e do espaço aéreo" (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152).

(a) o aproveitamento do espaço aéreo de imóvel alheio *fronteiriço*[800], projetando-se a concessão superficiária para os titulares de outro imóvel, localizado ao largo daquele que foi objeto da pactuação;
(b) a possibilidade de *sobrelevação*, que é – grosso modo – a concessão superficiária para fins de edificar (novo implante) em construção alheia, separando-se as acessões, com independência entre estas e titularidade distintas.

Registramos, desde já, que a temática da concessão superficiária sobre o espaço aéreo permite a feitura de trabalho monográfico solitário sobre ao assunto, dado os desdobramentos e o pouco material específico sobre o tema, o que inclui não só a doutrina, mas também a parca previsão legislativa no direito estrangeiro. Pelo horizonte mais amplo de nosso labor, examinaremos a matéria nos seus principais pontos, esperando – ao menos – contribuir para deixar aberta a discussão[801], pois pensamos de grande utilidade para as relações sociais contemporâneas.

14.2.2.1 Cessão do espaço aéreo em favor de outro imóvel: direito de superfície ou servidão?

A primeira questão que envolve o espaço aéreo e direito de superfície finca-se na possibilidade (ou não) do manejo do instituto para a aquisição deste por pessoa que não irá efetuar implante no imóvel objeto

[800] Havendo certa flexibilização no conceito de fronteiriço, por não ser necessariamente ser contíguo, embora estes casos sejam os mais comuns, pois o que interessa é o uso do espaço aéreo de um imóvel por outro, ainda que com intervalos de outros imóveis que não interfiram na relação.

[801] Os resultados do debate podem ser transportados – com suas adequações – ao Decreto 271, de 28 de fevereiro de 1967 (que dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, *concessão de uso e espaço aéreo* e dá outras providências), pois o diploma prevê em seu artigo 8º: É permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para fins do artigo anterior e na forma regulamentada'.

da concessão, mas que simplesmente irá se aproveitar do espaço aéreo da propriedade imobiliária, alvo do pacto superficiário.

Resumidamente, a concessão envolveria dois terrenos, com propriedades distintas, em que a concessão superficiária teria base outro imóvel (de titular diverso = *o vizinho*[802]*)*. Assim, em regra, aquele que é concessionário será – simultaneamente – proprietário (ou com posição jurídica aproximada) de imóvel próximo ao objeto da concessão, utilizando-se da *propriedade superficiária* constituída sobre este para algum benefício para sua própria propriedade imobiliária (ou seja, outro imóvel). Na tentativa de adequar a cessão do espaço aéreo na forma resenhada ao direito de superfície, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, fizeram a seguinte colocação:

> "Quanto ao espaço aéreo, a previsão é expressa no art. 21, § 1º, da lei 10.257/01, sendo uma de suas aplicações práticas no âmbito do direito privado, a aquisição por condôminos da superfície do terreno vizinho, com o fim de impedir qualquer edificação no imóvel contíguo, acima de limites que inviabilizem o sossego, a privacidade e, mesmo, o campo visual dos superficiários."[803]

Com a exemplificação prática da questão, fica mais fácil entender a importância da problemática, pois os aspectos que envolvem a vizinhança dos imóveis, notadamente nas áreas urbanas, são relevantes para a melhor fruição da propriedade, alterando-se, inclusive, o valor patrimonial respectivo.

Ao se adotar tal posicionamento, através do instituto em estudo se permitiria criar – em exemplo – posição de inércia de determinado proprietário em seu terreno (ou construção), inibindo-se obras por parte deste, pelo fato de ter concedido a outrem o direito de superfície, sendo o último (o concessionário) – simultaneamente – *superficiário* da concessão e

[802] No sentido amplo da palavra.

proprietário do imóvel vizinho, beneficiando-se com a postura negativa do concedente.

Dessa forma, seguindo a arquitetura da relação jurídica descrita, seria possível que o proprietário de um imóvel - apesar de ter a possibilidade de construir com determinado gabarito – venha a limitar o avanço aéreo de sua edificação no espaço aéreo, a fim de não prejudicar imóvel de outrem (por exemplo, um vizinho que não quer perder vista para o mar), recebendo contraprestação por não utilizar toda extensão do que tinha direito sobre o espaço vertical[804], com o benefício direto do terceiro. Nada obstante a possibilidade legal de se entabular tal convenção entre os dois proprietários de imóveis, a situação foge – ao nosso sentir – do âmbito do direito de superfície, perfilando-se muito mais ao instituto da *servidão*.

Primeiramente, o direito de superfície – em sua essência – remete a idéia de funcionalização do próprio imóvel, não tendo a *função de servir de aparo para beneficiar imóvel alheio*. Esta situação, por si só, nos demonstra que a exemplificação acima tracejada está atrelada à concepção de servidão, pois o imóvel – que em tese – seria objeto da concessão estará a prestar *utilidade* para outro[805], através da retração de atos dominiais que poderiam ser praticados pelo concedente.[806]

---

[803] *Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 402.

[804] Imagine um exemplo de um shopping com ampla área de lazer e vista para o mar. Ao lado se inicia uma obra que – pelo gabarito legal – irá acobertar a vista daquela área do shopping, que é seu maior atrativo. Assim, o proprietário do shopping tem interesse na limitação convencional das dimensões (especialmente altura) do empreendimento (espaço aéreo) vizinho. Em decorrência da não utilização de gabarito permitido poderá ser convencionada uma contraprestação pelo beneficiário com a manutenção da vista.

[805] O direito de superfície está intimamente ligado à *manutenção* de um implante em imóvel de outrem, logo pactuações com idéias diversas irão extrapolar os lindes do instituto. Parecendo concordar, confira-se: Alejandro Borzutzky Arditi (*El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972, p. 153-155).

[806] O ótimo conceito do instituto trazido por José Guilherme Braga Teixeira reforça nossa assertiva: "Servidão é a relação jurídica real por meio da qual o proprietário vincula seu imóvel, dito serviente, a prestar certa utilidade a outro prédio, dito dominante, pertencente a dono distinto, obrigando-se, em conseqüência, a não praticar determinados atos dominiais no prédio serviente ou a não impedir que neste o proprietário do imóvel dominante pratique atos de extração da utilidade que lhe foi concedida" (*Servidões*: aspectos básicos, destinação do proprietário. São Paulo: Lejus, 1997, p. 31).

Ademais, haveria um desvio do direito de superfície em características que lhe são nucleares, destacando-se a sua possibilidade de circulação, ao permitir ampla *alienação* e *transferência* para terceiros, já que a pactuação na modulação acima se volta ao âmbito do imóvel dominante, em razão da vantagem que este possui em relação ao imóvel serviente, de pouca valia para o instituto do direito de superfície, acaso este seja analisado de forma isolada na situação que se fixa entre os *dois prédios*[807]. Isso sem contar que nosso direito de superfície não abraça a concessão perpétua que, ao contrário, presume-se no caso das servidões.

Dessa forma, cremos que o direito de superfície – ao menos na configuração atual em nosso sistema - não se constitui como o instrumento pertinente para regular as relações que se firmem envolvendo prédios com proprietários distintos, a fim de um venha a dar maior funcionalidade a outro, até mesmo pela existência no atual cardápio de outro direito real com vocação para tal.[808]

---

[807] No caso de direito de superfície em que há dois concessionários, a transferência da concessão dos direitos de um dos superficiários para outrem (um terceiro), possibilitará que o adquirente venha a se valer do objeto da concessão, da mesma forma e na mesma potência que o seu antecessor. No entanto, no exemplo dado no corpo do texto, isto não ocorre se o proprietário do imóvel vizinho vier a alienar – hipoteticamente – apenas seu direito de superfície a um terceiro. A questão indica que o vínculo está fincado entre os dois prédios, uma situação afeta à servidão e não ao direito de superfície. Os argumentos de Tupinanbá Miguel Castro do Nascimento para diferenciar a enfiteuse e o direito de superfície podem ser trazidos em empréstimo: "(...) a enfiteuse exige, para a sua constituição, no mínimo duas pessoas (mais claramente, pluralidade de pessoas) e um imóvel podendo ser número plural de imóveis mas pertencentes a mesma pessoa. Não há, portanto, qualquer relação de predialidade ou relação entre dois prédios. O que vai ocorrer é uma relação de pessoas entre pessoas e prédio e prédio, que se biparte: relação entre proprietário e o prédio, que tem extinto seu direitos reflexos de propriedade; e relação entre o enfiteuta e o prédio, recebendo aquele direito sobre este que, pelo ato constitutivo, o proprietário os perdeu. É a primeira distinção com a servidão. Enquanto nesta há relação de predialidade, naquela a relação é entre prédio e pessoa". (*Direito real de servidão*. Rio de Janeiro: Aide, 1985, p. 58).

[808] Nossa posição não é imune de crítica, encontrando-se pensamento contrário. Diferente do rumo que adotamos, colhe-se parecer de lavra de Ricardo Pereira Lira (Direito de superfície. Aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal, relativamente ao dito prédio contíguo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 193-205, jul./set. 2002). Alerte-se, contudo, que as premissas do jurista são incompatíveis com as que seguimos, pois este afirma que o nosso sistema admite o direito de superfície sobre o espaço aéreo de forma perpétua, através de uma interpretação diferenciada da nossa em relação ao artigo 21 e seu parágrafo único do Estatuto da Cidade. Senão vejamos: "Cabe referir que não há impedimento algum no sentido de que a cessão do espaço aéreo tenha sido perpétua. Primeiro porque a questão do prazo só estará aflorada no *caput* do art. 21 do Estatuto da Cidade e não no seu § 1º onde está prevista a cessão

14.2.2.2 Direito de construir acima do implante: *sobrelevação*[809] (*direito de laje*)

Em outra vertente, a cessão do espaço aéreo poderá se caracterizar no direito de superfície como *sobrelevação* que, em curtas palavras, seria a possibilidade de construir - sob a modalidade do instituto aqui estudado - sobre edificação alheia, aproveitando-se da *sobra* do respectivo *volume vertical* acima do solo (artigo 1.229 do Código Civil).[810-811]

Diferente da primeira situação que se aproxima mais da servidão, aqui o imóvel (*na perspectiva do 'solo'*) é o mesmo em que haverá a

---

autônoma do espaço aéreo, e a concessão da superfície no subsolo, que no silêncio da lei podem ser feitas perpetuamente, como, com freqüência, exigirão as necessidades urbanísticas. De outro lado, a perpetuidade não deixa de ser uma assinação de prazo determinado, *certus na incertus quando*. Com dicionariza Aurélio, determinado é o que é fixo, definitivo, estabelecido. E para Caldas Auelte, determinado é o que é demarcado, definido, decidido, certo, estabelecido. Ora, nada mais certo, definido, demarcado, decidido e estabelecido que a perpetuidade". (Ibidem, p. 203-204). No entanto, ainda que superado tal problema temporal, estaríamos indo de encontro a essência do direito de superfície que é a de *fazer ou de manter implante em solo alheio* e o festejado autor entende que é possível se valer da figura jurídica para anestesiar o espaço aéreo isto é, mantê-lo em estado de inércia, pois assim este estaria sendo utilizado, embora em benefício de outro imóvel. Confira-se: "(...) uma das formas de utilizar o espaço aéreo, como segmento abrangido pela propriedade, é exatamente não utiliza-lo, valendo-se dele como área *non aedificandi* (...) É curial que quando, como no caso em concreto, o titular de lote contíguo, onde se edifica, adquiriu, por cessão, o espaço aéreo, na conformidade do Estatuto da Cidade, sobrejacente ao imóvel contíguo, o afastamento lateral será determinado levando-se em consideração a incorporação urbanística do espaço aéreo ao lote que se realiza a edificação" (Ibidem, p. 202-203). As questões que foram invocadas pelo professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com o absoluto respeito que nutrimos pelo estudioso, estão no campo ordinário da servidão, não sendo necessário criar um alongamento que – para nós – não é natural do direito de superfície. Assim, sem contrariar o pensamento quanto a possibilidade de amoldamento volumétrico para efeito de afastamento (cerne do parecer), a servidão parece ter mais aptidão para tais fins.

[809] O termo *sobrelevação* tem variação, sendo também usado *sobreelevação*. Aqui usamos o primeiro, respeitando os autores que utilizaram o segundo em seus estudos.

[810] Segundo Letícia Marques Osório seria um "direito de mais elevação ou de sobredificação, que faculta ao superficiário elevação da altura de seu prédio dentro dos limites estabelecidos pela lei urbanística" (Direito de superfície. In: Osório, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 180). Apenas fazemos uma pequena ressalva que a fala da jurista nos remete a uma idéia de *superfície por cisão*, o que nem sempre será coincidente com a *sobrelevação*, consoante trataremos no corpo do texto.

[811] A possibilidade de construção por *sobrelevação* não é exclusiva do direito de superfície, admitindo-se no condomínio edilício, consoante artigo 1.343 do Código Civil ("Art. 1.343. A construção de outro pavimento, ou, no solo comum, de outro edifício, destinado a conter novas unidades imobiliárias, depende da aprovação da unanimidade dos condôminos"). Em linha próxima: e Frederico Henrique Viegas Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 326, nota de rodapé n. 702).

concessão em favor do superficiário, tendo, no entanto, como base da *sobrelevação* outra construção já implantada na superfície, utilizando-se do gabarito aéreo que não foi totalmente aproveitado, ou seja, do espaço volumétrico que pode ainda ser edificado.

Pois bem, com olhos no ordenamento nacional, tem-se que não há autorização expressa (nem restrição literal) no Código Civil, dado o silêncio do artigo 1.369. Diferentemente, o artigo 21, § 1º, do Estatuto da Cidade parece autorizar a *sobrelevação*, quando arrola o *espaço aéreo* como possível objeto do direito de superfície.[812]

Assim, por não existir previsão (muito menos vedação) direta nos dispositivos nacionais, o exame da questão nos remete a uma interpretação delicada, pois nosso legislador não seguiu a trilha do direito luso que foi explícito na regulação da *sobrelevação*, como se vê do artigo 1.526º do Código Civil de Portugal[813], que dispõe:

> "Art. 1526º - (Direito de construir sobre edifício alheio) - O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condómino das partes referidas no artigo 1.421º."[814]

---

[812] O Estatuto da Cidade segue desenho legal próximo ao artigo 8º do Decreto 271, de 28 de fevereiro de 1967.

[813] Além de Portugal, existem referências sobre a admissão da sobrelevação e/ou situações afins em outros países. No sentido, Martín Wolff faz referências no direito alemão (*Derecho de cosas.* Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937, v. 2, p. 6) e Jose Guilherme Braga Teixeira que afirma que tal regime é admitido na França (Lei n. 64-1.247, artigo 1º e Código de Urbanismo, artigo L 421-!, 2ª. alínea: *'suréléevation'*) (Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: Arruda Alvim, José Manoel de; Alvim, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 274). Roland Ruedin traça considerações sobre o tema na Suíça (*Le droit réel de superfície*. Neuchâtel: Ides et Calendes, 1969, p. 158-159 e p. 170-178). Na Itália, entre vários, confira-se: Alessandro Barca e Corrado Marvasi (*La superfície*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 468-472 - Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon).

[814] Em Macau, a questão está disposta de forma mais minuciosa do que o Código Civil luso, confira-se: "Artigo 1.420º (Direito de construir sobre edifício alheio) O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito, com as necessárias adaptações, ao disposto no artigo anterior, e, em geral, às disposições deste título. Artigo 1.419º (Construção de obra em propriedade horizontal) 1. O direito de superfície pode ter por objecto a construção de edifício ou conjunto de edifícios em regime de propriedade horizontal, contanto que se preencham as condições próprias para a constituição deste direito. 2. Neste caso, o direito de superfície tem de ser constituído com

Antes de traçar qualquer comentário sobre o regime da *sobrelevação*, algumas questões devem ser examinadas, destacando-se, *prima facie*, que esta não se confunde com a *superfície por cisão* ou com a *subsuperfície* (tratada por alguns, como, *superfície de segundo grau*[815]).

A *superfície por cisão* – consoante já abordado no presente trabalho[816] – representa o destaque da acessão da base (em regra o *solo*) para que o superficiário venha mantê-la, depois de concretizado o pacto com o proprietário e operada *suspensão do princípio superfícies solo cedit*. Se o superficiário não precisar introduzir benfeitorias no implante já existente, teremos a *superfície por cisão ordinária*, mas se ele, diferentemente, se obrigar a implementá-las, será o caso de *superfície por cisão qualificada.* Esta segunda situação, muito embora tenha alguma semelhança com a *sobrelevação,* com esta não se confunde, pois na *superfície por cisão qualificada* as benfeitorias estarão sendo feitas no implante que o superficiário terá direito de *'manter'* (= *ter direito de fruição e disposição*), o que não ocorre no desdobramento aqui abordado. Na realidade, em se tratando de *sobrelevação*, a construção já existente não será alvo de melhoramento ou de destaque para exercício em benefício

---

carácter perpétuo e não pode ser sujeito à estipulação prevista no n. 2 do artigo 1.427º 3. Efectuada a construção, aplica-se às relações entre os condóminos e entre estes e terceiros o regime da propriedade horizontal, sendo, no entanto, nas relações entre condóminos e proprietário do solo aplicável o regime do direito de superfície, com as especificidades constantes do número anterior. 4. Sendo devida uma prestação anual ao dono do solo, compete à administração do condomínio cobrar de cada condómino a parte correspondente à sua fracção autónoma e proceder ao seu pagamento."

[815] A expressão *superfície de segundo grau* não se encaixa como exato sinônimo de *subsuperfície*, pois a última pode se dar com desdobramentos em outras relações, o que, ao menos em tese, permitiria a *superfície de terceiro grau*, *de quarto grau...* (e assim sucessivamente). De toda sorte, alguns autores tratam do tema utilizando-se as expressões como sinônimas quando tratam da sobrelevação. Aparentando seguira linha supra, confira-se: Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 543) e Paulo Roberto Benasse (*O direito de superfície e o novo Código Civil Brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 113-114). Confira-se ainda: Roland Ruedin (*Le droit réel de superfície*. Neuchâtel: Ides et Calendes, 1969, p. 158-159 e p. 170-178).

[816] Confira-se, em especial, capítulo 13.

próprio do superficiário, servindo apenas de *base* para nova construção, que terá independência da primeira.[817]

No que se refere a *subsuperfície*, esta pode ter como objeto o direito de implantar e/ou sobre o implante que foi inicialmente remetido para o patrimônio jurídico do superficiário. No entanto, o concessionário pode não gozar *'pessoalmente'*, no todo ou em parte, o escopo da concessão, passando tal posição para terceiro - na qualidade de *subsuperficiário* – os direitos inerentes ao pacto. Esta postura do superficiário perante o terceiro se dará sem, contudo, dar cabo da relação que possui com o proprietário. Não se amplia, nessa situação, o objeto da concessão firmada entre proprietário e concessionário, mantendo-se, inclusive, o vínculo subjetivo entre estes, pois o último continuará obrigado em relação ao primeiro. Haverá, em síntese, a *ampliação* subjetiva das relações do superficiário, que terá vínculo com o proprietário e com o *subsuperficiário*, ainda que, ordinariamente, estes últimos não tenham relação direta contratual entre eles.[818-819]

Note-se, portanto, que na *subsuperfície* existirão (no mínimo) dois concessionários: (a) *superficiário inicial* (ou *de primeiro grau*) que firmou a primeira pactuação com o proprietário para fazer ou manter implante no imóvel daquele; (b) *superficiário derivado* (ou de *segundo grau, ou*

---

[817] Aparenta ter ocorrido confusão entre *sobrelevação* e *superfície por cisão* em exposição de Silvio de Salvo Venosa quando este afirma que: "Veja, por exemplo, a situação de um prédio inacabado que o superficiário se propõe a terminar. Trata-se do que a doutrina lusitana denomina de sobrelevação, que não contraria nossa legislação" (*Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 5, p. 392). A mesma referência da sobrelevação (como sinônimo de obra em construção inacabada) é feita por Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie (*Novo Código Civil comparado e comentado*: posse e direitos reais. Curitiba: Juruá, 2003, v. 5, p. 148).

[818] Observe-se, entretanto, que a *subsuperfície* não pode ser confundida com a cessão (parcial ou total) da concessão superficiária, em que o superficiário irá transferir posição contratual para terceiro, pois esta medida importará no desligamento (parcial ou total) do vínculo do concessionário em relação ao proprietário, seguindo-se a trilha que está autorizada nos artigos 1.372 do Código civil e 21, § 4º, do Estatuto da Cidade.

[819] Como não há regramento legal para a *subsuperfície*, para tal devem ser tomadas em empréstimo as regulações da Lei n. 8.245/91 sobre a *sublocação*, o que fará com que esta situação demande autorização do proprietário (artigo 13).

derivado) que será uma figura posterior, que terá o direito de fazer obras sobre (acima) da acessão já presente no imóvel do proprietário, utilizando-se da base do implante para tal.[820]

Para que ocorra a *sobrelevação*, contudo, é importante notar que não será necessário que se firme uma *subsuperfície*, pois o proprietário poderá manter para si o solo e o implante base, vindo o superficiário a construir sobre a *laje* do imóvel (acessão construtiva) do proprietário. Nesta situação, haverá a possibilidade de *sobrelevação*, muito embora o direito de superfície tenha sido concedido de forma direta pelo proprietário ao superficiário que, aproveitando-se do espaço volumétrico, irá erguer nova acessão sobre a base do imóvel do concedente.[821]

Portanto, apesar da *sobrelevação* muito embora esteja, em regra, jungida a surgir a partir da *superfície por cisão* ou da *subsuperfície*, não há uma confusão entre tais situações, não se gerando uma confusão de conceitos.

---

[820] O concedente da autorização da *subsuperfície* – em princípio – estará jungida ao que for estabelecido na concessão. Em caso de silêncio total no pacto, entendemos que somente poderá ser autorizada se o proprietário e o superficiário estiverem de acordo, aproveitando-se da inteligência do artigo 1.342 do Código Civil. Em termos, parecendo concordar com nossa posição, confira-se: António de Menezes Cordeiro (*Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 712-714). Em sentido contrário, entendem Pires de Lima e Antunes Varela que o superficiário pode autorizar nova concessão, independentemente da autorização do proprietário (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 593). António de Menezes Cordeiro faz crítica severa a tal posição, lançando a seguinte indagação: "sendo a superfície um direito de implantar em terreno alheio, como pode o superficiário, que não tem qualquer terreno, constituir ele próprio uma superfície? (*Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 714).

[821] Segundo Frederico Henrique Viegas Lima: "Sobrelevar é levantar um ou mais andares em uma edificação já existente (...) Já a subsuperfície, é a possibilidade que tem o superficiário, que se aproxima das características jurídicas da subenfiteuse, é a possibilidade que tem o superficiário de contratar outros direitos de superfície com terceiros, pelo prazo originário da primitiva concessão. Inclusive, como bem é realçado no direito suíço, a subsuperfície (*underbaurecht*) pode abarcar a totalidade do imóvel ou somente uma parte determinada do mesmo" (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 306). A fala do autor demonstra que a *sobrelevação* não será sempre *superfície de segundo grau*, pois a construção *sobrelevada* pode ser dar na base do implante do proprietário, não existindo até então superficiário, abrindo-se a concessão a partir de tal base.

Feita a diferenciação supra, em retorno aos trilhos do texto, como o legislador não indicou de forma límpida a presença da *sobrelevação* no ordenamento pátrio, a doutrina não é unânime a respeito de tal desdobramento, dividindo-se em duas posições, com correntes que se debatem antagonicamente sobre a possibilidade da sobrelevação do direito de superfície em nosso país.

Com efeito, enquanto uma corrente defende a possibilidade da sobrelevação no Brasil, com remessa do artigo 1.229 do Código Civil para a interpretação dos artigos 1.369 e 21, § 1º, do Estatuto da Cidade[822], outra posição acena pela negativa, sustentando, basicamente, que as normas sobre direito de superfície não previram esta modalidade de concessão.[823]

Ao nosso sentir, não existe vedação legal, sendo permitido a sobrelevação no direito de superfície, embora em boa parte das situações fosse mais conveniente a pactuação de condomínios, consoante adverte

---

[822] Admitindo a sobrelevação no Brasil com esteio na normatização atual, Marco Aurélio Bezerra de Melo leciona que "a falta de regra expressa para o direito de superfície sobre a propriedade superficiária não impede a sua utilização (...)" (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 5, p. 226). Confira-se ainda, com algumas variações: Francisco Eduardo Loureiro (*Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.259); José dos Santos Carvalho Filho (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153); Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 402); Washington Rocha de Carvalho (*O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 99-103); e Frederico Henrique Viegas Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 306).

[823] Com esta linha, Carlos Roberto Gonçalves afirma: "O novo diploma não contempla também a possibilidade da *sobrelevação* ou superfície em segundo grau, autorizada nos direitos português, francês (*surélévation*) e suíço (*superfície au deuxiéme degré*) e que consiste na concessão feita por terceiro, pelo superficiário, do direito de construir sobre a propriedade superficiária, ou seja, sobre sua laje" (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5, p. 413). Diana Gomes Carvalhinho afirma que "considerando o princípio da tipicidade dos direitos reais, as situações que não se amoldem perfeitamente aos tipos previstos pelo legislador não podem receber a epígrafe. Nesse passo, uma vez que o artigo 1.369 do Código Civil – dispositivo que consagra o direito de superfície em nosso sistema – fala no direito de construir ou plantar em *terreno* alheio, não está a abrigar o direito de sobrelevação, que implica direito de construir sobre *edifício alheio*". (*Direito de superfície.* Monografia (Conclusão de graduação) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2005, p. 48).

boa doutrina[824]. Nossa posição se ampara – mais uma vez – nos *princípios da operabilidade* e *da socialidade*, uma vez que vemos em tal variante do direito de superfície um instrumento que poderá regularizar uma realidade nacional que é o *direito de laje*.[825]

Note-se, pois, que a constituição da obra por *sobrelevação* não se aglutina de forma indissolúvel das relações que ocorrerão – posteriormente - entre os detentores respectivos a cada uma das parcelas construídas, nos parecendo que este segundo vínculo deve ser tratado pelas regras referentes à propriedade horizontal e aos condomínios, de acordo com a especificidade da questão[826]. O direito de superfície não possui moldagem para dirimir a convivência entre os detentores dos implantes, assim como outras questões mais específicas da propriedade horizontal, não sendo por acaso, portanto, o apoio por estes regramentos na legislação estrangeira, como é o caso das codificações de Portugal e Macau.

---

[824] No sentido, Marcelo Terra faz indagações relevantes: "Será possível a constituição de mais de um direito de superfície a mais de uma pessoa? Por exemplo, à semelhança de um prédio de apartamentos (propriedade dividida em planos horizontais) cada andar poderá ser objeto de um distinto direito de superfície? Como se regularia a convivência entre os diversos credores? Pelas regras do condomínio especial da Lei n. 4.591/64? Qual o interesse então na constituição do direito de superfície? Por que não se contratar diretamente o condomínio em unidades autônomas?" (Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu - PR, de 17 a 21 de setembro de 2.001, p. 27 – texto cedido gentilmente pelo autor).

[825] Com mesma linha: Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 544) e Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 5, p. 226).

[826] Luiz Guilherme Loureiro sustenta que: "Após a construção da sobrelevação, passam a existir duas frações, a correspondente ao edifício que já estava construído e à sobrelevação. Se passam a existir suas frações, nasce o regime do condomínio especial. O direito de sobrelevação, portanto, somente está sujeito ao regime do direito real de superfície até a conclusão da obra, A parir desse momento há condomínio especial" (*Curso completo de direito civil*. São Paulo: Método, 2007, p. 899). Na fala de Frederico Henrique Viegas Lima: "Nada impede que os co-proprietários possam estabelecer o direito de sobrelevação mediante constituição de um direito de superfície. Esta faculdade não recai diretamente sobre o terreno, senão sobre um edifício alheio. Depois da construção superficiária, aplicar-se-ão a esta nova edificação as normas da propriedade horizontal. A estas novas unidades caberá correspondente cota ideal sobre o terreno e as partes comuns, alterando desta forma as frações ideais já existentes. No momento da extinção do direito de superfície, o edificado reverterá para a comunidade, a qual dará a estas unidades autônomas o destino que melhor lhe convier, podendo até mesmo contratar um novo direito de superfície" (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 306).

Nossa postura não viola, em absoluto, o *princípio da tipicidade* dos direitos reais[827], pois não estamos alterando o instituto, mas tão somente lhe emprestando interpretação mais *elástica*[828], o que não é um sacrilégio, em especial no Código Civil de 2002, em que todos os dispositivos devem receber exercício interpretativo com influxo de uma tríade de princípios (*socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*). Esta premissa indica – ao menos para nós – a adoção no Código Civil de tipicidade nos direitos reais com alguma margem de flexibilidade, até mesmo em razão da imperativa

---

[827] Nos direitos reais o princípio da tipicidade possui área de acoplamento com o princípio da taxatividade, mas, ao mesmo passo, não se confunde com este. O último fixa um rol (*numerus clausus*) de figuras que pertencem aos direitos reais (= *fonte de exercício*) que somente podem ser ditadas pelo legislador, enquanto o princípio da *tipicidade* se notabiliza pelo conteúdo típico dos modelos eleitos pela legislação, em que se fixa uma estrutura que detém limitação na expansão pelo titular. O *princípio da tipicidade* veda – em pontos principiológicos e da mecânica do instituto – a reformulação pelo interessado da estrutura dos *'tipos reais*' e que, por isso, fica com a autonomia da vontade sob certa pressão, mas sem extingui-la, eis que fora destes limites, há certo espaço de flexibilização que não é atingido pela diretriz. Correta a lição de Arruda Alvim ao apontar que: "Os direitos reais são criados pelo direito positivo por meio da técnica denominada *numerus clausus.* A lei os enumera de forma taxativa, não ensejando, assim, a aplicação analógica de lei. São definidos e numerados determinados *tipos* pela norma, e só a *estes* correspondem os direitos reais, sendo, pois, seus *modelos*. Somente os direitos constituídos e configurados à luz dos *tipos rígidos* (modelos) consagrados pelo texto positivo é que poderão ser tidos como reais. Estes tipos são previstos em lei de forma *taxativa*. Isto não quer significar, entretanto, que inexista liberdade com relação à constituição dos direitos reais. Não há, isto sim, liberdade no que diz respeito à configuração dos direitos reais, dado que esta configuração se encontra cogente e imutavelmente disposta pelo legislador" (Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: Cahali, Yussef Said, Coord. *Posse e propriedade*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 48-49). Também sobre o tema, Gustavo Tepedino, leciona que "(...) o princípio do *numerus clausus* se refere à exclusividade da competência do legislador para a criação de direitos reais, os quais, por sua vez, possuem conteúdo típico, daí resultando um segundo princípio, corolário do primeiro, o da tipicidade dos direitos reais, segundo o qual o estabelecimento dos direitos reais não pode contrariar a estruturação dos poderes atribuídos ao respectivo titular (...) vale dizer, ao lado de regras imperativas, que definem o conteúdo de cada tipo real, convivem preceito dispositivos, atribuídos a autonomia privada, de sorte a moldar o seu interesse a relação jurídica pretendida" (*Multipropriedade imobiliária.* São Paulo: Saraiva, 1993, p. 82-83). No tema, confira-se ainda: José de Oliveira Ascensão (*A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1968); Antonio Román García (*La tipicidad em los derechos reales*. Madrid: Montecorvo, 1994); Gabriel de Reina Tartière (*Sistema de derechos reales*: parte general. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005); André Pinto da Rocha Osório Gondinho (*Direitos reais e autonomia da vontade*: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001); Álvaro Moreira e Carlos Fraga (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 114-119); Edmundo Gatti (*Teoria gerenal de los derechos reales.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d., p. 66). Idéia semelhante pode ser sustentada para outras situações, como é o caso da *superfície por cisão*, conforme defendemos no capítulo 13, em especial no item 13.2.

[828] No mesmo sentido, Francisco Eduardo Loureiro entende que adotando o "princípio da tipicidade elástica, nada impede a constituição do direito de sobrelevação, o direito de superfície sobre superfície" (*Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.259).

observação de tais diretrizes, em especial o *princípio da operabilidade* e respeito a *função social da propriedade.*[829]

A infelicidade do legislador em não ter explicitado a matéria em todas as facetas[830] não impede, na nossa visão, que venhamos desprezar este desdobramento importante do direito de superfície, pois a sobrelevação é compatível com a principiologia e a mecânica que envolvem o instituto, inclusive quanto ao seu volume, pois o artigo 1.229 do Código Civil dá azo a interpretação dos limites verticais da concessão superficiária, a partir da única restrição (relativa) que é contida no artigo 1.369 (obras solitárias no subsolo).

Pensamos na aplicação da sobrelevação não como instrumento para a criação de obras e construções com muitos fracionamentos, mas com moldagem para permitir o *direito à laje*, com a regularização de diversas situações hoje já criadas, mas que continuam marginais ou, ao menos, com tratamento inadequado[831], pela recepção sem mobilidade da

---

[829] A lição de André Pinto da Rocha Osório Gondinho é adequada à hermenêutica que seguimos: "(...) o princípio do *numerus clausus* também acolhe a intervenção da autonomia da vontade na seara da realidade, por meio de modulação dos protótipos de direitos reais existentes e tipificados. A autonomia da vontade, conquanto esteja proibida de constituir títulos exóticos de direitos reais, pode intervir modelação dos direitos reais estatuídos em lei, sempre que isso seja permitido. Podemos concluir, portanto, a existência, em nosso Direito positivo, dos princípios do *numerus clausus* e da tipicidade dos direitos reais não afasta *in totum* a autonomia da vontade na seara do Direito das Coisas. Tal intervenção, para ser válida, deve ser compatível não somente com os limites do tipo real, com as normas de ordem pública enunciadas na legislação ordinária, mas também e principalmente, com os princípios constitucionais da função social da propriedade e da atividade econômica, de modo a entender os valores existenciais da pessoa humana como paradigma necessário e indispensável para a tutela pretendida" (*Direitos reais e autonomia da vontade o princípio da tipicidade dos direitos reais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 154).

[830] Motivo de crítica autorizada de estudiosos no tema, como é o caso de Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: Arruda Alvim, José Manoel de; César, Joaquim Portes de Cerqueira; Rosas, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 555) e Frederico Henrique Viegas Lima (*O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 342-343).

[831] Admitindo-se o direito de laje, boa gama de situações ocorrentes no direito de família poderão ter porto mais seguro do que as soluções que são normalmente impostas. Ora, são vulgares os casos em que pela existência de um único bem imóvel, a partilha na separação judicial implica na divisão deste para que um dos (ex) cônjuges construa sobre a laje, enquanto o outro retém para si a construção já erguida, hipótese que poderia estar abrigada pelo instituto (*um direito real*), criando ambiente muito mais seguro aos mútuos interesses, inclusive da prole (quando existente). O problema das edificações em terrenos de familiares não é uma questão que ocorre apenas no Brasil, despertando-se o interesse de autores de outras nações, como é o caso de

figura em comento, cuja maior causa está na acanhada legislação respeito. Não podemos esquecer a motivação com que foi trazido o direito de superfície para o quadro legal pátrio contemporâneo, eis que deve ser visto como instrumento de concretização da função social da propriedade, preenchendo espaços em relações jurídicas em que não há instituto exato para o fim.[832]

Como dissemos antes, feita a construção *sobrelevada* com supedâneo no direito de superfície, isto é a decorrente da *sobrelevação superficiária*, a relação irá apenas até onde a modulação do instituto permitir (ou seja, as questões íntimas à figura, como a preferência mútua, a reversão, a possibilidade de transferência e de opção pela concessão gratuita ou onerosa, etc.[833]), não extrapolando os lindes do *tipo*, pois esta modalidade também se sujeita às restrições legais atreladas às construções (explicitamente lembrado no artigo 21, § 1º, do Estatuto da Cidade) e aos regramentos da propriedade horizontal.[834-835]

Bernardo Rocca (*Edificación sobre el inmueble de los padres*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002). Neste ponto é importante notar que – como já alertamos antes no corpo do texto - nem sempre o direito de sobrelevação será uma *subsuperfície.* Com efeito, se o proprietário do solo e do implante for o mesmo, a autorização para que seja feito por terceiro novo implante sobre a laje, aproveitando o volume de construção remanescente, se caracterizará como direito de superfície em primeiro grau. De modo diverso, no exemplo da nota anterior, poderia se ter o *direito de laje* como um *direito de superfície em segundo grau*, caso, na partilha dos bens, o solo do imóvel seja destinado para os filhos, ficando para um ex-cônjuge o implante já efetuado (*superfície por cisão*), e, por fim com a concessão ao outro ex-cônjuge do direito de implantar sobre a laje superficiária (*superfície em segundo grau*).

[832] No sentido: Miguel Reale (*O Projeto do novo Código Civil*: situação após aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 157).

[833] Será importante, também, a formação dos acessos ao implante *sobrelevado*, tratado de 'servidão' no direito lusitano (artigo 1.529º do Código Civil). Em se tratando de *superfície de segundo grau*, tal situação é fundamental, pois o superficiário de primeiro grau – ainda que figure como concedente da sobrelevação – não é proprietário do solo. Em termos: Luís A. Carvalho Fernandes (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 416-417).

[834] A aplicação das regras da propriedade horizontal e das relações condominiais é bem aceita em Portugal, citando-se, em exemplo, a posição de A. Santos Justo (*Direitos reais.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 390); Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 3, p. 592); Luís A. Carvalho Fernandes (*Lições de direitos reais*. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003, p. 415-416); e Rui Pinto Duarte (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 173), merecendo receber acolhida no Brasil, até que – eventualmente – uma lei venha explicitar melhor a *sobrelevação*.

[835] O Projeto de Lei n. 6.690/02 do Deputado Ricardo Fiúza, ao alterar o parágrafo único do artigo 1.369 do Código Civil, está muito aquém de uma ação legislativa com maior profilaxia e segurança quanto à sobrelevação.

Na medida em que avançarmos pela dinâmica desta faceta do direito de superfície, se percebe que há um progressivo câmbio nos regramentos que – conforme o momento da relação – serão visualizados de forma mais pulsante. Inicia-se com forte apego às normas do direito de superfície, passando para as questões ligadas ao direito de construir e suas limitações, adentrando-se na propriedade horizontal, para finalizar com forte obediência aos ditames de vínculo condominial, percurso este que deve ser feito sempre atento à peculiaridade da relação complexa em foco, que destacará, conforme o momento, as regras do instituto que está em posição de maior evidência.[836]

Apesar da relação muito aproximada, registre-se que a *sobrelevação* é instituto que não pode ser traduzido como sinônimo de condomínio vertical[837], pois neste a propriedade é repartida em frações ideais, enquanto no direito de superfície a base do solo imóvel continuará integralmente no patrimônio do proprietário, e os implantes, respectivamente, na alça jurídica do superficiário primário e do eventual superficiário derivado.[838]

---

[836] Não pode dizer, assim, que depois finalizada o *implante sobrelevado* e iniciada a relação condominial, estará o direito de superfície extinto. Esta fala é incorreta, pois o superficiário que detém a *'propriedade sobrelevada*' tem vínculo com o concedente no espectro e estrutura do direito de superfície. Dentre as questões do direito de superfície previstas no Código Civil e que estarão *'vivas'*, não podemos esquecer que o instituto pode ter caráter oneroso, sendo devido o cânon se assim for pactuado (artigo 1.370), devendo o superficiário, de outra banda, quitar os encargos e tributos sobre o objeto da concessão (artigo 1.371) e manter a destinação superficiária (artigo 1.374). Além destas questões mais evidentes, estará perene na concessão o direito de preferência mútuo (artigo 1.373) e o direito de indenização em caso de desapropriação (artigo 1.375). Assim, respeitosamente, discordamos de António de Menezes Cordeiro quando afirma que "extingue-se a superfície, com a conclusão da sobrelevação, nascendo, em sua substituição, um direito de propriedade horizontal" (*Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex, 1993, p. 712). O que ocorrerá – na realidade – após a conclusão da *sobrelevação superficiária* é uma maior visibilidade das regras atinentes à propriedade horizontal e das relações condominiais, nada obstante manter-se eficazes os ditames do direito de superfície naquilo que se aplica à concessão e nos pontos cogentes do *tipo real*.

[837] Segundo Álvaro Moreira e Carlos Fraga, com olhos na sobrelevação: "O direito de construir, é no fundo um direito de superfície, e a construção uma propriedade que não abrange o solo são dois direitos de natureza diferente. O legislador integra-os, ambos, dentro da noção de superfície" (*Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 292).

[838] Por tal passo, Rui Pinto Duarte alerta: "Convém, no entanto, frisar que os condóminos, em tal caso [*sobrelevação superficiária*], são condóminos no direito de superfície – ou seja, o seu direito não se estende ao solo e está limitado pelo direito do fundeiro" (*Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002, p. 174).

No entanto, como já afirmamos, pela existência de pontos de toque, é necessário que sejam utilizadas algumas regras da propriedade horizontal, providência esta que é determinada – como vimos – pela legislação lusa e, agora de forma mais recente, pelo Código Civil de Macau.[839]

Do exposto, concluímos que a sobrelevação superficiária é possível no sistema pátrio e a sua concessão demanda apego não apenas às regras do direito de superfície, mas também a outras normatizações. Na fase de construção da obra sobre o imóvel erigido em terreno alheio, haverá a predominância das disposições afetas ao direito de superfície e as ligadas à própria edificação ordinária (códigos de postura, legislação urbanística, etc.). Posteriormente, terminadas as obras vinculadas ao implante – surgindo a *'propriedade superficiária sobrelevada'* – as relações entre as partes envolvidas serão conduzidas em maior espaço pelos regramentos da propriedade horizontal e da relação condominial, ficando as questões superficiárias em plano de fundo, com certa compressão, mas sem a sua extinção.

[839] No sentido, José de Oliveira Ascensão anota que previsão da situação exposta no Código Civil de Portugal (artigo 1.526º), e pela sua feição, a um misto de aplicação de regras de superfície com propriedade horizontal. Sua aplicação há ser feita com parcimônia para evitar abusos. Confira-se a doutrina: "Prevê-se o direito de construir sobre edifício alheio, que representa certo hibridismo entre a superfície e a propriedade horizontal. A constituição deste direito está sujeita às regras da superfície e às limitações da propriedade horizontal: e uma vez acrescentado o edifício, a situação cai inteiramente no domínio da propriedade horizontal. A prática está a dar bom acolhimento a esta previsão legal, mas com freqüência utilizando qualificações erradas. Por exemplo, o construtor que espera obter futura autorização camarária para levantar mais andares vende o prédio com reserva do espaço aéreo" (*Direito civil*: reais. 5. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 526).

15 CONCLUSÃO

Nosso labor não pretendeu – em absoluto – esgotar a matéria, mas tão somente trazer o direito de superfície para a análise de suas principais características, haja vista que não existe consenso sequer quanto à natureza jurídica do instituto, colhendo-se divergência de alto calibre quanto a melhor classificação da figura (*ius in rea aliena* ou *ius in re propria?*).

Neste momento conclusivo, depois de percorrido todos os pontos do trabalho que ora ofertamos a comunidade jurídica, queremos registrar as grandes dificuldades que qualquer empreitada que verse sobre o tema irá enfrentar, não sendo nossa tentativa diferente.

Muito embora tenhamos utilizado bom cartel de fontes, há dificuldade na localização de material bibliográfico, o que demanda forte investigação pelo interessado. Mais do que a carência de elementos para a consulta, os resultados obtidos nas pesquisas não são uniformes, colhendo-se respostas não coincidentes e, por vezes, até antagônicas, pois durante bastante tempo a figura foi tratada como se fosse apêndice ou desdobramento de outros institutos, não estando fixada de forma clara nos ordenamentos jurídicos. A existência (ou não) do direito de superfície, muitas vezes, foi aferida através da interpretação doutrinária do respectivo sistema legal, citando-se, em recordação, o que aconteceu na Itália (antes do Código Civil de 1942), em Portugal (até a edição da Lei 2.030, de 22 de junho de 1.948) e na França (em que faz, até hoje, interpretação aberta do artigo 553 do Code).

De toda sorte, o direito estrangeiro serve de imprescindível base de consulta, pois a legislação forasteira nos dá algumas respostas e fundamentos para tentarmos preencher os espaços não ocupados pelo nosso legislador, criticado com muito ardor pela boa doutrina que sobre o

tema se debruçou, pois, de fato, a regulação pátria sobre o direito de superfície se revela por demasiada acanhada e, em certos instantes, sem qualquer preocupação sistemática, diante da existência de conflitos injustificáveis entre os dois mananciais legislativos diretos que possuímos (Código Civil de 2002 e Estatuto da Cidade).[840]

O quadro acima trazido nos obriga a trabalhar com fontes variadas e pouco coesas, eis que, repita-se, o instituto recebe tratamento bem diferenciado em boa parte das referências consultadas. Como se viu no capítulo específico e ao longo de nosso trabalho, o direito de superfície não é regulado de forma uniforme no direito estrangeiro, pois há diferenças importantes de acordo com o ordenamento examinado. Esta situação deve ser levada em consideração na tentativa de transporte de algumas idéias contidas em regras alienígenas, uma vez que nem todas se alinham ao nosso sistema, como é o caso da concessão perpétua – aceita em alguns países – mas que, ao menos num primeiro momento, parece estar sem simetria à diretriz de função da propriedade adotada fortemente no Brasil.

A necessidade de coerência sistemática, contudo, nos socorre ao buscarmos a diretriz que será o farol da trilha interpretativa sobre o instituto. Fica evidente que toda e qualquer leitura (e resposta) sobre o direito de superfície está ancorada à função social da propriedade, eis que, consoante alardeado pela maciça doutrina (e até mesmo pelos responsáveis diretos pela redação da atual codificação) a (re)introdução da

---

[840] Não há uma preocupação do legislador em evitar conflitos entre dispositivos, situação que foi novamente verificada através das alterações trazidas pela Lei 11.481/07. Em suma, no § 2º no artigo 1.473 do Código Civil (que foi incluído pela Lei 11.481/07) há um comando que permite a interpretação de que a concessão superficiária pode ser feita por prazo indeterminado, ao passo que a regra diretriz do instituto na própria codificação civil (artigo 1.369) prevê expressamente que a concessão deve se jungir a um prazo *determinado*, ou seja, criando embaraço sistemático dentro do bojo de um mesmo diploma. Mais ainda, a Lei 11.481/07 passou a se valer da expressão 'propriedade superficiária' (até então não utilizada no Código Civil) sem dar qualquer indício sobre o sentido exato daquela (*sinônimo de direito de superfície* ou *sinônimo de implante obtido pela aplicação do instituto?*), criando dúvida quanto ao objeto que poderá ser alvo da hipoteca (e outras garantias reais).

figura no ordenamento nacional se justifica pela possibilidade desta ser justamente um instrumento de concretização da função social da propriedade. Tal constatação nos obriga a fixar o foco da interpretação do instituto a partir da luz enviada pela norma constitucional que, como é trivial, ilumina todo o sistema legal, não afastando, em absoluto, qualquer diploma legal.

Forma-se, assim, sob a iluminação constitucional, o microssistema da função social da propriedade, composto de diversas normas de índoles variadas, que se comunicam através da interpenetração e da integração mútua. Este diálogo multidisciplinar – determinado pela Carta Magna – tem espaço no Código Civil através da cláusula geral extensiva do seu artigo 1.228, § 1º, pois este dispositivo permite trazer para a codificação toda e qualquer legislação que permita conceituar (e concretizar) a função social da propriedade. O Estatuto da Cidade é uma das peças chave deste *microssistema de natureza complexa e multifacetário*, possuindo válvulas de câmbio com vários diplomas, entre eles o Código Civil, e, tanto assim que, especificamente sobre o direito de superfície, o instituto recebe o influxo da legislação codificada pela abertura proposital do artigo 4º, § 1º, da Lei 11.257/01.[841]

Assim, embora na missão interpretativa se possa utilizar de material de origens variadas, inclusive, originário do direito externo, *as aplicações que envolvem o direito de superfície se submetem ao microssistema da função social da propriedade*, que está sob o abrigo da Carta Constitucional de 1988.

O Código Civil de 2002 detém papel relevante como diploma que compõe este conjunto de normas, pois, através de sua *função participativa*,

[841] "Art. 4° - Para fins desta Lei, serão utilizados entre outros instrumentos: (...) § 1° Os instrumentos mencionados neste artigo *regem-se pela legislação que lhes é própria*, observado o disposto nesta Lei" (destacamos).

claramente fixada no particular através do artigo 1.228, § 1º, despeja em qualquer legislação os comandos constitucionais que, no âmbito privado, estão representados por uma trinca de princípios (*socialidade, eticidade e operabilidade*). Mais ainda, através da cláusula geral restritiva do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, permite a correção de qualquer convenção que esteja afastada do fim social da propriedade e/ou do contrato, repelindo aquilo que está contrário ao discurso funcional.

Seguindo tal assertiva, a interpretação do Código Civil e do Estatuto da Cidade não deve ser efetuada de forma conflituosa, mas sim de forma sistêmica, valendo-se da função social da propriedade, como feixe de luz do microssistema complexo, para se obter a hermenêutica mais adequada, permitindo-se o câmbio de soluções previstas de forma solteira nos diplomas, mas necessária, em qualquer tipo de concessão, para a concretização da função social da propriedade. Dessa forma, transporta-se o parágrafo único do artigo 1.372 do Código Civil para o âmbito do Estatuto da Cidade, proibindo-se, qualquer que seja a concessão superficiária, a cobrança de rubrica a título da transferência do direito de superfície para terceiro. Em caminho inverso, adota-se no Código Civil a providência do artigo 24 do Estatuto da Cidade, permitindo-se a inserção de benfeitorias em todas as concessões, suprindo-se a omissão da norma codificada.

Ultrapassada esta difícil questão, tentamos demonstrar em nosso texto que o instituto estudado é extremamente intricado, em decorrência dos predicados plásticos e mecânicos que possui, podendo ser aplicado com bom cartel de possibilidades. O direito de superfície permite dinâmica variante a partir do momento em que seus efeitos concretos começam a surgir – através da suspensão do princípio *superficies solo cedit* – destacando da base o implante já existente ou que ainda será nela cravado.

Note-se que este efeito excepcional do direito de superfície (suspensão do princípio *superficies solo cedit*) somente é permitido se a relação for constituída por duas pessoas distintas, sendo o objeto da concessão sempre o implante no solo alheio. Este quadro singelo nos ajuda a demonstrar a natureza imobiliária do direito real, bem assim a sua dependência de outro direito real (a propriedade alheia), clamando pela formação de relação entre duas pessoas (= dois pólos contratuais) que, às claras, não podem se confundir. Este fato – ao menos para nós - indica que o direito de superfície não pode ser rotulado, com todo respeito de quem pensa em contrário, como uma propriedade (no seu sentido estrito), pois não há autonomia na sua criação, dependendo sempre de uma base inicial em que estará postado direito real de outrem que, a priori, está apenas comprimido. Isso porque, no momento da *reversão*, aquela propriedade comprimida – se valendo de sua elasticidade – irá recuperar sua plenitude e, via de talante, tornado-se plena novamente tão logo cessada a suspensão do princípio *superficies solo cedit*.

A concessão é uma relação dinâmica, podendo ser dividida em fases que vão do direito a fazer o implante [*o direito de construir* (*ad aedificandum*) e/ou *de plantar* (*ad plantandum*)], até o direito ao implante (*manter a acessão*), com possibilidades intermediárias que permitem até suprimir a etapa inicial, surgindo, nesta última hipótese, pacto que se notabiliza como *superfície por cisão*. Por tal tipo de concessão, o superficiário passa a ter o direito ao implante, sendo pouco relevante a pessoa que o cravou, bastando, pois, que no momento da concessão, este esteja na órbita patrimonial do concedente. Admite-se, assim, figuras interessantíssimas e muito úteis a função social da propriedade, como é o caso da *superfície por cisão convencionada para a inserção de benfeitorias no implante*, sendo por tal passo chamada de *concessão superficiária qualificada*.

Nossa abordagem demonstrou também que o direito de superfície se utiliza do conceito volumétrico da propriedade (artigo 1.229 do Código Civil), não limitando, assim, o exame deste exame no plano horizontal do imóvel (objeto da concessão), eis que poderá ser concedido do direito no seu plano vertical, até mesmo pela inexistência de proibição total de implantes no subsolo e espaço aéreo. Sob tal enfoque, trabalhamos com a possibilidade da sobrelevação que, em síntese, seria o exercício do direito de superfície tendo como base a construção alheia. Esta faceta do instituto é de absoluta importância para a regularização de uma situação social pulsante, qual seja, o *'direito de laje'*, já que não existe no sistema um instrumento tão adequado para ajustar tal relação entre os respectivos 'proprietários' do solo e dos implantes, muitas vezes pessoas diferentes.

As peculiaridades do direito de superfície indicam que, apesar de certos pontos de toque, não há como confundi-lo com os institutos assemelhados, ficando clara as vantagens em relação à enfiteuse que, sem rebuços, está desalinhada de uma idéia mais ampla de função social da propriedade, pois algumas de suas características conspiram contra a concepção perseguida pelo legislador constitucional.

Na verdade, pela grande quantidade de características particulares, há também uma grande dificuldade de amoldar o direito de superfície nas classificações ordinárias dos direitos reais, razão pela qual optamos por deixá-lo em separado das sistematizações tradicionais de *ius in re propria* e *ius in re aliena*.

Nossa conclusão final indica que o direito de superfície poderá vir a ser um dos instrumentos mais importantes do catálogo dos direitos reais, eis que pensamos numa aplicação ampliativa, sem os aspectos que formam sua célula em nosso ordenamento (*direito real imobiliário, transmissível, temporário*) que tem como objetivo *funcionalizar a*

propriedade alheia. Com esta visão, e apegando-se sempre as interpretações arejadas pelo ideário de função social da propriedade, temos convicção que daremos resposta positiva dúvida lançada pelo saudoso Silvio Rodrigues:

> "O analista, num exame superficial da matéria deste capítulo, se pergunta se o direito e superfície, por tanto tempo afastado de nossa legislação e de nossos costumes, florescerá entre nós. Lembra que o Decreto-lei n. 271, se 28 de fevereiro de 1967, foi uma tentativa de restabelecimento do direito de superfície (...) Não tenho notícia do eventual sucesso dessa iniciativa, é acho que é cedo para examinar a repercussão das novas regras legais."[842]

[842] *Direito civil*: direito da coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 276.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.

_____. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 48, p. 55-68, out./dez. 2003.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e a sua conseqüência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145-173.

ALEGRE, Carlos. *Código de Processo do Trabalho anotado e actualizado*: DL 38/2003. Coimbra: Almedina, 2003.

ALLENDE, Guillermo Lorenzo. *Panorama de derechos reales*. Buenos Aires: La Ley, 1967.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Do solo criado: outorga onerosa do direito de construir: instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, Jose Antonio. *Curso de derechos reales*: propiedad y posesión. Madrid: Civitas, 1986.

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*: inovações comentadas artigo por artigo. São Paulo: Método, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. Conferência inaugural. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL 11 a 13, set. 2002, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

_____. *Direito romano*. 4. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1.

_____. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 1.

_____. *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. O Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilaqua. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 61, p. 24-34, nov. 2000.

ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 28-64.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. (Coleção Estudos de Direito de Processo, v. 34).

AMARAL, Francisco. O novo Código Civil brasileiro. In: ESTUDOS em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2003. p. 9-19.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54-71.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Evolução do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 7, n. 24, p. 74-89, abr./jun. 1983.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1932.

AMORIM, Edgar Carlos de. *A enfiteuse à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2002.

ANDORNO, Luiz O. El derecho de supeficie en el proyecto de Código Civil de 1998. In: BREBBIA, Roberto H. (Dir.). *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*. Córdoba; Buenos Aires: Zavalia, 2001.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação*: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Juarez Costa de. *O novo Código Civil comentado*: doutrina, jurisprudência, direito comparado. Organização de Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 2.

ANDRADE, Manuel A. D. de. Prefácio. In: FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução e prefácio de Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1940.

ANDRADE, Marcos Vinícius dos Santos. Apontamentos sobre direito das coisas no novo Código Civil. In: RULLI NETTO, Antonio; ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de (Coords.). Estudos em homenagem ao acadêmico Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Fiuza, 2003.

ARAÚJO, Paula Ambrozim Corrêa de. Breves comentários à desapropriação judicial (§§ 4º e 5º, Código Civil/2002). Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_196.html>. Acesso em: 20 jul. 2007.

ARÉAN, Beatriz. *Derechos reales*. 6. ed. Buenos Aires: Hammmurabi, 2003. v. 1-2.

ARONNE, Ricardo. *Código Civil anotado: direito das coisas: disposições finais e legislação selecionada*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

_____. *Por uma hermenêutica dos direitos reais limitados*: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). *Posse e propriedade*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 39-67.

_____. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 11-31, set. 2003.

_____. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Breve confronto do Livro III, direito das coisas: do Anteprojeto do Código Civil brasileiro com o Código Civil português. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, Atlântida, ano 20, ns. 2-4, p. 283-312, abr./dez. 1973.

_____. *O direito*: introdução e teoria geral. 2. ed. brasileira rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito civil*: reais. 5. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. O direito de superfície agrícola. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 4, p. 145-171, abr./jun. 1978.

_____. Prefácio. In: DELGADO, Mario Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *As relações jurídicas reais*. Lisboa: Morais, 1962.

_____. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, ano 2006.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia. Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 2).

BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. Direito real de superfície. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>, p. 2. Acesso em: 24 jul.. 2007.

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e de Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituo Tecnológico y de Estúdios Superiores de Occidente (ITESO), 1996.

BARASSI, Ludovico. *Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951.

BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície à luz do Estatuto da Cidade*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Função social da propriedade. *Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da PUC-SP*, São Paulo, n. 2, p. 111-129, 1995.

BARCA, Alessandro; MARVASI, Corrado. *La superficie*. Milano: Giuffrè, 2004. (Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cedon).

BARROS, Ana Lucia Porto. *O novo Código Civil comentado*: doutrina, jurisprudência, direito comparado. Organização de Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 2.

BASTOS, Jacinto Rodrigues. *Código Civil português*: anotado e actualizado. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Loteamentos e condomínios*: sistema jurídico da propriedade fracionada. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 2.

BENLLOCH, E. Fosar. El derecho de superficie. *Anales de la Universidad de Valencia*, v. 28, fasc. 3, p. 5-95, II curso 1954-1955.

BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o novo Código Civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica, 5. tiragem de 1940. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980. v. 1.
_____. A Constituição e o Código Civil. In: ____. *Opúsculos*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1940. v. 2

BIANCA, Massimo. *Dirrito civile*: la proprietà. Milano: Giuffrè, 1999. v. 6.

BLANC, Priscila Ferreira. *Plano diretor urbano & função social da propriedade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BLANQUER ÚBEROS, Roberto. *Acerca del derecho de superficie*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2007.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudabi. Bauru: EDIPRO, 2001.

BORZUTZKY ARDITI, Alejandro. *El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1972.

BRASIL. Congresso. Camara dos Deputados. Comissão Especial do Codigo Civil. *Projecto de Código Civil Brasileiro*: redacção final para discussão. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

BREBBIA, Roberto H. (Dir.). *Estudos sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*. Buenos Aires: Zavalia, 2001.

BRUGI, Biagio. *Instituciones de derecho civil.* Traducción de la cuarta edición italiana por Jaime Simo Bofarull. México: UTHEA, 1946.

BUENO, Cláudio Luiz Godoy. *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Professor Agostinho Alvim, coordenação de Renan Lotufo).

BUENO, Edgard Silveira. *Direito à defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAHALI, Yussef Said (Org.). *Posse e propriedade*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987.

CALEGARI DE GROSSO, Lydia Esther. *El derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre o Código Civil e o direito processual civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos no novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 109-124.

CAMBI, Eduardo. Aspectos inovadores da propriedade no novo código civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, ano 4, v. 16, p. 31-48, out./dez. 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Editora Almedina, 1998.

_____. *Protecção do ambiente e direito de propriedade*: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAPALBO, Angelo. *Trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietá*: legislazione e modulistica applicativa. Camerino: Harley, 2004. (Appunti Halley).

CAPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994.

CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*: notions générales. 3. éd. Paris: Pédone, 1912.

CARRASCO PERERA, Angel; RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz. *Ius aedificandi y accesión*: la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos. Madrid: Montecorvo, 1986.

CARVALHINHO, Diana Gomes. *Direito de superfície*. Monografia (Conclusão de graduação) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2005.

CARVALHO, Carlos Augusto de; RODRIGUES, Coelho. *Nova consolidação das leis civis*: vigentes em 11 de agosto de 1899. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899.

CARVALHO, Washington Rocha de. *O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. 2005. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*: Lei n. 10.257, de 10.07.2001 e Medida Provisória n. 2.220, de 04.09.2001. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. (Pensamento Jurídico, v. 4).

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado*: posse e direitos reais. Curitiba: Juruá, 2003. v. 5.

CAVALCANTI, Marise Pessôa. *Superfície compulsória*: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namen. *Curso de direito civil*: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHALLAYE, Félicien. *Histoire de la propriété*. Paris: Presses Universitaires de France, 1948. (Que sais-je?, n. 36).

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CHÊNE, Cristian. História da codificação no direito francês. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 1, n. 2, p. 139-152, abr./jun. 2000.

CÓDIGO Civil. Madrid: Civitas, 2002. (Biblioteca de Legislación).

CÓDIGO Civil Alemão. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961.

CÓDIGO Civil Italiano. Traduzido diretamente do italiano por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961.

CÓDIGO Civil Japonês: estudio preliminar. Traducción y notas de Rafael Domingo; Nobuo Hayashi. Madrid: Marcial Pons, 2000.

CÓDIGO Civil de Macau. Disponível em: <http://www.imprensa.macau.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/codciv1401.asp#l3t4>. Acesso em: 07 ago. 2007.

CÓDIGO Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações. Tradução do texto original alemão por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961. (Biblioteca de Legislação Estrangeira).

CÓDIGO Napoleão ou Código Civil dos Franceses. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962.

COCO, Giovanni Silvio. *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*. Milano: Giuffrè, 1965.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil*: direito das coisas e direito autoral. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élementaire de droit civil français*. 4. éd. Paris: Dalloz, 1923. v. 1.

COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propriedad privada en la Constituición española de 1978*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997.

CONDORELLI, Epifanio Jose Luis. *El abuso del derecho*. La Plata: Platense, 1971.

CONSTANTINESCO, Leodin-Jean. *Tratado de direito comparado*: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORDEIRO, António de Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direitos reais*. Reimpressão da edição de 1979. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. História do direito nacional desde a antiguidade até o Código Civil de 1916. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). *História do direito brasileiro*: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003. p. 77-87.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Dilvanir José da. *Sistema de direito civil à luz do novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Mário Julio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA, Moacyr Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 153, p. 31-39, fascículos 611 e 612, maio/jun. 1954.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CRISTIANI, Claúdio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos e história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 331-348.

CYSNEIROS, Vicente Cavalcanti. *O estrangeiro e a propriedade rural*. Porto Alegre: Serigio antonio Fabris, 1985.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001, 2. tiragem, São Paulo; Malheiros, 2003.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ALVIM, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Direito de superfície. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. Coordenação de Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 26, p. 339-340.

DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 392-420.

_____. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. p. 167-203. (Grandes Temas de Direito Privado).

DELGADO, Mario Luiz. *Problemas de direito intertemporal no código civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos no novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*: derechos reales. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. v. II/1.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Conflito de normas*. 5. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

_____. A Lei de Registros Públicos e o Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 397-413.

_____. *Sistemas de registros de imoveis*. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de superfície. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 169-190.

DUARTE, Rui Pinto. *Curso de direitos reais*. Cascais: Principia, 2002.

DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

ESPINOLA, Eduardo. *Posse*: propriedade, compropriedade ou condomínio. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil: parte especial, do direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 15.

_____. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 757, p. 64-69, nov. 1998.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 243-263, out./dez. 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FELIPE, Jorge Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. O novo Código Civil anotado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de direitos reais. 4. ed. Lisboa: Quid Júris, 2003.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002.

_____. *Interpretação e aplicação das leis*. Traduzido e prefaciado por Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1940.

FERREIRA, Dâmares. O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 6, p. 23-51, abr./jun. 2001.

FIGUEIRA, Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. 4. ed. Coordenação de Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FLAH, Lyly R.; SMAYEVSKY, Mirian. Derechos reales. In: ALTERINI, Atilio Aníbal; LÓPEZ CABANA, Roberto M. (Dirs.). *Reformas al Código Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. v. 14.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 3.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 1-2. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito civil, 1).

_____. *Código Civil*: *esboço*. Brasília: Ministério da Justiça. Departamento de Imprensa Nacional, 1983.

GAMBARO, Antonio. *La proprietà*: beni, proprietà, comunione. Milano: Giuffrè, 1990.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código Civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador, artigos 1.369 a 1.418. Coordenação de Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. v. 13.

GARCEZ, Martinho. *Do direito das coisas segundo o projeto de Código Civil brazileiro*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1915.

GATTI, Edmundo. *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s.d.

GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. *El derecho real*: elementos para una teoría general. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

GHERSI, Carlos A. El derecho real de superficie, causa ilícita y ejercicio abusivo. *Revista CEJ*, Brasília, Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, v. 8, n. 25, p. 42-46, abr./jun. 2004.

GIACOMBE, Giovanni. *La superfície*. Milano: Giuffré, 2003.

GIANTURCO, Emanuele. *Istitituzioni di dirrito civile italiano*. 5. ed. Firenze: G. Barbèra, 1899.

GIMENEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1993.

GODOY, Luciano de Souza. O direito de superfície: uma alavanca para os negócios imobiliários. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Coord.). *Novo Código Civil*: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 233-239.

GOMES, Orlando. Anteprojeto do Código Civil (1963). In: CÓDIGO Civil: anteprojetos. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1995. v. 2.

_____. A caminho dos micro-sistemas. In: ____. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. A caminho dos microssistemas. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. O Código Civil e sua reforma. In: *Direito privado*: novos aspectos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 115-127.

_____. *Código Civil*: Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. Direitos reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1.

_____. *Direitos reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Marx e Kelsen*. Salvador: Progresso, 1959.

_____. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel*: sua projeção na alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 1.

_____. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

_____. *Principais inovações no Código Civil de 2002*: breves comentários. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*: parte geral. São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 1.

_____. *Tratado de direito civil em comentários ao Código Civil português*. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira. Anotado por Jayme Landim. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 11, t. 1.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, p. 3-25, jan./mar. 2000.

_____. *Direitos reais e autonomia da vontade*: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONZÁLEZ, Jerónimo. *El derecho real de superficie*: conferencias pronunciadas en los días 21 y 28 de enero y 8 de febrero de 1922. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1922.

GORAYB, Rima. *O direito de superfície*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GOULART, Ney Rosa; SEFFRIN, Paulo Eurides Ferreira. *Usufruto, uso e habitação*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades*. Traducción de Angel M. López y López. Madrid: Civitas, 1988.

GUARNERI, Attilio. *La superfície: il Codice Civile commentario - artt. 952-956*. Milano: Giuffrè, 2007.

GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade do Ceará, 1981.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi, 1966.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. *Noções de direito romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. O direito de superfície e o instituto da enfiteuse na transição legislativa civil brasileira. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Novo Código Civil*: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 241-256.

GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. *La propriedad horizontal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

HEDEMANN, J. W. *Tratado de derecho civil*: derechos reales. Versión española y notas de José Luiz Diez Pastor e Manuel González Enriquez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. v. 2.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*: teoria geral do direito civil. 2. reimpressão da ed. de 1992. Coimbra: Almedina, 2003.

IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Traducción e introducción de Luis Rojo Ajuria; presentación de Agustin Luna Serrano. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. *L'età della descodificazione*. Milano: Giuffrè, 1989.

IRTI, Natalino (Coord.). *Diritto agrario italiano*. Torino: UTET, 1980.

JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*: direitos reais. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 3.

_____. *Direitos reais*. Coimbra: Almedina, 2007.

KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução de Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1946.

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN. *Derecho real de superfície*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

KOJRANSK, Nelson. Direitos reais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

LACERDA, Arthur Virmond de. *História breve das codificações jurídicas*. Curitiba: Juruá, 1997.

LAFAILLE, Héctor. *Tratado de los derechos reales.* Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1944. v. 2.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de derecho civil*: propiedad y derechos reales – primera parte. 3. ed. Madrid: Trivium, 2000. v. 4.

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. 5. ed. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico*: condições e possibilidades do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEME, Lino de Morais. *Direito civil comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. *Revista de Direito Privado*, v. 3, n. 11, p. 68-78, jul./set. 2002; e Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 80, n. 667, p. 44-50, maio 1991.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.* 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 1999.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. v. 3.

LIRA, Ricardo Pereira. O direito de superfície e o novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Orgs.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 541-556.

_____. Direito de superfície. Aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação

municipal, relativamente ao dito prédio contíguo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 193-205, jul./set. 2002.

_____. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral. *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 35, p. 3-98, 1979.

_____. Prefácio. In: LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 5-19

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 4.

_____. Novo Código Civil brasileiro e suas perspectivas perante a constitucionalização dos direitos. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). *História do direito brasileiro*: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003. p. 431-355.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

LOBATO GÓMEZ, J. Miguel. A disciplina do direito de superfície no ordenamento brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 65-110, out./dez. 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressistematização do direito civil. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 219-239.

_____. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Nuevas fronteras del abuso de derecho: situaciones juridicas lesivas de libertades, tutela del mercado y amparo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 723, p. 53-65, jan. 1996.

LOTUFO, Renan. A descaracterização da pessoa jurídica no novo Código Civil Brasileiro. In: MENDONÇA, Jacy de Souza et al. *Inovações do novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. Da oportunidade da codificação civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 22, n. 68, p. 19-30, dez. 2002.

_____. Da oportunidade da codificação civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-32.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Direitos reais*: à luz do Código civil e do direito registral. São Paulo: Método, 2004.

_____. *Direito de superfície e hipoteca*. (Texto inédito).

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 87-117.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005.

_____. *Introdución a la teoría de sistemas*. México:Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. *Legitimação pelo processo*. Tradução de Maria de Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. (Pensamento Político, 15).

_____. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. Forense: Rio de Janeiro, 1959.

LUZZATI, Cláudio. *La vaghezza delle norme*: un'analise del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990.

MALHEIROS, Antonio Carlos et al. *Inovações do novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil*. Coordenação de Ricardo Fiuza. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de derechos reales*. Buenos Aires: Zavalia, 2000. v. 2.

_____. *Derechos reales*. 7. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2004. v. 3.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Mário Reis. *Codificação e paradigmas da modernidade*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-filosóficas) – Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários e função social*. Curitiba: Juruá, 2001.

MARTINS, Antônio Carvalho. *Acessão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

_____. O direito privado como um "sistema em construção'': as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n 753, p. 24-48, jul. 1998.

_____. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Síntese, v. 17, p. 189-204, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Atualização de José da Silva Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTIN-RETORTILLO, Cirilo. *El derecho de superficie según la ley del suelo*. Madrid: Reus, 1964.

MARTY, Gabriel. El derecho de superficie en relación con la planificación urbana (Derecho francés). *Revista de Derecho Urbanistico*, Madrid, n. 27, 1972.

MATTOS, Liana Portilho. *A Efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003.

MAZZEI, Rodrigo. Aspectos panorâmicos do "tempo" na "realização do direito". In: SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do Judiciário*: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006. p. 521-535.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 5.

MENA-BERNAL ESCOBAR, Maria José. *¿Es constitutiva la inscripcion del derecho de superfície?* Madrid: Tecnos, 1994.

MENDONÇA JUNIOR, Deslosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDONÇA, Jacy de Souza. Princípios e diretrizes do novo Código Civil. In: MALHEIROS, Antonio Carlos et al. *Inovações do novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 15-40.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Do usufructo, do uso e da habitação no Codigo Civil brazileiro*. Rio de Janeiro: Conselheiro Candido de Oliveira, 1922.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direitos reais*. (Reprint 1979). Lisboa: Lex edições jurídicas, 1993.

_____. *A posse*: perspectivas dogmáticas actuais. 3. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2000.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1979. v. 3.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Seminário de estudos sobre o Novo Código Civil*: informativo especial. Belo Horizonte, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOISSET DE ESPANES, Luiz. *Codificación civil y derecho comparado*. Buenos Aires: Zavalia, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. *Direitos reais.* Coimbra: Almedina, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos no novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 91-108.

MOZOS, Jose Luis de los. *El derecho de propiedad*: crisis y retorno a la tradición jurídica. Madrid: Edersa, 1993.

_____. *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanistica*. Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 4.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed. rev.e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direito real de servidão*. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coordenadores). *O novo Código Civil*: Estudos em Homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*: atualizado até 20 de maio de 2006. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Abilio. *Código Civil anotado*. 11. ed. refun. e actul. Lisboa: Ediforum, 1997.

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. *Código Civil brasileiro de 2002*: principais alterações. Curitiba: Juruá, 2003.

NIGRO, Lucila; NIGRO, Benito. *Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951.

NIÑO, Jose Antonio. *La interpretación de las leys*. 2. ed. México: Porrúa, 1979.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. A posse e a propriedade no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 15, p.17-37, jul./set. 2003.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. O contrato em Kelsen e Luhmann. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 11, p. 121-137, jul./set. 2002.

OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Teixeira de Freitas e a unidade do direito privado. *Archivo Judiciário*, v. 25, p. 61-77, jan./mar. 1933.

OLIVEIRA, Aluísio Pires de; CARNEIRO, Paulo César Pires. *Estatuto da Cidade*: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001. Curitiba: Juruá: 2002.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *O novo Código Civil comentado*: doutrina, jurisprudência, direito comparado. Organização de Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 2.

ORDENAÇÕES Afonsinas. Edição fac-similar de: Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito de superfície. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana*: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 173-187.

PALADINI, Andréa. Superficie: diritto romano. In: NOVISIMO Digesto Italiano. Torino: Torinese, 1957. v. 18, p. 941-944.

PANAÑO, Ricardo José; KIPPER, Cláudio M.; DILLON, Gregório A.; CAUSSE, Jorge R. *Derechos reales*. 2. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2004. v. 2.

PASTORI, Franco. *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*. Milano: Cisalpino, 1993.

PATTI, Salvatore. *Codificazioni ed evoluzione del dirrito privato*. Roma: Laterza, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

_____. *Instituições de direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 4

_____. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Campinas: Russel, 2003. v. 1.

PEREIRA, Luiz Portella. *Função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 287-298, abr./jun. 2001.

PETIT, Eugéne Henri Joseph. *Tratado elementar de direito romano*. Tradução de Jorge Luís Custódio; adaptação e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves; Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado practico de derecho civil francês*. Traducción de Mario Dias Cruz. Habana: Cultural, 1946.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 14.

PORTELA, Jorge Guillermo. Algunos apuntes sobre el método en el Código de Napoleón, In: LA CODIFICACIÓN: raíces y prospectivas. Buenos Aires: Educa, 2005. v. 3, p. 115-129.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145-173.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo dirrito*. Milano: Giuffrè, 1964.

PUGLIESE, Giovanni. *Commentario del Codice Civile*: libro terzo: della proprietà (art. 810-956). 4. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1976.

PUGLIESE, Roberto J. *Direito das coisas*. São Paulo: Leud, 2005.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil*: derecho de cosas. Barcelona: Bosch, 1953. v. 3.

REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Visão geral do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 808, p. 11-19, jan./fev. 2003.

_____. Visão geral do novo Código Civil (Prefácio). In: TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.). *Novo Código Civil brasileiro: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REINA TARTIÈRE, Gabriel de. *Derecho real de superfície forestal*. Buenos Aires: Depalma, 2003.

_____. *Sistema de derechos reales*: parte general. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

REIS, Carlos David Santos Aarão. Da desnecessidade de novo Código Civil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 11, n. 39, p. 68-81, jan./mar. 1987.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Traducción de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1987. v. 6.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCCA, Bernardo. *Edificación sobre el inmueble de los padres*. Buenos Aires: Julio César Faria, 2002.

ROCHA, Leonel Severo (Org). *Paradoxos da auto-observação*: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1.

_____. *Direito civil*: direito da coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

ROMÁN GARCÍA, Antonio. *La tipicidad em los derechos reales*. Madrid: Montecorvo, 1994.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

RUEDIN, Roland. *Le droit réel de superfície*. Neuchâtel: Ides et Calendes, 1969.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 2.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FACHIN, Luiz Edson. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, p. 243-263, out./dez. 2000.

SAAD, Renan Miguel. *A alienação fiduciária sobre bens imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALINAS QUIJANDA, Francisco. *Derecho civil de Navarra*: derecho de cosas, derechos reales limitados. Pamplona: Gomes, 1974. v. 3.

SALIS, Lino. La superficie. In: VASSALI, Filippo (Dir.). *Trattado di diritto civile italiano*.Torino: Torinese, 1954. v. 4.

SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho argentino*: derechos reales. Actual. por Manuel J. Arhañaras. 4. ed. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1959. v. 3.

SANTIAGO, Mariana. *O princípio da função social do contrato*: princípios contratuais, contrato eletrônico, contrato coletivo, contrato-tipo, direito comparado, boa-fé. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. v. 7.

SANTOS SILVA, F. Nicolau. *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCIASCIA, Gaetano. *Sinopse de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1955.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Enfiteuse*: sua natureza jurídica e seu futuro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O *direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*:

reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21-53.

SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica (Prefácio). In: RODRIGUES, Manuel. *A posse*: estudo de direito civil português. 4. ed. rev., anot. e pref. por Fernando Luso Soares. Coimbra: Almedina, 1996.

SOBRANE, Márcia Alvarenga de Oliveira. A cidade e sua normatização constitucional urbanística. In: GARCIA, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 203-230.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: CPC, art. 461, CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARTUCE, Flávio. Questões polêmicas quanto ao direito das coisas no novo Código Civil: visão crítica sobre a codificação. In: BARROSO, Lucas Abreu (Coord.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 361-381.

TAVALERA, Glauber Moreno. A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery (Coords.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 277-327.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*: origem e desenvolvimento da superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais,1993.

_____. Da propriedade, da superfície e das servidões: arts. 1.277 a 1.389. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ALVIM, Thereza (Orgs.).

Comentários ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 12, p. 255-290.

_____. *Servidões*: aspectos básicos, destinação do proprietário. São Paulo: Lejus, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-130.

_____. Multipropriedade imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-22.

_____. O velho projeto de um revelho Código Civil. In: ____. Temas de direito civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 499-501.

TERRA, Marcelo. Contribuição aos Estudos do XXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Foz do Iguaçu - PR, de 17 a 21 de setembro de 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos no novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 125-143.

TRABUCCHI, Alberto. *Istitucioni di diritto civile*. 17. ed. Padova: Cedam, 1970.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A superfície no novo Código Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 22, n. 68, p. 154-158, dez. 2002.

VALIENTE NOAILLES, Luis M. *Derechos reales*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VEIGA, Dídimo Agapito da. *Manual do Código civil brasileiro*. Direito das coisas (arts. 674-712) Coordenação de Paulo Lacerda. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1925. v. 9 – primeira parte.

VELLOSO, Mário Roberto Negreiros. *Desapropriação*: aspectos civis. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil*: dos direitos reais (arts. 1.225 a 1.510). 2. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Forense: Rio de Janeiro, 2004. v. 16.

_____. *Curso de direito civil*: direito das coisas (artigos 1.255 a 1.509). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Direito das coisas. In: COMENTÁRIOS sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002. (Cadernos do CEJ, v. 20).

VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLEY, Michel. La gênesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam. In: _____. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitárias de Valparaíso, 1976. cap. 6, p. 151-190. Disponível em: <www.salvador.edu.ar/ juri/ apuntes/ Uncal-% 20Filosofia% 20del%20D/Occam.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2007.

VITUCCI, Paolo. Contratti agari e diritti reali. In. IRTI, Natalino (Coord.). *Diritto agrario italiano*. Torino: UTET, 1980. p. 237-265.

WALD, Arnoldo. *A cláusula de escala móvel*: um meio de defesa contra a depreciação monetária. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Direito, 1959.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WOLFF, Martín. *Derecho de cosas*. Traducción de la 32. ed. alemana por Blas Pérez Gonzávez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1937. v. 2.

ZAVASCKI, Albino Teori. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 843-861.

ZACCAGNINI, Mario; PALATIELLO, Antonio. *Enfiteuse. Superfície. Oneri reali*. Napoli: Jovene, 1984.

ZIMMERMANN, Dagma. *Processo civil litisconsórcio e intervenção de terceiros*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.